

Aspects fiscaux de la vente et du transfert de participations au sein du groupe

Imposition des plus-values (latentes) ou neutralité fiscale?

Dans le cadre de la restructuration d'un groupe, il est fréquent d'être confronté à des transferts de participations, lesquels remplacent souvent des restructurations plus classiques (fusions, scissions, etc.). Ainsi, voit-on des groupes changer leur structure en regroupant leurs filiales par produits au lieu de le faire par marchés, en séparant sous des sous-holdings distincts les activités financières et commerciales.

Ces opérations doivent s'examiner dans le contexte des récents développements en droit fiscal, notamment de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés [1], de la concrétisation par la pratique de l'Administration fédérale des contributions (ci-après: «AFC») de cette réforme [2], ainsi que des discussions et des modifications de la pratique concernant les prestations appréciables en argent entre sociétés d'un même groupe (théorie du triangle et théorie du bénéficiaire direct). Nous examinerons ici les conséquences fiscales de ce type de transactions, en portant une attention particulière à l'impôt sur le bénéfice des sociétés [3]. Nous limiterons ici notre propos aux transferts de participations à l'intérieur d'un groupe et ne traiterons de ce fait pas les *quasi-fusions* ou *share for share deals* qui interviennent le plus souvent dans le cadre de transactions entre tiers.

1. Introduction et définitions dans la pratique actuelle

Par participation, nous entendrons ici des parts dans le capital de sociétés de

capitaux donnant droit à au moins 20% des droits de vote dans la société. Nous nous alignerons ainsi sur la définition de l'article 665a du Code suisse des obligations (CO).

Dans la *pratique actuelle* de l'AFC et de la plupart des cantons, le transfert de participations peut prendre deux for-

mes : les «ventes» et les «transferts» au sens technique du terme ou «transferts proprement dits» [4].

Par *vente*, on entend selon la pratique actuelle de l'AFC [5] toute aliénation à titre onéreux de la participation qui implique pour la société vendeuse la comptabilisation d'un actif sous la forme soit de liquidités soit d'une créance envers l'acheteuse [6]. En cas de *transfert* proprement dit, la participation est en revanche transférée par la société aliénatrice sans comptabilisation d'un actif en contrepartie. Il en résulte automatiquement une réduction des fonds propres chez l'aliénatrice à hauteur de la valeur des actifs nets transférés [7]. Nous verrons ci-dessous (ch. 3) que ce type de transferts est assimilé à une *restructuration* permettant à certaines conditions un report de l'imposition des réserves latentes, alors que, selon la pratique actuelle, la vente implique un décompte immédiat des réserves latentes.

La problématique des ventes de participations se présente différemment selon que la transaction est opérée à la valeur vénale (à la valeur réelle de la participation) ou à la valeur comptable, raison pour laquelle nous analyserons séparément ces deux types de transactions (ch. 2.1 et 2.2 ci-dessous). Nous aborderons ensuite les transferts de participations proprement dits (ch. 3), pour, après avoir examiné sommairement leurs aspects de droit civil (ch. 3.1.), en étudier les particularités fiscales (ch. 3.2.), que ce soit dans le cadre de transferts entre sociétés sœurs (ch. 3.2.2), d'une filiale à sa mère (ch. 3.2.2.) et d'une mère à sa fille (ch. 3.2.3.). Comme nous le verrons, ces différents



Pierre-Marie Glauser, avocat, expert fiscal diplômé, lic. oec. HSG, Etude Oberson, Lausanne et Genève

types d'opérations devront être considérés différemment selon que la société acquérant la participation est en Suisse ou à l'étranger. Enfin, nous porterons également notre regard vers le futur, pour examiner le projet de nouvelle loi sur la fusion (ch. 4) et constater qu'il apporte des nouveautés et des précisions sur la question examinée ici.

Pour faciliter la compréhension de la problématique, nous baserons nos développements sur un cas pratique simplifié, tel que décrit sur le *schéma 1* [8]. Dans cet exemple, la société V vendra ou transférera tour à tour (au sens technique) sa participation T à d'autres sociétés du groupe (A, M ou F). Par souci de limiter la complexité de la réflexion, nous admettrons que V a acquis T pour la somme de CHF 400 et n'a donc pratiqué aucun amortissement sur cet actif.

2. Vente de participations

2.1 Vente de participations à la valeur vénale

Dans cette hypothèse, la participation T, objet de la vente, est cédée à sa valeur vénale (dans notre exemple CHF 1000). Il en résulte pour la société vendeuse (V) la comptabilisation d'un gain en capital correspondant à la différence entre la valeur vénale et la valeur comptable de la participation, soit en l'espèce CHF 600. Les réserves latentes sur la participation sont réalisées.

Depuis le 1^{er} janvier 1998, date d'entrée en vigueur de la réforme 97, de tels gains en capital sont en principe «exonérés» puisqu'ils sont inclus dans le calcul de la réduction pour participations, aussi bien au niveau fédéral que dans la plupart des cantons [9]. Selon les articles 70 alinéa 4 LIFD et 28 alinéa 1bis LHID, le gain en capital réalisé par V entrera dans le calcul de la réduction pour participations pour autant que la participation vendue soit de 20% au moins et qu'elle ait été détenue au moins une année. En outre, la réduction pour participations ne s'appliquera qu'à la partie de la plus-value qui dépasse le coût d'investissement [10].

Cela étant, le législateur a introduit à l'article 207a LIFD des dispositions transitoires limitant la pleine et entière application de l'article 70 alinéa 1 et alinéa 4 LIFD aux participations acquises dès le 1^{er} janvier 1997 (appelées aussi *nouvelles participations*), comme le précise l'article 207a alinéa 1 LIFD. Les participations détenues antérieurement au 1^{er} janvier 1997 (*anciennes participations*) ne peuvent, si la société acquéreuse est une société suisse, être aliénées en neutralité fiscale que si la vente intervient après le 31 décembre 2006.

Toutefois la réforme 97 prévoit comme *exception* à ces dispositions transitoires le report de l'imposition du gain en capital réalisé sur d'anciennes participations vendues à des sociétés du groupe à l'étranger [11]. Dans ce cas, le gain en capital est imposable mais peut être compensé dans le bilan fiscal par la constitution d'une réserve non imposée [12]. Ce mécanisme permet ainsi de surseoir à l'imposition du gain en capital, sous réserve toutefois que la société acquéreuse ne revende pas à un tiers la participation et/ou que la société vendeuse ne soit pas dissoute d'ici au 31 décembre 2006 [13]. Passé ce délai transitoire [14], la réserve latente non imposée pourra être dissoute en quasi-neutralité fiscale [15].

Le texte de l'article 207a alinéa 3 LIFD est sans équivoque sur le fait que cette exception à l'imposition des gains en capital sur d'anciennes participations ne s'applique qu'à condition qu'une (i) ancienne participation soit vendue à une (ii) société du groupe à l'étranger. En revanche, la vente d'une ancienne participation à une société suisse ne bénéficiera pas du même sursis d'imposition.

Enfin, précisons que si V vendait la participation T à sa mère (M) ou à une autre de ses filiales (par exemple F), les conséquences seraient identiques à celles décrites ci-dessus, le texte de l'article 70 permettant l'exonération du gain en capital aussi pour les transactions avec la mère ou les filiales.

Il est également intéressant de relever que l'article 207a alinéa 3 LIFD regroupe sous le terme «*transférer*»

(«übertragen») aussi bien les ventes de participations (à la valeur vénale ou à la valeur comptable) que leur transfert au sens technique à des sociétés du groupe à l'étranger.

En outre, la vente à la valeur vénale d'une participation entre sociétés sœurs (p. ex. vente de T par V à A) reste sans incidence pour la société mère (M) et n'implique le prélèvement ni de l'impôt anticipé, ni du droit de timbre d'émission. La participation T sera dans tous les cas considérée chez A comme une nouvelle participation, quelle qu'ait été sa qualification (ancienne/nouvelle) chez V.

2.2 Vente à la valeur comptable

2.2.1 Vente à une société sœur (V vend T à A)

Dans cette hypothèse, la participation est aliénée à un prix de vente correspondant à la valeur comptable de la participation (dans notre exemple CHF 400). En l'état de la pratique de l'AFC, une opération de vente implique une réalisation et un décompte immédiat des réserves latentes. Le prix appliqué à la transaction étant en l'espèce inférieur de CHF 600 à la valeur vénale, la transaction ne s'effectue pas à des conditions qui s'appliqueraient entre tiers (la transaction n'est pas *at arm's length*). V et A faisant partie du même groupe (sociétés proches), la transaction à la valeur comptable sera appréhendée comme une prestation appréciable en argent, dont les conséquences fiscales seront les suivantes:

a) Conséquences en général

Au niveau des impôts directs, une prestation appréciable en argent entre sociétés sœurs est appréhendée sous l'angle de la «théorie du triangle». Il y a distribution à la mère d'un dividende dissimulé à hauteur de la différence entre la valeur vénale et la valeur comptable (c'est-à-dire des réserves latentes, dans notre exemple: CHF 600), suivie d'un apport de M à la société acquérant la participation. En conséquence, V verra son bénéfice imposable *redressé* à hauteur des réserves latentes distribuées à la mère (art. 58 al. 1

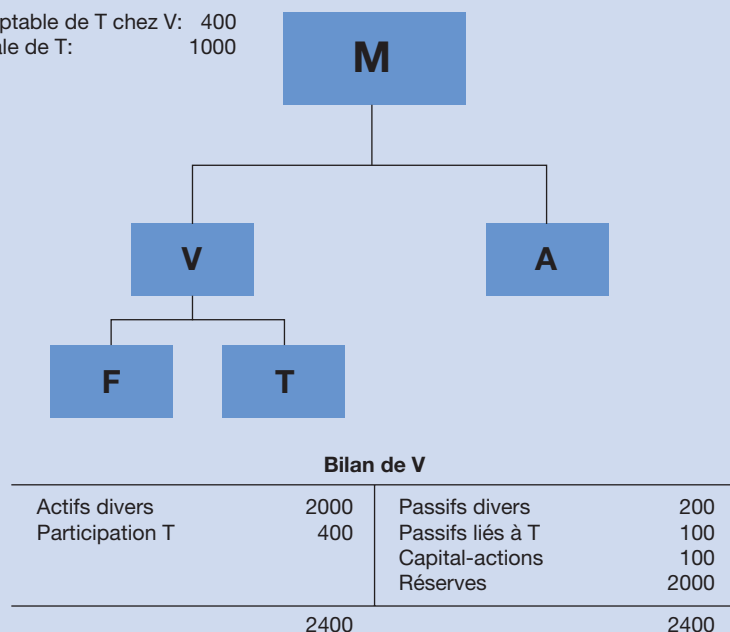
lit. b LIFD) [16]. En outre, s'agissant d'une prestation appréciable en argent, l'impôt anticipé de 35 % sera prélevé et devra être mis à la charge de A, la théorie du bénéficiaire direct s'appliquant en principe à cet impôt [17]. Pour la société acquéreuse A, l'application de la théorie du triangle permet de réévaluer dans le bilan fiscal la participation acquise sans incidence sur le bénéfice imposable (article 60 lit. a LIFD) [18]. En outre, quelle qu'ait été sa qualification chez V, la participation T deviendra chez A une «nouvelle» participation. La théorie du triangle ne s'appliquant en principe pas au droit de timbre d'émission, celui-ci ne sera pas prélevé sur l'apport de M à A [19]. L'application rigoureuse de la théorie du triangle devrait impliquer des conséquences fiscales pour M, celle-ci étant réputée recevoir un dividende de sa filiale V à hauteur CHF 600, auquel toutefois la réduction pour participations devrait pouvoir s'appliquer [20]. Dans la pratique, l'AFC applique toutefois la théorie du «triangle modifié» ou «solution pragmatique» [21] consistant à considérer que la société mère (M) ne reçoit un rendement de participation que si la participation dans la société venderesse doit être amortie ensuite de la distribution dissimulée de bénéfice. Dans ce cas, les coûts d'investissement de V et A chez la mère sont adaptés (ceux de V diminués et ceux de A augmentés) à hauteur de l'amortissement effectué sur la participation V. En revanche, dans la mesure où aucun amortissement n'est nécessaire sur la participation à l'origine de la prestation (V), M ne modifiera ni les valeurs fiscales déterminantes, ni les coûts d'investissement de ses filiales V et A.

b) Conséquence pour la société venderesse en particulier

Quelle que soit la théorie appliquée (théorie du triangle, pure ou modifiée, du bénéficiaire direct, etc.), la prestation appréciable en argent aura comme conséquence chez V un redressement de son bénéfice imposable. Se pose dès lors la question de savoir si la réduction pour participations pourra s'appliquer à ce décompte sur les réserves latentes transférées à A. Selon que T est une ancienne ou une nouvelle participation et qu'elle est vendue à une société en

Schéma1 La problématique des ventes de participations

Valeur comptable de T chez V: 400
Valeur vénale de T: 1000



Suisse ou à l'étranger, l'analyse fiscale sera différente.

b1) Vente à une société du groupe à l'étranger

Si la participation aliénée est une *ancienne participation* vendue à sa valeur comptable à une société du groupe à l'étranger, l'article 207a alinéa 3 LIFD permet un report de l'imposition du redressement effectué chez la venderesse (V) [22]. En effet, selon cette disposition, le redressement pourra être compensé par la constitution d'une réserve latente non imposée qui pourra être dissoute en neutralité fiscale si, jusqu'au 31 décembre 2006, la participation T n'a pas été revendue à un tiers et la société V n'a pas été liquidée [23].

En revanche, si T est une *nouvelle participation*, l'article 207a alinéa 3 LIFD ne s'applique pas. Cette disposition est en effet une disposition transitoire dont le champ d'application se limite aux anciennes participations. Dans le cadre d'une vente de nouvelle participation, la distinction entre transaction avec une société suisse ou avec une société à l'étranger ne joue de ce fait aucun rôle. La transaction devra s'analyser comme

une vente conclue avec une société du groupe en Suisse (lettre b2 ci-dessous).

b2) Vente à une société du groupe en Suisse

Selon la pratique de l'AFC [24], il semblerait que le redressement chez V lié à la prestation appréciable en argent n'entre pas dans le calcul de la réduction pour participations. Le redressement du bénéfice imposable ne serait pas à proprement parler un «gain en capital» privilégié, dès lors que l'article 70 al. 4 lit. a LIFD précise que le gain en capital n'entre dans le calcul de la réduction pour participations que dans la mesure où «le produit de l'aliénation est supérieur au coût d'investissement» [25]. Or, dans le cas d'une distribution dissimulée de bénéfice comme celle effectuée en cas de vente à la valeur comptable, le produit de l'aliénation de la participation ne porte justement pas sur les réserves latentes, puisque la participation est cédée à la valeur comptable. Selon l'interprétation de l'AFC, cette situation devrait s'analyser comme une réévaluation de la participation, suivie de la distribution immédiate du produit de cette réévaluation sous forme de distribution dissimulée

de bénéfice. Or un bénéfice de réévaluation ne saurait bénéficier de la réduction pour participations [26].

Dans le cadre de la vente d'une *ancienne participation*, le refus d'appliquer la réduction pour participations aux redressements liés aux réserves latentes intégrées dans le bénéfice imposable se comprend parfaitement (jusqu'au 31 décembre 2006), compte tenu du fait que les dispositions transitoires [27] de la réforme 97 ont pour but de garantir, jusqu'au 1^{er} janvier 2007, l'imposition des réserves latentes sur les anciennes participations. En revanche, s'agissant d'une *nouvelle participation*, la pratique consistant à refuser d'intégrer le redressement des réserves latentes dans le calcul de la réduction pour participations ne nous paraît pas correcte pour les raisons suivantes:

- L'article 207a alinéa 3 LIFD qui, comme nous l'avons vu ci-dessus, permet le transfert à la valeur comptable d'une ancienne participation en neutralité fiscale, a été introduit par le Parlement afin d'octroyer immédiatement, c'est-à-dire avant la fin du délai transitoire, aux anciennes participations vendues à une société du groupe à l'étranger, les avantages prévus par la réforme 97 pour les nouvelles participations [28]. Il paraît dès lors paradoxal de traiter plus mal les nouvelles participations que les anciennes participations vendues à l'étranger [29].
- Introduit par la réforme 97, l'article 62 alinéa 4 LIFD prévoit que les amortissements et correctifs de valeurs (provisions) sur participations de 20 % ou plus qui ne sont plus justifiés doivent être dissous et ajoutés au bénéfice imposable [30]. Dès lors, si la participation a été amortie depuis 1997 mais que sa valeur vénale s'avère à nouveau supérieure à la valeur comptable, le fisc réévaluera la participation dans le bilan fiscal, jusqu'à concurrence de la valeur d'acquisition. Cette réintégration fiscale des amortissements sera bien sûr imposable. Par conséquent, le redressement fiscal en cas de prestation appréciable en argent ne devrait en principe pas porter sur des amortissements récupérés mais uniquement sur une véritable plus-value (c'est-à-

dire sur la différence entre la valeur réelle et le coût d'acquisition), que le législateur a justement voulu exonérer avec la réforme 97.

- Plus généralement, en cas de prestation appréciable en argent, la société redressée doit être placée dans la situation qui prévaudrait si elle avait conclu la transaction à des conditions respectant le principe de pleine concurrence (*arm's length*). Dans un tel cas (transaction à la valeur vénale), le gain en capital (CHF 600) serait intégré dans la réduction pour participations. Il est donc logique d'en faire de même du redressement dont il est question ici.
- Le redressement du bénéfice imposable de la société V ne constitue pas un cas de réévaluation, puisque la participation ne figure plus dans ses comptes, mais a au contraire été aliénée. Les réserves latentes rajoutées au bénéfice imposable ne le sont donc pas dans le cadre d'une réévaluation, mais bien dans celui de la vente de la participation.
- La contribuable, en effectuant la transaction à la valeur comptable et non à la valeur vénale, ne bénéficie d'aucun avantage fiscal, puisque dans le cas de transactions à la valeur réelle, le gain en capital entre de toute façon dans le calcul de la réduction pour participations. Il n'y a donc aucune raison de traiter plus défavorablement la vente à la valeur comptable que celle à la valeur vénale.
- Enfin, la doctrine plaide pour un traitement équivalent de toutes les transactions à la valeur comptable à l'intérieur du groupe, qu'il s'agisse de ventes ou de transferts proprement dits. Selon certains auteurs, les ventes à la valeur comptable dans le cadre d'un groupe doivent être traitées comme des transferts au sens technique (c'est-à-dire, comme nous le verrons ci-dessous au ch. 3, comme des *restructurations*). Ceux-ci avancent à l'appui de cette proposition que, dans le cas d'une vente à la valeur comptable, les réserves latentes ne sont pas réalisées, en ce sens qu'elles ne sont pas converties en moyens liquides. Refuser la neutralité fiscale à ce type de «restructuration» revient à entraver sans raison véritable les réorganisations dans le groupe [31]. D'autres auteurs mettent en avant le fait

qu'autoriser la vente à la valeur comptable dans le cadre d'un groupe permettrait de réduire le substrat d'amortissements et ne prêterait de ce fait pas le fisc [32].

Le projet de *loi sur les fusions* va d'ailleurs dans ce sens et prévoit, dans le cadre d'un groupe et dans les limites des frontières suisses, d'autoriser la vente à la valeur comptable en neutralité fiscale. La distinction entre ventes à la valeur comptable et transferts au sens technique sera ainsi abolie avec l'entrée en vigueur de la LFus (voir ci-dessous ch. 4).

Pour toutes ces raisons, la pratique actuelle, consistant à traiter les ventes à la valeur comptable dans le cadre du groupe comme des prestations appréciables en argent et à refuser d'appliquer la réduction pour participations au redressement du bénéfice, nous semble injustifiée. Ou la vente à la valeur comptable est assimilée à une réalisation des réserves latentes (vente), et dans ce cas la réduction pour participations doit s'appliquer, ou la transaction est considérée comme une restructuration et, dans ce cas, l'opération doit rester neutre fiscalement.

2.2.2 Vente à la société mère

Si la participation est vendue par une filiale à sa société mère (V vend T à M), les conséquences fiscales seront pour la société venderesse les mêmes que dans le cas de la vente à une société sœur (prestation appréciable en argent avec les conséquences décrites ci-dessus sous ch. 2.2.1.) [33]. Dans ce cas, bien sûr, la question de l'application de la théorie du triangle ne se posera pas, M conservant le dividende dissimulé reçu de sa filiale. Dans la mesure où T est une nouvelle participation, nous sommes également d'avis ici que le redressement au niveau de V doit être intégré dans le calcul de la réduction pour participations, pour les mêmes raisons que celles mentionnées ci-dessus (2.2.1.b2).

2.2.3 Vente à une filiale

Dans le cas d'une vente à la valeur comptable d'une participation à l'une de ses filiales (vente de T par V à F), la société (V) apporte des réserves laten-

tes (CHF 600) à sa filiale (F). Il s'agit là d'une situation d'«apport dissimulé» de réserves latentes de la mère à sa filiale. Depuis la réforme 97, les apports dissimulés sous la forme d'apports d'actifs «isolés» impliquent une réalisation des réserves latentes chez la société effectuant l'apport (V) [34], et cela bien que nous assistions à un dédoublement des réserves latentes [35].

En revanche, lorsqu'une partie distincte d'exploitation (scission horizontale) ou une participation de plus de 20 % est apportée à la filiale, la vente à la valeur comptable est acceptée par l'AFC sans que V se voie redressée sur l'apport dissimulé [36]. Aucun délai de blocage n'est imposé [37]. Toutefois, tant la participation F (chez V) que la participation T (chez F) reprennent la qualification «ancienne/nouvelle» participation [38] et le coût d'investissement de la participation vendue (le coût d'investissement de T chez V est reporté chez cette dernière sur la participation F et s'applique également à la participation T chez F). La transaction n'est donc pas sans incidence fiscale, surtout si une ancienne participation est transférée [39]. Le fisc est ainsi assuré de ne pas perdre de substance fiscale, raison pour laquelle (i) un délai de blocage n'est pas exigé et (ii) le contenu de la participation ne semble pas relevant. Le traitement fiscal décrit ici serait également applicable si T était une société inactive.

Il convient de relever qu'une *nouvelle* participation peut être vendue à sa valeur comptable à une *filiale à l'étranger* sans que la venderesse doive subir un redressement à hauteur de l'apport dissimulé. La circulaire 9/98 [40] ne précise toutefois pas clairement si, en cas d'*anciennes* participations, la société venderesse bénéficie du même traitement (absence de redressement fiscal) ou si les réserves latentes sont ajoutées au bénéfice imposable avec application de l'article 207a alinéa 3 LIFD, puisque la société acquéreuse est à l'étranger. Compte tenu des contraintes de l'article 207a alinéa 3 LIFD (délai de blocage, notamment), cette question n'est pas purement théorique. Nous sommes ici d'avis que, logiquement, la vente à la valeur comptable d'une ancienne participation à une so-

ciété à l'étranger devrait impliquer un redressement chez la venderesse, qui pourra toutefois être neutralisé en application de l'article 207a alinéa 3 LIFD [41].

Notons que la circulaire 9/98 (ch. 2.5.3. lit. e) ne traite pas différemment les ventes à la valeur comptable et les transferts (apports) de participation à une filiale (voir également ci-dessous ch. 3.2.3).

3. Transfert de participations au sens technique

Comme nous le disions en introduction, le transfert de participations au sens technique se distingue de la vente par le fait que la société qui se sépare de sa participation «raccourcit» son bilan à hauteur des actifs nets transférés et, par là même, réduit ses fonds propres.

3.1 Aspects de droit civil

A titre préliminaire, il convient de s'arrêter sur la manière dont les transferts de participations sont effectués du point de vue du droit civil, en distinguant les divers scénarios suivants:

- En cas de transfert de participations à une société *sœur* (V transfère T à A), deux possibilités sont envisageables, qui rappellent les étapes en cas de scission verticale [42]:

(i) V distribue T à M sous forme d'un dividende en nature (contre réserves librement distribuables au sens de l'article 675 al. 2 CO) ou d'une réduction de capital (art. 732 ss CO). M apporte (à fonds perdu ou, dans le cadre d'une augmentation de capital sous forme d'apport en nature au sens de l'article 628 al. 1 CO) T à sa filiale A. La propriété de T passe ainsi de V à M, puis de M à A [43].

(ii) V cède directement la propriété de T à A, cette dernière recevant la participation soit dans le cadre d'une augmentation de capital [44], soit sans modification de son capital nominal [45]. Dans la mesure où les ac-

tifs nets transférés dépassent les réserves librement distribuables de V et qu'aucune réduction de capital n'est effectuée chez elle, se posent en droit civil notamment les questions de l'interdiction du remboursement des apports (art. 680 al. 2 CO), de la distribution dissimulée de bénéfice au sens de l'article 678 al. 2 CO et de la possible violation de l'article 675 al. 2 CO. Dans la mesure où elles dépassent le cadre de cet article, nous ne traiterons pas ici de ces questions.

- En cas de transfert de la participation à la société mère, nous serons en présence d'une simple distribution de dividende de T à M.
- Enfin, le transfert à une filiale (transfert par V de T à F) peut s'effectuer sous forme d'apport à fonds perdu ou en libération d'une augmentation de capital nominal.

3.2 Aspects fiscaux

3.2.1 Transparence des participations

La pratique actuelle de l'AFC [46] et la doctrine [47] acceptent que, dans certains cas, le transfert proprement dit de participations soit assimilé à une *restructuration* et puisse donc être effectué en *neutralité fiscale*.

Cette approche est parfaitement justifiée dans la mesure où une partie distincte d'une entreprise (*Teilbetrieb*) peut être apportée à une filiale en neutralité fiscale, dans le cadre d'une scission horizontale (art. 61 al. 1 lit. c LIFD). Une telle opération est d'ailleurs souvent la première étape d'une scission verticale, les actions de la nouvelle filiale étant ensuite transférées à la mère de la société scindée. De plus, l'article 61 al. 1 lit. b LIFD prévoit également la possibilité d'effectuer des fusions en neutralité fiscale. Des parties distinctes d'exploitation peuvent ainsi, sous certaines conditions, être déplacées dans le groupe sans imposition des réserves latentes.

Dans ce contexte, il serait illogique de refuser d'appliquer le même traitement à une participation qui renferme une *entreprise* (au sens de *partie distincte d'entreprise*), puisqu'un tel refus pour-

rait être aisément contourné par une fusion de la participation dans sa mère [48]. Il convient donc d'adopter une approche économique et de faire abstraction de la séparation juridique entre la mère et sa participation. La participation doit être considérée *en transparence* [49], comme si les actifs et passifs qui s'y trouvent étaient intégrés chez la mère.

Même si la neutralité fiscale du transfert proprement dit des participations était refusée, il serait possible, par des détours, de parvenir au même résultat en appliquant les dispositions légales actuelles.

En se basant sur notre exemple, le transfert de T à A (*transfert à une sœur*) pourrait malgré tout être effectué en neutralité fiscale de la manière suivante: (i) fusion de T dans V; (ii) scission verticale de la «partie d'exploitation» de V correspondant aux actifs et passifs repris de T; (iii) fusion dans A de la nouvelle société T issue de la scission de V et détenue par M (fusion entre sœurs); (iv) scission horizontale de A, qui apporte à une nouvelle filiale (T) les actifs et passifs correspondants à T. Toutes ces étapes pourraient être effectuées en neutralité fiscale [50].

De même, le transfert de T à M (*transfert à la mère*) pourrait s'effectuer en neutralité fiscale par (i) une fusion de T dans V, suivie (ii) d'une scission verticale de V qui apporterait les actifs et les passifs repris de T à une nouvelle filiale détenue par M.

Enfin, l'apport par V de T à F (*apport à une filiale*) pourrait se faire sans réalisation des réserves latentes, par (i) une fusion de T dans F (fusion entre sœurs), suivie (ii) d'une scission horizontale de F, qui apporterait à une nouvelle filiale (T) les actifs et passifs repris peu avant de T.

Ces exemples démontrent que l'approche «transparence des participations» ne doit pas s'appliquer qu'aux sociétés holdings [51]. En effet, le transfert de participations ne doit pas être appréhendé comme la scission d'une société holding, mais bien comme le transfert d'une partie distincte d'exploitation contenue dans la participation trans-

férée. En conséquence, une société commerciale détenant des participations dans des sociétés actives [52] pourra également se prévaloir de la neutralité fiscale lors du transfert (au sens technique) de ses participations à d'autres sociétés du groupe.

3.2.2 Application aux cas de transferts au sens technique (i) entre sœurs et (ii) à la mère

a) Conditions pour un transfert en neutralité fiscale (restructuration)

a1) Impôt sur le bénéfice

Comme nous l'avons vu ci-dessus (ch. 3.2.1.), les transferts proprement dits de participations à une société sœur ou à la mère pourraient, même si on n'appliquait pas la transparence des participations, être effectués en neutralité fiscale en appliquant les dispositions légales existantes. Toutefois, pour parvenir au résultat voulu il serait nécessaire de passer par le biais d'une scission verticale, dont l'exécution en neutralité fiscale est soumise à certaines conditions [53]. La pratique actuelle impose notamment un délai de blocage de 5 ans, durant lequel la vente de la participation issue de la scission entraîne une imposition rétroactive des réserves latentes transférées (rappel d'impôt).

Il découle de ce qui précède que le transfert de participations en application du principe de transparence des participations est possible en neutralité fiscale aux conditions suivantes:

1. La participation transférée incorpore une *exploitation* (elle est active). Il faut donc pouvoir répondre par l'affirmative à la question: si les actifs et passifs de T se trouvaient chez V, pourrait-on effectuer une scission de l'activité correspondante en neutralité fiscale?
2. La participation est transférée à sa *valeur fiscalement déterminante* (pas de réévaluation lors du transfert).
3. La participation est transférée à une société *suisse* du *groupe*. Si tel n'est pas le cas, la condition *sine qua non* d'une restructuration neutre fiscale-

ment [54], à savoir le maintien en Suisse des réserves latentes transférées, ne serait pas remplie. De plus, la participation doit être transférée à une société du groupe, ce qui sera vraisemblablement toujours le cas, compte tenu de l'absence de contre-prestation en cas de transfert au sens technique (réduction des fonds propres).

4. Le transfert de la participation implique chez la cédante (V) une *réduction de ses fonds propres* à hauteur de la valeur comptable des actifs nets transférés. Cette réduction des fonds propres est d'ailleurs l'une des caractéristiques du transfert proprement dit selon la terminologie appliquée ici.

5. Un *délai de blocage* est imposé avant la revente de la participation transférée (T) ou de la société acquéreuse (A). En effet, si peu après la transaction T ou A étaient vendues, nous serions en présence d'une restructuration en vue d'une vente, qui ne bénéficierait pas de la neutralité fiscale ou qui pourrait être appréhendée sous l'angle de l'évasion fiscale [55]. La pratique (publiée) de l'AFC et la doctrine ne se prononcent pas explicitement sur la durée de ce délai de blocage. Toutefois, compte tenu du principe de la transparence des participations (voir ci-dessus ch. 3.2.1.) et du lien logique qui lie les transferts proprement dits de participations et les scissions verticales, un délai de blocage de 5 ans semble se justifier en l'état actuel de la législation et de la pratique [56].

Il convient également d'examiner si le transfert de n'importe quelle participation active peut être traité comme une restructuration ou si le transfert doit porter sur 100 % des droits de vote ou une *participation qualifiée* supérieure à 20%. La doctrine «proche» de l'AFC requiert que la participation transférée représente plus de 50 % [57]. Il ne semble donc en tous les cas pas nécessaire de transférer 100 % de la participation. Cela étant, on voit mal pourquoi le pourcentage transféré devrait dépasser 50 % et pourquoi le transfert de parts comprises entre 20 % et 50 % ne pourrait être assimilé à une restructuration.

Accepter de considérer comme une restructuration le transfert de toute participation (active) d'au moins 20 % serait cohérent par rapport aux diverses dispositions fiscales traitant des participations (art. 64 al. 2, 69, 70, 207a al. 3 LIFD; article 28 al. 1 et 1bis LHID). En outre, telle paraît également être l'intention du législateur qui a, durant les débats sur la réforme 97, explicitement réduit de 50 % à 20 % le pourcentage de détention nécessaire pour bénéficier du report de l'imposition au sens de l'article 207a alinéa 3 LIFD [58].

On peut également se demander si le transfert simultané de la participation et des *passifs* qui y sont liés permet encore de qualifier l'opération de restructuration ou si elle doit être assimilée à une vente. Si CHF 100 de passifs chez H étaient par exemple repris par A en même temps que T, les actifs nets transférés étant ainsi de CHF 300, les réserves latentes de CHF 600 devraient-elles être imposées? Cette approche doit à notre avis être rejetée dans la mesure où les passifs repris sont en relation étroite avec la participation transférée [59]. En effet, le principe défendu ici de la transparence des participations implique qu'il faille faire abstraction de la séparation juridique entre les entités pour considérer que les actifs et passifs de T sont intégrés dans V. Dès lors, les passifs chez V liés à T (p.ex. lors de l'acquisition de celle-ci) doivent pouvoir être transférés avec la participation sans que la transaction soit requalifiée de vente.

Enfin, précisons que la participation transférée en neutralité fiscale garde chez la société reprenante (A) la qualification d'ancienne ou de nouvelle participation qu'elle avait chez la société venderesse (V).

a2) Impôt anticipé

Comme nous l'avons vu au ch. 3.1. ci-dessus, le transfert proprement dit de participations peut résulter soit d'une distribution de dividende en nature (ch. 3.1. (i)), soit d'une distribution dissimulée de bénéfice (ch. 3.1. (ii)). Dans les deux cas, l'impôt anticipé est en principe dû (articles 4 alinéa 1 LIA et 20 alinéa 1 OIA).

Cela étant, dans la mesure où l'opération peut être assimilée à une restructuration, l'article 5 alinéa 1 lit. a LIA devrait, selon nous, s'appliquer [60]. Dès lors, l'impôt anticipé ne serait pas dû si les réserves totales soumises à l'impôt anticipé ne diminuent pas dans l'opération. En effet, en l'absence d'une diminution du substrat fiscal, l'opération devrait demeurer neutre du point de vue de l'impôt anticipé [61].

En cas de transfert à une société *sœur*, l'impôt anticipé ne devrait pas être prélevé si T est apportée à A dans le cadre d'une augmentation de capital nominal dont le montant ne dépassera pas la réduction simultanée de capital nominal chez V ou si A n'augmente pas son capital (apport à fonds perdu). En revanche si A effectue une augmentation de capital nominal allant au-delà de la réduction de capital effectuée par V, une partie des réserves de V seront transformées en capital nominal [62] et l'impôt anticipé sera prélevé à hauteur de ce montant. De même, si A est à l'étranger, l'impôt anticipé sera dû, les réserves échappant définitivement à la souveraineté fiscale suisse.

En cas de transfert au sens technique à la *mère*, les réserves de V se retrouveront en principe chez M [63], de sorte que l'opération devrait pouvoir être effectuée en neutralité fiscale. En revanche, si M est à l'étranger, l'impôt sera prélevé et ne sera pas récupérable (ou partiellement seulement si M peut se prévaloir d'une convention de double imposition).

Enfin, si la participation transférée ne devait pas pouvoir être qualifiée d'exploitation, l'impôt anticipé serait à notre sens dû immédiatement sur l'entier de la valeur vénale de la participation, déduction faite d'une éventuelle réduction du capital nominal de la société venderesse. Nous serions en effet en présence d'une prestation appréciable en argent, l'opération ne pouvant être qualifiée de restructuration.

Dans tous les cas, l'application de la procédure de déclaration (art. 24 OIA) demeure réservée.

Contrairement à ce qui prévaut au niveau de l'impôt sur le bénéfice ou du

droit de timbre d'émission, il convient de préciser que la violation ultérieure du délai de blocage de 5 ans imposé par la pratique ne remet pas en question la neutralité fiscale de l'opération au titre de l'impôt anticipé (art. 5 al. 1 lit. a LIA). Ainsi, un report de l'imposition des réserves transférées dans le cadre d'une restructuration ne sera pas remis en question ultérieurement.

a3) Droit de timbre d'émission

En cas de transfert de la participation à la mère, la question du droit de timbre d'émission ne se pose pas [64].

Le transfert de participations entre sociétés sœurs sera soumis au droit de timbre d'émission si l'opération est faite sous la forme d'une distribution suivie d'un apport (solution (i) ci-dessus sous ch. 3.1.). En revanche, si T est cédée directement à A (solution (ii) ci-dessus sous ch. 3.1.), aucun droit de timbre d'émission ne sera dû. En effet, selon l'article 5 alinéa 2 lit. a LT et la pratique actuelle de l'AFC, la théorie du bénéficiaire direct est en principe applicable à cet impôt [65].

Si la transaction était néanmoins effectuée par l'intermédiaire d'un apport ouvert de la participation (ch. 3.1., solution (i)), un cas d'application du droit de timbre d'émission serait réalisé, mais l'article 6 alinéa 1 lit. a bis LT s'appliquerait en principe pour permettre une exonération du droit. La question de savoir si une telle transaction doit être considérée comme une «concentration analogue à une fusion» plutôt que comme une scission est très discutée en doctrine, dès lors que seule cette seconde forme de restructuration suppose le respect d'un délai de blocage de 5 ans pour pouvoir bénéficier de l'exonération du droit de timbre d'émission. Cela étant, selon la dernière mouture de la notice administrative sur la question [66], le transfert de participations à une société sœur est à examiner sous l'angle de la *scission*. En conséquence, c'est le ch. IV de la notice 6a bis 2001 qui s'applique, avec toutes les conditions pour l'exonération du droit qui y sont énumérées, notamment le respect du délai de blocage de 5 ans [67]. Le non respect de ces conditions impliquerait le prélèvement du droit

(1 %) qui serait calculé sur la valeur vénale [68] de la participation apportée. Contrairement aux cas de transferts proprement dits à une filiale (voir ci-dessous ch. 3.2.3.), le transfert au sens technique de la participation à une société sœur s'apparente à une scission verticale. En conséquence, le délai de blocage sera violé si la participation transférée (T) ou la société reprenante (A) est vendue dans les 5 ans [69].

b) Conséquences de la violation d'une des conditions posées par les impôts directs pour assimiler le transfert à une restructuration

Nous avons abordé ci-dessus (3.2.2.a.2 et a3) les conséquences de la violation du délai de blocage au niveau de l'impôt anticipé et du droit de timbre

d'émission. Au niveau des impôts directs, il convient plus généralement d'examiner les conséquences fiscales du non respect de l'une des conditions énumérées ci-dessus (ch. 3.2.2.a.). Quel serait le traitement au niveau de l'impôt sur le bénéfice de V si, par exemple, la participation T n'incorporait pas une exploitation (p. ex. société sans activité), qu'elle était transférée à l'étranger ou qu'elle était revendue peu après son transfert (violation du délai de blocage)?

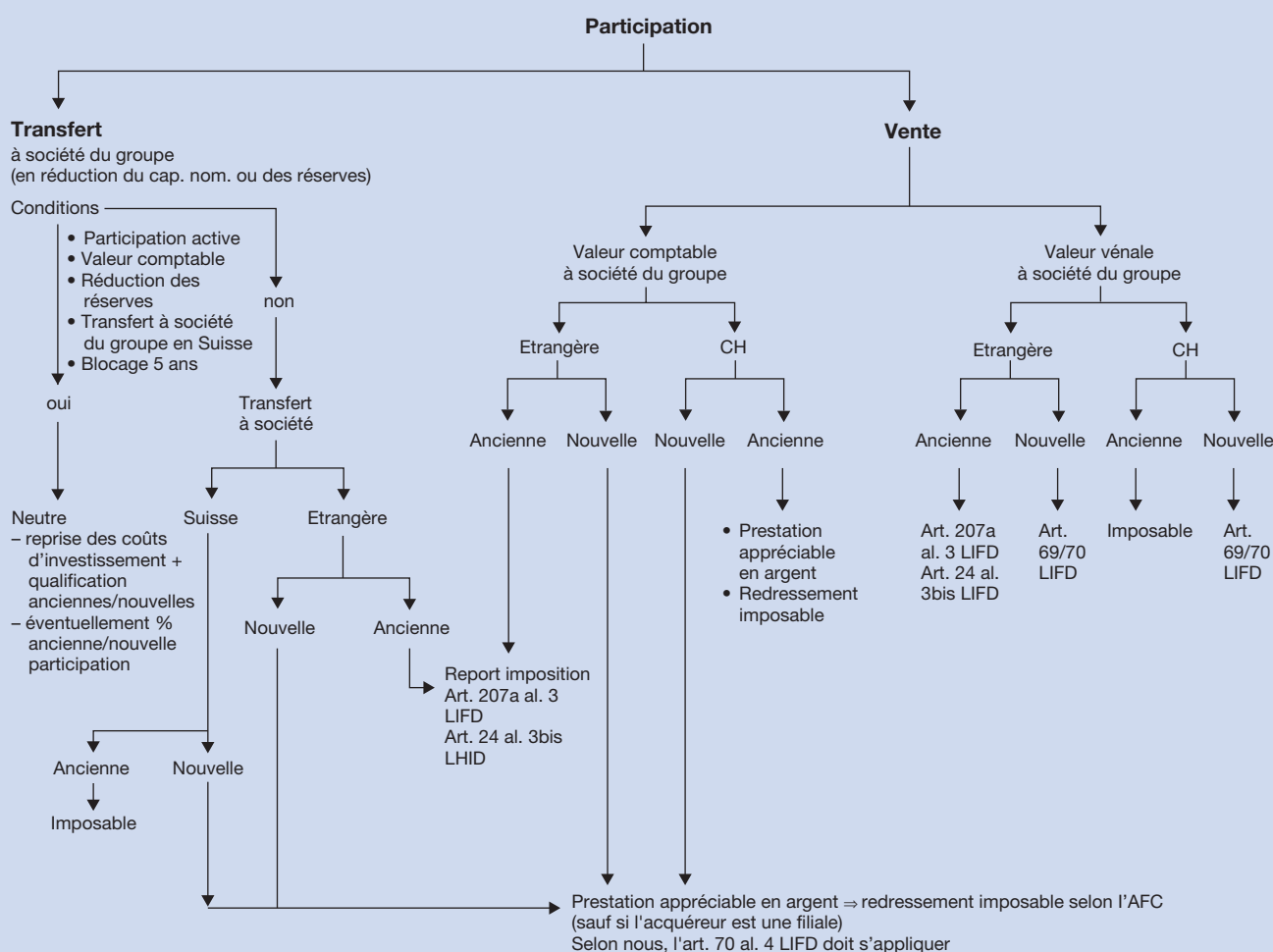
Dans le cas du transfert *entre sociétés sœurs*, l'AFC ne considérera pas la transaction comme une restructuration. Le transfert au sens technique ayant lieu entre deux sociétés du même groupe, sans contre-prestation *arm's length*, elle y verra au contraire une pres-

tation appréciable en argent à hauteur de la valeur vénale des actifs nets transférés (dans notre exemple: CHF 1 000 ou CHF 900 si les passifs en relation avec T sont transférés également). Les conséquences seront donc les suivantes:

- V verra son bénéfice redressé à hauteur des réserves latentes transférées et existantes *au moment de l'opération* (CHF 600), même si le délai de blocage est violé plusieurs années plus tard. Dans ce cas, il sera procédé à un rappel d'impôt [70].
- En application de la théorie du triangle (voir ci-dessus ch. 2.2.1.a.), les réserves latentes et ouvertes transférées seront considérées distribuées à M et apportées à A. Pour M, la réduction pour participations permettra de réduire les conséquences fisca-

Schéma 2

Analyse des conséquences fiscales de la vente ou du transfert de participations dans le groupe



les de la distribution dissimulée de bénéfice provenant de V et ne sera même pas nécessaire si la théorie du «triangle modifié» est appliquée (voir ci-dessus ch. 2.2.1.a.).

- A pourra réévaluer la participation T dans son bilan fiscal à hauteur des réserves latentes transférées. T n'ayant pas été transférée en neutralité fiscale, elle deviendra chez A, dans tous les cas, une nouvelle participation, indépendamment de sa qualification chez V.

Dans l'hypothèse d'un transfert proprement dit de participation à sa société mère, V devra également son bénéfice imposable redressé du montant des réserves latentes transférées à M au moment de la distribution en nature de T [71]. Un décompte des réserves latentes afférentes à cette participation ayant été effectué, celle-ci sera considérée comme une nouvelle participation chez M.

Comme relevé ci-dessus sous ch. 2.2.1.b.b2, il faut se demander si V pourra intégrer, dans son calcul de la réduction pour participations, le redressement entrepris chez elle. Ici aussi, et pour les mêmes motifs que ceux énumérés ci-dessus, la pratique de l'AFC semble refuser d'appliquer les articles 69 et 70 LIFD aux réserves latentes [72]. Ne qualifiant pas de restructuration, la transaction impliquerait en effet une prestation appréciable en argent à hauteur de la valeur vénale de la participation, sans toutefois que la société transférante ne reçoive une contre-prestation. Il n'y aurait donc pas de «produit d'aliénation», et donc pas de gain en capital à proprement parler, selon cette approche.

Il n'en demeure pas moins qu'il faille distinguer entre les transferts proprement dits d'anciennes et de nouvelles participations à des sociétés en Suisse ou à l'étranger.

b1) Transfert d'anciennes participations

Si la société acquéreuse (A ou M) est à l'étranger, les articles 207a alinéa 3 LIFD et 24 alinéa 3bis LHID s'appliqueront (sous réserve des conditions particulières posées par ces disposi-

tions). En effet, comme le précise la circulaire 10/98, l'article 207a alinéa 3 LIFD traite de manière identique les transferts à titre gratuit (c'est-à-dire au débit des réserves de V) et les ventes à la valeur comptable. Dans la mesure où les conditions de la circulaire 10/98 sont remplies, le redressement pourra être compensé par la constitution d'une réserve non imposée. Précisons que cette situation est également possible selon nous en cas de transfert à la mère (M), pour autant que celle-ci puisse être considérée comme une «société du groupe à l'étranger» au sens où l'entend l'AFC. Tel serait par exemple le cas si M était elle-même détenue par une société faitière suisse.

Le transfert par V de T à une société en Suisse ne pourra en revanche pas bénéficier des dispositions transitoires de l'article 207a alinéa 3 LIFD et de l'article 24 alinéa 3bis LHID. Dans la mesure où un transfert proprement dit ne

rappel d'impôt. La société transférante (V) est ainsi replacée dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait vendu la participation à la valeur vénale au moment de la restructuration [73]. En cas de vente à la valeur réelle, le gain en capital réalisé par V aurait pu être intégré dans le calcul de la réduction pour participations aux conditions de l'article 70 alinéas 1 et 4 LIFD. Il convient donc d'être logique et de faire de même si le transfert n'est pas ou plus (en cas de violation du délai de blocage) qualifié de restructuration [74].

La réduction pour participations doit à notre avis également s'appliquer au redressement effectué chez V en cas de transfert au sens technique d'une nouvelle participation à la société mère M. Dans notre exemple, V aurait parfaitement pu vendre T à M à la valeur vénale contre un prêt et réaliser ainsi un bénéfice. Peu après, elle aurait pu effectuer une distribution de dividende à

«Le transfert de participation entre sociétés sœurs sera soumis au droit de timbre d'émission si l'opération est faite sous la forme d'une distribution suivie d'un apport.»

qualifie pas de restructuration, il nous paraît justifié, jusqu'au 31 décembre 2006, de soumettre le redressement chez V à l'impôt sur le bénéfice sans l'inclure dans le calcul de la réduction pour participations.

b2) Transfert de nouvelles participations

En revanche, s'agissant du transfert proprement dit d'une nouvelle participation à une société du groupe en Suisse ou à l'étranger, il y a lieu à notre sens de rejeter la pratique de l'AFC et d'intégrer, dans la réduction pour participations chez V, le redressement effectué. Les arguments développés ci-dessus au ch. 2.2.1.b.b2, peuvent à cet égard être repris.

A cela s'ajoute qu'en cas de violation du délai de blocage, il sera procédé à un

sa mère M du profit réalisé lors de la vente et compenser ainsi la créance liée à la vente de T. Le gain en capital réalisé de la sorte par V aurait pu bénéficier de la réduction pour participations [75]. Ceci démontre qu'il serait erroné de refuser l'application des articles 69 et 70 LIFD à cet état de fait.

3.2.3 Conséquence du transfert à une filiale

Comme dans les cas de ventes à la valeur comptable, la circulaire 9/98 introduit des conditions plus souples pour les transferts de participations à une filiale que pour les transactions conclues avec une société sœur ou la société mère. S'agissant de la situation où V apporte gratuitement T à F, les fonds propres de V ne seront pas réduits, compte tenu du fait qu'elle n'est pas appauvrie [76].

Selon l'AFC [77], le traitement fiscal de ce transfert au sens technique sera le même du point de vue des impôts directs que celui réservé aux ventes à la valeur comptable (ci-dessus, ch. 2.2.3.).

Il convient de préciser que, contrairement aux transferts proprement dits effectués à une société sœur ou à la mère, le traitement fiscal (au niveau des impôts directs) de l'apport gratuit à une filiale n'est pas lié à la question de savoir si la participation transférée est active (exploitation) et n'implique pas de délai de blocage [78]. Comme nous l'avons vu ci-dessus (2.2.3.), le dédoublement des réserves latentes, la reprise par F des coûts d'investissement et de la nature d'ancienne ou de nouvelle participation de T semblent garantir suffisamment les prétentions du fisc.

Du point de vue de l'impôt anticipé, la transaction demeurera sans incidence (pas de distribution de dividende). En revanche, si l'on se réfère à la notice 6a bis 2001 [79], la transaction devra, comme pour les transferts entre sociétés sœurs, être appréhendée, sous l'angle du *droit de timbre d'émission*, comme une scission. Cette pratique ne se justifie selon nous qu'en se basant sur la notion de transparence des participations. Pour cette raison, le transfert à une filiale doit être assimilé à notre avis à une scission horizontale. Si T, par exemple, n'était pas une société active, le droit de timbre serait dû et calculé sur la valeur vénale de la participation apportée [80]. De même, si dans les 5 ans suivant l'apport de T à F, la «société scindée» [81] était vendue (c'est-à-dire en l'espèce V), le droit serait dû rétroactivement. En revanche, s'agissant d'une scission horizontale, F devrait pouvoir aliéner T durant le délai de blocage sans conséquence au niveau du droit de timbre. En effet, pour ce type de scission, l'AFC ne requiert le respect d'un délai de blocage que pour la vente de la société scindée.

4. Aperçu du projet de loi sur la fusion

Le projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ou

LFus) mérite d'être examiné dans le contexte de cet article puisqu'il apporte quelques précisions importantes.

Tout d'abord, il convient de souligner que la LFus ne modifiera pas les modalités juridiques du transfert de participations décrites ci-dessus (ch. 3.1.). Si la loi introduit dans le droit civil des innovations majeures concernant les scissions et les transferts de patrimoine, le transfert d'une participation isolée n'est en principe pas visé.

Le groupe de travail «impôts lors de restructurations», à l'origine de nombreuses innovations fiscales dans la LFus,

En outre, le projet du Conseil fédéral prévoit, aux articles 61 *alinéa 2^{bis} LIFD* et 24 *alinéa 3^{quater} LHID*, que «*en cas d'aliénation des participations, exploitations ou parties d'exploitation transférées à un groupe de sociétés sis en Suisse dans les cinq ans suivant leur acquisition, les réserves latentes transférées sont imposées ultérieurement conformément aux articles 151 à 153 [pour la LIFD. Dans la LHID, le texte renvoie à l'article 53 LHID qui traite du rappel d'impôt]. La personne morale bénéficiaire peut en ce cas faire valoir les réserves latentes correspondantes comme constituées au moyen de bénéfices imposés*» [85].

«La théorie de la transparence des participations est confirmée et inscrite dans la loi, puisque la même disposition traite des participations, des exploitations et des branches d'activités en les plaçant sur pied d'égalité.»

recommandait déjà que soit introduite dans la loi la possibilité de transférer des participations au sein d'un groupe en neutralité fiscale [82]. Celui-ci proposait de traiter sur pied d'égalité les transferts proprement dits et les ventes à la valeur comptable, reprenant ainsi le postulat d'une partie importante de la doctrine [83].

Se ralliant à cette proposition, le Conseil fédéral a prévu, dans le cadre du projet de LFus, l'introduction dans la LIFD des articles. 61 *al. 2 LIFD* et 24 *al. 3^{ter} LHID*, lesquels préciseraient que: «*des participations de 20 % au moins du capital-actions ou du capital social d'une autre société de capitaux ou d'une société coopérative, mais aussi des exploitations ou des branches d'activités peuvent être transférées à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice, entre des sociétés de capitaux suisses qui, à la lumière des circonstances et du cas d'espèce et grâce à la détermination de la majorité des voix ou d'une autre manière, sont réunies sous la direction unique d'une société de capitaux*» [84].

Ces nouvelles dispositions apportent un élément nouveau, d'une part, et précisent la pratique actuelle, d'autre part.

L'élément nouveau réside dans la possibilité d'effectuer, au sein d'un groupe, des transferts de participations (et d'exploitations) par le biais de ventes à la valeur comptable. Le verbe «*transférer*» dans le projet du Conseil fédéral doit en effet être compris au sens large et englobe aussi bien les transferts avec réduction de fonds propres (transferts proprement dits) que les ventes à la valeur comptable. Cela découle notamment du fait que cette disposition reprend le postulat exprimé par le groupe de travail «impôts lors de restructurations» et par la doctrine [86]. Dans la mesure où les conditions des articles 61 *alinéa 2 LIFD* (nouveau) et 24 *alinéa 3^{ter}* seront remplies, la vente à la valeur comptable dans le groupe de participations ne sera plus assimilée à une prestation appréciable en argent, mais à une restructuration, comme c'est le cas aujourd'hui déjà pour les transferts au sens technique. En revanche, la nouvelle loi ne répond pas directement

à la question discutée ci-dessus (ch. 3.2.2.b.) de l'intégration du redressement dans le calcul de la réduction pour participations en cas de violation du délai de blocage.

En outre, les nouvelles dispositions codifient et *précisent la pratique actuelle* sur plusieurs points:

- La théorie de la transparence des participations est confirmée et inscrite dans la loi, puisque la même disposition traite des participations, des exploitations et des branches d'activités en les plaçant sur pied d'égalité. Il est vrai, comme le relève une partie de la doctrine [87], que le projet de loi ne spécifie pas explicitement que la participation transférée devra représenter une exploitation. Néanmoins, les nouvelles dispositions fiscales de la LFus dont il est question ici s'appliquent à des situations de restructuration [88] qui, par nature, sous-entendent le transfert d'une *exploitation* ou d'une *branche d'activité*. Si la proposition du Conseil des Etats est reprise par le Conseil National, des biens immobilisés nécessaires à l'exploitation pourront également être transférés en neutralité fiscale. Les articles 61 alinéa 2 LIFD et 24 alinéa 3^{ter} LHID devraient donc en principe s'appliquer aux participations dans lesquelles se trouveront des actifs et des passifs dont le transfert pourra être assimilé à une restructuration au sens de la LFus.
- Le transfert en neutralité fiscale est possible également pour des participations comprises entre 20 % et 50 % et n'est pas limité aux participations supérieures à 50 %, ce qui correspond d'ailleurs à la solution que nous préconisons ci-dessus (ch. 3.2.2.a.1).
- La condition que le transfert soit fait à une société suisse est confirmée. La notion de groupe est également précisée. Le Conseil fédéral se fonde sur la notion de groupe au sens des règles de consolidation [89] et ne laisse pas de place à une interprétation du groupe «d'un point de vue suisse», comme c'est le cas aujourd'hui pour les transferts de participations à l'étranger au sens de l'article 207a alinéa 3 LIFD [90]. Le transfert à une société suisse d'un groupe dominé par une société mère étrangère

pourra donc s'effectuer en neutralité fiscale. On peut également se demander si la définition du «groupe» adoptée par le Conseil fédéral dans la LFus n'est pas de nature à remettre en question l'interprétation restrictive faite actuellement par l'AFC de l'article 207a alinéa 3 LIFD.

- La condition du respect d'un délai de blocage est confirmée expressément dans la loi (article 61 alinéa 2^{bis} LIFD et article 24 alinéa 3^{quater} LHID). Il s'agit d'un délai de blocage objectif [91]. A ce titre, il convient de relever que le Conseil des Etats, lors de sa session de mars 2001, a choisi de supprimer le délai de blocage de 5 ans appliqué aux scissions, tout en maintenant celui lié aux transferts de participations. Compte tenu de la «transparence» des participations et de la relation étroite qui existe avec les scissions, ne serait-il pas indiqué de supprimer également le délai de blocage en cas de transfert de participations?
- Le message du Conseil fédéral traite explicitement à deux endroits des conséquences de la violation du délai de blocage, notamment en ce qui concerne l'intégration du redressement dans le calcul de la réduction pour participations (voir ci-dessus ch. 2.2.1.b. et 3.2.2.b.b2.) [92]. Il précise clairement que, en cas de redressement consécutif à la violation du délai de blocage, il y a lieu d'inclure le montant rajouté au bénéfice imposable dans le calcul de la réduction pour participations prévue aux articles 69 et 70 LIFD. Cela, bien sûr, pour autant que la participation transférée soit une nouvelle participation. Ceci confirme le point de vue défendu ci-dessus.

5. Conclusion

Les dispositions transitoires introduites par la réforme 97, ainsi que la distinction entre «vente» et «transfert proprement dit» faite par la pratique actuelle de l'AFC, rendent complexe l'analyse des conséquences fiscales de la vente ou du transfert de participations au sein d'un groupe. Le *schéma 2* tente de donner un aperçu de la problématique.

Actuellement, les ventes à la valeur comptable, même dans le cadre d'un groupe et à l'intérieur des frontières suisses, ne sont pas assimilées à des restructurations. Il en découle qu'elles sont assimilées à des cas de prestation appréciable en argent. En outre, il semblerait que l'AFC refuse d'appliquer la réduction pour participations au redressement du bénéfice imposable de la venderesse lié au dividende dissimulé. Les transferts proprement dits, c'est-à-dire qui sont effectués non pas à titre onéreux mais contre réduction des fonds propres chez l'aliénatrice, peuvent être traités comme des restructurations. Cela se justifie notamment par le fait que les dispositions fiscales sur les restructurations (fusions, scissions) permettent déjà de transférer en neutralité fiscale à l'intérieur du groupe une exploitation contenue dans une participation. La pratique actuelle de l'AFC accepte ainsi de considérer les participations en transparence et de leur appliquer un traitement analogue à celui qui prévaudrait si les actifs et passifs de la participation se trouvaient chez la société transférante elle-même. Dans la mesure où les critères requis pour la neutralité fiscale ne seraient pas remplis (notamment en cas de violation du délai de blocage de 5 ans), il semblerait selon l'AFC que l'imposition des réserves latentes transférées pourrait ne pas bénéficier de la réduction pour participations.

La pratique, consistant à refuser l'application des articles 69 et 70 LIFD aux cas de ventes à la valeur comptable ou de transferts proprement dits non assimilés à des restructurations, ne se justifie pas dès lors qu'il s'agit de nouvelles participations. En effet, dans la mesure où un décompte fiscal sur les réserves latentes vendues ou transférées est effectué, l'exonération des gains en capitaux introduite avec la réforme 97 doit s'appliquer à la réalisation des réserves latentes.

En cas d'anciennes participations vendues ou transférées à une société du groupe à l'étranger, il convient de garder à l'esprit l'article 207a alinéa 3 LIFD qui permet de surseoir à l'imposition des réserves latentes à certaines conditions.

Plus généralement, on peut se demander si la distinction faite actuellement par l'AFC entre ventes (à la valeur comptable) et transferts proprement dits (avec réduction de fonds propres) se justifie, dès lors que l'opération s'effectue dans le groupe et à l'intérieur du pays. En effet, dans le cadre de ventes à la valeur comptable, les réserves latentes ne sont pas réalisées, puisqu'elles ne sont pas transformées en moyens liquides dont la venderesse peut disposer. De plus, elles se retrouvent auprès de la société acquéreuse du groupe. Aucune substance fiscale n'échappe au fisc.

Enfin, le projet de LFus prévoit la possibilité de transférer, par le biais d'une vente à la valeur comptable ou d'un transfert contre réduction de fonds propres, des participations dans le groupe. Outre le fait qu'elle met sur pied d'égalité les transferts et les ventes à la valeur comptable, la nouvelle loi apporte des précisions utiles pour l'interprétation de la pratique actuelle, notamment en ce qui concerne les conséquences de ventes et de transferts de nouvelles participations (application de la réduction pour participations) et l'interprétation de la notion de groupe au sens de l'article 207a alinéa 3 LIFD.

