

Nathan Bouvier
Avocat

**L'impact des dernières jurisprudences en matière de scission sur
les conditions des restructurations, dans le domaine des impôts
directs et de l'impôt anticipé**

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2020
Genève, Juin 2020

TABLE DES MATIÈRES

Table des matières	II
Table des abréviations.....	IV
Table des arrêts	VI
Bibliographie.....	VII
Introduction	1
1. Droit fiscal des restructurations.....	2
1.1. Notion.....	2
1.2. Lien entre le droit fiscal des restructurations et le droit civil	2
1.3. Impôts directs	3
1.3.1. Enjeu	3
1.3.2. Conditions générales	6
1.3.3. Conséquences	6
1.4. Impôt anticipé.....	7
1.4.1. Enjeu	7
1.4.2. Conditions générales	8
1.4.3. Conséquences	9
2. Scissions.....	10
2.1. Notion.....	10
2.2. Lien entre le droit fiscal des restructurations et le droit civil	10
2.3. Distinctions avec d'autres formes de restructurations	11
2.3.1. Généralités.....	11
2.3.2. Démembrement	12
2.3.3. Transfert de patrimoine au sein d'un groupe.....	13
2.4. Impôts directs	15
2.4.1. Généralités.....	15
2.4.2. Exploitation	15
2.4.3. Réduction des fonds propres	17
2.4.4. Conditions abandonnées.....	17
2.4.5. Conséquences spécifiques	19
2.4.5.1. Au niveau des entités restructurées	19
2.4.5.2. Au niveau des actionnaires.....	21
2.5. Impôt anticipé.....	22
2.5.1. Enjeu	22

2.5.2. Conditions spécifiques	22
2.5.3. Conséquences spécifiques	23
3. Scission de sociétés holding.....	25
3.1. Notion.....	25
3.2. Distinctions avec d'autres formes de restructurations	25
3.2.1. Démembrement de participations.....	25
3.2.2. Transfert de participations au sein d'un groupe	27
3.3. Impôts directs	29
3.3.1. Conditions spécifiques	29
3.3.2. Conséquences spécifiques	30
4. Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_34/2018 du 11 mars 2019.....	31
4.1. La controverse préalable.....	31
4.1.1. Introduction	31
4.1.2. Refus de la neutralité fiscale en l'absence d'exploitation	31
4.1.3. Neutralité fiscale selon l'appréciation économique	31
4.1.4. Neutralité fiscale en vertu du principe de transparence.....	32
4.2. Résumé	33
4.3. L'exploitation	35
4.3.1. Généralités.....	35
4.3.2. Caractère alternatif de la condition	36
4.3.3. Superpositions	37
4.3.4. Pourcentage de détention et contrôle.....	38
4.3.5. Fusion par absorption.....	39
4.4. Durée de détention.....	40
4.5. Délai d'aliénation de cinq ans	40
4.5.1. En cas de démembrements	40
4.5.2. En cas de transfert de patrimoine au sein d'un groupe.....	41
4.6. Variantes de restructuration.....	43
4.6.1. Introduction	43
4.6.2. Fusion par absorption préalable à une scission	43
4.6.3. Scission de société holding suivie d'une fusion par absorption.....	45
4.6.4. Distribution directe de droits de participation.....	46
4.7. Conséquences au niveau de l'actionnaire avec fortune privée	47
4.7.1. Préalablement à l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2018 du 11 mars 2019	47
4.7.2. En matière de scission	48
4.7.3. En matière de restructurations.....	48
4.8. Indépendance du droit fiscal des restructurations.....	49
Conclusions	50

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AFC-GE	Administration fiscale cantonale genevoise
AFC	Administration fédérale des contributions
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BSK	Basler Kommentar (= commentaire bâlois)
CACJ	Chambre administrative de la Cour de justice
CEE	Communauté économique européenne
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
consid.	considérant(s)
CR	Commentaire romand
DBG	direkte Bundessteuer (= impôt fédéral direct)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et cetera (= et le reste)
FF	Feuille fédérale
Groupe de travail	Groupe de travail établi par le Département fédéral des finances (DFF)
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (RS 221.301)

LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
let.	lettre(s)
LIA	Loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (RS 642.21)
Message	Message du Conseil fédéral
N	numéro marginal
n ^{o(s)}	numéro(s)
OIA	Ordonnance sur l'impôt anticipé du 19 décembre 1966 (RS 642.211)
p.	page
P-LIFD	Projet de modification de la LIFD selon le Message LFus
Projet LFus	Projet de la LFus
phr.	phrase
pp.	pages
RS	Recueil systématique du droit fédéral ou Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947
s.	et suivant(e)
SA	Société anonyme
ss	et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TAPI	Tribunal administratif de première instance
TF	Tribunal fédéral
VStG	Verrechnungssteuer (= impôt anticipé)

TABLE DES ARRÊTS

Tribunal fédéral

Arrêt du Tribunal fédéral 2C_503/2017 du 8 octobre 2017	p. 2
ATF 138 II 557	p. 14
Arrêt du Tribunal fédéral 2C_390/2015 du 24 mai 2016	p. 16
Arrêt du Tribunal fédéral 2C_784/2008 du 7 juillet 2009	p. 17
Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2018 du 11 mars 2019	p. 17
Arrêt du Tribunal fédéral AFC contre X. AG du 3 mars 1989, <i>in</i> (ASA) 58 (1989/1990) 676 ss., 681	p. 20
Arrêt du Tribunal fédéral 2C_681/2018 du 16 janvier 2020	p. 30
Arrêt du Tribunal fédéral 2A.135/2000 du 9 novembre 2001	p. 46

Tribunal administratif fédéral

Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6982/2013 du 24 juin 2015	p. 7
---	------

Tribunal administratif de première instance de Genève

Jugement du Tribunal administratif de première instance, JTAPI/1299/2016 du 12 décembre 2016	p. 33
---	-------

Chambre administrative de la Cour de justice de Genève

Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice, ATA/1519/2017 du 21 novembre 2017	p. 34
--	-------

BIBLIOGRAPHIE

BEHNISCH Urs, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 1996 (cité : Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften).

BEHNISCH Urs, Spaltung im Recht der direkten Steuern, *in* Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA), n° 71, 2002/2003, p. 711 ss (cité : Spaltung).

CHARDONNENS Jean-Pierre, Comptabilité des groupes, 5^e éd., Hünenberg See (Adoc Editions SA) 2015.

GLAUSER Pierre-Marie, Apports et impôt sur le bénéfice, Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, *in* Droit fiscal suisse et international, Volume 2, thèse (Genève), Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2005 (cité : Apports).

GLAUSER Pierre-Marie, L'imposition des actionnaires en cas de « Mergers & Acquisitions », *in* l'Expert comptable suisse, n° 5, 2009, p. 345 ss (cité : Imposition des actionnaires).

