



Branko Balaban

avocat et notaire, expert fiscal diplômé
associé de Tax Team AG, Cham
branko.balaban@tax-team.ch
www.tax-team.ch



Markus Metzger

expert fiscal diplômé, expert en TVA FH
associé de Tax Team AG, Cham
markus.metzger@tax-team.ch
www.tax-team.ch

Révision du droit de la société anonyme

Les aspects fiscaux du nouveau droit de la société anonyme

La révision du droit de la société anonyme va de pair avec l'adaptation de diverses dispositions de droit fiscal. Dans l'article qui suit, les auteurs expliquent quelques-unes de ces modifications.

Le Parlement fédéral a adopté la révision du droit de la société anonyme le 19 juin 2020. Le Conseil national avait voté à raison de 143 voix pour, 51 voix contre et 4 abstentions, le Conseil des États à raison de 37 oui, 4 non et 4 abstentions. Le délai référendaire ayant expiré le 8 octobre 2020 sans avoir été utilisé, le nouveau droit de la société anonyme peut être mis en vigueur par le Conseil fédéral. Les dispositions relatives aux seuils pour la représentation des sexes ainsi que les règles de transparence sont déjà applicables depuis le 1^{er} janvier 2021. Sachant que les autres volets de la révision du droit de la SA nécessitent encore des disposi-

tions d'exécution, leur mise en vigueur est envisagée pour 2022 selon un communiqué de presse du 11 septembre 2020. Au vu des estimations actuelles, l'Office fédéral de la justice s'attend à l'entrée en vigueur de la révision du droit de la SA pour 2023.

Le nouveau droit se traduit pour l'essentiel par un assouplissement des dispositions concernant la fondation et le capital, par une harmonisation avec le nouveau droit comptable et l'amélioration des règles de gouvernance d'entreprise. Les autres détails de la révision sont exposés dans le projet de lois soumis au délai référendaire¹ et le message².

pourra être libellé dans la monnaie étrangère la plus importante pour l'activité commerciale.

S'il est fait usage du droit d'établir le capital-actions dans une monnaie étrangère, il y a lieu, lors de la fondation de la SA, de faire mention du capital nominal en monnaie étrangère pour un contrevalueur d'au moins 100000 francs. Par ailleurs, la comptabilité et la présentation des comptes devront être tenues dans la même monnaie étrangère. Il ne sera pas admis d'utiliser des monnaies différentes pour le capital-actions, d'une part, et pour la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes, d'autre part. De plus, la monnaie étrangère ne pourra pas être choisie librement; le Conseil fédéral décidera quelles sont les monnaies étrangères autorisées.⁶ Quand bien même le capital-actions, la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes seraient licites dans une monnaie étrangère, les impôts suisses restent, par principe, payables en francs suisses. Dans le canton de Zoug, il est aussi possible d'acquitter les impôts dans une cryptomonnaie – bitcoin ou Ethereum à l'heure actuelle.⁷ Si une société anonyme utilise une monnaie étrangère pour le capital-actions, la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes, la question se pose de savoir selon quelle méthode il convient de convertir le bénéfice et le capital imposables en francs suisses. Avec le nouveau droit de la SA, la LIFD adopte

1. Dispositions de droit fiscal

La révision du droit de la société anonyme va de pair avec l'adaptation de diverses dispositions de droit fiscal. Selon l'estimation du Conseil fédéral, cette adaptation ne se traduira pas par une baisse de recettes. Certaines des modifications ont par ailleurs pour but d'éviter que le projet de loi n'entraîne une diminution des recettes. Il s'agit en particulier des dispositions liées à l'introduction de la marge de fluctuation du capital, censée prévenir son utilisation abusive à des fins fiscales.³

1.1 Capital-actions en monnaie étrangère

Le droit en vigueur prévoit un montant minimal de 100000 francs pour le capital-actions.⁴ En conséquence, une telle valeur nominale minimale fixée en francs suisses doit être inscrite au registre du commerce dans cette monnaie. En vertu du nouveau droit comptable, il sera possible de tenir la comptabilité et la présentation des comptes dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise.⁵ Afin d'aboutir à une harmonisation en l'espèce, le capital-actions ne devra plus dès lors être fixé impérativement en francs suisses mais

un nouvel al. 1^{bis} à l'art. 80 et la LHID un al. 3^{bis} à l'art. 31, lesquels régissent comme suit la conversion aux fins de l'impôt sur le bénéfice:

Si les comptes annuels sont établis dans une monnaie étrangère, le bénéfice net imposable doit être converti en francs. Le taux de change moyen (vente) de la période fiscale est déterminant.

Le bénéfice imposable déterminant est réalisé pendant une certaine période. Il n'y a donc pas lieu de le convertir à la date de clôture; la conversion repose sur le taux de change moyen (vente) de la période fiscale. En cas d'assujettissement inférieur à un an, il s'agit du taux de change moyen (vente) de la période en question. Si l'assujettissement ne dure par exemple que neuf mois, c'est le taux de change moyen de ces neuf mois qui s'appliquera à la conversion en francs suisses.

La LHID énonce en son nouvel art. 31 al. 5 la procédure suivante pour la conversion du capital propre en francs suisses:⁸

Si les comptes annuels sont établis dans une monnaie étrangère, le capital propre imposable doit être converti en francs suisses. Le taux de change (vente) à la fin de la période fiscale est déterminant.

En application du principe de la date d'effet, il est logique de s'appuyer sur le taux de change (vente) à la fin de la période fiscale pour la conversion en francs suisses. Il en va de même pour un assujettissement inférieur à un an.

1.2 Tenue d'une comptabilité simplifiée

Le droit comptable autorise les entreprises individuelles et les sociétés de personnes qui ont réalisé un chiffre d'affaires inférieur à 500 000 francs lors du dernier exercice, les associations et les fondations qui n'ont pas l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce et les fondations dispensées de désigner un organe de révision à ne tenir qu'une comptabilité des recettes et des dépenses ainsi que du patrimoine. Les principes de la tenue régulière des comptes s'appliquent par analogie.⁹

L'actuel art. 42 al. 3 let. b LHID énonce à l'intention des contribuables autorisés à tenir une comptabilité simplifiée les documents à joindre à leur déclaration d'impôt. Les dispositions de cet alinéa 3 seront adaptées sur le plan formel au nouveau droit comptable et leur texte sera le suivant:

Les personnes physiques dont le revenu provient d'une activité lucrative indépendante et les personnes morales doivent joindre à leur déclaration:

b. en cas de tenue d'une comptabilité simplifiée en vertu de l'art. 957 al. 2 CO: un relevé des recettes et des dépenses, de l'état de la fortune ainsi que des prélèvements et apports privés concernant la période fiscale.

En se fondant sur l'art. 28 al. 1 LIFD, les indépendants qui tiennent une comptabilité simplifiée peuvent eux aussi procéder à des amortissements et les déduire de leurs recettes imposables. La disposition en vigueur de l'art. 28 al. 1 LIFD ne sera adaptée que sur le plan formel lors de la révision du droit de la SA, de sorte que rien ne changera sur le fond:

Les amortissements des actifs justifiés par l'usage commercial sont autorisés, à condition qu'ils soient comptabilisés ou, en cas de tenue d'une comptabilité simplifiée en vertu de l'art. 957 al. 2 CO, qu'ils apparaissent dans un plan spécial d'amortissements.

1.3 Marge de fluctuation du capital

Le nouveau droit de la SA implémente l'institution juridique dite de la marge de fluctuation du capital, qui permet d'assouplir les augmentations et les réductions du capital. Cette marge de fluctuation se substitue à l'augmentation de capital autorisée car elle remplit les mêmes fonctions.

Par une marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration à augmenter ou réduire le capital pendant une durée n'excédant pas cinq ans. La décision est ancrée dans les statuts et inscrite au registre du commerce. La loi prévoit une limite supérieure et une limite inférieure de la marge de fluctuation du capital. Le capital-actions inscrit au registre du commerce ne peut être augmenté que de moitié (limite supérieure) et réduit que de moitié également (limite inférieure). L'assemblée générale peut aussi décider d'une configuration plus restrictive de la marge de fluctuation du capital. Il est ainsi possible, par exemple, que le conseil d'administration soit autorisé uniquement à augmenter le capital ou uniquement à le réduire. Le droit du conseil d'administration à réduire le capital ne peut lui être attribué que si les comptes annuels de la société sont soumis à tout le moins à un contrôle restreint.¹⁰

L'institution de la marge de fluctuation du capital pourrait être reprise par les sociétés ouvertes au public afin de créer des avantages fiscaux pour leurs actionnaires. Lorsque des actions sont rachetées en bourse, les conséquences fiscales – au titre de l'impôt sur le revenu – d'une liquidation partielle directe peuvent être

évitées. Pour toute augmentation du capital, en revanche, les agios versés par les actionnaires constituent en principe des réserves issues d'apports de capital qui peuvent être remboursées en exonération d'impôt. Ainsi donc il serait possible d'abuser de la marge de fluctuation du capital en ne distribuant plus de dividendes imposables aux actionnaires. Pour de plus amples détails et explications sur ce sujet, le lecteur est invité à consulter le message du Conseil fédéral.¹¹

Afin de mettre un frein au possible recours abusif à la marge de fluctuation par les sociétés cotées en bourse, il est précisé avec l'art. 20 al. 4 LIFD rév. et l'art. 7b al. 2 LHID rév. que les augmentations et réductions de capital sont à compenser pendant la durée de la marge de fluctuation.

... ne s'applique aux apports et aux agios qui sont versés pendant la durée d'une marge de fluctuation du capital au sens des art. 653ss. du Code des obligations (CO) que dans la mesure où ils dépassent les remboursements de réserves dans le cadre de ladite marge de fluctuation du capital.

L'état des réserves issues d'apports de capital appelle une approche de la valeur nette. Si, pendant la durée de la marge de fluctuation du capital, les augmentations de capital dépassent les restitutions de capital, la somme des réserves issues d'apports de capital n'est relevée que de cette différence. Ainsi, il n'est plus déterminant de savoir si, en cas de rachat d'actions par des sociétés cotées, une liquidation partielle directe peut être évitée et si, en cas d'augmentation du capital par des agios, des réserves issues d'apports de capital peuvent être créées. De nouvelles réserves ne sont créées que par le montant net de l'augmentation.

Même dans le domaine de l'impôt anticipé, la règle est, par analogie, que, dans le sens d'une approche de la valeur nette, les augmentations et réductions du capital sont compensées pendant la durée de la marge de fluctuation du capital.¹² Ce qui permet, par l'intermédiaire de la deuxième ligne de négoce et de la marge de fluctuation du capital, d'éviter aux sociétés cotées des charges au titre de l'impôt anticipé.¹³

Si une SA, une Sàrl ou une société coopérative crée ou augmente la valeur nominale du capital, il y a lieu de vérifier si un tel acte juridique fait l'objet du droit de timbre d'émission.¹⁴ Il en va de même lorsque l'assemblée générale autorise le conseil d'administration, par l'institution d'une marge de fluctuation du capital, à augmenter la valeur nominale dans les limites de cette marge de fluctuation. En théorie, toute augmentation du capital pourrait entraîner un assujettissement au

droit d'émission, et ce, même si la valeur nominale faisait l'objet de nouvelles réductions répétées dans le cadre de la marge de fluctuation du capital. Le législateur a trouvé une solution pragmatique aux augmentations de capital dans le cadre de cette marge de fluctuation (art. 9 al. 3 LT rév.):

Les fonds reçus par la société dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital au sens des art. 653ss du Code des obligations ne sont soumis au droit d'émission que dans la mesure où ils sont supérieurs aux restitutions effectuées dans le cadre de la marge de fluctuation du capital.

Par analogie aux régimes de l'impôt sur le revenu et l'impôt anticipé, le principe de l'approche de la valeur nette s'applique ici aussi. À l'expiration de la marge de fluctuation du capital, seul le montant net d'une éventuelle augmentation du capital est soumis au droit d'émission, sauf exceptions.¹⁵ Quant au moment de la naissance de la créance fiscale liée à une marge de fluctuation du capital, il est fait référence en vertu de la loi à l'échéance de la marge de fluctuation du capital (art. 7 al. 1 let. f LT rév.):

La créance fiscale prend naissance:
f. pour les droits de participation émis dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital au sens des art. 653ss du Code des obligations, à l'échéance de la marge de fluctuation du capital.

1.4 Adaptations formelles

Les dispositions de la LIA sur les propres actions et leur traitement au regard de la loi sur l'impôt anticipé connaîtront un certain nombre d'adaptations formelles du fait de la révision du droit de la SA,¹⁶ mais rien ne change sur le fond.

2. Autres considérations de droit fiscal

2.1 Compensation d'une créance

L'art. 634a al. 1 CO rév. dispose que la libération du capital-actions peut aussi être effectuée par compensation d'une créance. Dans la plupart des cas, l'actionnaire détiendra sans doute contre la société une créance qu'il utilisera – quelle qu'en soit la raison – par compensation pour libérer un nouveau capital nominal. Dans un arrêt du 28 septembre 1989,¹⁷ le Tribunal fédéral avait jugé que l'abandon de créances consenti par l'actionnaire ou l'associé constituait un bénéfice d'assainissement proprement dit, d'où une incidence sur le résultat

de la société. Il n'y a bénéfice d'assainissement improprement dit et sans incidence sur le résultat que si le prêt constitue un capital propre dissimulé ou ne satisfait pas au principe de la comparaison entre tiers parce qu'un tiers indépendant ne l'aurait pas accordé dans des circonstances identiques. L'Administration fédérale des contributions a repris cette jurisprudence dans sa Circulaire n° 32 du 23 décembre 2010.¹⁸

Un actionnaire qui libère des actions nouvellement créées en compensant une créance abandonnée en définitive cette créance. Pour des raisons de systématique fiscale, on aboutit nécessairement aux mêmes conséquences fiscales que pour un assainissement. L'abandon de créance a une incidence sur le résultat de la société, sauf si le prêt a été traité fiscalement comme du capital propre dissimulé avant compensation ou n'a pas satisfait au principe de la comparaison entre tiers. Si la société dispose de pertes reportées, elle peut y recourir.

Il est en tout cas recommandé – et pas seulement en cas d'assainissement – de vérifier avant la libération du capital-actions par compensation de créances, si l'abandon de celles-ci génère un revenu imposable pour la société.

2.2 Reprise de biens envisagée

De par l'entrée en vigueur du nouveau droit de la SA, une reprise de biens envisagée d'actionnaires ou de personnes qui leur sont proches ne sera plus considérée comme une fondation qualifiée requérant le respect des exigences de forme prévues. L'art. 628 CO est par conséquent abrogé.

Selon la LFus, une scission peut résulter en droit civil d'une division,¹⁹ d'une séparation²⁰ ou d'un transfert de patrimoine²¹ à une société sœur existante ou à constituer. Dans la pratique, c'est souvent la voie du transfert de patrimoine qui est choisie car ce procédé est moins contraignant que les autres variantes. À l'heure actuelle, le transfert de patrimoine à une société à constituer oblige celle-ci à respecter les exigences de forme liées à la reprise de biens envisagée. Le nouveau droit de la SA y mettra fin également, ce qui rendra la voie du transfert de patrimoine d'autant plus intéressante.

Sur le plan fiscal, notons que pour observer la neutralité fiscale en cas de scission par transfert de patrimoine, ce transfert porte non seulement sur l'entreprise, mais encore sur un capital propre approprié (capital-actions et/ou réserves ouvertes). Cette exigence n'est pas contenue dans la loi, mais a été imposée par l'Administration fédérale des contributions dans sa Circulaire n° 5 du 1^{er} juin 2004²² et défendue par le Tribunal fédéral. La cession d'une entreprise à une société sœur n'est donc pas qualifiable de scission neutre au regard de l'impôt sur le bénéfice. Si l'on est par contre en présence d'une relation

intragroupe, la vente d'une entreprise entre sociétés du groupe en Suisse est éventuellement possible sans incidence fiscale.²³

2.3 Propres parts du capital, en diminution des capitaux propres

Les dispositions du droit commercial ainsi que celles du droit comptable concernant les propres actions ont connu un certain nombre de modifications ces dernières années. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013, l'art. 959a al. 2 ch. 3 let. e CO dispose que pour les propres actions, le poste des capitaux propres doit contenir les propres parts du capital, en diminution des capitaux propres.

La question est de savoir si cette obligation restreint la base de calcul de l'impôt sur le capital. Le Tribunal fédéral a considéré à ce propos dans l'arrêt du 14 novembre 2019,²⁴ qu'en raison du principe de détermination, le bilan commercial est essentiel pour le bilan fiscal, sous réserve qu'aucune mesure de correction fiscale ne prévoie une divergence. Selon le Tribunal fédéral, ce n'est pas le cas en l'espèce; rien n'oblige à s'écarter du bilan commercial. Aussi, et précisément parce que l'achat de propres parts du capital se traduit par une diminution d'actifs de la société de capitaux, la réserve négative pour propres actions diminue l'assiette de l'impôt sur le capital.

Il convient par ailleurs de vérifier si la réserve négative pour propres actions a des incidences sur la valeur fiscale d'actions non cotées, sachant notamment que la réserve négative réduit la valeur intrinsèque. Le commentaire 2019 sur la Circulaire n° 28 du 28 août 2009 retient toujours, sous le ch. 25 (p. 37), que l'art. 959a al. 2 ch. 3 let. e CO n'est qu'une modification de la présentation, sans influence sur la pratique fiscale. Cet avis a disparu du commentaire 2020. En se fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, on peut dire que l'avis selon lequel le poste négatif des propres actions ne réduit pas la valeur intrinsèque n'est plus guère défendable.

2.4 Compensation de pertes

Selon les art. 671 ss CO, les réserves s'articulent désormais, comme en droit comptable,²⁵ en réserve légale issue du bénéfice, réserve légale issue du capital et réserves facultatives issues du bénéfice. La réserve légale issue du capital peut être remboursée aux actionnaires si les réserves légales issues du capital et du bénéfice après déduction du montant des pertes éventuelles dépassent la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce.²⁶ Lorsque le but principal de la société est la prise de participations dans d'autres entreprises (sociétés holding), la réserve légale ne peut être remboursée aux actionnaires que si les réserves issues du capital et du bénéfice dépassent 20% du capital-actions inscrit au registre du commerce.²⁷

Le nouveau droit de la SA dispose à l'art. 674 al. 1 CO que les pertes doivent être compensées avec, dans l'ordre suivant:

1. le bénéfice reporté;
2. les réserves facultatives issues du bénéfice;
3. la réserve légale issue du bénéfice;
4. la réserve légale issue du capital.

Si les pertes sont compensées avec les réserves issues d'apports de capital ou les réserves issues d'apports de capital à l'étranger, ces réserves ne sont plus utilisables fiscalement. La Circulaire n° 29b du 23 décembre 2019²⁸ de l'Administration fédérale des contributions est parfaitement claire à ce sujet:

Les pertes portées à la charge des RAC (Réserves issues d'apport de capital) ou des RAC étrangères (Réserves issues d'apport de capital provenant de l'étranger) réduisent définitivement le montant de ces réserves.

2.5 Dividendes intermédiaires

Le droit de la SA en vigueur interdit la distribution de dividendes intermédiaires ou intérimaires. Cela change avec le nouveau droit.²⁹ L'assemblée générale peut décider, sur la base de comptes intermédiaires, de verser un dividende intermédiaire. Les comptes intermédiaires doivent être vérifiés par l'organe de révision avant que l'assemblée générale ne décide. Aucune vérification n'est nécessaire si la société ne doit pas soumettre ses comptes annuels à un contrôle restreint par un organe de révision. Il est possible de renoncer à la vérification si tous les actionnaires approuvent le versement du dividende intermédiaire et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise.

Les dividendes intermédiaires sont aujourd'hui une pratique courante au niveau international, ce qui explique que le droit fiscal suisse se préoccupe depuis des années de leur qualification. En règle générale, les dividendes intermédiaires sont traités comme les dividendes ordinaires ou extraordinaires. S'agissant des questions d'évaluation, on trouve dans le commentaire 2020 de la Circulaire n° 28 du 28 août 2008³⁰ les explications que voici:

Dans le cadre d'une structure de maison mère, la distribution d'un bénéfice intermédiaire extraordinaire sous forme de dividende intermédiaire par le biais de la société fille peut conduire, par un effet d'accumulation des dividendes, à une forte augmentation, unique et démesurée, de la valeur de rendement de la société mère. Dans un tel cas, les dividendes intermédiaires ne devront pas être pris en considération dans le cadre de la détermination de la valeur de rendement en raison de leur caractère unique et extraordinaire.

La possibilité existe de profiter de la distribution de dividendes intermédiaires à des fins d'optimisation fiscale. Lorsqu'un actionnaire est exposé à des charges extrêmement élevées (p. ex. rachat dans le 2^e pilier, entretien d'un immeuble) et que ses revenus imposables sont insuffisants pour exploiter les déductions sur le plan fiscal, cette possibilité est réalisable par la distribution d'un dividende intérimaire vers la fin de l'année fiscale, pour autant que les conditions y afférentes soient remplies.

2.6 Assainissement

Les dispositions en cas de perte de capital et de surendettement ont été remaniées et précisées sur certains points.³¹ Elles n'ont cependant guère d'influence sur la pratique fiscale actuelle en matière d'assainissement, raison pour laquelle il convient de continuer à consulter la réglementation de la Circulaire AFC n° 32 du 23 décembre 2010 (Assainissement de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives).

2.7 TVA

En matière de TVA, notons que certaines dispositions spéciales ou divergentes s'appliquent (p. ex. la conversion de monnaies étrangères au moyen des cours de change de l'AFC ou les instructions relatives à la tenue de la comptabilité sous forme de compte des recettes et des dépenses, etc.).

2.8 Gouvernement d'entreprise

La révision du droit de la société anonyme porte sur un vaste projet de loi. Les explications qui précèdent se bornent à revenir sur des points sélectionnés à dessein. Il existe d'autres thèmes susceptibles d'avoir des implications fiscales (lieu de l'administration effective pour la tenue de séances du conseil d'administration par visioconférence, conflits d'intérêts et activités en concurrence relatives à des prestations appréciables en argent, etc.). ■

¹ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1302/fr>. Voir aussi RO 2020 4005.
² <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/112/fr>, FF 2017 353 ss.
³ FF 2017 588.
⁴ Art. 621 CO.
⁵ Art. 957a al. 4 et art. 958d al. 3 CO.
⁶ Art. 621 al. 2 CO rév.
⁷ <https://www.zg.ch/behorden/finanzdirektion/steuerverwaltung/zahlen-mit-kryptowaehrungen/allgemeine-fragen-3/wie-kann-ich-meine-steuern-mit-kryptowaehrungen-bezahlen>.
⁸ Art. 31 al. 5 LHD rév.
⁹ Art. 957 al. 2 CO.
¹⁰ Art. 653ss CO rév.
¹¹ FF 2017 587 ss.
¹² Art. 5 al. 1^{er} LIA rév.
¹³ FF 2017 591.
¹⁴ Art. 5 al. 1 let. a LT.
¹⁵ Art. 6 LT.
¹⁶ Art. 4a al. 1 2^e phrase et 2 LIA rév.
¹⁷ StE 1990 B 72.16 n°1.
¹⁸ Ch. 4.1.1.1.
¹⁹ Art. 29 let. a LFus.
²⁰ Art. 29 let. b LFus.
²¹ Art. 69 ss LFus.
²² Cf. ch. 4.3.2.4.
²³ Ch. 4.5 de la Circ. AFC n° 5 du 1^{er} juin 2004.
²⁴ StE 2020 B 73.13 n° 2.
²⁵ Art. 959a al. 2 CO.
²⁶ Art. 671 al. 2 CO rév.
²⁷ Art. 671 al. 3 CO rév.
²⁸ Ch. 3.1.
²⁹ Art. 675a CO rév.
³⁰ Cf. cm. 9.
³¹ Art. 725ss CO rév.