

Le présent article s'intéresse au traitement fiscal des actionnaires qui détiennent des parts dans des sociétés impliquées dans une opération de «Merger & Acquisition» (M & A).

PIERRE-MARIE GLAUSER

L'IMPOSITION DES ACTIONNAIRES En cas de «Mergers & Acquisitions»*

1. INTRODUCTION

Derrière l'anglicisme «Merger & Acquisitions» se cachent en réalité deux types d'opérations qui, fiscalement, connaissent des régimes fiscaux bien distincts. Sont tout d'abord concernées les acquisitions d'entreprises, c'est-à-dire des transactions par lesquelles les actionnaires vendent leurs parts à des tiers. Sous le label de M & A se cachent cependant aussi les restructurations d'entreprises. Il s'agit là d'opérations effectuées entre des sociétés d'un même groupe. La transaction ne s'inscrit alors plus dans une logique d'aliénation mais de réorganisation des structures juridiques. Qu'il s'agisse de fusions entre filiales, de scissions ou de transformations, les actionnaires concernés ne cèdent pas leur participation. Bien évidemment, les acquisitions et les restructurations sont souvent intimement liées. La réorganisation de la structure juridique d'un groupe peut en particulier précéder ou suivre une acquisition.

Malgré l'importance de ce genre d'opérations pour l'actionnariat, la loi fiscale connaît très peu de règles applicables spécifiquement aux détenteurs de parts impliqués. C'est donc essentiellement les principes généraux du droit fiscal, les règles sur les restructurations d'entreprises et la jurisprudence qui permettent d'appréhender le traitement fiscal réservé aux actionnaires. Nous allons donc présenter ici les différentes règles qui déterminent si les opérations de M & A, qu'il s'agisse de ventes ou de restructurations, entraînent un impôt à leur niveau. Si au contraire la transaction demeure neutre fiscalement pour les détenteurs de parts, nous nous efforcerons d'en exposer les conditions.

Notre analyse se fonde sur la législation en matière d'impôt fédéral direct. Rappelons toutefois que la Loi d'harmonisa-

tion des impôts directs (LHID) permet d'affirmer que nos propos s'appliquent pour l'essentiel à l'ensemble des contribuables qui résident en Suisse, indépendamment de leur canton de domicile. Par ailleurs, nous aborderons également le rôle joué par les récentes modifications législatives introduites dans le paysage fiscal suisse, que cela soit en matière de liquidation partielle indirecte, de transposition ou dans le cadre de la réforme de l'imposition des entreprises II.

Nous commencerons par rappeler les principes généraux de l'imposition des actionnaires (ci-après 2.). Nous distinguerons ensuite le traitement fiscal des actionnaires impliqués dans une vente d'actions (Acquisitions) – ci-dessous 3. – de celui concernant les actionnaires détenant des sociétés participant à une restructuration (ci-dessous 4.). Nous nous attacherons enfin à mettre en évidence les critères qui permettent de distinguer les différents paramètres influençant l'imposition des actionnaires impliqués dans une opération M & A (ci-dessous 5.).

2. PRINCIPES D'IMPOSITION DES ACTIONNAIRES

2.1 Distinction rendement de fortune et gain en capital.

L'article 20, al. 1 LIFD [1] énumère les rendements de la fortune mobilière privée qui sont soumis à l'impôt sur le revenu. Simultanément, l'article 16, al. 3 LIFD prévoit que «les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée ne sont pas imposables».

Par ailleurs, lorsque des actions sont détenues par des sociétés de capitaux, les bénéfices réalisés en relation avec ces titres peuvent bénéficier de la «réduction pour participations» [2], mais à des conditions différentes selon qu'il s'agit de dividendes ou de gains en capital. La distinction entre les rendements de fortune (p. ex. les dividendes) et les gains en capital est donc centrale en matière fiscale. La doctrine s'est abondamment penchée sur cette question, notamment pour tenter de systématiser les critères de délimitation [3]. L'exercice est toutefois rendu délicat par le fait que le législateur a introduit des mécanismes particuliers pour taxer différents types d'actifs mobiliers [4]. S'agissant toutefois des actions, qui seules nous intéressent ici, la doctrine admet que la distinction intervient selon l'identité de la personne qui verse le



PIERRE-MARIE GLAUSER,
DOCTEUR EN DROIT,
PROFESSEUR DE DROIT
FISCAL, AVOCAT,
EXPERT FISCAL DIPL.,
UNIVERSITÉ DE LAUSANNE,
OBERSON AVOCATS,
LAUSANNE/VD

revenu (*subjektives Herkunftsprinzip*) [5, 6]. Est ainsi qualifié de rendement d'actions tout versement à l'actionnaire effectué par la société elle-même, alors que nous sommes en présence d'un gain en capital dès que le rendement provient d'une tierce personne. Par ailleurs, le gain en capital se caractérise aussi par le fait que l'actionnaire se départit de son actif (les actions) et reçoit en échange une contreprestation représentée par un autre objet différent [7].

Comme nous l'évoquerons à nouveau ci-dessous, la jurisprudence [8] a confirmé à de nombreuses reprises que les articles 16, al. 3 et 20, al. 1 LIFD représentent des normes à rattachement économique qui nécessitent interprétation selon cette même réalité économique. La distinction entre distribution de bénéfice (rendement de fortune) et gain en capital fait donc nécessairement appel à un examen de la situation économique des parties en présence, en particulier de la société dont l'actionnaire détient des parts [9]. Ainsi, un rendement de fortune, notamment une distribution de dividende, implique l'appauvrissement de la société [10], alors qu'au contraire un gain en capital ne doit pas toucher les fonds propres de l'entreprise.

Une fois la distinction entre rendement de fortune et gain en capital effectuée, reste à déterminer le mode d'imposition au niveau des détenteurs de parts. À cet égard, l'imposition des actionnaires en droit fiscal suisse est régie par deux principes fondamentaux. D'une part, le principe de la valeur nominale (*Nennwertprinzip*), que nous pouvons appeler «principe de la valeur nominale modifié» depuis l'adoption, le 23 mars 2007, des dispositions de la réforme de la fiscalité des entreprises II; il s'applique aux actionnaires qui détiennent les titres dans leur fortune privée et, de manière générale, à l'impôt anticipé. D'autre part, le principe de la valeur comptable (*Buchwertprinzip*) prévaut lorsque les actions sont détenues dans la fortune commerciale du contribuable, qu'il s'agisse d'une société de capitaux ou d'une personne physique déployant une activité indépendante.

2.2 Principe de la valeur nominale

2.2.1 Mécanisme du principe de la valeur nominale. La notion de rendement imposable provenant de titres de participation se définit fondamentalement de la même manière s'agissant des actionnaires qui détiennent les actions dans leur fortune privée et de l'impôt anticipé [11]. L'article 20, al. 1 OIA [12], dont la légitimité a été régulièrement confirmée par le Tribunal fédéral [13], concrétise le principe de la valeur nominale, selon lequel, hormis le remboursement du capital nominal, toute distribution effectuée par la société aux porteurs de parts est imposable dans leur chef et est soumise à l'impôt anticipé. La doctrine [14] et la jurisprudence [15] admettent que ce principe s'applique en matière d'impôt sur le revenu, même s'il n'est pas mentionné à l'article 20, al. 1, let. c LIFD.

Malgré l'importance de l'interprétation économique dans le contexte de la notion de rendement de participations, le principe de la valeur nominale s'applique de manière formelle [16]. Le fait, par exemple, que les fonds distribués aient été apportés initialement par les actionnaires ou que la distribution excède le coût d'acquisition des titres auprès de leur détenteur n'est pas déterminant en matière d'impôt sur le

revenu et d'impôt anticipé. Le seul fait que le montant remis aux actionnaires par la société ne soit pas prélevé sur le capital social suffit à justifier une distribution imposable.

En revanche, le principe de la valeur nominale ne trouve son application que lorsque le montant reçu par l'actionnaire est qualifié de rendement de participations. Un gain en capital réalisé dans la fortune privée est par contre purement et simplement exonéré en application de l'article 16, al. 3 LIFD.

2.2.2 Le principe de la valeur nominale «modifié» selon le nouvel article 20, al. 3 LIFD. En 2007, le Parlement a adopté un ensemble de mesures connues sous le nom de «réforme de l'imposition des entreprises II» [17]. L'une des mesures, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1.1.2009, concerne l'imposition partielle des dividendes [18]. Par ailleurs, la «réforme de l'imposition des entreprises II» a également introduit une nouveauté importante concernant les remboursements d'apports des actionnaires qui n'auraient pas été comptabilisés comme capital nominal (agios et versements supplémentaires) [19]. Le nouvel article 20, al. 3 LIFD [20], ainsi que l'article 5, al. 1^{bis} LIA [21], prévoient en effet que les apports effectués par les détenteurs de participations seront, dès l'entrée en vigueur de ces dispositions le 1.1.2011, traités comme du remboursement de capital nominal sous réserve de deux conditions: d'une part, les apports doivent avoir été effectués après le 31.12.1996, d'autre part, ces montants doivent avoir été enregistrés dans un compte spécial au passif du bilan de la société (compte «agio» ou «prime d'émission»), afin de les distinguer aisément des autres réserves de la société [22]. Cette modification change bien sûr la portée du principe de la valeur nominale, puisqu'elle place sur pied d'égalité les remboursements d'agios et les distributions de capital social. De ce fait, toutes les distributions qui ne représentent pas du remboursement de capital social ou d'apports remplissant les conditions évoquées ci-dessus seront désormais considérées comme des rendements impossibles. Certains considèrent que le principe de la valeur nominale est désormais remplacé par le «principe de l'apport de capital» [23]. À notre sens, les nouveaux articles 20, al. 3 LIFD et 5, al. 1^{bis} LIA ne modifient pas fondamentalement le principe d'imposition des rendements de participations pour les actionnaires privés et pour l'impôt anticipé. Ils se bornent à assimiler les remboursements d'agios à des distributions de capital social, sans changer cependant le mécanisme de la détermination de l'assiette imposable en cas de distribution aux actionnaires. Pour reprendre la terminologie de Reich, il convient désormais de parler de «principe de la valeur nominale modifié» [24].

2.3 Principe de la valeur comptable. Lorsque les actions sont détenues dans la fortune commerciale du contribuable, le principe de la valeur nominale cède le pas au principe de la valeur comptable. En effet, que les titres soient détenus dans la fortune commerciale d'une personne physique ou dans celle d'une personne morale, la détermination du bénéfice imposable dépend dans ce cas du traitement comptable. Le droit fiscal suisse connaît en effet le «principe de détermination» ou «Massgeblichkeitsprinzip», selon lequel l'assiette de l'impôt sur le bénéfice des personnes morales [25] ou de

l'impôt sur le revenu des indépendants [26] est déterminée en premier lieu par le résultat tel qu'il ressort des comptes commerciaux [27]. Sous réserve des situations particulières dans lesquelles la législation fiscale permet aux autorités de taxation de s'écarter du résultat comptable, comme notamment en cas de charges non justifiées par l'usage commercial [28] ou de renonciation par la société à un produit en faveur de son actionnaire [29], le fisc est tenu par le bénéfice tel qu'il ressort des états financiers préparés en conformité avec les règles du droit commercial. De même, le contribuable doit se laisser opposer fiscalement le bénéfice comptable qui représente en principe l'assiette soumise à l'impôt [30].

Que l'actionnaire reçoive des dividendes ou réalise un gain en capital, c'est ainsi la comptabilisation de l'opération qui décide du montant de l'assiette imposable. À cet égard, des réflexions comptables, comme par exemple l'opportunité d'amortir les titres produisant le dividende ou la valeur à laquelle ceux-ci sont enregistrés dans le bilan du contribuable, doivent être pris en considération dans l'analyse fiscale.

Lorsque, fondé sur le principe de déterminance, le montant de bénéfice imposable a été arrêté, se pose la question de savoir si des règles spéciales de calcul de l'impôt peuvent trouver application pour réduire la charge fiscale. C'est alors seulement que, dans un second temps, entrent en considération les règles particulières pour certains types de sociétés (sociétés holdings, p. ex.) [31], le mécanisme de la réduction pour participations [32] qui permet à certaines conditions d'exonérer indirectement les dividendes reçus ou les gains en capitaux réalisés par des sociétés de capitaux, ainsi que les nouvelles dispositions introduisant l'imposition partielle des dividendes et des plus-values sur titres réalisés dans la fortune commerciale [33].

3. IMPOSITION DES ACTIONNAIRES EN CAS DE VENTES D'ACTIONS

3.1 Généralités. Si les titres appartiennent à la fortune commerciale, leur vente entraîne la réalisation d'un gain comptable qui, en application du principe de déterminance, correspond à l'assiette soumise à l'impôt sur le bénéfice. La différence entre le prix de vente et la valeur comptable prise en compte fiscalement [34] est ainsi soumise à l'impôt sur le bénéfice des personnes morales ou à l'impôt sur le revenu des indépendants. Le cas échéant, la charge fiscale finale peut être allégée si les conditions de la réduction pour participations sont remplies ou si l'actionnaire détenant les titres vendus peut se prévaloir de l'imposition partielle des dividendes [35]. En tout état de cause, il n'existe pas de réelle différence entre rendement de fortune et gain en capital si les titres font partie de la fortune commerciale, puisqu'une plus-value réalisée est soumise à l'impôt comme le fait de recevoir des dividendes [36].