GRETER Marco, Spaltung von juristischen Personen und direkte Steuern, *in* Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA), n°65, 1996/1997, p. 849 ss.

HÖHN Ernst/WALDBURGER Robert, Steuerrecht, Band II, Steuern bei Vermögen, Erwerbstätigkeit, Unternehmen, Vorsorge, Versicherung, Berne, Stuttgart, Vienne (Haupt) 2002.

JUNG Marcel René, Steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen im harmonisierten Steuerrecht : Unter besonderer Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Anteilsaustausches, Bâle, Genève, Munich (Helbing Lichtenhahn) 2004.

KÜNZLER Olivier, *in* REICH Markus (édit.), Schriften zum Steuerrecht – Konzernübertragung im Privat- und Steuerrecht, Zurich (Schulthess) 2006.

NOËL Yves/AUBRY GIRARDIN Florence (édit.), Commentaire romand, Impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2017 (cité : CR LIFD-AUTEUR).

OBERSON Xavier/GLAUSER Pierre-Marie, *in* PETER Henry/TRIGO TRINDADE Rita (édit.), Commentaire LFus, Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus, 1^e éd., Zurich (Schulthess) 2005 (cité : OBERSON/GLAUSER, Commentaire LFus).

OESTERHELT Stefan, In vino veritas (non semper est), *in* Steuer Revue, n°12, 2018, p. 922 ss (cité : In vino veritas).

OESTERHELT Stefan, Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2018/2019 (Teil 1), *in* IFF Forum für Steuerrecht (Universität St. Gallen), 2019, p. 163 ss (cité : Rechtsprechung 2018/2019).

OESTERHELT Stefan/SCHREIBER Susanne, Umstrukturierungen mit zeitnaher Absorption, *in* IFF Forum für Steuerrecht (Universität St. Gallen), 2020, p. 25 ss (cité : Zeitnaher Absorption).

MEIER-MAZZUCATO Giorgio, Erweiterte modifizierte Dreieckstheorie zur Verbesserung von Unternehmensnachfolgeprozessen mittels Spaltung, *in* Der Treuhandexperte (TREX), n° 3, 2015, p. 156 ss.

MEUTER Hans Ulrich, Umsetzung des Fusionsgesetzes im Zürcher Steuerrecht, *in* Zürcher Steuerpraxis (ZStP), n° IV, 2005, p. 296 ss.

REICH Markus, die Steuerneutrale Reservenübertragung bei Unternehmensumstrukturierungen – neuere Entwicklung und Tendenzen, *in* Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger, Berne (Stampfli) 1989 (cité : Reservenübertragung).

REICH Markus, Spaltung von Gesellschaften nach Entwurf Fusionsgesetz und Vorschlag steuerlicher Anpassungen, *in* Steuer Revue, n° 4, 1998, p. 198 ss (cité : Spaltung).

REICH Markus, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Genève, Bâle, Munich (Helbing Lichtenhahn) 2000 (cité : Grundriss).

REICH Markus, Steuerrechtliche Implikationen des Fusionsgesetzes, *in* Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich (Schulthess) 2003, p. 725 ss (cité : Steuerrechtliche Implikationen).

REICH Markus, Der Betriebsbegriff im Umstrukturierungssteuerrecht – Die fusionsgesetzlichen Neuerungen auf dem Prüfstand, *in* l'Expert comptable suisse, n° 11, 2004, p. 949 ss (cité : Betriebsbegriff).

REICH Markus, Steuerrecht, 3^e éd., Genève, Zurich, Bâle, (Schulthess) 2020 (cité : Steuerrecht).

RIEDWEG Peter/DAENIKER Daniel, Holdingspaltung in Zivil- und Steuerrecht, *in* KRAMER Ernst A./NOBEL Peter/WALDBURGER Robert (édit.), *in* Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zurich (Schulthess) 2006 (cité : RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung).

ROHNER Tobias F., Quasifusionen – Eine Bestandesaufnahme aus steuerrechtlicher Sicht, *in* IFF Forum für Steuerrecht (Universität St. Gallen) 2017, p. 248 ss.

ROUILLER André, Unternehmungsteilungen, *in* Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA), n° 56, 1987/1988, p. 308 ss.

STOCKAR Conrad, Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz : Hinweise zu den Vorschlägen der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen, *in* Der Schweizer Treuhänder (ST), n° 72, 1998, p. 51 ss.

WALKER Jörg, Steuerrechtliche Aspekte der Abspaltung von Unternehmensteilen – Wird das Strukturanpassungsgesetz Antworten auf die hängigen Fragen geben ?, *in* der Schweizer Treuhänder (ST), n° 11, 1997, p. 1003 ss.

ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael/BAUER-BALMELLI Maja (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 1^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2012 (cité : BSK VStG-AUTEUR).

ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael /RIEDWEG Peter/OESTERHELT Stefan (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Umstrukturierungen, 1^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2016 (cité : AUTEUR, Umstrukturierungen).

ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2017 (cité : BSK DBG-AUTEUR).

Conférence et présentation

OESTERHELT Stefan/TSCHAN David, Entwicklungen der Verrechnungs- und Stempelsteuer, présentation donnée dans le cadre du séminaire « St.Galler Seminar zur Unternehmensbesteuerung » à l'Université de Saint-Gall les 20 et 21 août 2019, Saint-Gall 2019 (cité : OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung).

ZITTER Gernot/HEUBERGER Reto, Umstrukturierungen, présentation donnée dans le cadre du séminaire « St.Galler Seminar zur Unternehmensbesteuerung » à l'Université de Saint-Gall les 20 et 21 août 2019, Saint-Gall 2019 (cité : ZITTER/HEUBERGER, Holdingspaltung).

Documentation officielle

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 5 du 1^{er} juin 2004 sur les restructurations (citée : Circulaire n° 5).

ADMINISTRATION FÉDÉRAL DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 29b du 23 décembre 2019 sur le principe de l'apport en capital (citée : Circulaire n° 29b).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Notice pour la désignation du bénéficiaire des prestations en matière d'impôt anticipé (février 2001) du 2 octobre 2015 (citée : Notice bénéficiaire direct).

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE, Directive 80/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990.

Messages

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 25 mai 1983 concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts direct des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral, FF 1983 III 1 (cité : Message sur l'harmonisation des impôts directs).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 26 mars 1997 concernant la réforme 1997 de l'imposition des sociétés, FF 1997 II 1058 (cité : Message RIE I).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales, FF 2005 4469 (cité : Message RIE II).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF 2000 3995 (cité : Message LFus).

Rapport

GROUPE DE TRAVAIL DU DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport du 12 juin 1996 sur les « Impôts lors de restructurations », version actualisée d'août 1997 (cité : Rapport 1997).

