

DÉCEMBRE 2010

Newsletter

Auteurs:Harun Can
Michael Nordin

FISCALITÉ

Principe de l'apport de capital

Le 1er janvier 2011, le principe d'apport de capital entrera en vigueur dans le droit fiscal suisse. Il aura des conséquences positives sur les sociétés domiciliées en Suisse et cotées en bourse ainsi que sur les investisseurs privés domiciliés en Suisse. En effet, il présente des possibilités de remboursement exonérées d'impôt s'appliquant à l'impôt anticipé et à l'impôt sur le revenu des primes (agios) et des versements supplémentaires effectués dans une société. Il faut toutefois, afin de pouvoir les faire valoir, que les primes et les versements supplémentaires effectués depuis 1997 soient comptabilisés ouvertement comme réserves issues d'apports en capital au plus tard en 2011 et communiqués à l'Administration fédérale des contributions au plus tard 30 jours suivant l'approbation des comptes annuels.

1. INTRODUCTION

Jusqu'à présent, en raison du principe en vigueur de la valeur nominale, une société installée en Suisse ne pouvait rembourser à ses actionnaires que leur capital nominal sans conséquences fiscales en matière d'impôt anticipé. Le remboursement de primes ou de versements supplémentaires réalisés précédemment - à savoir des apports en capitaux autres que le capital-actions ou le capital social - était soumis à l'impôt anticipé de 35%. En outre, les personnes physiques domiciliées en Suisse détenant des participations à titre privé dans une société suisse ou étrangère, échappent à l'impôt sur le revenu au niveau

fédéral et dans la plupart des cantons uniquement en cas de remboursement du capital nominal, mais pas en cas de remboursement des agios ou des apports supplémentaires.

À partir du 1er janvier 2011, la deuxième réforme de l'imposition des entreprises étendra cette exonération sous certaines conditions également aux remboursements de tous les apports en capital réalisés à partir de 1997 par des détenteurs directs de parts et leurs prédécesseurs.

Cela peut être par exemple très attractif pour les actionnaires étrangers d'une société domiciliée en Suisse et cotée en bourse. En effet, il est désormais possible d'obtenir le

remboursement, sans impôt anticipé, d'apports précédents en capital à la place de la distribution de dividendes soumis à l'impôt anticipé. Divers groupes internationaux s'étant installés récemment en Suisse ont déjà tiré profit de cet avantage en créant des agios substantiels au moment de leur arrivée. En fondant une nouvelle société suisse et en y apportant des actions existantes contre un capital en actions et des agios, ils ont créé des apports de capital remboursables francs d'impôts.

Le principe de l'apport de capital présente également un grand intérêt pour les personnes physiques domiciliées en Suisse et détenant des participations à titre privé. A certaines conditions, au niveau fédéral et dans tous les cantons, elles n'ont plus à payer d'impôt sur le revenu sur le remboursement d'apports en capital d'une société suisse ou étrangère. Cela est également le cas si, par le passé, elles n'ont pas procédé elles-mêmes aux apports en capital.

Vous trouverez ci-après un exemple illustrant le mode de fonctionnement du principe d'apport de capital, suivi de l'indication des bases juridiques et des conditions fiscales générales pour un remboursement des apports de capitaux francs d'impôt anticipé et d'impôt sur le revenu. Les règles transitoires, quelques cas particuliers et les conséquences possibles de la réforme du droit de la société anonyme sont également exposés.

2. EXEMPLE

L'exemple suivant montre les conséquences du nouveau principe de l'apport de capital: Une société anonyme domiciliée en Suisse a procédé à une augmentation de capital en 2005 et émis pour cela 1000 actions supplémentaires d'une valeur nominale de CHF 100 chacune. Les actions ont été libérées par un nouvel actionnaire qui, afin d'empêcher la dilution de la participation des actionnaires existants, a dû verser non seulement un montant correspondant à la valeur nominale, mais aussi un montant supplémentaire pour parvenir à la valeur vénale de CHF 250 par action dans la société suisse. Par conséquent, le nouvel actionnaire a versé en son temps CHF 100'000 pour la libération de la valeur nominale et CHF 150'000 supplémentaires au comptant pour la valeur vénale des actions comme prime (agio) dans la société. En cas de liquidation de la société anonyme en 2012, conformément au principe de l'apport de capital, la société ne doit percevoir l'impôt anticipé ni sur le remboursement du capital-actions de CHF 100'000 ni sur le remboursement des agios de CHF 150'000. Par ailleurs, le remboursement du capital-actions de CHF 100'000 et désormais de la prime CHF 150'000 n'entraîneront pas de conséquences en matière d'impôt sur le revenu pour les actionnaires domiciliés en Suisse détenant des actions à titre privé.