En revanche, si les titres sont détenus dans la fortune privée, le système fiscal suisse connaît un traitement radicalement différent pour les dividendes et pour les gains en capital. Alors que les premiers sont imposables, les seconds sont, en principe, exonérés en application de l'article 16, al. 3 LIFD. Cette exonération des gains en capital privés est, dans les faits, remises en question par l'application de plusieurs pra-

tiques administratives ou jurisprudentielles qui, à divers titres, conduisent à fiscaliser malgré tout les plus-values. L'on pense en particulier: (i) à la théorie de la liquidation partielle indirecte, (ii) à la théorie de la transposition, (iii) à l'imposition des manteaux d'actions, (iv) aux impôts sur les gains immobiliers prélevés en cas de ventes de sociétés immobilières ou encore (v) à la requalification en salaire de ventes de titres liés à des plans d'intéressement de salariés. Il est d'ailleurs à craindre que cette liste ne soit pas exhaustive et que l'appétit des autorités fiscales les conduira, à l'avenir encore, à imaginer d'autres stratagèmes pour taxer les plus-values privées. Cela étant, nous souhaitons nous concentrer ici sur les deux théories les plus importantes dans le contexte des M & A, la liquidation partielle indirecte et la transposition.

3.2 La théorie de la liquidation partielle indirecte

3.2.1 Contexte historique. C'est en 1984 déjà, que le Tribunal fédéral mis en place le concept de *liquidation partielle indirecte* [37] (LPI). Il fonda son raisonnement sur le fait que les dispositions légales afférentes à l'imposition du rendement de la fortune [38] représentent des normes à rattachement économique dont l'interprétation ne s'arrête pas à la seule réalité juridique. Au contraire, indépendamment d'ailleurs de l'existence ou non d'une évasion fiscale [39], il convient d'examiner la situation selon la réalité économique [40]. Dès lors, dans la mesure où un actionnaire privé aliène les actions d'une entreprise et que l'acquéreur paie la vente non pas sur ses propres fonds, mais en prélevant la substance de la société transférée, une partie du prix acquitté représente économiquement un dividende imposable chez le vendeur [41]. La situation fut à cet égard longtemps comparée à la vente d'un portemonnaie avec l'argent qui s'y trouve [42], l'acheteur vidant l'objet de son achat pour payer son dû. La distribution de la substance existante au sein de la société vendue intervient ainsi indirectement par le biais de l'acquéreur. Dans l'approche initiale retenue par le Tribunal fédéral [43], l'une des quatre conditions essentielles résidait dans l'appauvrissement de la société aliénée, appelée souvent la «société cible» dans le jargon des M & A. En effet, il s'agissait là du critère central qui, économiquement, permettait d'assimiler une partie du prix de vente à une distribution indirecte faite à l'acquéreur. Logiquement, cet appauvrissement ne pouvait d'ailleurs porter que sur la substance existante au moment de la transaction. Cela étant, arrêt après arrêt, la jurisprudence élargit la portée de la théorie de la LPI, en particulier en adoptant une conception toujours plus large de la notion d'appauvrissement de la société cible. Ainsi, le fait que la société vendue consente un prêt à son acquéreuse [44] ou qu'elle donne ses propres actifs en nantissement pour garantir l'emprunt de l'acquéreur [45] fut assimilé par la jurisprudence à un appauvrissement. La fusion de la société cible dans l'acquéreuse [46] fut d'ailleurs aussi considérée comme une «liquidation totale indirecte», conduisant à une imposition de toute la différence entre le prix de vente et la valeur nominale des titres cédés. Puis, notre Haute Cour franchit un pas supplémentaire dans une décision de 2004 [47], lorsqu'elle considéra que l'appauvrissement susceptible d'entraîner la LPI pouvait aussi survenir du simple fait que l'acquéreur prélève les bénéfices futurs (c. à d. ceux réalisés après l'opération) de la société acquise. Cette dé-

cision, unanimement critiquée par la doctrine [48], conduisait dans les faits à appliquer la théorie de la liquidation partielle indirecte pratiquement à toute vente par un actionnaire privé à un acquéreur s'étant endetté pour financer l'achat [49].

L'arrêt du Tribunal fédéral de juin 2004 suscita une vive réaction jusqu'au Parlement fédéral qui décida d'introduire très rapidement dans la loi fiscale une disposition traitant de la liquidation partielle indirecte et de la transposition. Initialement prévue pour être intégrée dans la « réforme de l'imposition des entreprises II » [50], cette question fut finalement débattue pour elle-même aux Chambres fédérales qui adoptèrent le 23 juin 2006 [51] un nouvel article 20 a LIFD [52, 53].

3.2.2 L'article 20 a, al. 1 let. a et al. 2 LIFD sur la liquidation partielle indirecte. En réglant strictement [54] les conditions d'application de la LPI à l'article 20 a, al. 1, let. a LIFD, le législateur revient sur le principe à la situation prévalant avant la décision du Tribunal fédéral du 11 juin 2004 [55]. L'application de la LPI requiert ainsi que de la substance existante dans la société au moment de la vente et susceptible d'être distribuée (c. à d. l'argent se trouvant dans le portemonnaie) est utilisée pour financer le prix d'achat de la société transférée, laquelle s'appauvrit à cette occasion. Sur le fonds, l'idée générale consiste à éviter les situations d'abus [56] dans lesquelles un actionnaire thésauriserait dans sa société des moyens qu'il aurait pu se distribuer sans difficulté, pour ensuite aliéner ses actions à un acquéreur qui utilise cette substance pour s'acquitter du prix d'achat. L'article 20 a, al. 1, let. a et al. 2 LIFD traduit cela en subordonnant l'application de la LPI aux conditions cumulatives [57] suivantes:

3.2.2.1 Changement de système d'imposition. Par essence, la LPI requiert que les actions passent du principe de la valeur nominale à celui de la valeur comptable. Autrement dit, l'actionnaire-vendeur doit avoir détenu les actions dans sa fortune privée et l'acquéreur les acheter dans sa fortune commerciale, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique. Rappelons à cet égard que la loi permet à une personne physique qui acquiert une participation de plus de 20% d'allouer volontairement les titres à sa fortune commerciale [58], même si elle n'exerce aucune activité indépendante. La condition du changement de système d'imposition est réalisée pour autant que le passage dans la fortune commerciale intervienne au moment de l'acquisition [59]. Peu importe toutefois que l'acquéreur soit résident suisse ou étranger [60].

3.2.2.2 Vente d'une participation d'au moins 20%. La LPI ne s'applique que lorsque les actions sont vendues, c'est-à-dire transférées à titre onéreux. À cet égard, l'*Administration fédérale des contributions* (AFC) considère que cela s'applique également aux situations d'échange [61], ce que certains auteurs critiquent [62]. Cette question revêt une importance pratique dans le contexte des offres d'échange, tout particulièrement en cas de *quasi-fusions*, sur lesquelles nous reviendrons ci-dessous. Dans tous les cas, la transaction doit porter sur une participation d'au moins 20%. À cet égard, il convient de distinguer plusieurs situations [63]. Tout d'abord, la vente d'au moins 20% d'une société en une fois par une seule et même personne

remplit clairement cette condition. Ce critère est cependant aussi rempli si cette même personne vend un paquet d'au moins 20% par tranches successives, au même acquéreur ou à un tiers [64], durant une période de cinq ans. Par ailleurs, la LPI peut aussi s'appliquer lorsque plusieurs « participants procèdent en commun à la vente » [65] d'une part d'actions atteignant le seuil de 20%. Dès lors que la transaction implique plusieurs vendeurs, ceux-ci doivent agir de manière coordonnée et être liés par une volonté commune [66]. Il est ainsi admis aujourd'hui que, si les vendeurs répondent à une offre publique d'achat, il ne saurait être question de « vente commune » [67]. Par ailleurs, l'administration considère dans sa pratique que seule sont prises en compte les ventes effectuées par des personnes physiques domiciliées en Suisse et détenant les titres dans leur fortune privée [68].

3.2.2.3 Appauvrissement de la société vendue. La LPI n'entre en ligne de compte que si la société « cible » est appauvrie. Ce n'est que dans ce cas qu'il peut être question de « distribution » conduisant à requalifier la plus-value réalisée par le vendeur en dividende imposable. L'article 20 a, al. 1, let. a LIFD précise d'ailleurs que cette « distribution » doit intervenir dans les cinq ans suivant la transaction. À ce moment là, il va de soi qu'elle est effectuée par l'acquéreur, dont le comportement déploie ainsi un effet sur l'imposition du vendeur. Nous ne reviendrons pas ici sur les différents types d'appauvrissement de la société vendue, qui correspondent d'ailleurs pour l'essentiel à ce que la pratique et la jurisprudence appliquaient sous l'ancien droit. Tout prélèvement de la substance existante au moment de la transaction – ce qui exclut nécessairement les distributions de résultats réalisés après la vente [69] – est ainsi susceptible de remplir la condition de l'appauvrissement. Les distributions ouvertes, dissimulées, les prêts de la « cible » à l'acquéreur dont le remboursement paraît menacé, la mise en gage d'actifs de la société vendue pour autant que sa mise à contribution paraisse probable et, bien sûr, la fusion de la société reprise dans l'entité acquéreuse sont autant d'exemples d'appauvrissement susceptibles d'entraîner la LPI [70].

3.2.2.4 Existence de substance non nécessaire à l'exploitation et susceptible d'être distribuée. Comme évoqué ci-dessus, la LPI cherche à sanctionner les situations abusives dans lesquelles le vendeur aurait pu distribuer des dividendes avant de vendre ses actions. En revanche, l'on ne saurait lui reprocher d'avoir conservé au sein de la société la substance nécessaire à la marche des affaires. De ce fait, l'article 20 a, al. 1, let. a LIFD limite explicitement l'application d'une éventuelle LPI aux situations où des actifs non nécessaires à l'exploitation, susceptibles d'être distribués au sens du droit commercial, existent au moment de la transaction au sein de la société « cible ». Cette condition essentielle concerne le bilan de la société vendue et requiert d'en considérer à la fois le passif et l'actif. Précisons qu'en pratique, l'AFC se fonde sur les derniers états financiers existants au moment de la transaction [71].

Du côté du passif du bilan, il convient d'examiner les réserves qui auraient pu être distribuées au moment de la transaction. C'est le droit commercial applicable en Suisse [72] ou à

l'étranger si la société cible y réside [73] qui peut trancher cet aspect. À cet égard, les résultats générés entre la dernière clôture annuelle et la transaction ne peuvent pas être considérés comme distribuables, pas plus d'ailleurs que les réserves latentes qui existeraient chez la société «cible» [74]. En outre, si l'entité vendue détient elle-même des participations, il ne saurait être question de considérer une situation «consolidée», puisque le bénéfice distribuable dépend juridiquement des comptes individuels [75].

En examinant l'actif du bilan de la société vendue, il convient de déterminer s'il existe des actifs non nécessaires à l'exploitation [76], ou, autrement dit, de la substance qui aurait pu être remontée à l'actionnaire sans entraver l'exploitation. Cette question est bien évidemment délicate et ne peut être tranchée qu'au cas par cas. Il semble toutefois admis que l'on se fonde sur la situation qui prévaut au moment de la transaction, en adoptant le point de vue du vendeur dans une approche de continuation de l'exploitation [77]. Il convient également de tenir compte des exigences économiques de la société, en particulier de son besoin de fonds de roulement, de ses engagements à court terme, de ses futurs investissements, etc. [78]. Dans cette optique, il est nécessaire de considérer les réserves latentes qui existeraient sur les actifs non nécessaires à l'exploitation, en prenant soin toutefois de déduire l'impôt latent [79]. De même, le montant d'actifs non nécessaires à l'exploitation doit s'évaluer sur une base consolidée [80]. En effet, les liquidités localisées dans l'une des filiales de la société «cible» pourraient aisément lui être prêtées pour permettre une distribution avant la transaction.

Compte tenu du fait que l'existence d'actifs non nécessaires à l'exploitation distribuables vise à restreindre les cas de LPI aux situations abusives, il va de soi que c'est le plus petit des deux montants déterminés selon l'examen du passif et de l'actif du bilan qui fait foi [81].

3.2.2.5 Collaboration acheteur – vendeur. La loi prévoit à l'article 20 a, al. 1, let. a LIFD que la LPI s'applique si le prélèvement de substance intervient «avec la participation du vendeur». À cet égard, l'article 20 a, al. 2 LIFD précise qu'«il y a participation au sens de l'al. 1, let. a lorsque le vendeur sait ou devait savoir que des fonds seraient prélevés de la société pour en financer le prix d'achat et qu'ils ne lui seraient pas rendus». Selon l'administration, cette formulation renvoie à la jurisprudence du Tribunal fédéral prévalant avant le nouvel article 20 a LIFD, qui trouverait, s'agissant de la question de la collaboration, encore toute son application [82]. Certains auteurs [83] se montrent critiques à cet égard, estimant notamment qu'il convient de restreindre la portée de ce critère auquel le Tribunal fédéral a donné une signification très large. Il faut cependant bien admettre que le texte de l'article 20 a, al. 2 LIFD reprend la formulation souvent utilisée par le Tribunal fédéral, notamment lorsqu'il définit la notion de collaboration passive. En revanche, la loi précise que le vendeur sait ou devait savoir que les fonds sont prélevés «pour financer le prix de vente». Cette précision justifie selon nous une approche sensiblement plus restrictive que celle préconisée par le passé par les juges de Mon-Repos. La collaboration du vendeur ne devrait en effet pouvoir être retenue que lors-

que l'intervention du vendeur est rendue nécessaire pour que le vendeur puisse s'acquitter du prix de vente.

3.2.3 Conséquence de la LPI. Dans la mesure où les conditions énumérées ci-dessus sont remplies, la plus-value réalisée par l'actionnaire-vendeur est assimilée à du rendement de fortune imposable. Dans la logique du nouvel article 20 a, al. 1, let. a LIFD, cette requalification est toutefois plafonnée et ne peut excéder le plus petit des montants suivants:

→ Différence entre prix de vente et capital nominal de la société aliénée, → appauvrissement intervenant dans les cinq ans suivant la transaction, → actifs non nécessaires à l'exploitation et → réserves distribuables selon le droit commercial.

La LPI ne concerne bien sûr que les actionnaires qui sont domiciliés en Suisse au moment de la transaction [84]. Par ailleurs, la liquidation partielle indirecte ne concerne que l'impôt sur le revenu. Même si l'opération remplit les critères de la LPI, la transaction n'entraîne aucune conséquence au niveau de l'impôt anticipé auprès de la société aliénée.

3.3 La théorie de la transposition

3.3.1 L'approche traditionnelle. Voilà quelques années déjà que la jurisprudence a introduit un concept connu sous le nom de «transposition» [85]. Selon cette approche, le gain en capital réalisé par une personne physique qui transfère des titres à une société lui appartenant n'est pas considéré comme une plus-value exonérée, mais représente au contraire un rendement imposable. Comme dans le cas de la LPI, le Tribunal fédéral a développé ce concept de transposition en se fondant sur l'interprétation économique de la notion de rendement de fortune, sans avoir recours au concept d'évasion fiscale [86]. Selon notre Haute cour en effet, lorsqu'un actionnaire transfère ou vend une participation à une société qu'il domine, l'opération ne représente économiquement pas une aliénation conduisant à un gain en capital exonéré. Au contraire, il s'agit d'une simple réorganisation de la détention par l'actionnaire et les montants qu'il se voit créditer dans ce contexte sont considérés comme des revenus de fortune imposables. Cette jurisprudence, au demeurant très critiquée par la doctrine [87], exigeait jusqu'à l'introduction du nouvel article 20 a, al. 1, let. b LIFD, la réalisation de quatre conditions pour l'application de la transposition:

3.3.1.1 Des actions détenues dans la fortune privée sont apportées à de la fortune commerciale:

La transposition requiert qu'un actionnaire détenant des titres dans sa fortune privée les apporte à une entité qui les détient dans la fortune commerciale. La société reprenant les actions n'a cependant pas besoin d'être une société holding et peut parfaitement exercer une activité d'exploitation [88].

3.3.1.2 Des actions sont apportées à une société dominée par l'actionnaire transférant:

Cette condition implique que l'actionnaire transférant détient la majorité du capital de la société à laquelle les titres sont apportés (détention de plus de 50%). Le Tribunal fédéral considère toutefois que, dans certains cas, cette condition est

également remplie si l'actionnaire-cédant détient une part minoritaire dans la société reprenante, mais que des conditions particulières lui permettent malgré tout d'exercer un certain contrôle sur la société reprenante. Ce cas se présente par exemple si plusieurs actionnaires sont liés par des relations familiales ou par une convention d'actionnaires [89]. En revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral a précisé que le transfert à une société holding détenue par des descendants du sujet transférant (*Erbenholding*) n'implique pas un cas de transposition [90]. La condition de la détention majoritaire dans la société reprenante ne doit pas être confondue avec celle de la détention de la société transférée. Avant l'introduction de l'article 20 a, al. 1, lit. b LIFD, la jurisprudence considérait en effet que le pourcentage de détention dans la société apportée ne jouait aucun rôle [91].

3.3.1.3 L'opération implique un apport ou une vente avec une contre-valeur supérieure à la valeur nominale des titres cédés.

3.3.1.4 Dans le cadre de l'opération, les réserves détenues dans la société transférée sont transformées en rendement non imposable.

Dans la mesure où l'actionnaire transférant reçoit une créance envers la société reprenante ou des actions de celle-ci avec une valeur nominale supérieure à celles apportées, il peut se faire rembourser les réserves de la société transférée en franchise d'impôt. La société transférée peut en effet distribuer ce patrimoine à la société reprenante qui, en vertu du principe de la valeur comptable et du mécanisme de la réduction pour participation, n'est pas imposable. Cette substance est alors remontée en franchise d'impôt au niveau de l'actionnaire transférant sous forme de remboursement de capital nominal ou de remboursement de créance. Dans ce contexte, sous l'ancien droit, la pratique et la jurisprudence admettaient la solution dite «de l'agio». Il n'y avait ainsi pas de transposition si la contrepartie de l'apport effectué par l'actionnaire transférant était comptabilisée au passif du bilan sous forme d'agio, puisque ce montant sera imposable au moment de sa distribution.

L'application de la transposition conduit à imposer la différence entre la valeur nominale des titres transférés et le montant de la contre-prestation reçue par l'actionnaire transférant (créance envers la société ou valeur nominale des actions dans la société reprenante). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette matière fiscale est considérée comme une distribution de la société reprenante envers l'actionnaire transférant. En comptabilisant une dette envers son actionnaire ou en lui remettant des actions avec une valeur nominale plus élevée, la société reprenante est en effet réputée lui consentir une prestation appréciable en argent imposable [92] qui est réalisée au moment de l'apport et/ou de la vente à la société reprenante [93]. Il va de soi que cette situation ne peut entraîner des conséquences fiscales au niveau de l'impôt sur le revenu que si l'actionnaire cédant est domicilié en Suisse.

L'impôt anticipé ne connaît pas l'application du principe de la transposition en tant que tel. C'est pourquoi, si un actionnaire suisse apporte des titres qu'il détient dans sa fortune

privée à une société qu'il domine, le droit au remboursement de l'impôt anticipé n'est en principe pas remis en question. Cela étant, dans les situations internationales, lorsqu'une personne physique domiciliée à l'étranger transfère des titres à une société suisse, se pose la question de l'application de la pratique des «anciennes réserves». Cette problématique ne survient cependant, le cas échéant, que lorsque la société distribue un dividende et qu'une demande de remboursement de l'impôt anticipé est déposée.

3.3.2 Le nouvel article 20 a, al. 1, let. b LIFD. Le nouvel article 20 a LIFD adopté le 23 juin 2006 [94] prévoit à son alinéa 1, let. b, une clause traitant spécifiquement de la transposition. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Fondamentalement, l'article 20 a, al. 1, let. b LIFD ne change pas le principe de la transposition. Il emporte toutefois deux modifications: tout d'abord, le principe de la transposition est réglé désormais en détail dans la loi. Par ailleurs, celle-ci prévoit dorénavant un seuil minimum quant au pourcentage de détention dans la société transférée (5%). Les autres points, notamment l'exigence de détention de 50% du capital de la société reprenante, sont désormais précisés dans la loi. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2007, les conditions d'application d'une transposition sont les suivantes:

→ les actions transférées doivent être détenues dans la fortune privée et apportées à une entité qui les détient dans la fortune commerciale; → l'actionnaire détenant les titres dans sa fortune privée doit transférer une participation d'au moins 5%; → la société reprenante doit être détenue à au moins 50% par l'actionnaire transférant. Le nouveau droit prévoit toutefois également l'application de la transposition lorsque l'actionnaire-cédant détient une participation minoritaire dans la société reprenante, mais qu'il agit de concert avec d'autres actionnaires avec lesquels il détient conjointement la société qui acquiert les titres [95]; → la contre-prestation reçue de l'actionnaire est supérieure à la valeur nominale des titres apportés.

Bien que la loi ne le mentionne pas explicitement, la «solution de l'agio» est toujours possible depuis l'introduction de l'article 20 a, al. 1, let. b LIFD [96]. En revanche, dans la mesure où, suite à la «réforme de l'imposition des entreprises II», l'agio est désormais assimilé à du capital nominal [97], la transposition ne peut être évitée que si la contrepartie des titres apportés est comptabilisée au poste «réserves générales» du passif du bilan de la société reprenante et non pas sous forme d'«agio» [98]. Ce n'est en effet que dans ce cas que le fisc est assuré que la substance fiscale reste préservée et que l'actionnaire cédant n'a pas «transposé» des réserves distribuables dans une zone franche d'impôt.

4. IMPOSITION DES ACTIONNAIRES EN CAS DE RESTRUCTURATION D'ENTREPRISE

4.1 Généralités. Les restructurations d'entreprises s'accompagnent généralement d'événements qui entrent dans le champ d'application des divers impôts de l'entreprise. Souvent, ce genre de transactions implique le transfert d'un sujet fiscal à un autre de réserves latentes liées à des actifs et/ou des

passifs. Se pose alors la question – au demeurant très controversée dans la doctrine fiscale [99] – de savoir si cela implique une réalisation de l'impôt sur le revenu [100] ou sur le bénéfice [101]. S'il est vrai que parfois la seule application du droit comptable et du principe de détermination suffit à échapper à toute imposition [102], le fisc est en revanche en droit de prélever l'impôt sur les réserves latentes transférées dans de nombreuses autres opérations [103]. Par ailleurs, lors du passage de réserves ouvertes et/ou latentes d'un sujet à un autre, la transaction s'accompagne d'une «distribution» soumise à l'impôt anticipé et d'un «apport» visé par le droit de timbre d'émission. Le droit de timbre de négociation, comme la TVA, l'impôt sur les gains et bénéfices immobiliers ou encore les droits de mutation sont également souvent concernés.

Afin d'éviter que la fiscalité n'entrave la bonne application des restructurations prévues par le droit civil [104], le législateur a introduit dans la loi fiscale des exceptions [105] en faveur des restructurations. La législation en matière de droits de timbre d'émission (art. 6, al. 1, let. a^{bis} et art. 9, al. 1, let. e LT [106]) et de négociation (art. 14, al. 1, let. i et j LT) connaît ainsi des exonérations définitives en la matière. En revanche, en matière d'impôts directs, les articles 19, 61 LIFD (impôt sur le revenu et le bénéfice) et l'article 5, al. 1, let. a LIA (impôt anticipé) ne prévoient pas de réelle exonération d'impôt. Les dispositions spécifiques aux restructurations se limitent en effet à éviter le prélèvement de l'impôt au moment de la transaction afin d'en reporter la charge à plus tard. Ce report de l'imposition des réserves latentes [107] est toujours assorti de conditions bien précises qui visent à préserver la charge fiscale latente. C'est ainsi qu'en matière d'impôts sur le revenu et le bénéfice, la neutralité de la restructuration requiert toujours le transfert des actifs et passifs à leur valeur comptable et le maintien de l'assujettissement des réserves latentes en Suisse [108]. S'agissant de l'impôt anticipé, la loi cherche à garantir la charge fiscale latente en exigeant que les réserves de la société qui se restructure «passe dans les réserves [... de la société] suisse reprenante ou nouvelle» [109, 110].

Ces dispositions sur les restructurations appellent toutefois deux remarques. Tout d'abord, il convient de préciser qu'elles ne représentent pas une base légale permettant de fonder l'imposition [111]. Le prélèvement de l'impôt en cas de restructuration n'est ainsi possible que si la transaction entre dans l'objet de l'impôt et que les conditions générales d'imposition sont réalisées. À défaut, et même si les exigences posées par les règles spécifiques aux restructurations ne sont pas remplies, l'absence de base légale fait obstacle à tout impôt [112].

Par ailleurs, en matière d'imposition directe [113], les dispositions spécifiques aux restructurations traitent avant tout du traitement fiscal des entreprises concernées par la restructuration. Sous réserve des règles concernant les actions détenues dans la fortune commerciale, la neutralité fiscale n'est évoquée dans la loi que pour les sociétés restructurées. Leurs actionnaires, en particulier ceux détenant les titres dans leur fortune privée, ne sont quant à eux, pas mentionnés directement.