INTRODUCTION

*« Die Unkenntnis der Steuergesetze befreit nicht von der Pflicht zum Steuernzahlen.
Die Kenntnis aber häufig. »*

Amschel Meyer Rothschild
Banquier

Le Tribunal fédéral est rarement saisi pour des affaires fiscales de restructurations d'entreprises. Cela est dû au fait que les subtilités techniques de ce domaine sont le plus souvent négociées à l'écart des instances judiciaires, au niveau des administrations fiscales, par l'octroi de *rulings*.

Cela étant, le 11 mars 2019, le Tribunal fédéral publie l'arrêt 2C_34/2018 dans lequel il tranche une controverse de doctrine en matière de scission de société holding et clarifie les conséquences d'une restructuration fiscalement neutre au niveau de l'actionnaire. Cet arrêt représente l'occasion idéale de réaliser un état des lieux de ce domaine du droit fiscal.

La matière est complexe. Une réflexion pyramidale, du concept le plus large au plus étroit, nous permettra de jeter les fondements conceptuels nécessaires aux réflexions qui suivront.

Suivant cette logique, nous proposerons tout d'abord une brève synthèse du droit fiscal des restructurations. Puis, nous traiterons des scissions en général et des scissions de sociétés holding plus particulièrement. Enfin, nous analyserons la jurisprudence et ses conséquences.

Le chapitre consacré au droit fiscal des restructurations introduira la notion de restructuration et sa relation avec le droit civil, en particulier la LFus. Puis, nous présenterons les enjeux de ce domaine du droit fiscal, ses conditions et ses conséquences, tant au niveau des impôts directs qu'au niveau de l'impôt anticipé (Chap. 1).

En matière de scissions, nous nous arrêterons sur la distinction avec d'autres procédés de restructuration, en particulier sur le critère fondamental du délai de blocage d'aliénation de cinq ans ainsi que sur la notion essentielle d'exploitation et sa fonction fiscale (Chap. 2).

Nous poursuivrons avec un chapitre dédié à la scission de sociétés holding – une sous-catégorie de scission particulière – qui nous servira d'introduction au dernier chapitre (Chap. 3).

Dans notre dernier chapitre, nous analyserons la portée de l'arrêt susmentionné du Tribunal fédéral. La controverse, la confirmation et les implications théoriques et pratiques du principe de transparence y seront analysées. Il en ira de même pour le traitement fiscal des droits de participation détenus dans la fortune privée des actionnaires, ainsi que l'indépendance du droit fiscal des restructurations envers le droit civil (Chap. 4).

1. DROIT FISCAL DES RESTRUCTURATIONS

1.1. Notion

Le droit fiscal suisse des restructurations (« *Umstrukturierungssteuerrecht* ») ne comprend pas de définition juridique expresse du concept de restructuration¹. Son champ d'application couvre principalement **le transfert de valeurs patrimoniales entre différents sujets fiscaux**².

Le renvoi non exhaustif du texte légal à des opérations telles que la fusion, la scission, la transformation et les quasi-fusions indique clairement que le droit fiscal des restructurations se réfère avant tout à **une réalité économique**³ et explique pourquoi la doctrine qualifie la notion de restructuration comme étant un concept général (« *Oberbegriff* »)⁴.

1.2. Lien entre le droit fiscal des restructurations et le droit civil

La LFus a entraîné une refonte nécessaire des dispositions fiscales relatives aux restructurations lors de son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. En effet, de l'aveu même du Conseil fédéral, lesdites dispositions étaient imprécises et incomplètes⁵.

Trois lignes directrices guidaient cette mise à jour. Tout d'abord, il s'agissait de reformuler les dispositions du droit fiscal des restructurations. Puis, les restructurations fiscalement neutres devaient être clairement distinguées des aliénations imposables. Enfin, il s'agissait de favoriser les restructurations prévues dans la LFus, de sorte que l'ordre juridique suisse soit adapté à la réalité économique contemporaine sans entrave fiscale excessive⁶.

Malgré les modifications apportées, **il n'existe pas d'équivalence absolue** avec les notions de la LFus⁷. Cette divergence s'explique par les **objectifs divergents** de ces deux domaines juridiques⁸. Alors que l'un détermine l'existence et l'étendue de l'assujettissement à la souveraineté fiscale de l'État, l'autre fixe les possibilités juridiques de transfert de valeurs patrimoniales, l'étendue de la protection des créanciers et le statut juridique des actionnaires⁹.

Il en résulte que le droit fiscal des restructurations n'est pas formellement lié au droit civil. Seul **le résultat final apprécié économiquement**, et non l'approche retenue en droit civil, constitue la règle interprétative du droit fiscal des restructurations¹⁰.

¹ TF, 2C_503/2017 du 8 octobre 2018, consid. 5.4.

² REICH, Steuerrecht, § 20 N 34.

³ Art. 19 et 61 LIFD et l'adverbe « notamment ».

⁴ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 1.

⁵ Message LFus, p. 4024.

⁶ Message LFus, p. 4024 à 4026.

⁷ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 8; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 1.

⁸ REICH, Grundriss, p. 4.

⁹ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 2.

¹⁰ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 6; Circulaire n° 5, ch. 2.2.1; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 19 N 19.

L'indépendance du droit fiscal des restructurations se manifeste également dans le cas inverse, puisque le recours à la même institution de droit civil peut conduire à des conséquences fiscales différentes¹¹. Le champ d'application matériel du droit fiscal des restructurations n'est pas non plus limité par la LFus¹², laquelle ne couvre pas certaines restructurations acceptées en droit fiscal, à l'instar notamment de la transformation d'entreprise individuelle en société de capitaux¹³.

De même, les procédés de l'« ancien droit civil », antérieurs à la LFus, demeurent accessibles. D'ailleurs, les restructurations mises en œuvre sur la base des dispositions expresses de la LFus sont qualifiées de « proprement dites », alors que le recours à l'institution du transfert de patrimoine ou d'autres dispositions de droit civil sont qualifiées d'« improprement dites »¹⁴.

1.3. Impôts directs

1.3.1. Enjeu

Le sort des réserves latentes constitue l'enjeu essentiel du droit fiscal des restructurations en matière d'impôts directs¹⁵. Pour cette raison, nous présenterons le principe de détermination, définissant l'étendue des réserves latentes et le principe de réalisation, déterminant sur quelle base les réserves latentes sont imposables, avant d'analyser l'impact de la mise à jour des normes de restructurations sur la question.

L'objet de l'impôt sur le bénéfice est déterminé par le solde du compte de résultats¹⁶, soit le **principe de détermination**¹⁷, qui conduit à l'application du principe de la valeur comptable pour les personnes morales et pour la fortune commerciale de personnes physiques¹⁸.

Ce renvoi conduit également à l'existence potentielle de **réserves latentes** (« *stille Reserven* »), qui découlent des règles d'évaluation comptable et se distinguent en plusieurs catégories, en fonction par la marge de manœuvre offerte par le droit comptable suisse dont elles résultent¹⁹.