3. BASES JURIDIQUES

Le principe de l'apport de capital est désormais régi par les art. 20 al. 3 et art. 125 al. 3 de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ainsi que par l'art. 5 al. 1bis de la loi sur l'impôt anticipé (LIA). L'Administration fédérale des contributions (AFC) a

publié récemment une circulaire relative à ces dispositions (Circulaire AFC n° 29 du 9 décembre 2010; ci-après "circulaire"). En outre, conformément à l'art. 7b de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs (LHID), les cantons sont tenus de reprendre le principe de l'apport en capital dans leur droit cantonal au 1er janvier 2011.

4. CONDITIONS PRÉALABLES

Les conditions préalables ci-dessous déterminées par la loi et la circulaire doivent être respectées pour que les apports en capital puissent être remboursés en franchise d'impôt :

1. Il doit s'agir d'un apport en capital, d'une prime (agio) ou d'un versement supplémentaire, c'est-à-dire d'un apport en capital au sens large. Les apports en capital sont les versements de capital social ou de capital-actions déjà remboursables actuellement en franchise d'impôt. Les primes (agios) correspondent aux apports du détenteur de parts qui sont supérieurs à la valeur nominale (p. ex. les augmentations de capital au-dessus du pair). Les versements supplémentaires sont des apports de l'actionnaire dans les réserves de la société qui ne créent pas de nouveau capital nominal (ex. prestations à fonds perdu de l'actionnaire dans la société).
2. Ces apports de capitaux doivent avoir été effectués directement par le détenteur de parts selon la circulaire. Les versements supplémentaires de sociétés proches (ex. de sociétés sœurs) ne rentrent pas dans la catégorie d'apports en capitaux francs d'impôts.
3. Les apports, primes et versements supplémentaires doivent être comptabilisés par la société qui les reçoit et être inscrits ouvertement dans le bilan commercial approuvé à l'assemblée générale, au compte spécial "Réserves issues d'apports de capital" (RIA). En raison de la nécessité de la comptabilisation ouverte, les apports dissimulés ne sont pas considérés comme des apports en capital au sens des dispositions légales susmentionnées (p. ex. la vente en dessous de son prix d'un droit de propriété immatérielle par l'actionnaire à la société dans la mesure où le prix de vente, et non la valeur vénale supérieure, figure dans le bilan commercial). En outre, conformément à la circulaire, les primes ou les versements supplémentaires ne sont plus considérés comme ayant été comptabilisés ouvertement s'ils ont été compensés dans le passé par des pertes.
4. Avec le nouveau formulaire 170, le volume et les modifications des RIA remboursables francs d'impôt doivent être communiqués à l'AFC.
5. En définitive, les remboursements ne sont francs d'impôt que pour le volume qui correspond expressément au remboursement des RIA. Cela doit être mentionné en conséquence dans les décisions de remboursement reposant sur le droit des sociétés. Sans décision expresse, la distribution est réputée être, selon la circulaire, une distribution imposable issue des autres réserves. Les dis-

tributions dissimulées de bénéfices, par ex., la vente en dessous de son prix d'une marque par la société à l'actionnaire, ne peuvent pas, pour cette raison, être considérées comme un remboursement franc d'impôt d'un apport en capital.

Comme dans le cas du remboursement de capital nominal, le remboursement franc d'impôt d'apports en capital ne présuppose pas que l'apport en capital en question soit remboursé aux détenteurs de parts ayant contribué à l'apport de capital.

5. DISPOSITIONS TRANSITOIRES

L'apport en capital remboursable en franchise d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé ne s'applique qu'aux apports, primes et versements supplémentaires effectués à compter du 31 décembre 1996. Ils ne peuvent être considérés comme tels que si, selon la circulaire, ils apparaissent ouvertement au plus tard dans le bilan de clôture de l'exercice se terminant en 2011 sur le compte séparé des "RIA". Si cet apport en capital déjà effectué est déclaré plus tard, il ne sera pas reconnu selon la circulaire. De plus, les RIA comptabilisées au bilan commercial devront être déclarées à l'AFC à l'aide du formulaire 170 au plus tard 30 jours après l'approbation des comptes annuels.

6. CAS PARTICULIERS

Sont exposés ci-après quatre cas particuliers qui illustrent le fait que l'introduction du principe de l'apport de capital a des conséquences sur des domaines importants de la législation fiscale suisse:

6.1 Les actions gratuites et les augmentations gratuites de la valeur nominale

Dans le cas où les actions gratuites et les augmentations gratuites de la valeur nominale (ex. suite à une scission) sont libérées à la charge des autres réserves, elles sont soumises à l'impôt fédéral direct (art. 20 al. 1 let. c LIFD) et à l'impôt anticipé (art. 4 al. 1 let. b LIA). Cette règle vaut pour une grande part des cantons.