Notes

- 1 Ci-après: «réforme 97».
- 2 En particulier de la circulaire n° 9 du 9 juillet 1998 de l'AFC sur les conséquences de la Loi fédérale sur la réforme 1997 de l'imposition des sociétés relative à la réduction d'impôts sur les rendements des participations des sociétés de capitaux et des coopératives (ci-après: «circulaire 9/98») et de la circulaire n° 10 du 10 juillet 1998 de l'AFC concernant le transfert de participations à des sociétés du groupe à l'étranger (ci-après: «circulaire 10/98»).
- 3 Nous ne traiterons pas ici du droit de timbre de négociation, de la TVA (qui n'est dans ce type de situation qu'indirectement concernée par le biais de la réduction du droit à la récupération de l'impôt préalable lié à la vente de participations), ni de l'impôt sur les gains immobiliers et les droits de mutation qui pourraient le cas échéant être dus si la participation transférée était une société immobilière.
- 4 Markus Reich, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Bâle 2000 (ci-après: «Grundriss»), p. 60; Beat Walker, Umstrukturierungen und Steuern, Berne 2001, p. 192.
- 5 Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat, Commission harmonisation fiscale, Harmoni-

- sation et fiscalité de l'entreprise, Berne 1995, p. 89 et 220; Cours de perfectionnement Schwarzenbourg 2000 (ci-après: «Schwarzenbourg»), Principes théoriques, p. 70.
- 6 Dans le cadre d'échange d'actions se pose la question de la réalisation des réserves latentes, la société venderesse recevant en contrepartie de sa participation un objet identique (voir à ce sujet Reich, Grundriss, p. 43) et éventuellement d'un remploi au sens de l'article 64 LIFD.
- 7 Beat Walker, op. cit., p. 192; Schwarzenbourg, Principes théoriques, p. 69.
- 8 Cas repris de la conférence de la Chambre fiduciaire du 5 avril 2001 donnée par l'auteur. Les cas traités lors de cette conférence sont accompagnés de solutions détaillées traitant du sujet abordé dans le présent article.
- 9 Art. 70 al. 1 et al. 4 LIFD et art. 28 al. 1bis LHID, lequel laisse aux Cantons la faculté d'inclure ou non les gains en capital sur participations dans le calcul de la réduction pour participations. Les Cantons ont dans la plupart des cas introduit cette possibilité dans leur loi fiscale. A noter que la réduction pour participations ne conduit pas à une exonération pure et simple du gain en capital, mais à une réduction de l'impôt dû sur la plus-value. Ce «crédit d'impôt» correspond au pourcentage entre le gain en capital net (c'est-à-dire après prise en compte d'une quote-part des frais de financement et des frais d'administration relatifs à la participation aliénée) et le bénéfice imposable total.
- 10 Dans la mesure où V n'a pas amorti la participation T dans ses comptes, le coût d'investissement correspond à la valeur comptable et l'entier du gain en capital réalisé est susceptible d'entrer dans le calcul de la réduction pour participations. En revanche, si V avait amorti la participation T, les amortissements ainsi «récupérés» seraient imposables pleinement.
- 11 Par sociétés du groupe, l'AFC entend une société à l'étranger détenue directement ou indirectement par une société suisse détenant également directement ou indirectement la société venderesse (Circulaire 10/98, ch. 3.2); cette définition est critiquée en doctrine voir en particulier: Duss/Altörfer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, art. 207a, n. 38 et ss).
- 12 Circulaire 10/98, ch. 5.1.
- 13 Article 207a al. 3 LIFD.
- 14 C'est-à-dire au 1^{er} janvier 2007.
- 15 En effet, dans le cadre de la vente à la valeur vénale d'une ancienne participation, la dissolution de la réserve non imposée donnera lieu à un bénéfice imposable qui pourra toutefois être inclus dans la réduction pour participations.
- 16 L'écriture suivante sera passée dans le bilan fiscal de V: réserves/PP: CHF 600.
- 17 Art. 4 LIA et art. 20 al. 1 OIA; toutefois, conformément à l'art. 24 OIA, la procédure de déclaration devrait pouvoir être requise en l'espèce.
- 18 L'écriture suivante sera passée chez A: participation T/réserves: CHF 600.
- 19 Schwarzenbourg, Principe théorique, p. 70.
- 20 L'écriture suivante devrait dans ce cas être passée chez M: participation A/rendement de participation V: CHF 600. Le coût d'investissement de A chez M augmente de CHF 600. Dans la mesure où, suite à l'appauvrissement de V, celle-ci devrait être amortie dans les comptes de M, l'écriture suivante serait en outre passée: amortissement (PP)/participation V: CHF 600 (ou montant inférieur si un amortissement inférieur aux réserves latentes transférées était nécessaire). Le coût d'investissement de V chez M n'est diminué que si un amortissement doit être effectué sur V et à hauteur de celui-ci.
- 21 Agner, Digeronimo, Neuhaus, Steinmann, Commentaire de la Loi sur l'impôt fédéral direct, complément, Zurich 2001, p. 264 et s.; Heuberger, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Berne 2001, p. 329.
- 22 Voir à ce sujet Circulaire 10/98 ch. 4.
- 23 Chez V le traitement fiscal sera le suivant:
 - participation T/PP: CHF 600 (redressement lié aux réserves latentes).
 - cash/participation T: CHF 400 (vente à la valeur comptable).
 - PP/réserves: CHF 600 (constitution de réserve non imposée, conformément à l'art. 207a LIFD).
 En 2007, la réserve de CHF 600 est dissoute sans autre conséquence dans le bilan fiscal.
- 24 Schwarzenbourg, Thème VI, Cas pratique n° 3, solutions de la question 1; Beat Walker, op. cit., p. 230; Séminaire de la chambre fiduciaire du 24 août 1999 «Steuerliche Aspekte von Mergers & Acquisitions», partie «Steuerliche Probleme bei den Grundformen von Umstrukturierungen» (ci-après: Séminaire 22.6.99), cas n° 18; l'AFC ne semble toutefois pas unanime sur cette question. Certains cantons acceptent de considérer les ventes à la valeur comptable à des sociétés du groupe en Suisse comme des transferts, dont les conséquences fiscales sont abordées ci-dessous sous ch. 3.2. (Reich, Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, in: IFF Forum für Steuerrecht 2001/1 (ci-après: «Fusionsgesetz/IFF»), p. 11.
- 25 Pour Duss/Altörfer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, art. 70, n. 21, le gain en capital est défini comme: «ein Gewinn aus einer Veräusserung [...], wenn die Beteiligung entgeltlich ausscheidet und das Entgelt den Gewinnsteuerwert (für die Steuerbilanz massgeblicher Buchwert) der Beteiligung übersteigt». Greter (Marco Greter, Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerwert, Zurich 2000, p.156) reprend la même définition.
- 26 Circulaire 9/98, ch. 2.4.2.
- 27 Art. 207a alinéa 1 LIFD.
- 28 Angelo Digeronimo, Le traitement fiscal des participations selon la réforme 1997 de l'imposition des sociétés, in: Archives 66, p. 716; Peter Baumgartner, Beteiligungsumstrukturierungen, in: l'Expert-comptable suisse 3/98, p. 181.
- 29 Agner, Digeronimo, Neuhaus, Steinman, op. cit., p. 434 semblent aller dans cette direction, ce qui démontre que l'AFC n'est pas unanime sur la question.
- 30 Voir également circulaire 9/98, ch. 2.5.2.
- 31 Reich, Grundriss, p. 60s.; Reich, Fusionsgesetz/IFF, p.11; Rapport du groupe de travail impôts lors de restructurations du 12 juin 1996, Version actualisée (août 1997), ch.45, p. 24.
- 32 Digeronimo, op. cit., p. 713; Agner, Digeronimo, Neuhaus, Steinmann, op. cit., p. 435.
- 33 Voir Walker, op. cit., p. 233.
- 34 Circulaire 9/98, ch. 2.5.3., let. e, cette pratique étant toutefois contestée en doctrine, voir

- notamment: Duss/Altörfer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, art. 70, n. 41 s. et Heuberger, op. cit., p. 302 ss. qui renvoie à divers auteurs.
- 35 Elles se retrouvent en effet au niveau de l'actif transféré chez F et de la participation F chez V.
- 36 Circulaire 9/98, ch. 2.5.3. lit. c (scission horizontale) et lit. e (participation); exemple 16 dans l'annexe à la circulaire 9/98 qui précise que la vente à la valeur comptable n'implique pas de redressement.
- 37 Walker, op. cit., p. 221.
- 38 Voir l'exemple 16 dans l'annexe à la circulaire 9/98.
- 39 En effet, dans ce cas, la qualification d'ancienne participation est «dédoublée»; cette pratique est contestable.
- 40 Circulaire 9/98, ch. 2.5.3. lit. e et 3.3.4. lit. e, ainsi que les exemples 6 et 16 dans l'annexe.
- 41 Ce point de vue s'appuie sur le texte clair de l'art. 207a alinéa 3 LIFD qui s'applique en cas de transfert à une société du même groupe à l'étranger. Duss/Altörfer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, art. 207a, n. 46 ss sont du même avis.
- 42 Voir: Markus Reich, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Bâle 1996 (ci-après: «Unternehmensumstrukturierungen»), p. 313 s.
- 43 Ce qui implique un certain nombre d'actes juridiques, comme l'endossement ou la cession des actions et l'inscription au registre des actionnaires.
- 44 Cette augmentation de capital est souscrite par M et libérée par V.
- 45 A constatera malgré tout une augmentation des fonds propres liée à un revenu extraordinaire.
- 46 Schwarzenbourg, Thème VI, Cas pratique n° 3.
- 47 Agner, Digeronimo, Neuhaus, Steinmann, op. cit., p. 432 ss.; Beat Walker, op. cit., p. 220 ss.; Reich, Unternehmensumstrukturierungen, p. 216; Reich, Grundriss, p. 52.
- 48 Reich, Unternehmensumstrukturierungen, p. 316.
- 49 Reich, Unternehmensumstrukturierungen, p. 316: «[...]die rechtlichen Strukturen durchleuchtet werden [...]».
- 50 Art. 61 al. 1 lit. b et c LIFD; art. 24 al. 3 lit. b et c LHID; aucun délai de blocage n'est violé, notamment puisque la fusion de la société T dans A consécutive à la scission de V ne représente pas une aliénation par M (pas de réalisation de réserves latentes; voir à ce sujet: Archives 68, p. 75).
- 51 Du même avis: Reich, Unternehmensumstrukturierungen, p. 316.
- 52 Structure «Stammhaus».
- 53 Pour un rappel de ces conditions: voir: Pascal Hinny, Internationale Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im Schweizer Steuerrecht (1. Teil), in: IFF Forum für Steuerrecht 2001/3, p. 188 et les renvois qui s'y trouvent et Walker, op. cit., p. 140 ss.
- 54 Art. 61 al. 1 LIFD et art. 24 al. 3 LHID.
- 55 Séminaire 22.6.99, cas 19.
- 56 Si le délai de blocage en cas de scission était abandonné dans la loi (comme le souhaite le Conseil des Etats, dans le cadre de la LFus) ou par la pratique, un délai de blocage ne se justifierait à notre avis plus dans le cas de transfert de participations (voir également ci-dessous ch. 4).
- 57 Agner, Digeronimo, Neuhaus, Steinmann, op. cit., p. 434;
- 58 Duss/Altörfer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, art. 207a, n. 44.
- 59 Du même avis: Walker, op. cit., p. 227 ss.
- 60 Le texte de l'article 5 alinéa 1 lit. a LIA se réfère aux fusions, transformations et scissions exclusivement. Toutefois, selon Robert Pfund, Verrechnungssteuer, I. Teil, Bâle 1971, art. 5, alinéa 1 lit. a, n. 2.1., cette disposition ne

ZUSAMMENFASSUNG

Steuerliche Aspekte des Verkaufs und der Übertragung von Beteiligungen innerhalb einer Gruppe

Der Artikel befasst sich mit der Übertragung von Beteiligungen (d.h. Anteile von mehr als 20 % an anderen Kapitalgesellschaften) innerhalb einer Gruppe. Nach heutigem Stand der Gesetzgebung und Praxis wird grundsätzlich zwischen Verkäufen (Austausch von Beteiligungen gegen Geld oder Gutschrift auf einem Kontokorrent) und Übertragung zu Lasten des Eigenkapitals der Verkäuferin (Übertragung im engeren Sinne genannt) unterschieden.