Ces réserves latentes constituent une **valeur économique non reflétée au bilan**. En d'autres termes, il s'agit de la différence entre les fonds propres reflétés au bilan et les fonds propres effectifs, un substrat économique qui n'a pas encore été imposé, puisque non réalisé au sens du droit fiscal.

¹¹ Avec l'exemple du transfert de patrimoine : WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 3.

¹² CR LIFD-OBERSOHN/GLAUSER Art. 19 N 4; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 88.

¹³ Message LFus, p. 4026; MÜLLER/SCHREIBER, Umstrukturierungen § 2 N 55 et 57.

¹⁴ Avec l'exemple de la fusion : WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 4; Circulaire n° 5, ch. 4.1.1.2 et 4.1.1.3.

¹⁵ OBERSOHN/GLAUSER, Commentaire LFus, Introduction générale aux modifications de la LIFD/LHID N 5.

¹⁶ Art. 57 et 58 LIFD. Pour l'impôt sur le revenu, par renvoi de l'art. 18 al. 3 LIFD.

¹⁷ DANON CR-LIFD Art 58 N 3; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 26 et 78.

¹⁸ GLAUSER, Imposition des actionnaires, ch. 2.3.

¹⁹ GLAUSER, Apports, p. 47 et 48. Il s'agit des réserves latentes obligatoires, d'appréciation, et arbitraires.

Or, les réserves latentes sont vouées à être dissoutes et leur existence ne constitue qu'un report de l'imposition de la plus-value non comptabilisée qu'elles représentent²⁰. Il existe trois formes de réalisation des réserves latentes, à savoir la réalisation comptable, systématique et réelle (« *echte Realisation* »)²¹. Cette dernière retiendra notre attention.

Le principe de réalisation (« *Realisationsprinzip* ») vise donc à établir sur quelle base et à quelles conditions les réserves latentes d'une entreprise doivent être imposées. Il se situe en arrière-plan du droit fiscal des restructurations, dont l'objectif est de déterminer dans quels cas les réserves latentes sont transférables en neutralité fiscale d'un sujet fiscal à un autre²².

Le principe de réalisation est historiquement disputé. Avant l'entrée en vigueur des premières normes de restructurations et de remploi, il fut nécessaire de déterminer les bases conceptuelles et juridiques justifiant l'imposition des réserves latentes²³, en particulier lors de restructurations.

Conceptuellement, la question divise toujours la doctrine contemporaine. Elle s'accorde toutefois à une quasi-unanimité sur les deux premières conditions de la réalisation réelle, à savoir (i) l'aliénation d'un élément de patrimoine de la fortune commerciale (ii) en échange d'une contre-prestation, soit une **aliénation à titre onéreux**. Elle consent également à l'insuffisance de ces deux critères pour retenir une réalisation effective²⁴.

Par conséquent, le débat porte essentiellement sur la troisième condition. Certains auteurs exigent que la contre-prestation soit économiquement librement disponible. Pour d'autres, une réalisation réelle implique la transformation d'un actif en un autre bien, de sorte qu'il faille conclure à une absence de réalisation en cas d'identité économique des biens échangés²⁵.

Pour REICH une approche formelle permettrait certes de retenir une réalisation effective en cas de restructurations, mais favorise une **approche fonctionnelle** de la réalisation du bénéfice – et donc des réserves latentes – au motif qu'un ordre fiscal rationnel devrait limiter l'imposition à la création de valeur et à la liquidation par un entrepreneur de ses engagements économiques²⁶.

Il considère également que la neutralité fiscale doit être spécifique à la restructuration envisagée, de sorte que les conditions de la neutralité varient en fonction de l'état de fait²⁷.

REICH a développé sur cette base une approche de la neutralité fiscale des restructurations fondée sur un **triple rattachement** : (1) le rattachement fiscal par le maintien de l'assujettissement, (2) le rattachement objectif par la continuité économique de l'entreprise et (3) le rattachement subjectif par la même continuité économique de l'actionnariat, au motif qu'une restructuration doit viser **une réorganisation et non une liquidation**²⁸.

²⁰ CR LIFD-DANON, Art. 58 N 142.

²¹ GLAUSER, Apports, p. 141.

²² BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 9; GLAUSER, Apports, p. 140 et 141 et note de bas de page n° 1069.

²³ GLAUSER, Apports, p. 142; REICH, Grundriss, p. 33.

²⁴ ROHNER, Quasifusionen, p. 257.

²⁵ Pour un résumé détaillé : GLAUSER, Apports, p. 141ss; KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 114ss.

²⁶ REICH, Grundriss, p. 40.

²⁷ REICH, Grundriss, p. 41.

²⁸ REICH, Grundriss, p. 40 et 41. La Circulaire n° 5 se réfère expressément à ce triple rattachement, ch. 2.2.1.

Il semble qu'il n'existe pas de principe de réalisation emportant l'unanimité dans la doctrine. GLAUSER considère cependant que le principe de réalisation a perdu de sa portée depuis l'entrée en vigueur des nouvelles normes de droit fiscal des restructurations²⁹.

Mises à jour dans le cadre de l'entrée en vigueur de la LFus, ces dernières précisent que les réserves latentes d'une entreprise de personnes et d'une personne morale ne sont pas imposées lors de restructurations, sous réserve du respect de certaines conditions³⁰. Cependant, au-delà de la clarification apportée par ces dispositions, la nature et l'effet juridique exacts de ces dernières demeurent disputés³¹.

Ces dispositions sont-elles de **nature déclaratoire**, en ce qu'elles clarifieraient uniquement des règles qui découlent des principes d'imposition des entreprises³², ou sont-elles de **nature constitutive**, en ce qu'elles permettent de reporter l'imposition des réserves latentes, sinon décomptées, en cas de restructuration³³ ?

Depuis la mise à jour des normes de restructurations lors de l'entrée en vigueur de la LFus, certains auteurs reconnaissent une **qualification mixte**. Pour la plupart des restructurations, la réglementation explicite ne modifierait en rien l'absence de réalisation des réserves latentes. Cependant, les nouvelles règles pourraient désormais intervenir à titre de normes correctrices repoussant l'imposition. Indépendamment de la nature juridique exacte de ces dispositions, la plupart des auteurs admettent qu'elles **ne permettent pas de fonder l'imposition**³⁴.

Comment approcher de manière concrète une restructuration ? Selon WEIDMANN, la pratique tend à suivre **une approche en deux étapes** (« *zweistufiges Verfahren* »). La première étape consiste à déterminer s'il existe une réalisation au sens du principe de déterminance, y compris des normes fiscales correctrices. La seconde étape consiste, en cas de réponse affirmative à la première question, à recourir aux normes de restructurations afin de reporter l'imposition³⁵.

Pour RIEDWEG/HEUBERGER, il n'existe **aucune hiérarchie** entre les dispositions fondant ces étapes, de sorte qu'il revient au praticien de choisir si l'existence d'une réalisation ou d'une norme de report d'imposition doit être analysée en premier³⁶.

²⁹ GLAUSER, Apports, p. 148.

³⁰ Art. 19 et 61 LIFD.

³¹ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 1.

³² Avec la fusion comme exemple : WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 85.

³³ Avec le transfert de patrimoine comme exemple: DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 4. Il s'agit de la position de principe de l'AFC : RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 52.

³⁴ BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 13 à 15; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 3.

³⁵ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 55 à 57; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 84.

³⁶ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 55; RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 46.

1.3.2. Conditions générales

Certaines conditions s'appliquent de manière générale à toutes les restructurations pour le report de l'imposition³⁷. Des conditions spécifiques (« *transaktionsspezifische Voraussetzungen* »), s'imposent également en fonction de la restructuration envisagée³⁸.

La première de ces conditions générales exige que l'entreprise de personnes, respectivement la personne morale, **reste assujettie à l'impôt en Suisse**. Cette condition vise à maintenir le droit de l'AFC à l'imposition du substrat fiscal, y compris des réserves latentes³⁹.

La seconde requiert la reprise des éléments commerciaux à leur **dernière valeur déterminante** pour l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur le bénéfice⁴⁰. Cette condition a pour but d'éviter une réévaluation des actifs à la valeur vénale, qui viderait de son sens le report d'imposition des réserves latentes.

1.3.3. Conséquences

Lorsque les conditions prévues par les normes des restructurations sont respectées, l'imposition des éventuelles réserves latentes de l'entité restructurée est reportée⁴¹. Dans le cas contraire, la formulation des normes de restructuration retenant « pour autant que » permet de se limiter à une imposition proportionnelle desdites réserves⁴².

Dans une approche volontairement superficielle, les paragraphes suivants se limitent à présenter les concepts de base relatifs à l'imposition au niveau de l'actionnaire, en fonction du type de fortune à laquelle les valeurs patrimoniales en question sont rattachées⁴³.

Dans le cadre de la fortune privée des personnes physiques, l'impôt sur le revenu établit une distinction fondamentale en opposant à **l'exonération du gain en capital privé** l'imposition du rendement de la fortune mobilière, une distinction qui constitue le théâtre de nombreuses controverses fiscales⁴⁴.

La vente d'actions de la fortune privée n'est donc pas imposable, sous réserve de nombreuses problématiques, notamment celles de la liquidation partielle indirecte, de la transposition ou du manteau d'actions⁴⁵. La question spécifique du traitement des droits de participation détenus par une personne physique dans sa fortune privée fera l'objet d'un examen ultérieur⁴⁶.

³⁷ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 89.

³⁸ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 15.

³⁹ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 90.

⁴⁰ Art. 19 al. 1 et 61 al. 1 LIFD.

⁴¹ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 15.

⁴² BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 17; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 13.

⁴³ GLAUSER, Imposition des actionnaires, ch. 3.1.

⁴⁴ Art. 16 al. 3 et 20 al. 1 LIFD; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 49.

⁴⁵ GLAUSER, Imposition des actionnaires, ch. 3.1.

⁴⁶ *Infra* 4.7.

La notion de rendement de fortune mobilière appelle une clarification du principe de la valeur nominale et de l'apport en capital. Selon le **principe de la valeur nominale**, le remboursement de capital-actions n'est pas imposable. Le **principe de l'apport en capital** a étendu cette neutralité aux remboursements des apports, agios et versements supplémentaires versés par les actionnaires⁴⁷.

En matière de fortune commerciale des personnes physiques et pour les personnes morales, le principe de détermination est décisif pour le traitement fiscal des valeurs patrimoniales transférées, de sorte que la **comptabilisation de l'opération de restructuration** est déterminante⁴⁸.

Le gain en capital est imposable, soit à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante, avec une imposition partielle potentielle⁴⁹, soit à titre de produit imposable pouvant bénéficier du **système de réduction pour participation**⁵⁰.

En cas d'échange de droits de participation dans le cadre d'une restructuration, des normes spécifiques, tant pour les droits détenus dans la fortune commerciale d'une personne physique que pour ceux détenus dans le patrimoine d'une personne morale, permettent le report de l'imposition⁵¹. Il est donc nécessaire que l'opération sous-jacente – c'est-à-dire au niveau des entités restructurées – soit qualifiée de restructuration au sens du droit fiscal⁵².

1.4. Impôt anticipé

1.4.1. Enjeu

La préservation du substrat fiscal constitue l'enjeu essentiel du droit fiscal des restructurations en matière d'impôt anticipé⁵³, un impôt exerçant alternativement **une fonction de contrôle ou de prélèvement fiscal**, selon le domicile du destinataire de la prestation imposable⁵⁴.

L'impôt anticipé porte notamment sur tous les revenus d'actions émis par une société domiciliée en Suisse, ce qui comprend toute prestation appréciable en argent en faveur des actionnaires ou de tiers proches⁵⁵. Il vise à préserver aussi bien les réserves ouvertes que les réserves latentes⁵⁶.

⁴⁷ Message RIE II, ch. 2.5.1, p. 4536 à 4538; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 51 et 52.

⁴⁸ GLAUSER, Imposition des actionnaires, ch. 4.2.

⁴⁹ Art. 18 al. 2 et 18b LIFD; MÜLLER/SCHREIBER, Umstrukturierungen § 2 N 12.

⁵⁰ Art. 70 al. 4 LIFD.

⁵¹ Art. 19 al. 1 let. c et 61 al. 1 let. c LIFD; Circulaire n°5, ch. 3.3.1 et 4.6.1.

⁵² GLAUSER, Imposition des actionnaires, ch. 4.2; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 151.

⁵³ OBERSON/GLAUSER, Commentaire LFus, Art. 5 LIA N 3.

⁵⁴ TAF, A-6982/2013 du 24 juin 2015, consid. 3.2.

⁵⁵ Art. 4 al. 1 let. b LIA; Art. 20 al. 1 OIA.

⁵⁶ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 225.

À l'instar de l'impôt sur le revenu, les principes de la valeur nominale et de l'apport en capital s'appliquent, de sorte que le remboursement de capital social et des **réserves issues d'apport de capital** peut être effectué en neutralité fiscale⁵⁷. Les bénéfices accumulés et de l'exercice courant ainsi que les apports dissimulés ou ouverts n'étant pas formellement qualifiés de réserves issues d'apport de capital sont nommés « **autres réserves** »⁵⁸.

L'impôt anticipé applique la **théorie du bénéficiaire direct** (« *Direktbegünstigungstheorie* »), selon laquelle le bénéficiaire de la prestation appréciable en argent est le récipiendaire direct, sous réserve de cas particuliers retenant l'application de la théorie du triangle, tels que la fusion d'assainissement ou l'assainissement d'une société proche⁵⁹.

En cas de restructuration pertinente pour l'impôt anticipé, des valeurs patrimoniales sont en règle générale transférées d'une personne morale à une autre. Pour autant que la transaction soit réalisée à la valeur vénale, ou que la transaction soit réalisée à la charge du capital social ou des réserves issues d'apport de capital de la société transférante, l'état de fait est neutre du point de vue de l'impôt anticipé⁶⁰.

Dans le cas contraire, les réserves ouvertes et latentes de la société transférante reprises par la société reprenante, sont soumises à l'impôt anticipé⁶¹. Toutefois, une telle imposition fondée sur une approche formelle et non fonctionnelle de la restructuration, pourrait résulter en des conséquences économiquement injustifiées. De surcroît, une imposition n'apparaît pas nécessaire si le prélèvement de l'impôt anticipé sur les réserves transférées n'est que reporté aux distributions de cette substance par la société reprenante à ses actionnaires⁶².

Dès lors, à l'instar des impôts directs, il existe une norme de restructuration⁶³ dont le but est de garantir que les réserves transférées en neutralité fiscale demeurent soumises à l'impôt anticipé au moment de leur distribution⁶⁴. Il s'agit également **d'une norme de report de l'impôt**⁶⁵.

1.4.2. Conditions générales

Le report de l'imposition porte sur les réserves et bénéfices d'une société de capitaux au sens de l'impôt sur le bénéfice⁶⁶, soit l'ensemble des réserves ouvertes et latentes qui ne sont pas qualifiées de réserves issues d'apport de capital, ainsi que le bénéfice tant reporté que courant⁶⁷.

⁵⁷ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 171 et 172.

⁵⁸ Circulaire n° 29b, ch. 3.2.

⁵⁹ Notice bénéficiaire direct, ch. I et II.

⁶⁰ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 210.

⁶¹ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 1; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 211.

⁶² WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 212.

⁶³ Art. 61 LIFD via Art. 5 al. 1 let. a LIA.

⁶⁴ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 246.

⁶⁵ REICH, Grundriss, p. 138.

⁶⁶ Art. 49 al. 1 let. a LIFD.

⁶⁷ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 11; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 225.

Tant la société transférante que la société reprenante doivent être qualifiées de société de capitaux au sens de l'impôt sur le bénéfice. En ce qui concerne la société reprenante, il s'agit de s'assurer que cette dernière soit soumise au champ d'application personnel de l'impôt anticipé⁶⁸, ce qui implique que le transfert doit intervenir en faveur d'un résident suisse⁶⁹.

Le transfert doit avoir lieu dans le cadre d'une restructuration, à nouveau au sens de l'impôt sur le bénéfice. La question de savoir si ce renvoi exige **le respect en matière d'impôt anticipé des conditions qui prévalent pour les impôts directs**, en particulier la condition spécifique de l'exploitation⁷⁰, est controversée⁷¹.

1.4.3. Conséquences

Lorsque les conditions susmentionnées sont remplies, le transfert de réserves entre sociétés de capitaux au sens de l'impôt sur le bénéfice dans le cadre d'une restructuration ne déclenche pas d'impôt anticipé. Cependant, les réserves ouvertes ou latentes qui ne sont pas reprises par la société reprenante mais qui « disparaissent » lors d'une restructuration fiscalement neutre impliquent malgré tout l'application de l'impôt anticipé⁷².

Il va de soi que la réserve de l'abus de droit s'applique toujours, laquelle peut s'exprimer en particulier par le biais des problématiques des « vieilles » réserves, de la transposition internationale et de la liquidation indirecte⁷³ ou du manteau d'action⁷⁴.

⁶⁸ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 216 et 221.

⁶⁹ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 10.

⁷⁰ Le terme « exploitation » se réfère également à celui de « partie distincte d'exploitation », *infra* 2.4.2.

⁷¹ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 9; *Infra* 2.5.2.

⁷² WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 212.

⁷³ OESTERHELT, Altreservenpraxis, p. 100; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 198 à 202.

⁷⁴ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 185.

2. SCISSIONS

2.1. Notion

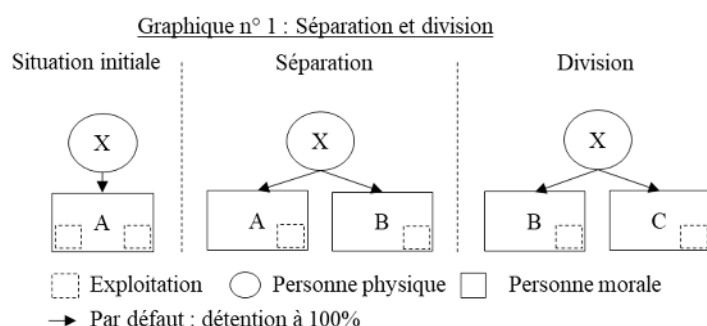
Une scission (« *Spaltung* ») est une **forme courante de restructuration** impliquant le transfert d'une partie ou de la totalité d'une société (transférante) dans une autre société (reprenante) contre l'octroi, en principe, de droits de participation⁷⁵. Puisqu'elle conduit à la séparation de valeurs patrimoniales, elle constitue le procédé inverse de la fusion⁷⁶.

Une scission permet la restructuration des activités d'un groupe par l'établissement d'entités juridiques indépendantes, limitant les risques légaux et discriminant les activités économiques. Elle facilite les interactions avec les tiers, **à des fins d'aliénation de parties de l'entreprise** ou d'implication de nouveaux partenaires, par exemple dans le cadre d'une *joint-venture*, d'un plan d'intéressement des employés ou encore lors de planification successorale.

2.2. Lien entre le droit fiscal des restructurations et le droit civil

La LFus a introduit **la nouvelle institution juridique de la scission au sens du droit civil**, procédé toutefois limité aux sociétés de capitaux⁷⁷ et coopératives⁷⁸. Aucune disposition expresse de la LFus ne prévoit la scission d'entreprise de personnes, qui seront dès lors fiscalement qualifiée de scission « improprement dite » et devra être exécutée par le biais d'un transfert de patrimoine ou d'autres procédés du droit civil⁷⁹.

Du point de vue du droit civil, une scission prend la forme d'une **séparation** (« *Abspaltung* ») lorsque la société transférante conserve des valeurs patrimoniales et celle d'une **division** (« *Aufspaltung* ») lorsque la société transférante – ensuite dissoute – cède l'ensemble de son patrimoine à des sociétés reprenantes. Dans les deux cas, les actionnaires de la société transférante reçoivent des actions des sociétés reprenantes⁸⁰ (Graphique n° 1).



⁷⁵ Circulaire n° 5, consid. 4.3.1; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 54.

⁷⁶ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 80.

⁷⁷ La référence aux sociétés de capitaux inclut, cas échéant, les sociétés coopératives.

⁷⁸ Art. 30 LFus; Message LFus, p. 4013.

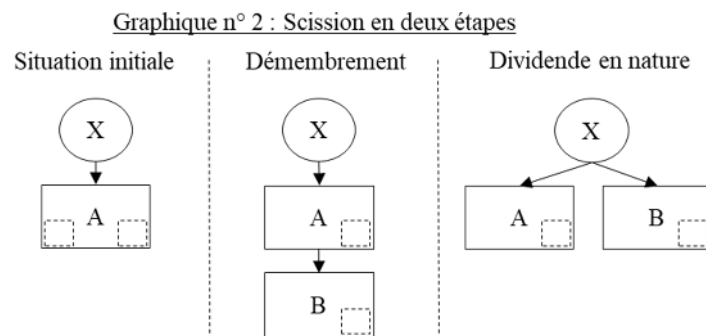
⁷⁹ MÜLLER/SCHREIBER, Umstrukturierungen § 2 N 48.

⁸⁰ Art 29 LFus; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 1.

Les scissions se distinguent également en fonction de la répartition des droits de participation. Une répartition identique des droits de participation des actionnaires auprès des entités restructurées constitue une scission symétrique, alors qu'une répartition différente conduit à une scission asymétrique⁸¹.

La règle interprétative du droit fiscal des restructurations retenant comme facteur déterminant le résultat économique final **s'applique pleinement aux scissions**, de sorte que l'ensemble des états de fait entraînant une scission de valeurs patrimoniales, indépendamment du procédé de droit civil retenu, sera qualifiée de scission pour le droit fiscal⁸².

Les procédés civils de l'ancien droit sont toujours applicables, en particulier le procédé courant de **la scission en deux étapes** (« *zweistufige Spaltung* »), dans lequel une société fille est d'abord constituée par un apport en nature sous la forme d'une exploitation – soit l'équivalent d'un démembrement⁸³ – avant que ses droits de participation soient directement distribués aux actionnaires par la société mère sous forme de dividende⁸⁴ (Graphique n° 2).



Contrairement au droit civil, la scission peut être reconnue en droit fiscal des restructurations sans remise de droits de participation. À l'inverse, la scission de droit civil peut en théorie porter sur un actif isolé, alors que le droit fiscal des scissions **exige le transfert d'une exploitation**⁸⁵.

2.3. Distinctions avec d'autres formes de restructurations

2.3.1. Généralités

La scission doit en particulier être distinguée du démembrement et du transfert de patrimoine au sein d'un groupe. La scission d'entreprise de personnes, qui se distingue de la transformation d'une entreprise de personnes en une société de capitaux⁸⁶, n'est pas examinée.

⁸¹ Art. 31 al. 2 LFus; Circulaire n° 5, consid. 4.3.1; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 4.

⁸² BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 183; BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 38.

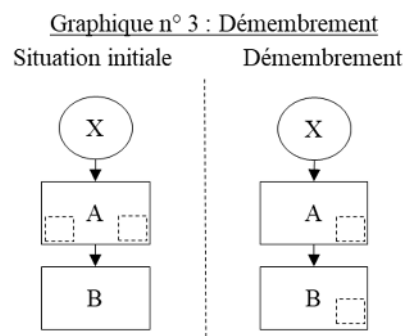
⁸³ *Infra* 2.3.2.

⁸⁴ Circulaire n° 5, consid. 4.3.1; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 3.

⁸⁵ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 54.

⁸⁶ BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 82; MÜLLER/SCHREIBER, Umstrukturierungen § 2 N 67.

2.3.2. Démembrement



Le démembrement est un **pur concept de droit fiscal** qui n'est donc pas expressément prévu par la LFus⁸⁷. Il implique un transfert de valeurs patrimoniales d'une société mère à une société fille (Graphique n° 3).

La détention requise par la société mère auprès de la société fille est d'au moins 20%, un seuil initialement basé sur celui applicable en matière de réduction pour participation. Lors de l'abaissement de ce dernier seuil à 10%, la base légale du démembrement n'a pas été adaptée en parallèle, de sorte que l'AFC exige toujours une détention minimum de 20%⁸⁸.

Le maintien des droits de participation de la société reprenante (la société fille) auprès de la société transférante (la société mère) est l'une des distinctions majeures entre le démembrement (également « scission horizontale ») et la scission (également « scission verticale »)⁸⁹.

Cette dernière terminologie surprend. Sur un plan cartésien, la droite horizontale se manifeste de gauche à droite, et la droite verticale de bas en haut. Or, lors d'une scission « verticale », les valeurs patrimoniales restructurées se déplacent sur un axe horizontal, alors que lors d'une scission « horizontale », les valeurs patrimoniales se déplacent d'une entité détentrice à une entité détenue, sur un axe vertical. Dès lors, nous qualifierons également la scission « verticale » **de scission « latérale »**.

Contrairement à la scission, le démembrement n'exige pas nécessairement le transfert d'une exploitation, puisqu'il est également possible de transférer un bien immobilisé de l'exploitation⁹⁰. De plus, le démembrement par vente est également possible⁹¹.

Si la poursuite d'une exploitation n'est pas nécessaire auprès de la société transférante⁹², l'AFC exige le maintien d'une exploitation auprès de la société reprenante. Cette position est contestée par la doctrine, au vu de l'absence d'appui dans la base légale et du rattachement suffisant des réserves latentes par l'application du délai d'aliénation de cinq ans⁹³.

⁸⁷ Circulaire n° 5, ch. 4.4.1.1; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 2.

⁸⁸ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 66.

⁸⁹ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 58; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 5.

⁹⁰ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 78.

⁹¹ Circulaire n° 5, ch. 4.4.1.2.4; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 8.

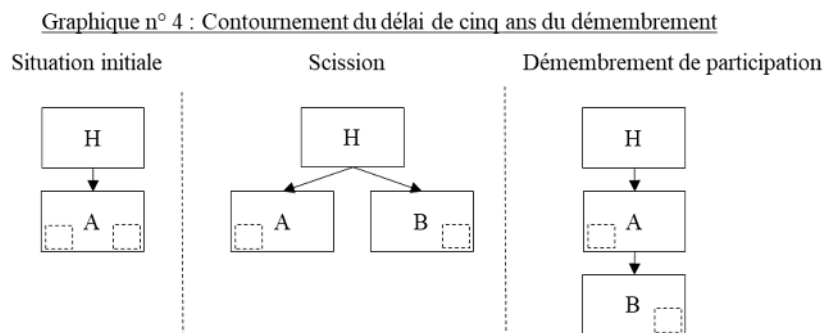
⁹² Circulaire n° 5, ch. 4.4.1.2.5; KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 165; Message LFus, p. 4030.

⁹³ Circulaire n° 5, ch. 4.4.1.2.6; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 87.