Pourtant, lors de restructurations, notamment de fusions, de concentrations équivalant à des fusions ou de scissions, les

détenteurs de droits de participation échangent souvent leurs titres. En cas de fusion, par exemple, ils perdent leurs actions dans l'entité absorbée et reçoivent des parts dans la société absorbante [114]. Ces mouvements au sein de l'actionnariat sont cependant susceptibles d'entraîner des conséquences fiscales. En cas de fusion, se pose la question de l'imposition des réserves latentes attachées aux actions échangées; en cas de scission, la valeur des fonds propres transférés entre deux sociétés est susceptible d'être taxée chez l'actionnaire comme un rendement de fortune [115]. Par ailleurs, les restructurations peuvent entraîner au niveau de l'actionnariat une augmentation de valeur nominale des titres ou s'accompagner du paiement de soultes. Toutes ces manifestations peuvent être considérées comme imposables selon les principes généraux du droit fiscal.

Cela étant, les dispositions visant à faciliter les restructurations au niveau des sociétés resteraient sans effet si le traitement fiscal chez les actionnaires rendait l'opération trop onéreuse. Il est de ce fait admis que l'opération doit rester neutre au niveau des détenteurs de parts, pour autant que certaines conditions soient remplies [116]. C'est sur celles-ci que nous allons nous arrêter maintenant.

4.2 Actions détenues dans la fortune commerciale. Les actionnaires détenant les titres dans la fortune commerciale sont soumis au principe de détermination (*Massgeblichkeitsprinzip*). C'est donc la manière dont ils comptabilisent l'opération qui influence chez eux le traitement fiscal de la transaction. S'ils profitent de la restructuration pour enregistrer comptablement une plus-value, la transaction est imposée à due concurrence. Par contre, les articles 19, al. 1, let. c LIFD [117], s'agissant des titres détenus dans la fortune commerciale d'un indépendant, et 61, al. 1, let. c LIFD [118], pour ceux appartenant à une personne morale, précisent que la transaction demeure sans incidence à certaines conditions. Tout d'abord, comme pour toute restructuration neutre fiscalement, le maintien de l'assujettissement en Suisse et la reprise de la même valeur comptable doivent être assurés [119]. Par ailleurs, la transaction à laquelle participent les sociétés dont l'actionnaire détient les titres (l'opération «sous-jacente») doit être considérée fiscalement comme une restructuration, c'est-à-dire appartenir à l'une des catégories de restructuration pouvant être effectuée en neutralité fiscale au sens de l'article 61 LIFD [120]. Cela étant, il n'est pas nécessaire que cette opération sous-jacente reste dans les faits entièrement neutre fiscalement. Pour autant que l'actionnaire conserve ses titres de participation à la même valeur comptable, il ne devrait en principe pas être imposé, même si la restructuration sous-jacente s'accompagne d'un décompte sur les réserves latentes auprès des sociétés concernées, par exemple parce qu'elles réévaluent certains actifs ou qu'elles transfèrent des réserves latentes à l'étranger [121]. En revanche, si par nature la transaction sous-jacente ne représente pas une restructuration, par exemple parce que les conditions pour la reconnaissance d'une scission au sens de l'article 61, al. 1, let. b LIFD ne sont pas remplies ou parce qu'un délai de blocage n'est pas respecté, les conditions des articles 19, al. 1, let. b et 61, al. 1, let. b LIFD ne sont pas remplies [122].

Dans la mesure où l'actionnaire est soumis au principe de la valeur comptable, les éventuelles augmentations ou baisses de valeur nominale restent sans incidence à son niveau. Par ailleurs, si une soulte est payée, son traitement fiscal dépend de la nature économique du paiement compensatoire. Si la soulte est prélevée sur les fonds propres des sociétés participant à l'opération, elle correspond généralement à un dividende et est traitée en conséquence [123]. Si en revanche le paiement compensatoire n'est pas acquitté par les sociétés restructurées mais par un tiers, par exemple un coactionnaire, ou par la société reprenante dans une quasi-fusion, il est appréhendé comme un gain en capital [124].

EXEMPLE 1

X Holding SA détient 100% de X-SA. La valeur comptable de X-SA chez X Holding SA correspond au coût d'acquisition historique de 100. La valeur réelle de la participation se monte en revanche à 200 (réserve latente de 100). X-SA est fusionnée dans Y-SA, laquelle appartient à un tiers. Dans le cadre de l'opération, X Holding SA reçoit 55% de Y-SA.

Dans l'exemple 1 ci-dessus, la fusion reste neutre pour X Holding SA pour autant qu'elle enregistre les actions de Y-SA à la même valeur comptable que les titres «sortants» de X-SA, c'est-à-dire à 100. À cette condition, et parce que la transaction impliquant la société dont X Holding SA est actionnaire est une restructuration (en l'espèce: une fusion), l'opération reste neutre pour X Holding SA. Une éventuelle imposition des réserves latentes de X-SA, par exemple si Y-SA était une société étrangère, ne remettrait pas en cause la neutralité fiscale pour l'actionnaire.

4.3 Actions détenues dans la fortune privée. La loi est muette lorsque les actions appartiennent à la fortune privée. En pratique, il est cependant admis [125] que la restructuration demeure neutre pour les détenteurs de parts privés à condition que

→ l'opération représente une restructuration, au sens fiscal du terme, et → qu'elle ne conduise pas à une perte de substance fiscale au niveau des actionnaires.

Bien que s'agissant des actionnaires privés la première de ces deux conditions ne soit souvent pas évoquée, il va de soi qu'un traitement fiscal privilégié n'est possible que si nous sommes en présence d'une transaction qui présente les caractéristiques d'une restructuration. Comme pour les actions détenues dans la fortune commerciale, il n'est à cet égard pas nécessaire que l'opération sous-jacente soit effectivement neutre fiscalement. Il est en revanche indispensable qu'elle s'apparente à une forme de transaction entrant dans le champ de l'article 61 LIFD [126].

La seconde condition (maintien de la substance fiscale) correspond à la logique de la neutralité fiscale en matière d'impôts directs: ne pas entraver la transaction par des obstacles fiscaux, sans toutefois impliquer une perte de recettes pour l'État. La neutralité fiscale correspond donc à un différé d'im-

pôt. Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit deux éléments essentiels: d'une part, les actionnaires privés sont soumis au principe de la valeur nominale (modifiée) et, d'autre part, la notion de rendement de la fortune doit être considérée sous l'angle économique.

4.3.1 Modifications de la valeur nominale. Une opération de restructuration s'accompagne souvent d'une modification de la valeur nominale en mains des actionnaires. Si celle-ci augmente, le principe de la valeur nominale leur permet de se faire distribuer par la société une valeur plus élevée en franchise d'impôt. De ce fait, il y a perte de substance fiscale et donc imposition immédiate chez les personnes concernées [127]. En revanche, une baisse de la valeur nominale ne permet pas aux détenteurs de part de revendiquer un quelconque avantage fiscal. Au contraire, la réduction du capital social qu'ils détiennent s'accompagne d'une augmentation des réserves au niveau de la société reprenante et donc d'un accroissement de leur charge fiscale latente. Dans ce cas toutefois, la pratique fiscale admet que, si les actionnaires reçoivent une soulte, ce versement reste sans incidence à leur niveau à concurrence de la réduction de la valeur nominale intervenant dans le cadre de la même opération [128]. Cette pratique s'impose en raison de l'interprétation économique qui prévaut en matière de l'imposition du rendement de la fortune. En effet, dès lors que la soulte peut être mise en relation avec une réduction de capital nominal, la bonne application du principe de la valeur nominale doit nécessairement conduire à l'exonérer [129].

Précisons toutefois que l'accroissement des réserves dans le cadre d'une restructuration peut souvent être comptabilisé comme un «agio». Les actifs nets comptables d'une société reprise dans le cadre d'une fusion peuvent par exemple être enregistrés comme «agio de fusion». Dans ce cas, le nouvel article 20, al. 3 LIFD [130] assimile cette part des fonds propres à du capital nominal dont la distribution ne sera soumise ni à l'impôt anticipé ni à l'impôt sur le revenu. Conformément à l'exigence du maintien de la substance fiscale en cas de restructuration, cet «agio» pourrait bel et bien être assimilé à une augmentation de valeur nominale et imposé au niveau des détenteurs de parts. Ce risque peut évidemment être aisément évité en enregistrant l'accroissement des actifs nets comptables de la société reprenante dans la réserve générale de celle-ci, de manière à ne pas permettre son assimilation à du capital nominal.

4.3.2 Interprétation économique du rendement de fortune en cas de dédommagement des actionnaires. Comme évoqué ci-dessus, le rendement de fortune est une notion fiscale à rattachement économique. Pour qu'un actionnaire reçoive une distribution imposable de la société qu'il détient, celle-ci doit nécessairement s'appauvrir, ce qui se traduit par une réduction de ses fonds propres. En revanche, un gain en capital se caractérise par le fait que le revenu réalisé par l'actionnaire provient d'une tierce personne et que la transaction ne touche pas la fortune de la société dont les titres sont aliénés.

Il n'est pas rare qu'une restructuration s'accompagne d'un dédommagement aux actionnaires participant à l'opération,

en général sous forme d'un versement en espèces. Fiscalement, il convient de déterminer si ce montant, également appelé soulte [131], correspond à un rendement de fortune soumis à l'impôt sur le revenu ou s'il s'agit d'un gain en capital exonéré.

4.3.2.1 Versement d'une soulte

a) Soulte versée par les sociétés restructurées

Lors d'une fusion, par exemple [132], le rapport d'échange peut impliquer que la valeur des titres détenus après l'opération par les actionnaires de la société absorbée est inférieure à celle des actions qu'ils possédaient avant l'opération. Dans ce cas, il est nécessaire de les indemniser par le paiement d'une soulte.

Souvent, cette indemnité est acquittée par l'une des sociétés participant à la fusion, que cela soit la société reprenante ou l'entité fusionnée. Dans ce cas, le paiement de la soulte réduit nécessairement les fonds propres de la société qui s'acquitte du montant. Dès lors qu'il y a appauvrissement de la société dont les bénéficiaires sont actionnaires, le versement compensatoire s'assimile fiscalement à un rendement de fortune imposable [133]. Les actionnaires doivent ainsi soumettre le montant à l'impôt sur le revenu, comme s'il s'agissait d'un dividende. Par ailleurs, à concurrence de la réduction des réserves des sociétés impliquées dans la fusion, la transaction ne bénéficie pas de la neutralité fiscale en matière d'impôt anticipé [134]. Relevons à cet égard que le fait que la soulte soit payée par la société absorbée ou par la société absorbante ne joue pas de rôle dans l'analyse fiscale [135]. En revanche, comme évoqué ci-dessus, le versement de l'indemnité n'est soumis ni à l'impôt sur le revenu ni à l'impôt anticipé dans la mesure où la transaction s'accompagne d'une baisse de valeur nominale.

b) Soulte versée par une entité tierce

La situation se présente en revanche différemment lorsque le dédommagement est acquitté par une tierce personne. Dans ce cas, la soulte ne provenant pas des sociétés restructurées, elle ne réduit pas leur fortune. Il ne s'agit donc pas d'un rendement de fortune imposable chez les actionnaires détenant les actions dans leur fortune privée. Faute de réduction de réserves au niveau des sociétés restructurées, la transaction reste également neutre au niveau de l'impôt anticipé [136]. Ce traitement fiscal avantageux se justifie pleinement lorsque l'on considère la situation sous l'angle économique. Dans la mesure où le versement provient d'un tiers, par exemple d'un coactionnaire [137], l'opération correspond économiquement à une acquisition, puisque, à concurrence de la soulte, le tiers s'approprie une part de la société préalablement détenue par le bénéficiaire du versement. Simultanément, l'indemnité payée à l'actionnaire de la société absorbée correspond à une perte de valeur de sa participation. Le bénéficiaire de la soulte reçoit donc un montant qui s'apparente à un gain en capital. Cette logique économique se reflète d'ailleurs également dans la comptabilité de la société qui s'acquitte du versement, puisque celle-ci enregistre dans sa comptabilité la contre-valeur de la soulte à l'actif de son bilan et augmente sa participation dans la société absorbante.

Ce raisonnement économique permet même d'assimiler à des gains en capital non imposables des soultes acquittées par une des sociétés restructurées, lorsque le versement est financé par un tiers. Par exemple, un actionnaire de la société absorbante peut transférer à celle-ci des fonds dans le cadre d'une augmentation de capital, pour que ces moyens financiers servent à payer une soulte dans le cadre d'une fusion. Dans ce cas, le montant reçu par l'actionnaire de la société reprise n'est pas considéré comme un rendement de fortune imposable, mais comme un gain en capital [138]. En effet, le versement compensatoire est économiquement financé par un tiers et non par les sociétés restructurées.

4.3.2.2 Autres indemnités en cas de restructurations.

Au-delà du versement d'une soulte en complément de la valeur des titres remis aux actionnaires de la société fusionnée, une indemnité peut remplacer entièrement la remise d'actions. L'article 8, al. 1 LFus prévoit en effet que le contrat de fusion peut laisser aux actionnaires le choix de recevoir des parts sociales ou, à leur place, une indemnité (indemnité optionnelle). Par ailleurs, l'article 8, al. 2 LFus introduit la possibilité de ne prévoir que la remise d'un dédommagement dans le contrat de fusion. Dans ce cas, les actionnaires de la société reprise ne participent plus au capital de la société issue de l'opération et l'on parle de «squeeze-out merger» [139]. Fiscalement, le raisonnement décrit ci-dessus et fondé sur l'interprétation économique s'applique à ce type de situations [140]: si le versement provient des sociétés restructurées et s'accompagne d'une réduction de leurs fonds propres, il est traité comme un rendement imposable [141]. Toutefois, dans la mesure où l'actionnaire ne détient plus de titres à l'issue de l'opération, une part du montant qu'il perçoit correspond économiquement au capital nominal de ses anciennes actions. À concurrence de ce montant, l'indemnité ne doit de ce fait pas être soumise à l'impôt sur le revenu [142]. En revanche, l'actionnaire privé réalise un gain en capital exonéré si le montant est payé par une tierce personne [143].

Relevons enfin que l'indemnité versée aux actionnaires peut consister en la remise d'actions d'une société autre que celle de la société reprenante [144]. Ces cas de «fusions triangulaires» [145] s'analysent fiscalement comme les paiements de soultes en espèces. Si les actions remises à l'actionnaire de la société reprise étaient détenues par l'une des sociétés concernées directement par la fusion, l'opération s'accompagne d'une réduction des réserves et le bénéficiaire réalise, à hauteur de la valeur vénale des titres qu'il reçoit, un rendement imposable [146]. Par contre, si les titres transférés à titre d'indemnité étaient détenus par une entité tierce, l'opération s'apparente à une vente n'entraînant en principe pas l'impôt sur le revenu [147].

5. QUESTIONS DE DÉLIMITATION

Comme nous avons pu le voir ci-dessus, le traitement fiscal des actionnaires impliqués dans une opération de type M & A est fondamentalement différent si les actions appartiennent à la fortune commerciale ou à la fortune privée. Dans ce second cas, les conséquences fiscales varient selon que l'opération s'appréhende comme une vente ordinaire, comme une

liquidation partielle indirecte ou encore comme une transposition. Par ailleurs, il est aussi nécessaire de distinguer les situations qui correspondent à des aliénations de celles assimilées à des restructurations. Nous allons donc nous efforcer de déterminer des critères de distinction entre ces différentes catégories.

5.1 Délimitation entre fortune commerciale et privée.

Les conséquences fiscales d'une transaction de M & A sont très différentes selon que les titres appartiennent à la fortune privée ou commerciale du contribuable concerné. En effet, en cas de fortune privée,

→ un éventuel gain en capital est en principe exonéré [148],
→ il convient d'examiner s'il existe un risque de LPI ou de transposition et → c'est le principe de la valeur nominale qui s'applique. En revanche, si les actions sont réputées appartenir à la fortune commerciale, → tout gain en capital est imposable, → la question de la LPI ou de la transposition ne pose pas et → c'est le principe de la valeur comptable (*principe de détermination*) qui prévaut.

Les règles applicables en matière de ventes d'entreprises ou de restructurations restent muettes s'agissant de la délimitation entre fortune privée et fortune commerciale. Cet aspect ressortit aux règles générales du droit fiscal qui s'appliquent indépendamment des situations de M & A. A cet égard, il convient de vérifier tout d'abord que l'actionnaire concerné n'est pas assimilé à un «commerçant professionnel» en raison notamment d'une intense activité d'achat/vente de titres [149]. Par ailleurs, un examen attentif de la situation fiscale s'impose si l'actionnaire déploie une activité indépendante en parallèle à la détention de sa participation. Dans ce cas, il est nécessaire en effet de déterminer si les titres font partie des actifs commerciaux ou appartiennent à la sphère privée. Il existe sur cette question une jurisprudence [150] et une doctrine [151] abondante, auxquelles nous renvoyons le lecteur.

5.2 Délimitation entre liquidation partielle indirecte et transposition

5.2.1 Importance de la distinction. Dès lors qu'un actionnaire détient des titres dans sa fortune privée, leur aliénation soulève la question de la LPI et de la transposition. Ces deux «théories» impliquent l'une et l'autre une requalification du gain en capital privé en rendement de la fortune imposable. Mais il est important de les différencier, car elles se distinguent aussi bien en ce qui concerne leurs conditions d'application, que leurs conséquences. Les différences suivantes peuvent notamment être mises en exergue:

→ la LPI ne s'applique que si la vente porte sur un paquet d'actions d'au moins 20%, alors que le seuil de pourcentage des actions aliénées se monte à 5% en cas de transposition; → en matière de LPI, la requalification du gain en capital n'intervient que si, dans les cinq ans qui suivent la transaction, la société aliénée est appauvrie en faveur de l'acquéreur. En revanche, en cas de transposition, l'imposition de l'actionnaire cédant sa participation survient immédiatement lors du transfert des titres et indépendamment d'une éventuelle distribution à la société reprenante; → s'agissant de la LPI, l'im-

position du vendeur est limitée au montant de la substance non nécessaire à l'exploitation susceptible d'être distribuée selon le droit commercial. En revanche, en cas de transposition, l'imposition porte sur la différence entre le prix de vente ou le capital nominal créé dans le cadre de l'apport et la valeur nominale des titres transférés. La base d'imposition est donc susceptible de varier considérablement selon que nous sommes en présence d'une LPI ou d'une transposition.

5.2.2 Critères de délimitation. La LPI se caractérise par le fait que l'actionnaire cède ses titres et reçoit de l'acquéreur un prix de vente financé – en partie du moins – par la société cible. L'acheteur des actions est dans ce cas un tiers indépendant du vendeur, de telle sorte que la transaction apparaît comme une réelle aliénation de sa participation. Les parties sont ainsi des personnes distinctes, aussi bien juridiquement qu'économiquement [152]. En revanche, la transposition se fonde sur le fait que la société qui acquiert les parts cédées est détenue, à hauteur d'au moins 50%, par l'actionnaire-cédant. Dans ce cas, il n'y a pas de réelle aliénation, puisque le vendeur contrôle toujours économiquement les actions transférées.

C'est ainsi l'interprétation économique qui permet de distinguer la LPI de la transposition. Le critère essentiel de distinction réside en effet dans l'origine économique des fonds servant à acquérir les titres. S'ils proviennent d'un tiers – qui, le cas échéant, se refinance auprès de la société acquise – la transaction est susceptible d'entraîner une LPI. Si, au contraire, les moyens financiers transférés au vendeur sont issus d'une société qu'il contrôle, c'est la transposition qui entre en ligne de compte. Bien évidemment, dans l'un et l'autre cas, encore faut-il que toutes les conditions prévues par la loi soient réunies pour que la transaction déclenche une imposition.

Un simple exemple permet d'illustrer ce qui précède et de mettre en évidence l'importance de l'approche économique:

EXEMPLE 2

M. X détient 100% de X-SA. La valeur réelle de cette société se monte à CHF 1 million. Son capital nominal est de CHF 100 000. Variante 1: Le fils de M. X (X Jr.) crée la société Y-SA qui rachète 100% de X-SA à M. X. Le prix de vente (CHF 1 million) n'est pas acquitté immédiatement par Y-SA qui conserve une dette envers M. X (crédit-vendeur de CHF 1 million).

Variante 2: M. X et son fils (X Jr.) créent la société Y-SA avec un capital nominal de CHF 1 million X et X Jr. détiennent chacun 50% de Y-SA. X Jr. libère sa part du capital (0,5 million) en espèces. M. X libère les 50% du capital qui lui reviennent (0,5 million) par apport en nature de 100% des actions de X-SA valorisées à CHF 1 million. Par ailleurs, Y-SA verse CHF 0,5 million à M. X.

Dans la variante 1, M. X n'est pas actionnaire de la société acquiseuse (Y-SA). L'opération se présente donc comme une réelle aliénation de ses titres par M. X. Une transposition n'entre de ce fait pas en ligne de compte. Il se pose toutefois la question d'une éventuelle LPI. Celle-ci pourrait notamment entraîner une requalification du gain en capital réalisé par M. X, si Y-SA prélevait, dans les cinq ans qui suivent la vente, de la substance auprès de X-SA pour s'acquitter du prix de vente.

En revanche, dans la variante 2, M. X transfère sa participation de 100% dans X-SA à Y-SA, une société dont il détient 50% du capital. En contrepartie de cette cession, M. X reçoit du capital nominal de Y-SA pour CHF 0,5 million (apport en nature) et des liquidités pour un même montant (vente). Comme M. X détient 50% du capital de la société reprenante, l'opération implique a priori une transposition entraînant chez M. X une imposition à hauteur de CHF 0,9 million (capital nominal des titres remis à M. X et prix de vente, déduction faite du capital social des titres de X-SA). A notre sens toutefois, l'application de la transposition au transfert de 100% de X-SA ne résiste pas à un examen économique de la situation. En effet, dans cette opération, 50% des actions de X-SA sont en réalité économiquement acquises par X Jr. Les fonds utilisés par Y-SA pour acheter la moitié du capital de X-SA ont été apportés par X Jr. dans le cadre de la libération du capital de Y-SA. Ils ne proviennent de ce fait pas d'une société détenue initialement par l'actionnaire cédant (M. X), mais bien d'une tierce personne. La transposition ne peut donc porter que sur les 50% transférés par M. X dans le cadre de l'apport en nature. Elle ne peut à notre sens pas s'étendre à la part de 50% achetée par Y-SA, puisqu'il s'agit d'une acquisition financée économiquement par un tiers.

5.3 Délimitation entre restructurations et autres opérations. Nous l'avons vu plus haut, le droit fiscal connaît des règles particulières en matière de restructurations d'entreprises. Dans la mesure où un actionnaire détient une société impliquée dans une transaction de M&A, il est donc indispensable de déterminer s'il s'agit d'une restructuration d'entreprise. Par ailleurs, lorsque des actionnaires privés sont concernés, il convient également de déterminer si, de leur point de vue, l'opération s'apparente à une aliénation car, dans ce cas, leur situation fiscale peut s'en trouver fondamentalement changée.

5.3.1 Qualification de restructuration d'entreprise en général. De nombreuses transactions entre sociétés peuvent avoir des conséquences fiscales sur leurs actionnaires. En particulier, lorsque des actifs sont transférés entre sociétés proches à un prix inférieur à la valeur de marché, l'opération s'appréhende fiscalement comme une prestation appréciable en argent. Des réserves – ouvertes ou latentes – passent en effet d'une entité à une autre. Cette situation peut alors entraîner un redressement fiscal au niveau de la société transférante [153] et le prélèvement de l'impôt sur le revenu chez les actionnaires [154]. Cela étant, comme nous l'avons évoqué plus haut, les règles spécifiques aux restructurations peuvent faire obstacle à de telles reprises fiscales, que cela soit au niveau des sociétés restructurées ou de leurs actionnaires. Il est donc indispensable de pouvoir reconnaître les transactions qui peuvent bénéficier de ces dispositions.

Pour déterminer si une opération représente une restructuration et, le cas échéant, de quel type, le droit fiscal ne s'arrête pas sur la seule réalité juridique. Le «chemin civil» n'est en soi pas déterminant. Au contraire, l'opération s'évalue selon son résultat économique [155]. Il convient de considérer la situation de départ et celle d'arrivée pour voir si le résultat

est analogue à une restructuration. Dans ce cas, il faut également examiner s'il s'agit de l'une des formes de restructuration énumérées spécifiquement dans la loi, car la neutralité fiscale pourrait être assortie de conditions d'application particulières, allant au-delà de celles prévues par la clause générale de l'article 61 LIFD.

EXEMPLE 3

M. A détient 100% de A-SA et 30% de B-SA dans sa fortune privée. Monsieur B est actionnaire de B-SA à hauteur de 70%. A-SA et B-SA incorporent toutes deux d'importantes réserves latentes. Il est décidé de fusionner A-SA dans B-SA. Pour ce faire, B-SA augmente son capital-actions. A-SA souscrit cette augmentation de capital qu'elle libère en transférant l'intégralité de ses actifs et passifs à B-SA [156] à la valeur comptable [157]. A-SA est ensuite liquidée et les titres qu'elle détenait dans B-SA sont remis à M. A.

Sous l'angle du seul droit civil, l'opération décrite dans l'exemple 3 ne représente pas une fusion au sens des articles 3 ss LFus. En revanche, sous l'angle fiscal, l'ensemble des démarches effectuées en droit civil conduisent bel et bien à un résultat correspondant économiquement à une fusion. À l'issue des différentes étapes, A et B détiennent ensemble B-SA, laquelle a repris l'exploitation de A-SA. Quand bien même la transaction s'accompagne du transfert d'actifs et de passifs en dessous de leur valeur vénale, l'opération peut bénéficier de la neutralité fiscale aux conditions prévues par l'article 61 LIFD. Dans la mesure où A détient ses titres dans sa fortune privée, il convient par contre de s'assurer qu'une éventuelle augmentation de valeur nominale ne conduit pas au prélèvement de l'impôt sur le revenu dans son chef.

5.3.2 Détention des titres dans la fortune privée des actionnaires (généralités). Nous avons vu plus haut que, en raison du principe de la valeur nominale, une restructuration d'entreprise peut malgré tout entraîner une charge fiscale chez les actionnaires privés, que cela soit en raison d'une augmentation de valeur nominale ou du versement d'une soulte. Dans ce cas, et même si l'opération sous-jacente s'apparente à une restructuration d'entreprise, il est nécessaire de vérifier si les actionnaires privés ont réalisé un rendement de fortune imposable ou un gain en capital exonéré.

Comme cela a été développé précédemment, la distinction s'effectue sur la base de critères économiques. Les actionnaires réalisent un rendement de fortune imposable lorsque les sociétés qu'ils détiennent voient leurs réserves diminuer, que cela soit en raison d'un accroissement du capital nominal ou du versement d'une indemnité aux détenteurs de parts (soutes). En revanche, lorsque le niveau des réserves des sociétés restructurées reste identique, l'actionnaire ne réalise pas de rendement de fortune. La transaction s'interprète économiquement comme une aliénation. Dans ce cas, il convient de s'assurer que l'actionnaire ne doit pas faire face à une LPI ou à une transposition. Ce qui précède s'illustre parfaitement par l'exemple de la quasi-fusion.

5.3.3 *Le cas particulier de la quasi-fusion.* La quasi-fusion – ou concentration équivalente à une fusion – représente une forme de rapprochement économique qui n'implique pas la dissolution juridique de l'entité reprise. Au lieu de reprendre les actifs et passifs de la société fusionnée, la société reprenante en devient actionnaire [158]. Juridiquement, l'opération prend la forme d'un apport en nature des actions de la «cible», la société «reprise» n'étant pas dissoute juridiquement. Seule

«Dans la mesure où les actionnaires qui transfèrent leurs titres dans le cadre d'une quasi-fusion détiennent après l'opération moins de 50% de la société reprenante, la transaction <de vente> est réputée intervenir avec un tiers.»

la détention de son capital est transféré à la société reprenante. Économiquement, la transaction s'appréhende cependant comme une fusion classique. En particulier, un rapport d'échange doit être calculé pour déterminer le nombre d'actions émises par la société «absorbante» et une éventuelle soulte à verser aux actionnaires.

5.3.3.1 Traitement de la quasi-fusion comme une restructuration? Fiscalement, la quasi-fusion est assimilée à une restructuration d'entreprise, plus précisément à une fusion [159], à condition que

→ la société reprenante détienne après l'opération au moins 50% des droits de vote de la société reprise et → que 50% au plus de la valeur effective soient crédités ou payés aux actionnaires de la société «reprise». En d'autres termes, les actionnaires de cette dernière doivent recevoir des actions de la société «absorbante» pour une valeur correspondant à au moins 50% des titres qu'ils lui apportent [160]. Si ces conditions sont réunies, la transaction s'appréhende fiscalement comme une fusion «ordinaire», notamment en matière de droits de timbre [161], et demeure ainsi sans conséquences pour les sociétés impliquées dans l'opération [162].

Dans le contexte d'une quasi-fusion, comme dans celui d'une absorption classique, il est parfaitement possible que les actionnaires de la société «reprise» bénéficient d'une augmentation de valeur nominale ou soient indemnisés par une soulte. Même dans ce cas, et quand bien même ils sont soumis au principe de la valeur nominale, l'opération reste en principe neutre fiscalement à leur niveau. En effet, la société dont ils cèdent les actions n'est pas dissoute. Ses fonds propres ne sont pas touchés par l'opération et restent intacts. Les actionnaires n'ont donc pas réalisé un rendement de fortune impossible. Au contraire, l'échange d'actions accompagnant la quasi-fusion est assimilé fiscalement à leur niveau à une vente de leurs titres. Les actionnaires-cédants transfèrent leurs actions et reçoivent en contrepartie des titres de la société repre-

nante. D'éventuelles soultes sont ainsi traitées comme un gain en capital et une augmentation de valeur nominale demeure sans incidence pour eux [163].

Toutefois, cette conséquence favorable pour les actionnaires privés doit être nuancée à deux titres.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral a jugé dans une décision de 2001 [164] que si la quasi-fusion est suivie de manière suffisamment rapprochée dans le temps par une fusion de la filiale dans sa société mère, l'ensemble de l'opération doit être appréhendée comme une fusion ordinaire. Dans ce cas, la quasi-fusion apparaît en effet comme une étape préalable faisant partie d'une seule et même transaction aboutissant à une absorption [165]. L'augmentation de valeur nominale et les soultes en mains des actionnaires sont alors imposables. En pratique, l'AFC considère que cette conséquence se vérifie chaque fois qu'une absorption suit une quasi-fusion dans un délai de cinq ans [166]. La doctrine [167] considère à juste titre que l'application d'un critère objectif aussi strict ne se justifie pas.

Par ailleurs, le fait que les quasi-fusions soient traitées fiscalement comme des aliénations implique qu'il convient de vérifier si l'opération peut entraîner l'application de la LPI et de la transposition.

5.3.3.2 Application de la transposition et de la LPI en cas de quasi-fusion? Dans la mesure où la quasi-fusion est assimilée à une vente de titres et que les actionnaires de la société «reprise» détenaient les actions dans leur fortune privée, la question d'une éventuelle transposition ou LPI se pose nécessairement [168].

a) Transposition

Si les conditions de l'article 20 a, al. 1 let. b LIFD sont réunies, force est d'admettre qu'une quasi-fusion peut représenter une transposition [169]. Le fait que l'opération soit qualifiée de restructuration – et non de vente – au niveau des sociétés impliquées ne peut à notre sens pas être invoqué pour éviter cette conséquence. En effet, les actionnaires qui bénéficient d'une soulte et/ou d'une augmentation de valeur nominale en franchise d'impôt grâce au fait que l'opération s'analyse chez eux comme une aliénation, ne peuvent pas, simultanément, faire valoir que la transaction représente une restructuration neutre fiscalement. Dénier le caractère de vente à l'opération serait contradictoire.

Puisque nous sommes en présence d'une quasi-fusion, le pourcentage des actions apportées à la société reprenante dépasse nécessairement le seuil de 5%. Dès lors, l'existence ou non d'une transposition dépend uniquement du maintien par les actionnaires qui cèdent leurs titres d'un contrôle sur leurs actions. S'ils possèdent après la transaction, seuls ou en agissant de concert avec d'autres actionnaires, une participation d'au moins 50% dans la société reprenante [170], la quasi-fusion entraîne une transposition. L'augmentation de valeur nominale et d'éventuels paiements de soultes sont ainsi imposés.

b) Liquidation partielle indirecte

Dans la mesure où les actionnaires qui transfèrent leurs titres dans le cadre d'une quasi-fusion détiennent après l'opération

moins de 50% de la société reprenante, la transaction «de vente» est réputée intervenir avec un tiers. Il ne peut plus être question de transposition, mais l'application de la théorie de la LPI entre alors en ligne de compte.

La pratique de l'AFC n'est pas claire à cet égard. Dans la Circulaire AFC 5/2004, l'administration semble considérer qu'il ne saurait être question de LPI en cas de quasi-fusion [171]. Une requalification du gain en capital à ce titre ne pourrait intervenir que si la transaction ne remplissait pas les conditions d'une concentration équivalente à une fusion. En pratique, l'AFC applique à notre connaissance toutefois les critères de la LPI à d'éventuelles soultes reçues dans le cadre d'un échange d'actions, même lorsque celui-ci remplit les critères d'une quasi-fusion [172]. Par ailleurs, la Circulaire AFC 14/2007 [173] peut même laisser penser que les autorités fiscales entendent franchir un pas supplémentaire et étendre la portée de la LPI à l'ensemble de la quasi-fusion, y compris à la part correspondant à une remise de titres. En effet, l'AFC y précise que «l'échange en tant que combinaison de deux transactions juridiques à titre onéreux est également imposable». Brauchli Rohrer/Bussmann/Marchbach [174] se montrent critiques sur cette interprétation, tout en craignant que les actionnaires puissent être imposés en raison de la LPI suite à une quasi-fusion, même s'ils ne reçoivent pas de liquidités de la société reprenante.

À notre sens, dans la mesure où la quasi-fusion correspond à une vente à une tierce personne, la situation est susceptible d'entraîner une LPI dans la mesure où les actionnaires cédants reçoivent une indemnité en espèces (soulte) et pour autant que les autres conditions de l'art. 20 a, al. 1, let. a et al. 2 LIFD soient réunies [175]. En revanche, l'application de la LPI pour la part de la transaction consistant en un échange d'actions doit selon nous être catégoriquement refusée. En effet, comme cela a été montré ci-dessus, la LPI ne conduit à une imposition de l'actionnaire-vendeur que lorsque l'acquéreur utilise la substance de la société transférée pour financer l'acquisition. L'article 20 a, al. 2 LIFD précise d'ailleurs explicitement qu'il n'y a collaboration que si le vendeur sait ou devait savoir que des fonds seraient prélevés de la «cible» «[...] pour en financer le prix d'achat [...]». Dans la mesure où l'actionnaire reçoit des actions de la société reprenante en contrepartie des titres qu'il lui apporte, la nature même du mode de «paiement» de l'acquisition interdit tout refinancement par la substance de la société transférée. Indépendamment d'une éventuelle distribution de la part de la «cible», la LPI ne doit à notre sens pas entrer en ligne de compte car les fonds distribués à l'acquéreur ne servent pas à s'acquitter du prix de vente. Celui-ci a en effet été payé sous forme de remise d'actions dont la valeur reste identique que la société acquise effectue une distribution ou non. ■

Notes: * Cette contribution correspond à une version remaniée de la présentation donnée le 6 février 2008 à Lausanne lors d'une journée d'étude organisée par le Cedidac sur le thème «Fusions et Acquisitions – Questions actuelles». 1) Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) du 14.12.1990 (RS 642.11). 2) Art. 69s. LIFD. La réduction pour participations permet d'exonérer indirectement les dividendes et les gains en capital réalisés en lien avec des participations d'au moins 20% (dès le 1.1.2011, cette limite est abaissée à 10%). 3) Pour un aperçu, voir Locher, N. 6 ss ad art. 20 et Oberson, p. 107 s. 4) Les art. 20, al. 1, let. a et b LIFD prévoient par exemple des règles différentes pour les obligations ordinaires et pour les obligations à intérêt unique prédominant. 5) Blumenstein/Locher, p. 181; Locher, N. 8 ad art. 20; Danon, p. 394; Oberson, p. 108; Buchser/Jau, p. 128 s. V. aussi Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 270 ss pour qui également est déterminant le fait que le revenu soit versé par la société («Entscheidend ist vielmehr der Umstand, dass der Zufluss aus Mitteln der Gesellschaft stammt»). 6) La doctrine n'est pas unanime sur la terminologie utilisée. Certains auteurs préfèrent parler de méthode «objective» pour préciser que l'on doit se placer du point de vue «objectif» de la société dont l'actionnaire détient des titres (v. Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 264 et Noël, N. 46 ad art. 20). 7) Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 260. 8) V. par exemple: ATF du 19.12.1984, in RDAF 1986 II 377; ATF du 15.8.2000, in RDAF 2001 II 243; ATF du 11.6.2004, in RDAF II 362. 9) Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 261; Reich, Abfindungen, p. 266; Reich, KSS 1/2a, N. 7 ad art. 20. 10) Locher, N. 76 ad art. 20; Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 273; Reich, KSS 1/2a, N. 28 ad art. 20; Danon, p. 395. 11) Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 268; Oberson, p. 263. 12) Ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (OIA) du 19.12.1966 (RS 642.211). 13) Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 267. 14) Lo-

cher, N. 12 ad art. 20; Oberson, p. 112; Buchser/Jau, p. 129 ss; Noël, N. 64 ad art. 20 et les nombreuses références citées. 15) V. par exemple ATF du 15.8.2000 (2A.53/2000), consid. 2c.; ATF du 11.6.2004, in RDAF 2004 II 363. 16) Reich, N. 30 ad art. 20; Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 264 et p. 270 s qui parle de «*formalisierter Ertragsbegriff*». 17) Loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II) du 23 mars 2007; cette loi a fait l'objet d'un référendum mais le peuple suisse l'a adoptée lors de la votation populaire du 24 février 2008. 18) Selon le nouvel art. 20, al. 1^{bis} LIFD, les rendements de participations dont l'actionnaire détient plus de 10% dans sa fortune privée, et qui sont donc soumises au principe de la valeur nominale, n'entrent désormais dans la base imposable qu'à hauteur de 60%. 19) Sur ces notions en droit civil, v. Glauser, apports, p. 186 ss. 20) Qui correspond à l'art. 7 d de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) du 14.12.1990 (RS 642.14), lequel s'impose aux cantons. 21) Loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA) du 13.10.1965 (RS 642.21). 22) Dans la version finale du texte légal, cette exigence de comptabilisation distincte ne figure qu'à l'art. 5, al. 1^{bis} LIA et ne se retrouve plus à l'art. 20, al. 3 LIFD. Dans la mesure où la notion de rendement de participations se recoupe en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé, l'exigence supplémentaire prévue dans la LIA s'applique selon nous aussi en matière d'impôt sur le revenu. 23) Message 22.6.2005, p. 4538. 24) Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 282 qui parle de «*modifiziertes Nennwertprinzip*». 25) Art. 58, al. 1, let. a LIFD. 26) Art. 18, al. 3 LIFD. 27) Pour le fonctionnement du principe de détermination, voir Glauser, apports, p. 69 ss. 28) Art. 58, al. 1, let. b LIFD. 29) Art. 58, al. 1, let. c LIFD. 30) Certaines dispositions du droit comptable permettent toutefois

de s'écarter du résultat comptable en faveur du contribuable, comme par exemple l'art. 60, let. a LIFD. Voir sur ces dispositions en faveur du contribuable: Glauser, apports, p. 160 ss. 31) V. à cet égard l'art. 28, al. 2 LHID. 32) Art. 69s. LIFD et art. 28, al. 1 et 1^{bis} LHID. 33) Art. 18 b, al. 1 LIFD. 34) On parle souvent de «valeur fiscalement déterminante». 35) Art. 69s LIFD et art. 18 b LIFD. 36) Reich, Vermögensertragsbegriff, p. 258. 37) ATF du 19.11.1984, in Archives 54, 211 ss. 38) Il s'agissait à l'époque de l'art. 21, al. 1, let. c de l'AIFD auquel correspond l'actuel art. 21, al. 1, let. c LIFD. 39) Reich, KSS I/2a, N. 104 ad art. 20 et Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, p. 50 relèvent cependant à juste titre que la LPI vise bel et bien la lutte contre les abus. 40) ATF du 19.11.1984, in Archives 54, 217. 41) V. Danon, p. 406; Buchser/Jau, p. 127. 42) Message 22.6.2005, p. 4540; Oberson, p. 116; Gurtner, p. 560. 43) Pour un rappel des conditions de la LPI avant le 1.1.2007, voir Oberson, p. 117 et Danon, p. 403 ss. 44) ATF du 9.9.1988, in Archives 58, 587 ss. 45) ATF du 23.4.1999, in Archives 69, 642 ss. 46) ATF du 9.7.1996, in Archives 66, 600 ss. 47) ATF du 11.6.2004, in RDAF II 361 ss. 48) V. notamment Oberson, p. 119; Buchser/Jau, p. 125 ss; Gurtner/Giger, p. 658 ss; Greter, p. 64 ss; Danon, p. 412; Noël, N. 119 ss ad art. 20. 49) Gurtner, p. 560. 50) V. Message 22.6.2005, p. 4540 ss. 51) Loi fédérale du 23.6.2006 sur les mesures urgentes de l'imposition des entreprises; cette loi est entrée en vigueur au 1.1.2007. 52) Ainsi qu'un art. 7a LHID. 53) Pour un aperçu de l'historique de cette norme, v. Gurtner, p. 561 ss. 54) Comme le relève Gurtner, p. 567, la nouvelle règle de l'art. 20 a LIFD introduit une LPI plus restrictive que celle que connaissait la jurisprudence, même avant la décision du 11.6.2004. 55) Altörfer, p. 99; Gurtner, p. 564. 56) Altörfer, p. 100 s. 57) Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 776. 58) Art. 18, al. 2 LIFD. 59) Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 779. 60) Altörfer, p. 102. 61) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.1. 62) Brauchli

Rohrer/Bussmann, p. 776 s. **63**) V. Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.2. **64**) Altorfer, p. 101; Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 777. Dans tous les cas, il convient que tous les acquéreurs détiennent les titres dans leur fortune commerciale. **65**) V. art. 20 a, al. 1, let. a LIFD, 2^{ème} phrase. **66**) Altorfer, p. 102; Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, p. 53; la Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.2. va aussi dans ce sens. **67**) Altorfer, p. 101; Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 777; Arnold, p. 962; Reich, KSS I/2a, N. 12 ad art. 20 a; voir aussi Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.2. **68**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.2. **69**) Altorfer, p. 106; Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 996; Noël, N. 3, ad art. 20 a; Arnold, p. 962. **70**) V. Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.5. **71**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.6.1. **72**) V. art. 671 et 675 ss CO. **73**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.6.2. **74**) Simonek/Feldmann, N. 15; Altorfer, p. 104; Gurtner, p. 569 s; Reich, KSS I/2a, N. 26 ad art. 20 a. **75**) La Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.6.2. le confirme implicitement; de cet avis aussi, Arnold, p. 963; Reich, KSS I/2a, N. 27 ad art. 20 a. **76**) Sur cette question, v. en particulier Gurtner, p. 571 ss. **77**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.6.1.; Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 995 s.; Arnold, p. 962 s.; Gurtner, p. 571. **78**) Gurtner, p. 578. **79**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.6.4.; Altorfer, p. 104; Gurtner, p. 572; Reich, KSS I/2a, N. 23 ad art. 20 a. **80**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.6.3.; Altorfer, p. 104 s.; Arnold, p. 963. **81**) Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 996. **82**) Circulaire AFC 14/2007, ch. 4.7. **83**) Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 997 s.; Arnold, p. 963. Buchser/Jau, p. 139 qui exigent que la collaboration du vendeur soit si intensive que l'appauvrissement de la société apparaisse comme lui étant imputable. Cette approche va bien au-delà des exigences posées par la jurisprudence. **84**) Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 776. **85**) Voir par exemple: ATF du 6.4.1973, in: Archives 42, 393; ATF du 14.3.1975, in: Archives 43, 588. **86**) ATF du 6.4.1973, in: Archives 42, 398. Comme le relève toutefois Weidmann, p. 647, la théorie de la transposition est cependant bel et bien motivée par le souci d'éviter les situations abusives conduisant à une perte de substance fiscale. **87**) Voir notamment, Böckli, p. 244 ss; Locher, N. 117 ad art. 20; Höhn/Waldburger, p. 54; Oberson, p. 122. **88**) ATF du 19.4.1985, in: Archives 55, 213. **89**) ATF du 17.1.2005, in: StE 2005 N. 24.4. N. 72. **90**) ATF du 11.6.2004, in: RDAF 2004 II, p. 360. **91**) ATF du 6.7.1998, in: Archives 68, 422. **92**) ATF 19.4.1985, in: Archives 55, 210; ATF 12.7.1989, in: ATF 115 Ib 242. **93**) ATF du 12.7.1989, in: ATF 115 Ib 242. **94**) V. ci-dessus note 51. **95**) Message 22.6.2005, p. 4543. **96**) Message 22.6.2005, p. 4543 s. **97**) Art. 20, al. 3 LIFD. **98**) Message 22.6.2005, p. 4544. **99**) Pour un aperçu du débat en doctrine: Locher, Einführung, p. 676 s; Glauser, apports, p. 140 ss. **100**) Lorsque le sujet transférant est un indépendant. **101**) En cas de transfert par une personne morale. **102**) V. par exemple Glauser, apports, p. 150 ss. **103**) Par exemple en cas de scissions verticales (transferts d'actifs et passifs à leur valeur comptable à des sociétés proches), les autorités fiscales pourraient se fonder sur l'art. 58, al. 1, let. c LIFD pour réintroduire dans l'assiette fiscale les réserves latentes transférées. **104**) Message LFus, p. 4024. **105**) Ces règles ne sont pas très nombreuses. En plus de celles qui sont évoquées ici, l'art. 47 de la Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA) du 2.9.1999 (RS 641.20) prévoit des règles particulières pour cet impôt (procédure de déclaration). **106**) Loi fédérale sur les droits de timbre (LT) du 27.6.1973 (RS 641.10). **107**) S'agissant de l'impôt anticipé, le report porte également sur les réserves ouvertes. **108**) Glauser/Oberson, N. 12 s. ad art. 61. **109**) La neutralité de la restructuration en matière d'impôt anticipé est également conditionnée à la neutralité en matière d'impôt sur le bénéfice au

sens de l'art. 61 LIFD. **110**) Art. 5, al. 1, let. a LIA. **111**) Riedweg/Grünblatt, N. 12 ad Vor Art. 69; Glauser, apports, p. 139 et les références citées (en particulier à la note 1060); Reich, KSS I/2a, N. 14 s. ad art. 19 et N. 35 s ad art. 61 v. aussi Message LFUS, p. 4024. **112**) A titre d'exemple, l'impôt anticipé ne peut pas être prélevé en cas de quasifusion, même si le rapport d'échange implique une augmentation du capital nominal en mains de l'actionnaire qui apporte ses titres; la transaction n'implique en effet pas de distribution qui rentrerait dans l'objet de l'impôt prévu à l'art. 4 LIA. **113**) Art. 19 (impôt sur le revenu) et 61 (impôt sur le bénéfice) LIFD. **114**) En cas de scission, l'actionnaire reçoit des actions de la nouvelle société issue de la scission; en contrepartie, la valeur des titres de la société scindée baisse. **115**) La théorie du triangle permet en effet d'appréhender, chez l'actionnaire commun, comme «dividende caché» les fonds propres (y compris les réserves latentes) transférés sans contrepartie équivalente entre les deux sociétés concernées directement par la scission. **116**) Reich, KSS I/2a, N. 12 ad Art. 61; Glauser/Oberson, N. 6 ad art. 61. **117**) Oberson/Glauser, N. 38 ss ad art. 19. **118**) Glauser/Oberson, N. 9 ad art. 61. **119**) Oberson/Glauser, N. 38 ad art. 19; Weidmann/Heuberger, p. 198. **120**) Spori/Gerber, p. 695; Oberson/Glauser, N. 40 ad art. 19. **121**) Spori/Gerber, p. 695 s.; Reich, KSS I/2a, N. 133 ad art. 61; von Büren/Mauerhofer, p. 783. **122**) Reich, KSS I/2a, N. 134 ad art. 61. **123**) Pour les sociétés de capitaux, il existe la possibilité de faire application de la réduction pour participations aux conditions des art. 69 et 70 LIFD. **124**) Dans ce cas, il faut vérifier s'il est possible de se prévaloir de la réduction pour participations conformément à l'art. 70 al. 4 LIFD aux conditions fixées par cette disposition (détermination d'une année, prix excédant le coût d'investissement, etc.). **125**) Oberson/Glauser, N. 42 ad art. 19; Glauser/Oberson, N. 7 ad art. 61; Reich, KSS I/2a, N. 56 ad art. 61; Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.2.3. ss. **126**) V. par exemple Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.3.3.3. en ce qui concerne les scissions qui ne bénéficient pas de l'art. 61 LIFD. **127**) Spori/Gerber, p. 703; Weidmann/Heuberger, p. 198; Reich, KSS I/2a, N. 71 ad art. 61; Glauser/Oberson, N. 8 ad art. 61. **128**) Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.2.3.3. **129**) Reich, Abfindungen, p. 281. **130**) De même que l'art. 5, al. 1^{bis} LIA. **131**) Art. 7, al. 2 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus). **132**) Nous ne traiterons ici que du cas des fusions. Cela étant, les principes développés ci-dessous s'appliquent également aux autres types de restructuration, notamment aux scissions. **133**) Spori/Gerber, p. 706; Reich, Abfindungen, p. 279; Weidmann/Heuberger, p. 199 s.; von Büren/Mauerhofer, p. 783; Betschart, p. 95; Glauser/Oberson, N. 7 ad art. 61; Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.2.3.3. **134**) Art. 5, al. 1, let. a LIA; v. également ci-dessus note 109. **135**) Spori/Gerber, p. 706; Reich, Abfindungen, p. 279; Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.2.3.3. **136**) Weidmann/Heuberger, p. 202. **137**) V. à cet égard Weidmann/Heuberger, p. 202, notamment pour les cas de *squeeze-out merger*. **138**) Von Büren/Mauerhofer, p. 783; circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.2.3.8. **139**) Sur les aspects juridiques de ces formes de fusion, v. notamment von Büren/Mauerhofer, p. 769 ss; Rita Trigo Trindade, N. 9 ss ad art. 8; Weidmann/Heuberger, p. 195 s., ainsi que les références citées. **140**) Spori/Gerber, p. 707 s.; Weidmann/Heuberger, p. 198 ss. **141**) Dans ce cas, l'impôt anticipé est par ailleurs prélevé. **142**) Spori/Gerber, p. 708. **143**) Bien qu'elle traite séparément de la question des indemnités versées selon les alinéas 1 et 2 de l'art. 8 LFus, la Circulaire AFC 5/2004 (ch. 4.1.2.3.6 et ch. 4.1.2.3.8) semble confir-

mer cette analyse. **144**) Sur la question de la remise d'actions propres de la société reprenante détenues par celle-ci, v. Glauser/Oberson, N. 7 ad art. 61 et les références citées. **145**) Von Büren/Mauerhofer, p. 778; Weidmann/Heuberger, p. 197 et 201. **146**) Si la valeur nominale des actions qu'il détient après l'opération est inférieure à la valeur nominale de ses actions avant la fusion, il devrait pouvoir revendiquer la baisse de valeur nominale pour réduire sa charge fiscale (v. Weidmann/Heuberger, p. 201). **147**) Weidmann/Heuberger, p. 204 ss. **148**) Il faut réserver le cas des sociétés immobilières susceptibles d'entraîner le prélèvement de l'impôt sur les gains immobiliers au niveau cantonal. Nous ne développerons pas cet aspect qui dépasse le cadre de la présente contribution. **149**) V. notamment: Oberson, p. 93 ss; Noël, N. 25 ss ad art. 18. **150**) V. en particulier l'ATF du 9.4.2001, in Archives 71, 288 et la jurisprudence citée où il est question de l'affectation d'une participation à la fortune commerciale d'un indépendant. **151**) V. en particulier: Noël, N. 63 ss (en particulier N. 71) ad art. 18 et les références citées. **152**) ATF du 11.6.2004, in RDAF 2004 II 366. Dans cette décision, le Tribunal fédéral précise qu'en matière de LPI et de transposition, des personnes liées par des relations familiales doivent être considérées comme des «tiers». **153**) A hauteur des réserves latentes transférées. **154**) En application de la «théorie du triangle»; v. à cet égard: Glauser, apports, p. 311 ss. L'imposition au niveau des actionnaires porte sur les réserves ouvertes et latentes transférées. **155**) Reich, KSS I/2a, N. 4 ad art. 19; von Büren/Mauerhofer, p. 781; Glauser/Oberson, N. 15 ad art. 61 et les références citées. **156**) Ce transfert peut par exemple intervenir par le biais d'un transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus. **157**) Le rapport d'échange de l'augmentation de capital est en revanche déterminé sur la base de la valeur réelle des deux entreprises. **158**) Uebelhart/Wenger, p. 981; Glauser/Oberson, N. 28 ad art. 61. **159**) Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.7.1. **160**) L'AFC semble exiger que les actions remises aux actionnaires de la société «reprise» soient émises à ce moment là (Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.7.1). On voit mal ce qui permet de justifier cette exigence particulière. **161**) Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.7.5. et 4.1.7.6. **162**) V. cependant le cas particulier où la société reprenante remet des actions propres (Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.7.2.2.); pour une critique de la pratique de l'AFC sur ce point: Uebelhart/Wenger, p. 984 et Saupper/Weidmann, N. 430 ad Vor Art. 3. **163**) Spori/Gerber, p. 702; Uebelhart/Wenger, p. 983; Reich, Abfindungen, p. 285; Reich, KSS I/2a, N. 72 ad art. 20; Saupper/Weidmann, N. 42 ad Vor Art. 3; Glauser/Oberson, N. 32 ad art. 61; Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.1.4. et ch. 4.1.7.3.1. V. aussi ATF du 9.11.2001, in Archives 72, 419. **164**) ATF du 9.11.2001, in Archives 72, 414 (traduit dans: RDAF 2002 II 334 ss). **165**) ATF du 9.11.2001, in Archives 72, 422 s. **166**) Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.7.3.2. **167**) Uebelhart/Wenger, p. 985 s.; Saupper/Weidmann, N. 42 ad Vor Art. 3; Reich, Abfindungen, p. 285; Reich, KSS I/2a, N. 73 ad art. 20. **168**) ATF du 9.11.2001, in Archives 72, 420 ss; notre Haute-Cour a toutefois laissé ouverte la question de la transposition et de la LPI dans l'arrêt en question. **169**) Uebelhart/Wenger, p. 981; Reich, Abfindungen, p. 286; Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.1.4. **170**) V. ATF du 9.11.2001, in Archives 72, 421. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de la transposition. Il a toutefois relevé que les actionnaires-cédants détenaient après la quasi-fusion une participation minoritaire qui ne leur permettait pas réellement de contrôler la société reprenante, en particulier sa politique de distribution de dividendes. **171**) Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.1.1.4. **172**) Brauchli Rohrer/Bussmann/

Marbach, p. 51 estiment que sous l'empire de la Circulaire AFC 5/2004 la LPI était exclue en cas de quasi-fusion. Nous avons toutefois pu constater le contraire dans des cas concrets. 173) Circulaire AFC 14/2007 ch. 4.1. 174) Brauchli Rohrer/Bussmann, p. 776 s. et Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, p. 51 s. 175) D'un autre avis: Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, p. 52 qui estiment que la LPI est entièrement exclue en cas de quasi-fusion.

Bibliographie: ► Jürg Altorfer, Die indirekte Teilliquidation gesetzlich verankert, in L'Expert-comptable suisse, 1–2/2007, p. 99 ss. ► Reto Arnold, Definitives Kreisschreiben zur indirekten Teilliquidation publiziert, in Revue fiscale 2007, p. 961 ss. ► Philipp Betschart, Steueraspekte beim Squeeze-Out von Minderheitsaktionären, in Revue fiscale 2/2006, p. 90 ss. ► Ernst Blumenstein/Peter Locher, System des schweizerischen Steuerrechts, 6^{ème} édition, Zurich 2002. ► Peter Böckli, Die Transponierungstheorie – eine systemwidrige Rechtsfolge, in Archives 57 (1988/89), p. 241 ss. ► Barbara Brauchli Rohrer/Samuel Bussmann, Indirekte Teilliquidation – Kehrt nun Ruhe ein?, in L'Expert-comptable suisse 10/007, p. 775 ss (1^{ère} partie) et 12/2007, p. 993 ss (2^{ème} partie). ► Barbara Brauchli Rohrer/Samuel Bussmann, Matthias Marbach, Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privatvermögen eines Dritten (indirekte Teilliquidation), in IFF Forum für Steuerrecht, 2008/1, p. 47 ss (1^{ère} partie) et 2008/2 (2^{ème} partie). ► Michael Buchser/Martin Jau, Methodische Überlegungen zur indirekten Teilliquidation, in Archives de droit fiscal suisse 74 (2005/06), p. 125 ss. ► Roland von Büren/Mark Mauerhofer: Zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen von abhängigen Konzernunternehmen mit Dritten, Norm und Wirkung: Beiträge zum Privatrecht und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag [édit. par Eugen Bucher et al.], Berne 2005, pp. 767 ss. ► Robert Danon, Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse, in Droit des sociétés, Mélanges

en l'honneur de Roland Ruedin [édit. par F. Bohner et P. Wessner], Bâle/Genève/Munich, 2006, pp. 391 ss. ► Pierre-Marie Glauser, Apports et impôt sur le bénéfice, Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, thèse Genève, Genève/Zürich/Bâle/Bruxelles 2005 (citée: Glauser, apports). ► Pierre-Marie Glauser/Xavier Oberson, in Commentaire Romand de l'impôt fédéral direct [édit. par D. Yersin et Y. Noël], Bâle 2008, ad art. 61. ► Marco Greter, Die ESTV unterliegt einem Irrtum, in L'Expert-comptable suisse 1–2/2005, p. 64 ss. ► Peter Gurtner, Die handelsrechtlich ausschüttbare nichtbetriebsnotwendige Substanz nach dem neuen Recht der indirekten Teilliquidation, in Archives 76 (2007/08), p. 553 ss. ► Peter Gurtner/Ernst Giger, Unzulässige Erbenholdingbesteuerung – massive Ausweitung der indirekten Teilliquidationstheorie, in Revue fiscale 10/2004, p. 658 ss. ► Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, Band II, 9^{ème} édition, Berne 2002. ► Peter Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Basel 2001, ad art. 20. ► Peter Locher, Steuerrechtliche Folgen des Fusionsgesetzes im Recht der direkten Steuern, Zur Einführung, in Archives 71 (2002/03), p. 673 ss (citée: Locher, Einführung). ► Yves Noël, in Commentaire Romand de l'impôt fédéral direct [édit. par D. Yersin et Y. Noël], Bâle 2008, ad art. 18 et 20. ► Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, 3^{ème} édition, Bâle/Genève/Munich 2007. ► Xavier Oberson/Pierre-Marie Glauser, in Commentaire Romand de l'impôt fédéral direct [édit. par D. Yersin et Y. Noël], Bâle 2008, ad art. 19. ► Markus Reich, Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, in Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn [édit. par F. Cagianut et K. A. Vallender], Bern/Stuttgart/Wien 1995 (citée: Reich, Vermögensertragsbegriff). ► Markus Reich, Steuerrechtliche Aspekte der Ausgleichleistungen und Abfindungen gemäss FusG, in Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag [édit. par E. A. Kramer, P. Nobel et R. Waldburger], Zurich 2006 (citée: Reich, Abfindungen). ► Markus Reich, in

Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, [édit. par M. Zweifel et P. Athanas], 2^{ème} édition, Bâle 2008, ad art. 19, 20 a et 61 (citée: Reich, KSS I/2a). ► Peter Riedweg/Dieter Grünblatt, in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, [édit. par R. Watter/N. P. Vogt/R. Tschäni/D. Daeniker], Bâle 2005, ad Vor Art. 69. ► Eveline Saupper/Markus Weidmann, in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, [édit. par R. Watter/N. P. Vogt/R. Tschäni/D. Daeniker], Bâle 2005, ad Vor Art. 3. ► Peter Spori/Reto Gerber, Fusionen und Quasifusionen im Recht der direkten Steuern, in Archives 71 (2002/03), p. 689 ss. ► Madeleine Simonet/Hansurs Feldmann, Die indirekte Teilliquidation im gesetzlichen Kleid, in Jusletter 10.7.2006. ► Rita Trigo Trindade, in Commentaire LFus [édit. par Henri Peter et R. Trigo Trindade], Zurich 2005, ad art. 8. ► Peter Uebelhart/Jean-David Wenger: Fusionsähnlicher Zusammenschluss, in L'expert-comptable suisse 11/2004, p. 981 ss. ► Markus Weidmann/Reto Heuberger, Abfindungs- und Dreiecksfusionen, in IFF Forum für Steuerrecht (FStR) 3/2007, p. 194 ss. ► Markus Weidmann, Das intertemporale Steuerrecht in der Rechtsprechung, in Archives 76 (2007/08), p. 6. ► Travaux préparatoires et documents administratifs: ► Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; LFus) du 13 juin 2000, in FF 2000, p. 3995 ss (citée: Message LFUS). ► Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II), in FF 2005, p. 4469 ss (citée: Message 22.6.2005). ► Circulaire de l'administration fédérale des contributions n° 5 du 1^{er} juin 2004, Restructurations (citée: Circulaire AFC 5/2004). ► Circulaire de l'administration fédérale des contributions n° 14 du 6.11.2007, Vente des droits de participation de la fortune privée à la fortune commerciale d'un tiers (liquidation partielle indirecte) (citée: Circulaire AFC 14/2007).

ZUSAMMENFASSUNG

Besteuerung der Aktionäre

Obwohl *Mergers und Aquisitions (M&A)* ein bedeutendes und praxisrelevantes Thema darstellen, kennt das schweizerische Steuerrecht nur wenige Regeln, die sich spezifisch auf die in solchen Transaktionen beteiligten Aktionäre beziehen. Dementsprechend müssen die allgemeinen Prinzipien angewendet werden.

Der Beitrag befasst sich deshalb zuerst mit den allgemein gültigen Grundsätzen der Besteuerung der Aktionäre und unterscheidet zwischen Fällen, wo die Aktien im Privat- und Geschäftsvermögen gehalten werden. Im ersten Fall gilt das (modifizierte) Nennwertprinzip, im zweiten Fall das Massgeblichkeitsprinzip. Bei Privataktionären

ist die Unterscheidung zwischen Kapitalgewinn und Vermögensertrag von ganz wesentlicher Bedeutung; die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist ebenfalls zentral.

Unter dem Begriff M&A versteht man einerseits Unternehmensverkäufe und andererseits Umstrukturierungen. Der Artikel befasst sich mit Kauf und Verkauf von Unternehmungen und analysiert die Schlussfolgerungen für die Aktionäre, insbesondere wenn die Aktien im Privatvermögen gehalten sind. Diesbezüglich werden vor allem die Themen der indirekten Teilliquidation und der Transponierung erwähnt. Die neuen Bestimmungen im Zusammenhang mit diesen zwei Themen werden besprochen.

Im weiteren geht es um die steuerlichen Konsequenzen der Umstrukturierungen für die Aktionäre, die die Aktien im Privat- oder Geschäftsvermögen halten. Es wird insbesondere dargelegt, wie die wirtschaftliche Analyse die steuerlichen Konsequenzen der Transaktion für die Aktionäre beeinflusst.

Der letzte Teil des Artikels ist der Abgrenzung zwischen der indirekten Teilliquidation, der Transponierung und der Quasifusion gewidmet. Es werden Kriterien gezeigt, die diese verschiedenen steuerlichen Situationen abgrenzen. Auch hier spielt die wirtschaftliche Betrachtung eine bedeutende Rolle.

PMG