Der Beitrag befasst sich zuerst mit den Verkäufen der Beteiligungen, indem er zwischen Verkauf zum Verkehrswert und zum Buchwert unterscheidet.

Bei Verkauf zum Verkehrswert wird der Beteiligungsabzug (Artikel 70

Abs. 1 und 4 DBG und Artikel 28 Abs. 1^{bis} StHG) die Versteuerung des Kapitalgewinns neutralisieren, falls eine neue Beteiligung verkauft wird. Betrifft die Transaktion eine alte Beteiligung, wird der Kapitalgewinn voll besteuert, ausser wenn die Käuferin eine ausländische Gruppengesellschaft ist (Artikel 207 Abs. 3 DBG).

Erfolgt der Verkauf zum Buchwert wird zuerst die Transaktion mit einer Schwestergesellschaft oder Muttergesellschaft untersucht. Nach heutiger Praxis wird die Transaktion als geldwerte Leistung aufgefasst mit entsprechender Anwendung der Dreieckstheorie. Es wird hier insbesondere untersucht, ob der Beteiligungsabzug die steuerlichen Konsequenzen der Aufrechnung bei der Verkäuferin ermäs-

sigen kann. Beim Verkauf einer alten Beteiligung wird die Aufrechnung (Unterschied zwischen Verkehrswert und Verkaufspreis, d.h. Buchwert) voll steuerbar, es sei denn, die Beteiligung wird an eine ausländische Gruppengesellschaft verkauft; in diesem Fall erlaubt Artikel 207 Abs. 3 DBG einen Steueraufschub. Falls eine neue Beteiligung verkauft wird, scheint die heutige Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) die Anwendung des Beteiligungsabzugs auf die Aufrechnung bei der Verkäuferin zu verbieten. Zudem kommt Artikel 207 Abs. 3 DBG nicht zur Anwendung. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte aber der Unterschied zwischen Verkehrswert und Buchwert im Beteiligungsabzug mitberücksichtigt werden und die Praxis der ESTV ist deshalb abzulehnen.

- doit pas s'interpréter de manière restrictive. Comme le relève Reich (Grundriss, p. 139), ce n'est pas tant la manière dont la restructuration est effectuée du point de vue civil qui est important, que le résultat final.
- 61 Reich, Grundriss, p. 140.
- 62 A hauteur de la différence entre le capital nominal créé chez A et celui réduit chez V.
- 63 M comptabilisera en effet le dividende dans son PP, augmentant ainsi ses réserves.
- 64 Le droit de timbre étant un impôt formel, il convient tout d'abord d'observer la transaction sous un angle juridique. Dans le cas du transfert de la participation à la mère, aucun apport n'est effectué.
- 65 Schwarzenbourg, Principe théorique, p. 70.
- 66 Notice concernant l'application de l'article 6, 1^{er} alinéa, lettre a bis de la loi fédérale sur les droits de timbre (LT) de mai 2001 (ci-après: notice 6a bis 2001), introduction au ch. III.
- 67 Cette pratique est contestée en doctrine, voir notamment pour une analyse détaillée de la question: Markus Neuhaus, Von der Quasifusion zur Spaltung in der Stempelsteuer, in: L'Expert-comptable suisse, 8/2001, p. 734.
- 68 Art. 8 alinéa 3 LT.
- 69 Notice 6a bis 2001, ch. IV. 5.2.
- 70 Reich, Grundriss, p. 90.
- 71 Walker, op. cit., p. 233.
- 72 Schwarzenbourg, Thème VI, Cas n° 3, questions 2 et 5; Walker, op. cit., p. 229.
- 73 Markus Neuhaus, Fusionsgesetz – Steuerfolgen bei Verletzung von Sperrfristen, in: IFF Forum für Steuerrecht 2001/1 (ci-après: Fusionsgesetz), p. 27.
- 74 C'est d'ailleurs également l'avis du Conseil fédéral dans le message sur la LFus, aux pages 4030 et 4161. Du même avis semble-t-il également: Agner, Digeronimo, Neuhaus, Steinmann, op. cit., p. 434 s.
- 75 Selon nous, le texte de l'art. 70 alinéas 1 et 4 n'empêche pas la réalisation d'un gain en capital avec sa mère.
- 76 Chez V l'écriture suivante sera passée: participation F/participation T: CHF 400.
- 77 Circulaire 9/98, ch. 2.5.3.e et exemples 6 et 16 dans l'annexe; Schwarzenbourg, Thème VI, Cas pratique n° 3, question 8.
- 78 Hinny, op. cit., p. 192; Walker, op. cit., p. 224 s.
- 79 Notice 6a bis 2001, préambule au ch. III.
- 80 Notice 6a bis 2001, ch. IV a.1.
- 81 Notice 6a bis 2001, ch. IV a. 5.1.
- 82 Rapport du groupe de travail impôts lors de restructurations du 12 juin 1996, Version actualisée (août 1997), ch. 45, p. 24.
- 83 Voir note 31.
- 84 Le Conseil des Etats a, en mars 2001, modifié le projet pour permettre également le transfert de «participations directes ou indirectes» et de «biens immobilisés nécessaires à l'exploitation».
- 85 Le Conseil des Etats a en mars 2001 modifié le texte de loi pour préciser que l'abandon de la direction unique durant les 5 ans implique également une imposition rétroactive.
- 86 Voir note 31 et 82.
- 87 Markus Neuhaus, Hans-Jürg Neuhaus, Peter Riedweg, Stephan Kuhn, Fusionsgesetz, Überblick Neuerungen Gewinnsteuer, Séminaire de la Chambre fiduciaire du 4 avril 2002 à Zurich, transparent 87.
- 88 Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000 (ci-après: Message LFus), p. 4030.
- 89 Message LFus, p. 4161.
- 90 Circulaire 10/98, ch. 3.2.
- 91 Markus Neuhaus, Fusionsgesetz, p. 26.
- 92 Message LFus, p. 4030 et 4161.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich auch mit dem Verkauf zum Buchwert an eine Tochtergesellschaft. Bei einer solchen Transaktion handelt es sich um eine verdeckte Kapitaleinlage, die nach heutiger Praxis der ESTV steuerneutral durchgeführt werden darf.

Der Beitrag untersucht sodann die steuerlichen Konsequenzen der *Übertragung einer Beteiligung zu Lasten des Eigenkapitals* der übertragenden Gesellschaft. Es wird gezeigt, dass nach heutigem Stand der Gesetzgebung und der Praxis die Möglichkeit besteht, den in einer Beteiligung enthaltenen Betrieb steuerneutral in eine andere Beteiligung zu übertragen (durch Fusionen und/oder Spaltungen der Gesellschaften und Anwendung der Art. 61 DBG und Art. 24 Abs. 3 StHG). Faktisch kann deshalb heute das gleiche Ergebnis wie eine steuerneutrale Übertragung der Beteiligung erzielt werden. Dementsprechend soll eine Beteiligung steuerneutral übertragen werden können, genau gleich wie wenn der Betrieb der Beteiligung direkt in der übertragenden Gesellschaft enthalten wäre (Durchsichtig-

keit der Beteiligung). Die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Beteiligungsübertragung sind heute die folgenden:

- Nach der hier vertretenen Ansicht muss eine Beteiligung von mindestens 20 % übertragen werden. Eine Übertragung von 50 % oder mehr (wie von der ESTV gefordert wird), sollte nicht verlangt werden dürfen.
- Die Beteiligung muss einen Betrieb enthalten (die Übertragung einer inaktiven Gesellschaft kann steuerneutral nicht durchgeführt werden).
- Die Übertragung muss zum Buchwert erfolgen.
- Sie muss innerhalb der Schweiz durchgeführt werden.
- Die übertragende Gesellschaft reduziert ihr Eigenkapital (Übertragung zu Lasten des Eigenkapitals), damit es sich nicht um einen Verkauf handelt.
- Es muss eine Sperrfrist von fünf Jahren beachtet werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte sich die übertragende Gesellschaft auf den Beteiligungsabzug

berufen können, falls (i) eine neue Beteiligung transferiert wird und (ii) die oben erwähnten Voraussetzungen für eine steuerneutrale Übertragung der Beteiligung nicht beachtet werden. Die Praxis der ESTV scheint diese Ansicht heute abzulehnen, was hier kritisiert wird.

Der Artikel befasst sich auch mit dem *Entwurf des Fusionsgesetzes*, insbesondere den neuen Artikeln 61 Abs. 2 DBG, 24 Abs. 3^{ter} StHG, 61 Abs. 2 bis DBG und 24 Abs. 3^{quater} StHG. Es wird festgestellt, dass für die steuerneutrale Übertragung von Beteiligungen das Fusionsgesetz neu den Unterschied zwischen Verkauf und Übertragung zu Lasten des Eigenkapitals abschafft. Das Gesetz soll zudem das Postulat der Lehre verankern, nach welchem Verkäufe zum Buchwert an Gruppengesellschaften innerhalb der Schweiz als Umstrukturierung angesehen werden müssen und steuerneutral möglich sein sollen. Zudem präzisiert das Fusionsgesetz die heutige Praxis, nach welcher eine Beteiligung steuerneutral übertragen werden darf.

PMG