Ce qui est nouveau, c'est qu'en raison du principe de l'apport de capital, la libération des actions gratuites et des augmentations gratuites de la valeur nominale à la charge des RIA n'aura de conséquences ni sur l'impôt sur le revenu ni sur l'impôt anticipé. Il faut notamment tenir compte de ces circonstances lors de restructurations et celles-ci peuvent s'en trouver largement facilitées.

6.2 Rachat de ses propres droits de participation

Les réserves légalement nécessaires pour racheter ses propres actions peuvent, conformément à la circulaire, être comptabilisées à la charge des RIA. Dans ce cas, elles doivent être stipulées à part dans les RIA. L'imposition est réalisée selon le montant déclaré au moment de l'acquisition et permet d'éviter une liquidation fiscale partielle passé le délai de 6 ans.

6.3 Liquidation partielle indirecte

Une personne physique qui cède une participation d'au moins 20% à une société (ci-dessous nommée "acquéreuse") ne réalise pas de bénéfice en capital privé franc d'impôt si, dans les cinq ans après la cession des actions, la participation vendue distribue un dividende de substance au préjudice de l'acquéreuse:

Si, au contraire, des RIA peuvent être distribuées à l'acquéreuse, il ne s'agira désormais plus d'un dividende de substance préjudiciable qui aura des répercussions en matière d'impôt sur le revenu pour l'acquéreuse.

6.4 Transposition

Si un actionnaire cède une participation d'au moins 5% faisant partie de sa fortune privée à une société de capitaux qu'il contrôle, le produit de la cession, sous déduction de la valeur nominale et des réserves proportionnelles issues de l'apport en capital, correspond au rendement imposable issu de la fortune mobilière.

Les conséquences fiscales d'une transposition peuvent toutefois continuer d'être évitées si la différence entre les recettes et la valeur nominale auxquelles s'ajoutent les RIA sont attribuées aux autres réserves.

7. RÉVISION DU DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Le principe de l'apport en capital renvoie à la révision actuelle du droit de la société anonyme débattue en ce moment au Parlement suisse. Conformément à la doctrine, les sociétés anonymes peuvent, en s'appuyant sur une décision rendue en assemblée générale, rembourser les primes (agios) et les versements supplémentaires comptabilisés dans les réserves ouvertes aux actionnaires dans la mesure où le montant minimum légal des réserves ouvertes, à savoir (à l'exception des sociétés holding) 50%, subsiste. Selon le message relatif à la révision du droit de la société anonyme, un tel remboursement de primes (agios) ou de versements supplémentaires ne serait plus possible selon le nouvel art. 671 car conformément au projet, d'autres apports et versements supplémentaires effectués par les détenteurs de droits de participation doivent être attribués aux réserves de capital et ne peuvent pas être remboursés aux actionnaires. Nous pensons cependant que cette proposition sera assouplie par le Parlement et que les remboursements d'apport en capital seront possibles à l'avenir également en droit des sociétés. Dans le cas contraire, le remboursement en franchise d'impôt d'apports en capital décrit ici ne sera pas autorisé pour des raisons relatives au droit des sociétés.

8. CONCLUSION

L'introduction du principe de l'apport de capital représente un changement fondamental de système en droit fiscal suisse. À l'avenir, pour faire valoir les remboursements en franchise d'impôt d'apport en capital, il y a lieu de procéder selon les étapes suivantes dans les plus brefs délais en raison de la pratique de l'AFC. Il s'agira tout d'abord de veiller à comptabiliser tous les apports en capitaux existants de

manière ouverte et sur un compte spécial. Ensuite, il est primordial que les sociétés déclarent le volume des apports en capital de 1997 à 2011 à l'AFC en utilisant le formulaire 170 au plus tard 30 jours suivant l'approbation des comptes annuels. Pour terminer, toutes les modifications à venir dans les RIA doivent également être déclarées à l'AFC par le formulaire correspondant.

CONTACTS

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Pietro Sansonetti

Associé
pietro.sansonetti@swlegal.ch



Jean-Frédéric Maraia

Associé
jean-frederic.maraia@swlegal.ch

A Zurich:



Michael Nordin

Associé
michael.nordin@swlegal.ch



Harun Can

Associé
harun.can@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer est l'un des cabinets d'avocats les plus renommés en Suisse. Plus de 110 avocats spécialisés à Zurich et à Genève conseillent des clients suisses et étrangers dans l'ensemble des domaines du droit des affaires. www.swlegal.ch

Schellenberg Wittmer
Avocats

GENÈVE

15bis, rue des Alpes/Case postale 2088
1211 Genève 1/Suisse
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

ZURICH

Löwenstrasse 19/Case postale 1876
8021 Zurich/Suisse
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch