

La fusion d'assainissement

Aspects juridiques et fiscaux

La LFus a introduit à son article 6 la possibilité de fusionner une société en difficulté financière avec une société financièrement saine. On parle dans ce cas de fusion d'assainissement. Dans un premier temps, nous examinerons les conditions requises par le droit civil pour ce genre d'opérations (ci-dessous 3). Nous porterons ensuite notre attention sur les questions fiscales en relation avec la fusion d'assainissement (ci-dessous 4).

1. Introduction

Ce genre d'opération intervient en général entre des sociétés dominées par les mêmes personnes ou au sein d'un groupe de sociétés [1]; il n'est d'ailleurs pas rare que les actionnaires des sociétés concernées soient des personnes physiques détenant les actions dans leur fortune privée. Nous concentrerons notre examen sur les conséquences en matière d'impôts directs, d'impôt anticipé et de droit de timbre d'émission, sans aborder en profondeur les questions de TVA.

Pour illustrer le propos, nous nous baserons sur un exemple concret (cf. *tableau 1*). La société P-SA (pour «Pauvre – SA») présente une perte au bilan de 180. Elle est détenue par un actionnaire qui possède toutes les actions dans sa fortune privée. Celui-ci détient également une société Riche-SA (R-SA) qui est en pleine santé financière. Afin d'assainir P-SA, l'actionnaire décide de fusionner P-SA et R-SA. Relevons d'emblée que, dans le souci de mettre évidence la réserve légale, la perte dans les comptes de P-SA n'a pas été compensée avec la réserve générale comme cela aurait été possible.

Avant d'aborder les questions juridiques et fiscales de l'opération, il nous paraît utile de nous arrêter un instant sur la notion d'assainissement.

2. Notion d'assainissement

La notion d'assainissement apparaît dans plusieurs dispositions du droit

civil et fiscal, sans toutefois y être définie [2]. Selon le point de vue où l'on se place, ce terme revêt pour cette raison une signification qui peut varier sensiblement.

Dans une approche économique, l'assainissement est généralement défini comme «l'ensemble des mesures qui permettent d'écartier d'une entreprise en situation de difficulté économique les faiblesses durables qui mettent son existence en danger et de rétablir sa capacité bénéficiaire» [3]. Il comprend une large palette de mesures dont certaines sont de nature financière (augmentation de capital, abandon de créances, etc.) et d'autres touchent à l'aspect opérationnel (modification de la stratégie commerciale, réduction de personnel, etc.) [4].

En droit commercial, la notion d'assainissement se retrouve avant tout aux articles 725 et 725a CO [5] et, depuis le 1^{er} juillet 2004, à l'article 6 LFus. Du point de vue du droit civil, l'assainissement apparaît comme l'ensemble des mesures qui permettent de réduire la perte au bilan et de garantir une rentabilité suffisante pour améliorer la situation. Le terme «assainissement» est ainsi déterminé par la nécessité de sortir de la situation visée par l'article 725 CO [6]. Les mesures doivent avoir un effet sur le bilan et accroître la protection des destinataires de celui-ci, en particulier celle des créanciers [7]. Toutes les mesures qui ont une incidence sur le substrat de responsabilité minimum requis par le droit des sociétés (capital-actions et réserves légales), c'est-à-dire sur les fonds propres ressortant du bilan, entrent donc dans cette notion [8]. D'ailleurs, l'article 725 al. 1 CO se fonde sur le bilan tel qu'il a été approuvé par la dernière assemblée générale. S'il existe des réserves latentes, elles peuvent éventuellement contribuer à améliorer la situation (réévaluation d'actifs), mais ne dispensent



Pierre-Marie Glauser, Professeur assistant remplaçant à la faculté des HEC de l'Université de Lausanne, Avocat, expert fiscal diplômé, lic. oec. HSG, Etude Oberson & Associés, Genève et Lausanne

pas la société de prendre des mesures d'assainissement [9].

La législation fiscale utilise également le terme «assainissement» dans deux circonstances: d'une part, dans le cadre de la déductibilité des pertes aux articles 31 al. 2 et 67 al. 2 LIFD [10] et, d'autre part, dans le contexte des remises d'impôts visées aux articles 18 LIA et 12 LT. Dans la pratique, nous le verrons, cette notion intervient également dans d'autres circonstances. La

notion n'est toutefois pas explicitement définie [11] par la loi. Pour les besoins du droit fiscal, la jurisprudence, la doctrine et la pratique en ont développé une définition plus étroite que celle retenue par le droit commercial [12]. Un assainissement au sens fiscal du terme ne peut ainsi intervenir que si la perte au bilan n'est pas couverte par des réserves ouvertes ou latentes (perte au bilan proprement dite ou *echte Unterbilanz*). De plus, seules les mesures qui touchent le résultat de la société sont

prises en considération [13]. Celles-ci doivent en outre faire disparaître la perte du bilan, le seul fait de sortir de la situation de l'article 725 CO n'étant suffisant. Dès lors, les réévaluations d'actifs ne sont pas considérées comme des mesures d'assainissement par le droit fiscal [14].

Même entre les divers types d'impôts, la notion d'assainissement n'est pas homogène. En matière de droit de timbre, elle se rapproche certes de celle rete-

Tableau 1

Exemple de fusion d'assainissement

Avant fusion

P-SA	
Actifs	370
Perte	180
	250
	200
	100
	550
	550

R-SA	
Actifs	720
	180
	300
	150
	90
	720
	720

Réserves soumises à l'impôt sur le revenu et à l'impôt anticipé:

Réserves totales	340
Perte chez P-SA	100 ⁽¹⁾
Total réserves	240

⁽¹⁾ Sur les 180 de pertes chez P-SA, 100 peuvent être compensées par la réserve générale. Le solde (80) entame le capital-actions.

Après fusion

Variante 1: R-SA augmente son capital d'un montant correspondant au capital de P-SA (200)

R-SA	
Actifs	1090
	430
	500
	150
	90
	-80
	1090
	1090

Réserves totales	160
Perte chez P-SA	0
Total réserves	160

Variante 2: R-SA augmente son capital d'un montant correspondant au capital non-entamé de P-SA (120)

R-SA	
Actifs	1090
	430
	420
	150
	90
	0
	1090
	1090

Réserves totales	240
Perte chez P-SA	0
Total réserves	240

Variante 3: P-SA reprend R-SA par fusion et augmente son capital du montant correspondant à celui de R-SA (300)

R-SA	
Actifs	1090
Perte	180
	430
	500
	100
	240
	1270
	1270

Réserves totales	340
Perte chez P-SA	180
Total réserves	160

nue par les impôts directs [15]. Cela étant, il existe des différences, le droit de timbre adoptant de manière générale une conception plus stricte que celle retenue par la LIFD. Ainsi, un abandon de créance conditionnel n'est pas considéré par le droit de timbre comme une mesure d'assainissement, contrairement à ce qui prévaut au niveau de l'impôt sur le bénéfice [16]. En matière de TVA, la notice n° 23 – dans sa version de juillet 2003 – donne une définition qui s'écarte de celle retenue par les impôts directs, puisqu'elle s'inspire du concept appliqué à l'article 725 al. 1 CO en ne retenant cependant un assainissement que lorsque la perte entame, même partiellement, le capital social et sans tenir compte des réserves légales [17].

En tout état de cause, l'un des points communs à toutes les définitions de l'assainissement, que cela soit en économie d'entreprise, en droit civil ou en fiscalité, est la volonté de permettre à la société de se rétablir financièrement pour pouvoir continuer son exploitation.

3. Fusion d'assainissement en droit civil

3.1 Généralités

3.1.1 Obligation d'assainissement en droit civil?

Le droit de la société anonyme prévoit explicitement à l'article 680 al. 1 CO que les actionnaires ne peuvent être

Article 6 Fusion de sociétés en cas de perte en capital ou de surendettement

¹ Une société dont la moitié de la somme du capital-actions ou du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, ou qui est surendettée, ne peut fusionner avec une autre société que si cette dernière dispose de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement. Cette exigence ne s'applique pas dans la mesure où des créanciers des sociétés participant à la fusion acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances.

² L'organe supérieur de direction ou d'administration doit présenter à l'office du registre du commerce une attestation d'un réviseur particulièrement qualifié selon laquelle la condition fixée à l'al. 1 est remplie.

de nouveaux moyens financiers. S'agissant des autres personnes morales, ce n'est qu'exceptionnellement, et sous réserve que les statuts le prévoient, que les associés des Sàrl (art. 803 al. 1 CO) et les coopérateurs (art. 871 al. 1 CO) peuvent être obligés d'effectuer des versements supplémentaires; les membres des associations peuvent en revanche être appelés à combler les pertes, à moins que les statuts n'en disposent autrement (art. 71 al. 2 CC).

3.1.2 Notion de fusion d'assainissement en droit civil

Dans un groupe de sociétés, la fusion d'assainissement est l'une des mesures possibles pour venir en aide à une filiale en difficulté: celle-ci fusionne avec une autre société qui dispose de réserves [19]. Avant l'entrée en vigueur de la LFus, la possibilité d'une telle fusion était controversée en doctrine [20]. La LFus a mis un terme à la discussion

teur a choisi de la rendre possible pour ne pas empêcher des fusions qui peuvent paraître raisonnables, comme par exemple dans le cas «d'une société surendettée dont les perspectives de développement sont favorables» [22].

L'article 6 al. 1 LFus définit la notion de fusion d'assainissement comme la fusion entre une société dont la moitié de la somme du capital-actions ou du capital social et des réserves légales n'est plus couverte ou qui est surendettée avec une autre société. Il découle de cette définition que si la société présente une perte au bilan, mais que celle-ci n'excède pas la limite fixée à l'article 6 LFus, elle est libre de participer à une fusion sans tenir compte des règles prévues à cet article [23].

Le seuil déterminant pour l'application des règles spécifiques à la fusion d'assainissement est fixé en référence à l'article 725 CO [24]. Rappelons à ce titre que la loi parle de perte de capital (art. 725 al. 1 CO) lorsque la perte, après compensation avec les réserves librement disponibles, dépasse 50% des fonds propres non librement disponibles [25]. Ceux-ci se composent du capital-actions (ou, s'agissant d'autres sociétés, du capital social), du capital participations [26] et des réserves légales [27]. Ces dernières englobent la réserve générale, ainsi que d'éventuelles réserves pour actions propres [28] ou de réévaluation [29]. La réserve générale prise en compte dans le calcul correspond au montant non distribuable, soit à 50% du capital-actions/capital participations [30]. En effet, seuls les fonds propres liés servent de

«Même entre les divers types d'impôts, la notion d'assainissement n'est pas homogène. En matière de droit de timbre, elle se rapproche certes de celle retenue par les impôts directs.»

tenus d'effectuer des prestations allant au-delà de la libération des apports qu'ils ont souscrits (capital-actions et agio) [18]. Ils ne peuvent donc en principe pas être contraints d'assainir leur société et sont libres d'y investir ou non

en autorisant expressément à son article 6 (voir encadré) une telle opération. Nonobstant le fait que la fusion d'assainissement peut mettre en danger les prétentions des créanciers de la société reprenante [21], le législa-

garantie en faveur des créanciers, puisque les fonds propres librement disponibles peuvent à tout moment être distribués [31]. Le surendettement intervient dès que la perte dépasse le montant total des fonds propres, c'est-à-dire que les fonds étrangers ne sont plus couverts par les actifs [32]. Dans notre exemple, la société P-SA se trouve dans la situation visée par l'article 725 al. 1 CO. En effet, la perte (180) dépasse la moitié du capital-actions (200) et de la réserve légale (100), soit 150.

3.1.3 Les conditions de la fusion d'assainissement

Si la perte dépasse le seuil fixé par l'article 6 LFus, la fusion est possible mais à deux conditions. La première concerne la «couverture» des pertes par l'autre société participant à la fusion (condition matérielle) et la seconde la production d'un rapport d'un réviseur particulièrement qualifié (condition formelle). Si ces deux conditions sont remplies, la fusion est possible sans que d'autres conditions supplémentaires en relation avec le fait que l'une des sociétés est en difficulté financière soient requises [33].

3.1.3.1 Condition matérielle

L'article 6 LFus ne tient pas compte du sens de la fusion: que la société à assainir participe à la fusion en qualité de société absorbée ou de société absorbante ne joue pas de rôle [34]. Quelles que soient les modalités de la fusion, la société financièrement bien portante doit disposer de réserves librement disponibles «équivalant au montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement». Il convient donc, avant l'opération, de comparer les bilans des sociétés participant à la transaction pour voir si les fonds propres libres de la société saine sont suffisants au regard de l'article 6 LFus. Cet examen s'effectue sur la base des bilans avant la fusion, indépendamment de la situation comptable qui prévaut après l'opération [35]. Ceci ressort en particulier du texte de la disposition qui ne fait aucune référence à la situation post fusion. En revanche, c'est la situation au moment de la fusion qui est déterminante [36]. Dans la mesure où un bilan

intermédiaire n'est pas préparé (art. 11 LFus), il convient donc d'être particulièrement attentif à ce que la perte au bilan telle que présentée dans les comptes pris en considération n'ait pas évolué sensiblement depuis la situation des derniers états financiers.

Les fonds propres librement disponibles qui doivent être présents chez la société saine correspondent aux mon-

mais présente toujours une perte au bilan, voire que son capital-actions ne soit pas entièrement couvert [41]. Malgré cela, nous sommes d'avis que l'article 6 LFus ne requiert pas des fonds propres libres allant au-delà de la perte visée par l'article 725 CO. Ceci se justifie selon nous par le renvoi à l'article 725 CO: le législateur a voulu s'assurer qu'une situation prévue par cette disposition ne puisse pas perdurer après la

«Dans la mesure où la société saine ne dispose pas de fonds propres libres suffisants, la fusion est malgré tout possible si les créanciers des sociétés participant à la fusion acceptent une postposition.»

tants qui, selon la loi et les statuts de la société, peuvent être librement distribués [37]. En effet, dans la mesure où ils ne garantissent de toute manière pas les prétentions de créanciers, leur utilisation dans le cadre de la fusion ne saurait porter atteinte aux intérêts de ces derniers [38].

La loi n'est toutefois pas très claire sur le montant qui doit être couvert par les fonds propres librement disponibles de la société saine. S'agit-il de l'entier de la perte (après compensation avec les réserves librement disponibles chez la société endettée, soit dans notre exemple 180), du montant qui entame le capital social (chez P-SA: 80) ou de la partie de la perte qui entraîne les conséquences de l'article 725 al. 1 ou, le cas échéant, de l'article 725 al. 2 CO (chez P-SA: 30)? Böckli [39] semble considérer que les réserves libres doivent couvrir l'entier du capital et des réserves légales (dans notre exemple: 180). Von Salis [40] en revanche n'exige que la couverture de la part du déficit qui entre dans le cadre de l'article 725 al. 1 ou article 725 al. 2 CO. Certes, cette approche peut conduire à des situations où la société saine voit l'entier de ses fonds propres (y. c. la part non disponible) absorbé par les pertes de la société à assainir. Selon les circonstances, on peut même imaginer que la société issue de la fusion ne soit plus dans la situation prévue à l'article 725 al. 1 CO,

fusion. Le message [42] précise d'ailleurs que le montant des réserves libres doit couvrir le montant de la «perte en capital» ou du «surendettement», tout en rappelant que ces notions se retrouvent à l'article 725 CO. En outre, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, une fusion avec une société présentant des pertes au bilan sans toutefois tomber sous le coup de l'article 725 al. 1 CO est possible en dehors des conditions de l'article 6 LFus. Dans ce cas, les risques pour les créanciers de la société saine sont les mêmes que si l'on limite l'exigence des fonds propres libres au montant de la perte en capital selon l'article 725 al. 1 CO ou, le cas échéant, de l'article 725 al. 2 CO. On verrait en effet mal pourquoi il faudrait être plus restrictif en cas de fusion selon l'article 6 LFus qu'en cas d'opération n'entrant pas dans le champ de cette disposition.

Dans la mesure où la société saine ne dispose pas de fonds propres libres suffisants, la fusion est malgré tout possible si les créanciers des sociétés participant à la fusion acceptent une postposition. Il ressort clairement des débats au Parlement que la postposition remplace l'exigence de fonds propres librement disponibles [43]. Elle doit donc porter sur le même montant que ceux-ci, à savoir sur la perte en capital au sens de l'article 725 al. 1 CO ou le surendettement [44]. Relevons que la

loi permet, au choix, de postposer des créances auprès de la société saine ou de celle à assainir. Quant aux exigences et à la portée de la postposition, il faut retenir les mêmes que celles requises dans le cadre de l'article 725 al. 2 CO [45].

3.1.3.2 Condition formelle

La loi exige que le respect des conditions matérielles soit confirmé par l'attestation d'un réviseur particulièrement qualifié (art. 6 al. 2 LFus) [46]. Cette exigence est bien sûr maintenue en cas de fusion simplifiée au sens de l'article 23 LFus [47].

3.1.4 Respect des autres dispositions afférentes à la fusion

L'article 6 LFus pose des exigences supplémentaires en cas de fusion d'assainissement. Il ne dispense en rien les sociétés impliquées dans la transaction de respecter les autres dispositions de la LFus ou du droit des sociétés en général. Ainsi, malgré le respect des obligations de l'article 6 LFus, les autres règles générales concernant la protection des créanciers (art. 25 ss LFus) demeurent applicables [48]. De même, les

sociétés et il n'est dans ce cas pas nécessaire de pratiquer une augmentation de capital [53]. Cela étant, en particulier pour des raisons fiscales [54], le capital nominal de la société reprenante est dans ce cas souvent malgré tout augmenté du montant correspondant au capital nominal de la société absorbée. Dans notre exemple, cela ne pose pas de problème dans la variante 3. Le capital-actions de P-SA est augmenté de 300 et ce montant est libéré par les actifs nets comptables de R-SA, lesquels se montent à 540; l'opération conduit même à un agio de fusion de 240. En revanche, la situation est plus délicate si R-SA reprend P-SA. Une première solution consiste, dans notre exemple, à augmenter le capital de la société absorbante du montant des actifs nets comptables encore couverts chez la société reprise (variante 2). Dans ce cas, R-SA augmente son capital de 120; celui-ci est libéré par les fonds propres de P-SA qui existent encore à concurrence de ce montant. Il n'y a, dans ce cas, pas de libération au-dessous du pair [55].

En revanche, la fusion de P-SA dans R-SA avec, chez cette dernière, une augmentation de capital correspondant

dispose d'aucune réserve latente, l'augmentation de capital de 200 chez R-SA n'est pas libérée à hauteur de 80. À concurrence de ce montant, R-SA peut toutefois utiliser ses propres réserves libres pour libérer cette part du capital nominal. Il ne s'agit alors plus d'une augmentation de capital entrant dans le cadre de la LFus, mais bien de la création d'actions gratuites au sens de l'article 652d CO. Les modalités prévues par cette disposition sont alors applicables. L'article 9 al. 2 LFus, qui exclut les dispositions sur l'apport en nature, ne permet en effet un allègement des modalités d'augmentation de capital que dans le cadre d'un transfert d'actifs nets comptables intervenant selon la LFus [57].

4. Fusion d'assainissement en droit fiscal

Pour commencer, nous examinerons ci-dessous la jurisprudence du Tribunal fédéral et la pratique actuelle de l'Administration fédérale des contributions (AFC). Nous verrons ensuite que toutes deux méritent d'être reconsidérées.

4.1 La situation actuelle

4.1.1 La jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans un arrêt du 15 août 2000 [58], le Tribunal fédéral s'est penché sur les conséquences fiscales d'une fusion d'assainissement au niveau de l'impôt sur le revenu. Le cas litigieux peut se résumer comme suit: deux personnes physiques détenaient à parts égales deux sociétés dans leur fortune privée. La première, X-AG, disposait d'un capital-actions de CHF 50 000 et de réserves ouvertes de plus de 700 000. La seconde, Y-AG, disposait également d'un capital-actions de CHF 50 000 mais présentait une perte au bilan de plus de 400 000. Les actionnaires décidèrent de fusionner X-AG dans Y-AG. Dans ce contexte, le capital-actions de Y-AG fut augmenté de CHF 50 000. Le fisc cantonal (Saint-Gall) considéra que les actionnaires avaient reçu une prestation appréciable en argent correspondant à l'entier de la perte au bilan de Y-AG (CHF 400 000) et les im-

«Forte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'AFC a mis en place une pratique stricte en matière de restructurations d'assainissement, plus particulièrement de fusions d'assainissement.»

mesures introduites par l'article 725 CO doivent être exécutées: l'assemblée générale doit être convoquée (art. 725 al. 1 CO) [49] et le juge avisé en cas de surendettement (art. 725 al. 2 CO) [50].

En outre, l'obligation de libération du capital au pair (art. 624 CO) demeure pleinement applicable [51]. Nous ne traiterons pas ici des délicates questions qui se posent lorsque la fusion intervient entre des sociétés qui ne sont pas entièrement détenues par le même actionnariat [52]. Dans la pratique, la plupart des fusions d'assainissement interviennent en effet dans un groupe de

au capital de la société reprise (200) soulève la question de la libération fictive du capital. En effet, dans le bilan de P-SA, le capital-actions de la société est découvert à hauteur de 80. Deux solutions sont alors possibles. Tout d'abord, P-SA peut disposer de réserves latentes (ou présenter une valeur supérieure à sa valeur de substance, donc disposer d'un goodwill). Dans ce cas, l'augmentation de capital peut intervenir à concurrence de 200 chez R-SA, celle-ci comptabilisant alors soit un goodwill à l'actif du bilan, soit une perte de fusion directement au débit des réserves [56]. En revanche, si la société absorbée ne

posa en conséquence. Le Tribunal fédéral confirma ce point de vue. L'argumentation des juges de Mon-Repos peut se résumer brièvement comme suit: la question qui se pose dans ce contexte est avant tout de déterminer si les actionnaires ont reçu une prestation appréciable en argent au sens de l'article 20 al. 1 let. c LIFD. Conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, cette norme doit s'interpréter selon une approche économique. Il convient en effet de s'assurer que le principe de la valeur nominale est appliqué avec rigueur. En particulier, pour des raisons de systématique fis-

d'importantes réserves. Bien que la décision du Tribunal fédéral porte essentiellement sur le principe de la bonne foi [65], il ressort de cette décision que la transaction est considérée, au niveau de l'impôt anticipé, comme une prestation appréciable en argent consentie à ses actionnaires par la société représentante.

4.1.2 La pratique de l'AFC

Forte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'AFC a mis en place une pratique stricte en matière de restructurations d'assainissement [66], plus

sainir. Dans notre exemple, la perte considérée fiscalement dans le bilan de P-SA se limiterait ainsi à 80, 100 étant compensé par la réserve générale.

L'AFC ne précise pas dans sa circulaire si la fusion intervient en neutralité fiscale au niveau des sociétés impliquées. Dans la mesure où le fisc semble disposé à accepter la neutralité fiscale de la fusion en cas de bilan déficitaire improprement dit, la fusion par reprise de la société «pauvre» ne devrait en règle générale pas entraîner l'imposition de réserves latentes [67] (sous réserve bien sûr des conditions générales de neutralité fiscale). En revanche, la question est plus délicate si la société saine est fusionnée dans la société en difficulté. Imaginons dans notre exemple que la société P-SA reprenne par fusion la société R-SA. Modifions légèrement le cas et admettons que R-SA dispose de réserves ouvertes libres à hauteur de 30, d'un capital-actions et de réserves ouvertes non distribuables très faibles (p. ex. 10), mais d'importantes réserves latentes. Le fisc considère-t-il dans ce cas que les réserves latentes transférées sont imposables et refuse-t-il la neutralité fiscale? La question n'est pas abordée dans la circulaire. Elle l'est en revanche, s'agissant des scissions et des transferts d'actifs isolés [68]. Dans ces situations, l'AFC semble considérer que si les réserves latentes sont utilisées pour assainir une autre société, la neutralité est refusée. Dans notre exemple modifié, force est de reconnaître qu'une partie des réserves latentes compensent la perte au bilan de P-SA. L'on peut donc craindre que l'AFC refuse, du moins partiellement, la neutralité fiscale [69]. Comme nous le verrons ci-dessous (4.2.2.2), une telle imposition ne serait toutefois pas justifiée selon nous.

4.1.2.2 Impôt anticipé

De manière générale, l'administration considère que l'assainissement est de l'unique ressort de l'actionnaire de la société en difficulté. En se basant sur cet axiome, l'AFC estime que les prestations appréciables en argent liées à un assainissement méritent un traitement spécial. En matière d'impôt anticipé, il convient en particulier de déroger au principe du bénéficiaire direct pour ap-

«La pratique actuelle de l'AFC et la jurisprudence du Tribunal fédéral sur laquelle elle repose sont critiquables à maints égards.»

cale [59], toute perte de substance fiscale doit être imposée. Par exemple, la transformation de réserves en capital-actions ou en créance dans le cadre d'une transposition [60] entraîne une imposition chez les actionnaires, sauf si la substance fiscale est maintenue (p. ex., en utilisant la solution dite de l'agio [61]). L'impôt sur le revenu est aussi prélevé en cas de paiements compensatoires ou d'augmentation de capital lors de restructurations d'entreprises. Dans le cas d'espèce, la fusion de X-AG dans Y-AG a permis l'assainissement de cette dernière. Il s'agit là d'un cas de prestation appréciable en argent. En effet, pour le Tribunal fédéral, en l'absence de fusion, les actionnaires auraient dû financer les mesures d'assainissement avec leurs fonds privés. L'opération ne s'explique donc que par le lien d'actionnariat commun entre les sociétés et conduit à une perte de substance fiscale. En conséquence, les actionnaires doivent être frappés de l'impôt sur le bénéfice à concurrence de la perte au bilan [62].

Dans une décision du 20 mars 2003 [63], le Tribunal fédéral s'est à nouveau penché sur la fusion d'assainissement. Dans cette affaire, une société de personnes [64] surendettée a été fusionnée dans une société anonyme disposant

particulièrement de fusions d'assainissement. Cette pratique ressort en particulier de la circulaire du 1^{er} juin 2004 «restructurations» (circulaire restructurations).

4.1.2.1 Impôts directs

La circulaire précitée traite de la fusion d'assainissement au chiffre 4.1.4.3.2. (impôt sur le revenu des personnes physiques détenant des actions des sociétés fusionnées dans leur fortune privée). Se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'AFC précise que si une fusion intervient entre une société saine et une société à assainir, il y a lieu de retenir une prestation appréciable en argent: les réserves de la société riche sont distribuées à l'actionnaire qui a «bénéficié dans la même mesure de l'assainissement réalisé». Si celui-ci est une personne physique qui détient les titres dans sa fortune privée, une imposition au titre de l'impôt sur le revenu est donc inévitable. L'administration indique que ce traitement se justifie par le fait que la substance fiscale a diminué. Le sens de la fusion ne joue en soi pas de rôle. L'AFC ajoute toutefois que cette situation ne se présente qu'en cas de bilan déficitaire proprement dit, c'est-à-dire en l'absence de réserves latentes ou ouvertes chez la société à as-

plier la théorie du triangle. Le bénéficiaire de la prestation n'est ainsi pas la société «assainie», mais bien l'actionnaire commun [70]. Cette particularité s'applique aussi en cas de fusion d'assainissement, ce que la circulaire restructurations précise explicitement au chiffre 4.1.4.4.2.

4.1.2.3 Droit de timbre d'émission

En matière d'assainissement en général, l'AFC va jusqu'au bout du raisonnement et de l'application de la théorie du triangle. Elle considère dès lors que les prestations appréciables en argent consenties par une société du groupe dans un tel contexte représentent un versement supplémentaire soumis au droit de timbre d'émission. Ceci malgré le formalisme applicable en matière de droits de timbre et le texte de l'article 5 al. 2 let. a LT [71].

La Circulaire restructurations (ch. 4.1.4.5) est toutefois muette en matière de fusion d'assainissement. Faut-il en conclure qu'il s'agit d'un silence qualifié et que le droit n'est pas dû [72]? On peut l'espérer, ce d'autant plus que la jurisprudence du Tribunal fédéral a confirmé que l'article 6 al. 1 let. a^{bis} LT s'applique strictement, notre Haute Cour allant jusqu'à octroyer la neutralité fiscale en matière de droit de timbre d'émission à la fusion de deux sociétés liquidées de fait (manteaux d'actions) [73].

4.1.2.4 TVA

Bien que le présent article ne traite pas de la TVA, précisons que la notice n° 1174 (dans sa nouvelle version) prévoit qu'en cas de fusions d'assainissement, la part des réserves de la société saine qui sert à compenser les pertes de

la société à assainir est assimilée à une «contribution à des fins d'assainissement» au sens de la notice n° 2375. Aux conditions prévues par cette dernière, une réduction de l'impôt préalable chez la société à assainir (P-SA, dans notre exemple) pourrait intervenir.

4.2 Critique de la pratique actuelle

La pratique actuelle de l'AFC et la jurisprudence du Tribunal fédéral sur laquelle elle repose sont critiquables à maints égards. Tout d'abord, de manière générale, il ne nous paraît pas approprié de prévoir un traitement fiscal spécial pour les situations d'assainissement (voir ci-dessous 4.2.1). S'agissant spécifiquement des fusions d'assainissement, nous verrons que leur imposition n'est pas compatible

avec la loi, notamment avec les clauses de restructurations (voir ci-dessous 4.2.2). Même en se basant sur une approche économique, il semble d'ailleurs difficile de justifier le traitement fiscal qui leur est réservé (voir ci-dessous 4.2.3).

4.2.1 Règles spéciales en cas d'assainissement

Si la notion d'assainissement intervient à diverses reprises dans le droit civil et fiscal, il n'en existe aujourd'hui pas une notion uniforme comme nous l'avons vu plus haut (voir ci-dessus 2). Appliquer un traitement fiscal particulier à des opérations au seul motif qu'elles interviennent dans le cadre d'un assainissement ne nous paraît, dans ce contexte, pas satisfaisant. En particulier, quelle définition retenir pour cette notion ? Celle de l'économie d'entreprise, du droit civil ou du droit fiscal ? Et dans ce dernier cas, quelle approche retenir pour quel impôt ?

En outre, les dispositions fiscales qui prévoient des règles spéciales pour les cas d'assainissement sont toutes en faveur du contribuable. Que cela soit dans le cadre du délai pour la compensation des pertes, des remises d'impôt, et même de la pratique en matière de TVA, le traitement fiscal spécifique aux situations d'assainissement cherche à ne pas pénaliser fiscalement ceux qui déjà consentent des sacrifices financiers dans ce cadre et à ne pas alourdir la charge financière de l'entreprise à assainir [76]. La jurisprudence et la pratique actuelle en matière d'impôts directs, d'impôt anticipé et de droits de timbre d'émission vont cependant dans le sens contraire. En considérant qu'un assainissement est forcément du ressort de l'actionnaire et en imposant celui-ci, la pratique actuelle adopte une interprétation fiscalisante qui s'oppose au sens voulu par le législateur dans ce genre de situation.

Hormis les cas où la loi le prévoit spécifiquement, il conviendrait donc à notre sens de renoncer à appliquer un traitement fiscal spécifique aux situations d'assainissement et de revenir aux règles générales du droit fiscal. En particulier, il conviendrait d'abandonner l'axiome selon lequel «l'assainissement

est du ressort de l'actionnaire» puisque, comme nous l'avons vu (voir ci-dessus 3.1.1), il ne trouve aucun support en droit civil, en particulier dans le droit des SA.

4.2.2 Absence de base légale relative à l'imposition en cas de fusion d'assainissement

Dans la décision du 15.8.2000, le Tribunal fédéral affirme que la fusion d'assainissement implique une prestation appréciable en argent en faveur de l'actionnaire [77]. Nous verrons que cette affirmation ne se vérifie pas de manière générale (voir ci-dessus 4.2.2.1). En outre, une fusion d'assainissement est une opération de restructuration pour laquelle le droit fiscal connaît, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la LFus, un traitement fiscal particulier (voir ci-dessus 4.2.2.2).

4.2.2.1 Prestation appréciable en argent en cas d'assainissement?

La doctrine [78] et la jurisprudence [79] considèrent qu'une prestation appréciable en argent requiert les conditions suivantes: (i) une disproportion entre une prestation effectuée par l'entreprise et une contre-prestation reçue de celle-ci; en d'autres termes, la relation entre prestation et contre-prestation ne résiste pas au test du *dealing at arm's length*. (ii) L'avantage est concédé à un actionnaire ou à un proche de celui-ci, étant entendu que les sociétés faisant partie du même groupe que la société sont assimilées à des proches. (iii) La disproportion est reconnaissable par les organes de la société. L'élément central de la prestation appréciable en argent réside donc dans l'octroi d'un avantage par la société «distributrice» à son actionnaire ou à un proche de celui-ci, cette distribution s'expliquant par le lien d'actionariat.

Il ne fait aucun doute qu'une distribution dissimulée de bénéfice peut se produire dans le cadre d'un assainissement. Le fait qu'une société connaisse des difficultés financières peut d'ailleurs représenter un indice en défaveur du caractère *arm's length* d'une opération. Par exemple, lorsqu'un prêt est accordé à une société en difficulté financière, les risques que l'examen des faits

conduise à admettre un prêt fictif, et donc un dividende dissimulé, sont plus importants que si la débitrice est en pleine santé financière [80].

Cela étant, il ne nous paraît pas correct d'admettre, comme semble le faire le Tribunal fédéral et la pratique de l'AFC, que l'assainissement d'une société du groupe implique nécessairement une prestation appréciable en argent en faveur de l'actionnaire. Encore faut-il en effet que celui-ci bénéficie d'un avantage en sa faveur. À la rigueur, la position défendue par le Tribunal fédéral se justifierait si l'on admettait que l'actionnaire a une obligation juridique d'assainissement, ce qui ne se vérifie pas dans la plupart des cas. Dans le cadre de la fusion de deux sociétés anonymes, en particulier, l'actionnaire ne bénéficie pas d'avantages appréciables en argent, dans la mesure où la société fusionnée ne reprend pas à son compte une dette de son actionnaire [81].

Il n'en demeure pas moins, dans le cadre d'une fusion d'assainissement, comme dans toute fusion d'ailleurs, que la société absorbée est dissoute et que ses actifs et passifs sont apportés à une autre société (du groupe). Son appauvrissement est total [82]. Un décompte sur ses réserves latentes [83] et une imposition de son actionnaire sur l'ensemble des actifs nets comptables transférés (hormis le capital nominal) [84] se justifierait s'il n'existait pas une disposition fiscale spécifique prévoyant le report de l'impôt lors de restructurations.

4.2.2.2 Fonctionnement de la neutralité en cas de restructurations

Les dispositions fiscales sur les restructurations [85] permettent, en matière d'impôt sur le revenu et le bénéfice, de différer une imposition qui interviendrait en application des principes généraux du droit fiscal [86]. La LFus n'a, sur ce point, pas apporté de changement quant à la mécanique fiscale [87]. Dans la mesure où les conditions de la neutralité sont remplies, l'opération demeure neutre fiscalement au niveau des sociétés impliquées dans la transaction. En outre, et bien que la loi ne le mentionne pas expli-

citement, elle reste également sans conséquence fiscale au niveau des actionnaires détenant les actions dans leur fortune privée [88].

Avec l'introduction de la LFus, les dispositions fiscales sur les restructurations ont été revues, notamment dans le but de garantir que le droit fiscal n'entrave pas le bon déroulement des restructurations prévues par le droit civil. L'objectif du législateur est en particulier «[...] d'assurer la neutralité fiscale de toutes les formes de restructuration prévues par la loi sur la fusion [...]» [89]. Pour ce faire, il a en particulier introduit le terme «notamment» dans la clause générale des normes traitant de la neutralité pour leur assurer une portée aussi large que possible [90]. La fusion d'assainissement étant expressément prévue par l'article 6 LFus, il semble évident qu'elle est couverte par les dispositions fiscales sur la neutralité des restructurations [91].

Les fusions de sociétés de capitaux ne sont pas énumérées à l'article 61 LFus, tant il est évident qu'elles bénéficient des règles sur les restructurations. La neutralité fiscale leur est garantie, pour autant toutefois qu'elles remplissent les conditions générales requises par la loi [92]. Outre le fait que les actifs et les passifs doivent être transférés à leur valeur comptable, le maintien de l'assujettissement des réserves latentes doit être garanti. Si le fisc perd dans l'opération la possibilité d'imposer les réserves latentes transférées, la neutralité fiscale est refusée à hauteur de la perte du substrat fiscal [93]. Si, par exemple, une société est fusionnée avec une société étrangère (sans maintien d'un établissement stable en Suisse) ou avec une entité exonérée, la neutralité fiscale n'est pas garantie, les réserves latentes échappant définitivement à l'impôt.

Dans le cadre de notre exemple, examinons tout d'abord la variante 2. Comme on le constate sur le tableau, les réserves ouvertes totales (et donc a fortiori les réserves latentes) restent identiques avant et après la transaction. Dans la mesure où les actifs nets comptables de la société à assainir sont encore positifs et que la fusion ne donne pas lieu à une augmentation de capital

nominal supérieure au solde encore intact des fonds propres, les réserves de la société saine ne sont pas utilisées pour l'assainissement. La situation correspond à ce qui aurait prévalu en cas de réduction de capital nominal chez P-SA suivie d'une fusion dans R-SA. Dans ce cas, le prélèvement de l'impôt sur le bénéfice sur d'éventuelles réserves latentes ou de l'impôt sur le revenu au niveau des actionnaires semble bel et bien hors de question. Bien qu'elle ne le mentionne pas explicitement, la circulaire restructurations semble l'admettre, notamment en précisant que l'imposition intervient si la fusion se fait «au détriment des réserves et des bénéfices reportés» [94] de la société saine.

Dans le cadre de la variante 3, la société saine est fusionnée dans la société à assainir. Une partie des réserves ouvertes de R-SA (80) est alors utilisée pour absorber la perte qui, avant la fusion, entame le capital-actions de P-SA. Dans cette situation, même si R-SA dispose de réserves latentes, elles ne sont pas utilisées pour compenser la perte; il n'y a dans cet exemple aucune raison de refuser l'application de l'article 61 LIFD. Cela étant, en modifiant l'exemple comme nous l'avons fait ci-dessus (4.1.2.1), on pourrait imaginer que les réserves latentes servent virtuellement à compenser les pertes de P-SA [95]. Mais même dans ce cas, le maintien de l'assujettissement des réserves latentes au sens de l'article 61 LIFD est selon nous garanti et l'imposition des réserves latentes ne se justifie pas. En effet, si l'on admet que des réserves latentes sont transférées et viendront, à leur réalisation, combler la perte de la société à assainir, il n'en demeure pas moins que, lors de leur dissolution, elles dégageront un bénéfice comptable qui augmentera le bénéfice imposable de la société issue de la fusion. Certes, ce bénéfice pourra être compensé par les pertes reportables fiscalement. Ce faisant, il réduira toutefois le solde des déficits fiscalement déductibles, augmentant d'autant les prétentions du fisc sur les bénéfices futurs réalisés par la société. Le fait que le transfert de pertes reportées dans le cadre de restructurations neutres fiscalement soit explicitement admis par le fisc témoigne d'ailleurs du fait que l'existence de pertes

chez la société reprenante ne saurait remettre en question le «maintien de l'assujettissement» des réserves latentes.

La situation est plus délicate dans le cas de la variante 1. Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'augmentation de capital de 200 chez R-SA soulève la question de la libération fictive du capital. Il convient alors de distinguer la situation où P-SA dispose de réserves latentes de celle où elle n'en a pas.

Dans le premier cas, P-SA doit pouvoir fusionner en neutralité fiscale selon l'article 61 LIFD. Dans la mesure où des réserves latentes existent avant la fusion, le fisc n'est pas préterité par l'opération. La société aurait en effet pu, avant l'opération, réévaluer ses actifs et compenser ainsi la perte reportable. La circulaire restructurations [96] semble d'ailleurs admettre ce point de vue, puisqu'elle limite les conséquences fiscales négatives des fusions d'assainissements aux situations où la société à assainir présente un bilan déficitaire proprement dit. Précisons d'ailleurs que la comptabilisation dans ce cas, chez R-SA, d'un goodwill correspondant aux réserves latentes ayant servi à libérer le capital nominal (80) ou la comptabilisation d'une perte de fusion directement au débit des fonds propres de R-SA doit rester sans incidence fiscale. Bien sûr, l'amortissement du goodwill ou la perte de fusion ne peuvent être déduits fiscalement chez R-SA. La situation est à notre sens en effet identique à celle qui prévaudrait en cas d'apport des actions de P-SA à R-SA, suivi d'une fusion de la fille (P-SA) dans la mère (R-SA).

Si P-SA ne dispose d'aucune réserve latente, la question de leur imposition dans le cadre de la fusion est réglée. S'agissant de R-SA, même si celle-ci disposait de réserves latentes pouvant, immédiatement ou à terme, servir à compenser les pertes de P-SA, leur imposition dans le cadre de la fusion nous semble exclue. En plus des raisons avancées dans le cadre de la variante 3, la neutralité se justifie en particulier par le fait que la société reprenante n'aliène pas ses actifs et passifs dans le cadre de l'opération et que, partant, aucun acte de réalisation ne permet le prélèvement de l'impôt.

En revanche, dans la variante 1, l'utilisation des réserves de R-SA pour libérer le capital nominal augmenté chez elle correspond à l'octroi d'actions gratuites. Le fisc serait donc, à première vue, en droit d'imposer les actionnaires détenant les actions dans leur fortune privée en se fondant sur l'article 20 al. 1 let. c LIFD. Cela étant, on peut douter que cette imposition soit justifiée. En effet, l'imposition des actions gratuites trouve son fondement dans des raisons de systématique fiscale [97]: la transformation de réserves ouvertes en capital nominal implique, dans le contexte du principe de la valeur nominale, une perte de substance au niveau de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé. L'actionnaire concerné bénéficie d'une augmentation de capital nominal. Tel n'est pas le cas dans notre exemple. Comme nous allons le voir, le fisc n'a, par rapport à la situation avant la fusion et sous réserve des cas d'abus, pas à déplorer une perte de substance fiscale. Dès lors, de même que la pratique de l'AFC admet que les soultes payées par l'une des sociétés impliquées dans une fusion et qui correspondent à une réduction de capital nominal ne sont pas imposables [98], il conviendrait de faire ici aussi une exception à l'imposition des actions gratuites.

4.2.3 Absence de perte de substance fiscale (approche économique)?

Aussi bien le Tribunal fédéral [99] que l'AFC [100] justifient la pratique en cas de fusion d'assainissement par le fait que de la substance fiscale (*latente Ausschüttungssteuerlast*) échappe à l'imposition. A première vue, cela semble se justifier par le fait que des réserves de la société saine sont utilisées pour combler des pertes. Un examen plus attentif de la situation permet toutefois de s'assurer du contraire.

Précisons tout d'abord que ceci ne peut en aucun cas concerner le montant des pertes qui correspond encore à des réserves ouvertes. Dans notre exemple, nous avons présenté le montant des pertes de P-SA (180) sans les compenser avec la réserve générale. L'article 671 al. 3 CO prévoit toutefois la possibilité d'utiliser celle-ci, même si elle est inférieure à 50 % du capital-actions, pour

compenser les pertes. Cette partie des réserves a donc économiquement disparu avant la fusion d'assainissement déjà. L'AFC, en se basant sur la notion de bilan déficitaire proprement dit, semble d'ailleurs admettre ce point.

Demeure donc uniquement la part des pertes qui excède la réserve générale, c'est-à-dire qui entame le capital-actions et, en cas de surendettement, les fonds étrangers. Dans la variante 2, nous l'avons vu, les réserves restent identiques. En revanche, dans la variante 1 ou dans la variante 3, le montant total des réserves distribuables est, immédiatement après la fusion, réduit à concurrence de cette partie de la perte (dans notre exemple: 80). En y regardant de plus près, on s'aperçoit que le fisc n'a malgré tout pas perdu de substance fiscale.

En effet, un assainissement intervient pour permettre la continuité de l'exploitation de la société en difficulté financière et dans l'espoir de la voir retrouver une capacité bénéficiaire [101]. En l'absence de fusion d'assainissement (p. ex. en cas de simple postposition des créances ou d'augmentation de capital), les bénéfices futurs viennent compenser la perte au bilan et reconstituer le capital-actions. Ils ne sont ainsi, jusqu'à concurrence des pertes reportées, imposés ni au niveau de l'impôt anticipé, ni à celui de l'impôt sur le revenu. La fusion d'assainissement ne fait qu'accélérer ce processus: au lieu de pouvoir absorber des profits futurs, les pertes absorbent des réserves de la société saine. Ce faisant, les pertes disparaissent, laissant ainsi apparaître au bilan de la société issue de la fusion les bénéfices réalisés ultérieurement et les soumettant de ce fait à l'impôt [102].

Il n'est donc pas exact de prétendre que la fusion fait disparaître de la substance fiscale. Bien au contraire, dans une optique de continuité de l'exploitation (going concern), l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la pratique de l'administration introduit une double imposition. Les actionnaires sont imposés une première fois au moment de la fusion, puis une seconde fois au moment de la distribution des bénéfices générés après l'assainissement. Contrairement à ce que pré-

tend notre Haute Cour, la situation est très différente de celle d'une transposition ou d'une augmentation de capital nominal dans le cadre d'une restructuration. Dans ces deux cas, en effet, le contribuable bénéficie, après l'opération litigieuse, de la possibilité de distribuer en neutralité fiscale un montant de réserves plus important qu'avant la transaction. De la substance imposable (des réserves ouvertes ou latentes) est transformée en un élément non imposable (du capital-actions ou une créance). Dans le cas de la fusion d'assainissement, si l'on retient la pratique imposée par le Tribunal fédéral, un élément non imposable (une perte au bilan permettant d'absorber des profits futurs) est transformé en un substrat taxable.

Cela étant, il convient de réserver les cas d'évasion fiscale [103]. Si la fusion n'a pas pour but d'effectuer un véritable assainissement, mais au contraire poursuit comme seul objectif de récupérer des pertes encore utilisables fiscalement, les conséquences décrites dans la circulaire restructurations au chiffre 4.1.4.3.2 se justifient. Tel serait par exemple le cas si l'une des deux sociétés participant à l'opération était, au moment de la fusion, économiquement liquidée. Conformément à la jurisprudence [104] et à la pratique en vigueur avant la LFus déjà [105], le fisc serait dans ce cas en droit de considérer que la société dont l'activité a cessé est liquidée de fait. Il s'ensuivrait que ses réserves latentes seraient imposables et que ses actifs nets comptables seraient réputés distribués à l'actionnaire. Les pertes ne seraient en outre plus utilisables par la société reprenante.

5. Conclusion

Du point de vue du droit civil, la LFus introduit explicitement la possibilité d'effectuer une fusion d'assainissement. Le législateur considère en effet que ce genre d'opération est souhaitable pour permettre la survie d'entreprises en difficulté. L'article 6 LFus prévoit toutefois que la société saine doit disposer de réserves librement distribuables qui couvrent le montant de la perte en capital au sens de l'article 725 al. 1 CO ou du surendettement visé par l'article 725

al. 2 CO. Si tel n'est pas le cas, il est également possible de remplacer cette exigence par une postposition de créance à hauteur du même montant. En tout état de cause, les règles générales du droit civil doivent être respectées, en particulier l'interdiction de libération au dessous du pair.

Le fisc assimile ce genre d'opération à une prestation appréciable en argent, notamment parce qu'il considère que l'assainissement est nécessairement du ressort de l'actionnaire. Cet axiome ne se justifie pas, notamment si l'on tient compte des dispositions de droit civil. De plus, l'administration considère que la fusion d'assainissement implique une perte de substance fiscale. Comme nous l'avons vu, cet argument est également contestable. Certes, les réserves sont provisoirement réduites par l'absorption des pertes. Toutefois, par la même occasion, les bénéfices futurs réalisés par la société issue de la fusion apparaissent au bilan et accroissent le substrat fiscal.

Sous réserve des cas d'abus, les règles sur les restructurations d'entreprises, en particulier l'article 61 LIFD, devraient permettre de pratiquer une fusion d'assainissement en neutralité fiscale, aussi bien au niveau des sociétés impliquées dans l'opération qu'à l'échelon des actionnaires. Bien que les dispositions fiscales modifiées par la LFus ne traitent pas directement de cette question, le fait que le droit civil autorise dorénavant explicitement la fusion d'assainissement, conjointement avec la volonté du législateur de ne pas entraver fiscalement les restructurations prévues par le droit civil, renforce encore l'argumentation contre la solution imposée actuellement par le Tribunal fédéral.

Notes

- 1 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 (cité: message LFus).
- 2 Rubli, Armand, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, thèse (Zurich), Zurich 2002, p. 71; Oberson Xavier, Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux, in: Foëx B/Théve-

- noz L. (éd.), Insolvenze, désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Genève 2000, p. 188 (cité: Oberson, assainissement); Reinartz Peter, Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechtes, in: AJP 4/1997, p. 444; Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3^{ème} édition, Zurich 2004, p. 1666 n. 716; Koeferli Jürg A., Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, thèse (Zurich), Zurich, 1994, p. 3ss.
- 3 Boemle Max/Stolz Carsten, Unternehmensfinanzierung, p. 622.
- 4 Boemle/Stolz, p. 625; Reinartz, p. 444.
- 5 Comme le relève Rubli, p. 72 s., ce terme intervient aussi dans la loi sur les poursuites et faillites et dans la législation bancaire.
- 6 Böckli, p. 1666 n. 716; Reinartz, p. 444; Koeferli, p. 5; Rubli, p. 73.
- 7 Wüstiner, BS-Kommentar, art. 725 n. 1ss.
- 8 Wüstiner, BS-Kommentar, art. 725 n. 13ss.
- 9 Böckli, p. 1667, n. 721; Wüstiner, BS-Kommentar, art. 725 n. 21.
- 10 Et leurs pendants aux art. 10 al. 3 et 25 al. 3 LHID.
- 11 Oberson, assainissement, p. 188; Rubli, p. 77, Koeferli, p. 7; Brülisauer/Kuhn, KSS, art. 67 n. 27; Athanas Peter/Suter Christoph, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, in: Roberto V. (éd.), Sanierung der AG, Zurich 2003, p. 192.
- 12 Riedweg Peter, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung, in: l'EC 4/1995, p. 247; Oberson, assainissement, p. 188 et Koeferli, p. 7. Pour une définition de la notion d'assainissement dans le cadre du droit fiscal (en particulier de l'art. 67 al. 2 LIFD), v. Brülisauer/Kuhn, KSS, art. 67 n. 27ss et Reinartz, p. 446s.
- 13 Une augmentation de capital n'est, par exemple, pas considérée comme une mesure d'assainissement au sens fiscal du terme. V. Riedweg, p. 247; Athanas/Suter, p. 193.
- 14 Riedweg, p. 247; Athanas/Suter, p. 193; Oberson, assainissement, p. 195; Reinartz, p. 447; Brülisauer/Kuhn, KSS, art. 67 n. 29 (critiques s'agissant de la réévaluation au-delà du coût d'acquisition).
- 15 S'agissant de la notion d'assainissement en matière de droit de timbre, v. Oberson, assainissement, p. 198; Reinartz, p. 455; Athanas/Suter, p. 204.
- 16 Riedweg, p. 250; Athanas/Suter, p. 205.
- 17 Il n'est donc pas possible, sur la base de la définition donnée en TVA, de rattacher la notion d'assainissement à celle liée à l'art. 725 al. 1 CO. V. notice n° 23 de juillet 2003 (610.543-23), ch. 3.1.; v. à ce sujet Baumgartner Ivo, Kapitaleinlagen, Subventionen und andere Zuschüsse im Mehrwertsteuerrecht, in: FStR 4/2003, p. 258ss.
- 18 V. à ce sujet: Kurer, BS-Kommentar, art. 680 n. 9; Reinartz, p. 450. V. aussi Watter Rolf, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, in: AJP 2/1996, p. 146 pour qui l'assainissement peut même, à certaines conditions, être délicat du point de vue de la mère.
- 19 Böckli, p. 1678 n. 752; von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas/Kessler Franz J./Dietrich Martin/Berlinger Katja, Das Fusionsgesetz, Zurich 2004 (cite: von der Crone et al.), p. 469.
- 20 Böckli, p. 339 n. 202; sur la controverse sous l'ancien droit v. Böckli, Aktienrecht 2^{ème} édition, Zurich 1996 p. 182 s.
- 21 Böckli, p. 341 n. 206 s.
- 22 Message LFus, p. 4053. V. aussi les propos de M. Rolf Schweiger, rapporteur de la commission juridique du Conseil national, in: BO CE, séance du 21 mars 2001.
- 23 Böckli, p. 340 n. 203; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 5.
- 24 Message LFus, p. 4053; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 8.
- 25 Pour un aperçu sur les différents termes: Chambre fiduciaire, Normes d'audit suisses (NAS), Zurich 2004, NAS 290, p. 164.
- 26 Art. 656a al. 2 CO; Böckli, p. 1666 n. 717.
- 27 Fostmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, p. 670 n. 196; Wüstiner, BS-Kommentar, art. 725 n. 18; Böckli, p. 1668 n. 723; Vouilloz François, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de faillite, in: l'EC 4/2004, p. 313.
- 28 Art. 671a CO.
- 29 Art. 671b CO.
- 30 Art. 671 al. 3 CO. V. Böckli, p. 340 n. 203, en particulier note en bas de page n° 357; Wüstiner, BS-Kommentar, art. 725 n. 18; Vouilloz, p. 313; von Salis-Lütolf Ulysses, Fusionsgesetz, Februar 2004, publié sur le site: www.fusionsgesetz.ch., p. 23.
- 31 Message LFus, p. 4053. A noter que certains auteurs considèrent que l'agio n'est pas librement distribuable (en particulier Böckli, p. 1410; pour un aperçu de la controverse sur la distribution de l'agio, v. Untersander Oliver, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, thèse (Zurich), Zurich 2003, p. 69ss. – qui se prononce contre la libre distribution de l'agio – et Kurer, BS-Kommentar, art. 675 n. 19 – qui se prononce, selon nous à juste titre, pour la possibilité de distribuer l'agio si la réserve générale dépasse 50 % du capital-actions); dans la mesure où l'agio est considéré comme non distribuable indépendamment de la règle des 50 %, il doit être pris en compte dans le montant de la réserve légale; v. Böckli, p. 1668 n. 724.
- 32 Wüstiner, BS-Kommentar, art. 725 n. 29; Böckli, p. 1674 n. 746.
- 33 Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 16.
- 34 Message LFus, p. 4054.
- 35 Von Salis-Lütolf, p. 24; von der Crone et al., p. 111.
- 36 Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 13.
- 37 Message LFus, p. 4053; von Salis-Lütolf, p. 23; von der Crone et al., p. 110s.; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 15.
- 38 Message, p. 4053.
- 39 Böckli, p. 341 n. 205.
- 40 Von Salis-Lütolf, p. 22 et 24. Frey, Handkommentar, art. 6 n. 4 et Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 15 ne prennent pas explicitement position sur la question; ils précisent, comme dans le texte légal, que les réserves libres doivent combler le déficit.

- 41 Imaginons dans notre exemple que P-SA présente la situation décrite dans le tableau, mais que R-SA ait un capital de 20, des réserves légales de 10 et des réserves libres de 30. Selon l'approche défendue ici, la fusion est autorisée dans ce cas. Admettons que P-SA reprend R-SA sans augmentation de capital. Dans ce cas, la perte au bilan dans la société issue de la fusion est réduite à 120; malgré cela, 20 de capital-actions n'est pas couvert après la fusion. La société issue de la fusion n'est toutefois plus dans la situation de l'art. 725 al. 1 CO.
- 42 Message LFus, p. 4053.
- 43 Rolf Schweiger, BO CE, séance du 21 mars 2001: «[...] an die Stelle des frei verwendbaren Eigenkapitals ganz oder teilweise auch Guthaben von Gesellschaftsgläubigern treten können, sofern solche Gläubiger einen Rangrücktritt erklären.»
- 44 V. Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 14 et n. 26; von der Crone et al., p. 110; contra: von Salis-Lütolf, p. 24 qui considère que la postposition ne peut que concerner le surendettement et non la partie de la perte tombant sous le coup de l'art. 725 al. 1 CO. Cette interprétation ne nous paraît pas compatible avec le texte légal et sa genèse.
- 45 Message, p. 4053; Frey, Handkommentar, art. 6 n. 5; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 14. Au sujet des conditions de postposition, v. Böckli, p. 1691ss n. 791ss.; Vouilloz, p. 316ss; NAS 290, p. 171ss.
- 46 V. à ce sujet, Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 26ss.
- 47 L'art. 24 LFus ne mentionne pas l'art. 6 al. 2 LFus.
- 48 Message LFus, p. 4054; Böckli, p. 341 n. 206s.
- 49 Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 3.
- 50 Message LFus, p. 4053; Böckli, p. 340 n. 203. La fusion peut éventuellement permettre un ajournement de faillite.
- 51 Von der Crone et al., p. 111s; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 18; Glanzmann, Handkommentar, art. 7 n. 19.
- 52 A ce sujet, v. Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 21ss; Glanzmann, Handkommentar, art. 7 n. 18ss; von der Crone et al., p. 112.
- 53 Message LFus, p. 4054; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 6 n. 20; Glanzmann, Handkommentar, art. 7 n. 18.
- 54 Dans la mesure où les actionnaires des sociétés impliquées dans la fusion sont des personnes physiques détenant les actions dans leur fortune privée ou sont à l'étranger, le principe de la valeur nominale commande d'éviter des diminutions de capital nominal.
- 55 Si P-SA était surendettée, seule une fusion sans augmentation de capital chez R-SA serait possible sans problème de libération au-dessous du pair.
- 56 Chambre fiduciaire, Manuel suisse d'audit (MSA), Tome 1, Zurich 1998, p. 213 parle de goodwill ou perte de fusion; le MSA autorise aussi à passer directement la perte de fusion au débit des réserves ouvertes. Boemle/Stolz, p. 600 parlent de disagio de fusion.
- 57 Au sujet de cette disposition et en particulier de la question de savoir si elle s'applique aussi aux augmentations de capital «volontaires», c'est-à-dire qui n'interviennent pas dans le cadre d'un rapport d'échange, v. Bodmer, Handkommentar, art. 9 n. 14; Albrecht, ZH-Kommentar, art. 9 n. 30; von Salis-Lütolf, p. 58.
- 58 ATF du 15.8.2000, in: Archives 70, 289ss.
- 59 ATF du 15.8.2000, in: Archives 70, 293.
- 60 L'actionnaire apporte des actions qu'il détient dans sa fortune privée à une société qu'il contrôle.
- 61 V. ATF du 15.8.2000, in: Archives 70, 292s.
- 62 Une partie de la doctrine approuve les conclusions de cette décision: Waldburger Robert, Rechtsprechung im Jahr 2000, in: FSrR 2/2001, p. 154; Spori Peter/Waldburger Robert, IFF Seminar 29/30. September 2003, Lösung Fall 1, p. 2. D'autres auteurs au contraire critiquent cette décision: Behnisch Urs/Locher Peter, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, in: ZBJV 138/2002, p. 488; Meuter, Die steuerliche Behandlung der Rückzahlung von Agio, in: Zürcher Steuerpraxis 2/2002, p. 94ss; Spori Peter/Gerber Reto, Fusionen und Quasifusionen im Recht der direkten Steuern, in: Archives 71, p. 694; Locher, Kommentar, Rev. art. 61 n. 32.
- 63 ATF du 20.3.2003 (2A.454/2002), non publié.
- 64 Société en nom collectif ou société en commandite; l'état de fait ne le précise pas, mais indique seulement que la personne physique concernée était responsable de manière illimitée.
- 65 Le contribuable se prévaut d'un «ruling» qui lui aurait donné l'assurance que la transaction n'était pas soumise à l'impôt anticipé.
- 66 Nous ne traiterons pas ici des scissions d'assainissement (v. circulaire restructurations ch. 4.3.2.15 et 4.3.4.3), ni des transferts d'actifs isolés dans le groupe au sens de l'art. 61 al. 3 LIFD (v. circulaire restructurations ch. 4.5.2.13. et 4.5.3.3.). Les considérations qui suivent s'appliquent toutefois aussi à ce type d'opérations.
- 67 V. aussi ci-dessous 4.2.2.2.
- 68 V. ci-dessus note n° 66.
- 69 Dell'Anna Fabio/Staub Andri T., Particularités fiscales en cas d'assainissement, 2^{ème} partie, in: l'EC 8/2004, p. 678 semblent être d'un autre avis, bien que la question ne soit pas explicitement abordée.
- 70 V. à ce sujet: notice AFC de février 2001 (S-02.141): « Notice pour la désignation du bénéficiaire de prestations en matière d'impôt anticipé », ch. II.1. (cité: notice février 2001). V. aussi: Hochreutener Hans Peter, Verrechnungssteuer auf geldwerten Leistungen: Lockerung der Direktbegünstigungstheorie, in: l'EC 1-2/2001, p. 88; Bauer-Balmelli Maja, Änderungen in der Anwendung von Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie, in: FSrR 1/2001, p. 61.
- 71 Notice février 2001, ch. II.1. Pour une critique de cette théorie du triangle en matière de droit de timbre, v. Bauer-Balmelli, p. 64.
- 72 Dans ce sens Dell'Anna/Staub, p. 679.
- 73 ATF du 5.2.1996, in: Archives 65, 666.
- 74 Notice TVA n° 11 (Transfert de patrimoine avec procédure de déclaration), version remaniée suite à la Lfus, à paraître, (610.545-11), ch. 5.1.
- 75 Notice TVA n° 23 (Contributions des actionnaires et des associés, contributions de tiers et contributions à des fins d'assainissement), version au 1^{er} juillet 2003 (610.545-23).
- 76 Brülisauer/Kuhn, KSS, art. 67 n. 35.
- 77 ATF du 15.8.2000, in: Archives 70, 291 et 294.
- 78 V. par exemple: Oberson Xavier, Droit fiscal suisse, 2^{ème} édition, Bâle 2002, p. 189s.; Locher, Kommentar, art. 58 n. 99s.; Buchser, Steueraspekte geldwerter Leistungen, thèse (Berne), Muri/Berne 2004, p. 149ss.
- 79 V. entre autres ATF 11.12.1981, in: ATF 107 Ib 330s.; ATF du 14.5.2004 (2A.249/2003), non publié, consid. 3.1.
- 80 V. ATF du 30.4.2002, in: StR 2002, 558, en particulier 563; TA ZH du 22.11.2000, in: StE 2001 B.24.4. N.60; v. aussi Locher, Kommentar, art. 58 n. 117; Spori/Waldburger, IFF Seminar 29/30. September 2003, Lösung Fall 1, p. 2.
- 81 V. Behnisch/Locher, p. 489 qui considèrent qu'il n'y a en l'espèce pas de «Zufluss». Il pourrait en aller autrement en cas de fusion d'assainissement de sociétés de personnes surendettées. Dans ce cas, contrairement aux actionnaires, les associés ont une responsabilité personnelle que la fusion peut éventuellement éteindre.
- 82 Reich, in: Reich Markus/Duss Marco, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Bâle 1996, p. 264, parle de Entnahmestabstand.
- 83 L'art. 58 al. 1 let. c LIFD prévoit l'imposition des bénéfices de liquidation.
- 84 Art. 20 al. 1 let. c LIFD.
- 85 Art. 19 et 61 LIFD; art. 8 al. 3 et 3^{bis} LHID; art. 24 al. 3 à 3^{quinièmes} LHID.
- 86 V. message LFus, p. 4024; v. aussi Behnisch, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Bâle 1996, p. 208s.; Locher, Kommentar, Rev. art. 61 n. 9.
- 87 Ce que Locher critique; v. Locher, Kommentar, Rev. art. 61 n. 9.
- 88 Reich, KSS I/2a, art. 61 n. 15; Locher, Kommentar, rev. art. 61 n. 39s. et n. 42. La loi fiscale prévoit une clause spécifique pour les actionnaires détenant les titres dans leur fortune commerciale (art. 19 al. 1 let. c LIFD) et pour les personnes morales (art. 61 al. 1 let. c LIFD).
- 89 Message LFus, p. 4026; Oberson/Glauser, commentaire LFus, Introduction générale aux dispositions fiscales, n. 12ss.
- 90 Oberson/Glauser, commentaire LFus, Introduction générale aux dispositions fiscales, n. 14; Merlino Nicolas, Les aspects fiscaux de la nouvelle loi sur la fusion, in: RSDA 3/2004, p. 275.
- 91 Locher, Kommentar, Rev. art. 61 n. 32; Spori/Gerber, p. 694.
- 92 Oberson/Glauser, art. 61 n. 9s.; Ludwig, ZH-Kommentar, Fusionen: Steuern, n. 7; Spori/Gerber, p. 691s.
- 93 Locher, Kommentar, Rev. art. 61 n. 17ss.
- 94 Circulaire restructurations, ch. 4.1.4.3.2.
- 95 Si les actifs nets comptables apparents de R-SA se montent à 40 (30 de réserves libres et 10 de capital-actions/réserves légales), des réserves latentes à hauteur de 40 compenseront, au moment de leur réalisation, la perte qui entame encore le capital-actions après la fusion.
- 96 Circulaire restructurations, ch. 4.1.4.3.2.
- 97 Locher, Kommentar, art. 20 n. 130; Untersander, p. 54.

- 98 Circulaire restructurations 4.1.2.3.3.
- 99 ATF du 15.8.2000, in: Archives 70, 293.
- 100 Circulaire restructurations, ch. 4.1.4.3.2.
- 101 V. ci-dessus 2; v. aussi Dell'Anna/Staub, p. 680.
- 102 V. aussi Athanas/Suter, p. 214s.
- 103 Behnisch/Locher, p. 489.
- 104 ATF du 30.11.1992, in: Archives 63, 218ss.
- 105 Reich/Duss, p. 272; Locher, Kommentar, art. 61 n. 31; Ludwig, ZH-Kommentar, Fusion: Steuern, n. 30ss; Dell'Anna/Staub, p. 680. V. aussi circulaire restructurations, ch. 4.1.2.2.4.

Références

Plusieurs citations se réfèrent à des commentaires. Ceux-ci sont cités ci-dessous avec le nom de l'auteur, l'abréviation du commentaire, l'article de loi concerné et la note marginale. Les abréviations suivantes sont utilisées:

Zweifel M./Athanas P. (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Art. 1–82, Bâle 2000 (cité: KSS).

Honsell H./Vogt N.P./Watter P. (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,

Obligationenrecht II, 2^{ème} édition, Bâle 2002 (cité: BS-Kommentar).

Baker & McKenzie (éd.), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz Berne 2003 (cité: Handkommentar).

Vischer Frank/Beretta Piera/Müller Roland M. (Redaktion), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich 2004 (cité: ZH-Kommentar).

Locher Peter, Kommentar zum DBG, II. Teil, Bâle 2004 (cité: Kommentar).

Peter Henry, Trigo Trindade Rita (éd.), Commentaire LFus, Zurich 2004 (à paraître) (cité: commentaire LFus).

ZUSAMMENFASSUNG

Sanierung mittels Fusion

Eine Sanierungsfusion liegt vor, wenn eine Gesellschaft mit Bilanzverlusten mit einer gesunden Gesellschaft fusioniert. In diesem Fall stellen sich unabhängig von der Zielrichtung der Fusion (die gesunde Gesellschaft wird übernommen oder übernimmt die zu sanierende Gesellschaft) heikle zivil- und steuerrechtliche Fragen.

1. Zivilrechtliche Aspekte

Durch Art. 6 *Fusionsgesetz (FusG)* gestattet der Gesetzgeber jetzt ausdrücklich Sanierungen mittels Fusion. Diese Bestimmung greift, falls anlässlich einer Fusion bei einer der beteiligten Gesellschaften ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 1 oder Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt. In diesem Fall ist die Transaktion unter der Bedingung gestattet, dass die andere Gesellschaft frei verfügbare Reserven im Umfang der Unterdeckung (hälftiger Kapitalverlust) oder der Überschuldung hat. Die Voraussetzung frei verwendbaren Eigenkapitals entfällt, sofern Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften in der Höhe des Betrags im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Ein besonders befähigter Revisor muss bestätigen, dass diese materielle Voraussetzung erfüllt ist. Ausserdem befreit eine Sanierungsfusion auch nicht von den weiteren Bestimmungen des FusG, d.h. insbesondere den Bestimmungen zum Gläubi-

gerschutz. Gleiches gilt für die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften wie z.B. das Verbot einer fiktiven Liberierung des Kapitals.

2. Steuerrechtliche Aspekte

Das Bundesgericht hat bereits einige Urteile zu Sanierungsfusionen gefällt (siehe Urteil vom 15. August 2000, Archiv 70, 289 ff.). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hat die *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)* mit ihrem Kreisschreiben vom 1. Juni 2001 über Umstrukturierungen besondere Regeln für Sanierungsfusionen eingeführt. Der Fiskus nimmt insbesondere an, dass wenn die zu sanierende Gesellschaft eine echte Unterbilanz aufweist (keine offenen oder verdeckten Reserven), die Fusion eine geldwerte Leistung an die Aktionäre als natürliche Personen darstellt, welche die Aktien als Teil ihres Privatvermögens halten. Unseres Erachtens ist diese allgemein übliche Praxis nicht gerechtfertigt.

Tatsächlich kann im Gegensatz zu der vom Bundesgericht angenommenen und von der ESTV übernommenen Auslegung korrekterweise nicht behauptet werden, dass eine Sanierung notwendigerweise in den Verantwortungsbereich des Aktionärs fällt. Bei Sanierungsfusionen kann ausserdem nicht automatisch angenommen werden, dass der Aktionär eine geldwerte

Leistung erhält. Hinzu kommt, dass die steuerrechtlichen Bestimmungen im Falle von Unternehmensumstrukturierungen (insbesondere Art. 61 DBG) vorsehen, dass Umstrukturierungen für die teilnehmenden Unternehmen und ihre Aktionäre steuerneutral zu erfolgen haben. Da das FusG Sanierungsfusionen ausdrücklich vorsieht, fallen diese unter Art. 61 DBG. Letzten Endes entbehrt der Standpunkt des Bundesgerichts, wonach eine Sanierungsfusion einen Verlust an Steuersubstrat darstellt, unseres Erachtens der Rechtfertigung. Im Gegensatz zu Transponierungen und nominalen Kapitalerhöhungen bei Umstrukturierungen implizieren Sanierungsfusionen keine Kapitalerhöhungen und somit keinen Verlust an Steuersubstrat. Im Zuge dieser Fusionen werden zwar Rücklagen durch Verluste aufgebraucht, letztere hätten allerdings nach erfolgter Sanierung ihrerseits gegen zukünftige Gewinne aufgerechnet werden können. Daher stellt auch heutzutage eine Sanierungsfusion keinen Steuersubstratverlust mehr dar. Ganz im Gegenteil führt die aktuelle Praxis des Bundesgerichts zu einer Doppelbesteuerung: zunächst wird anlässlich der Sanierungsfusion besteuert und ein zweites Mal bei der Gewinnverteilung an die Aktionäre nach erfolgter Sanierung.

PMG/CHW