Par opposition à la scission, le démembrement impose **un délai de blocage de cinq ans**. Il vise à éviter l'aliénation d'actifs isolés transférés à la société fille en quasi neutralité fiscale par le recours à l'institution de la réduction pour participation⁹⁴. Cependant, ni un remploi ni une restructuration ultérieure fiscalement neutre de la filiale ne violent le délai de blocage⁹⁵.

Cette différence fondamentale **favorise la scission** au détriment du démembrement. Bien que la première étape d'une scission en deux étapes soit qualifiée de démembrement, l'interprétation selon le résultat économique permet, en cas de concours, de retenir une scission et d'éviter l'application du délai cinq ans⁹⁶.

Cette différence encourage aussi **la créativité des praticiens**. GRÜNBLATT/RIEDWEG suggèrent la possibilité de contourner le délai d'aliénation en transférant une exploitation à une société sœur reprenante, puis en réalisant un démembrement des droits de participation de ladite société sœur reprenante, englobant l'exploitation, dans une société fille⁹⁷ (Graphique n° 4).



Cette restructuration repose sur l'absence de délai de blocage en cas de démembrement de participation, un procédé qui requiert l'existence d'une structure holding préalable. Pour une personne physique directement détentrice de deux sociétés actives, une telle restructuration nous semble plus problématique, puisqu'elle impliquerait une quasi-fusion⁹⁸, elle-même soumise aux limitations de la transposition⁹⁹.

2.3.3. Transfert de patrimoine au sein d'un groupe

Le droit fiscal des restructurations connaît également une disposition visant à faciliter la neutralité des restructurations au sein d'un groupe¹⁰⁰ et permettant le transfert entre sociétés de capitaux suisses, réunies sous la direction unique d'une société de capitaux, des participations directes ou indirectes de 20 % au moins, d'exploitations ou d'éléments appartenant aux biens immobilisés de l'exploitation¹⁰¹ (Graphique n° 5).

⁹⁴ Art. 61 al. 2 LIFD; Message LFus, p. 4030; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 33.

⁹⁵ Circulaire n° 5, ch. 4.4.1.2.9.

⁹⁶ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 16.

⁹⁷ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 98; Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.3 (pas de délai en cas de scission); Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.4 (pas de délai en cas de démembrement d'une participation).

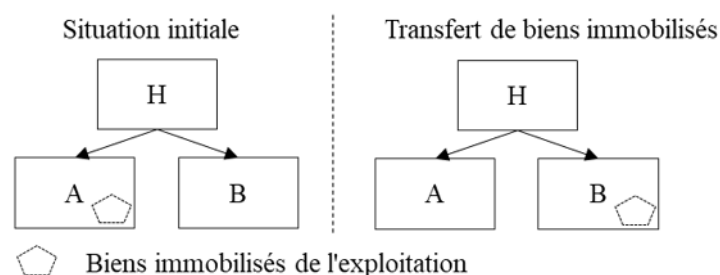
⁹⁸ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 11.

⁹⁹ ROHNER, Quasifusionen, p. 260 et 261.

¹⁰⁰ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 71.

¹⁰¹ Art. 61 al. 3 LIFD; RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 74; Dans son arrêt ATF 138 II 557, consid. 7.5, le Tribunal fédéral a étendu cette possibilité aux transferts réalisés par une fondation.

Graphique n° 5 : Transfert de patrimoine au sein d'un groupe



La double condition d'exploitation s'analyse de manière quasi identique au démembrement. La poursuite d'une exploitation n'est pas non plus nécessaire auprès de la société transférante. L'AFC exige le maintien d'une exploitation par la société reprenante lors de transfert d'éléments faisant partie des biens immobilisés de l'exploitation, une condition critiquée par RIEDWEG en vertu du principe de la légalité¹⁰².

En outre et à l'instar du démembrement, le transfert de patrimoine peut être réalisé par le biais d'une vente¹⁰³.

La disposition du transfert de patrimoine au sein d'un groupe renvoie expressément à celle du démembrement, qui constitue une *lex specialis*¹⁰⁴. En raison de l'appréciation économique du résultat, KÜNZLER considère que tout transfert de patrimoine réalisant également les conditions d'une scission est à analyser selon la disposition topique, **octroyant au transfert de patrimoine au sein d'un groupe un caractère subsidiaire**¹⁰⁵.

Ce dernier trouve notamment vocation à s'appliquer lorsque la condition de double exploitation n'est pas remplie¹⁰⁶ mais implique toutefois le respect d'un **délai d'aliénation de cinq ans**¹⁰⁷ dont l'existence tend également à favoriser le recours à la scission¹⁰⁸.

Le fonctionnement de ce délai de blocage est identique à celui du démembrement, sous réserve de quelques particularités propres à l'institution du transfert de patrimoine, notamment le maintien de la direction unique¹⁰⁹. À nouveau, le recours au remploi ou une restructuration ultérieure fiscalement de la société transférante ou reprenante neutre, ne viole pas le délai de blocage¹¹⁰.

¹⁰² Circulaire n° 5, ch. 4.5.2.10 et 4.5.2.11; RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 97, 98 et 116.

¹⁰³ Circulaire n° 5, ch. 4.5.2.4.

¹⁰⁴ Art. 61 al. 3 LIFD *in fine*; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 72.

¹⁰⁵ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 21 et p. 172.

¹⁰⁶ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 55 et 77; Dans ce sens, ATF 138 II 557, consid. 7.3.

¹⁰⁷ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 55; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 45.

¹⁰⁸ RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 101.

¹⁰⁹ Art. 61 al. 4 LIFD; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 85 à 88; RIEDWEG Umstrukturierungen § 7 N 159.

¹¹⁰ Circulaire n° 5, ch. 4.5.2.17.

À la différence d'une scission, un transfert de patrimoine au sein d'un groupe n'est pas autorisé lorsque la direction unique est exercée par **une personne physique**, malgré l'ouverture réalisée dans ce sens par le Tribunal fédéral. En effet, ce dernier a reconnu qu'un groupe de sociétés dirigé par une personne physique disposait aussi de raisons pertinentes à une restructuration par le biais d'un transfert de patrimoine¹¹¹.

2.4. Impôts directs

2.4.1. Généralités

Ce chapitre constitue une approche générale au traitement fiscal des scissions symétriques de sociétés de capitaux, débutant par une analyse des conditions spécifiques d'une scission fiscalement neutre, à savoir la condition d'exploitation et de réduction des fonds propres, ainsi qu'une revue de certaines conditions abandonnées du Projet LFus.

Les cas particuliers des scissions d'entreprise de personnes¹¹², d'assainissement, de migration et d'émigration, et des scissions impliquant des associations ou d'autres institutions exemptées d'impôts ne seront pas traités.

2.4.2. Exploitation

Le concept d'exploitation est central au droit fiscal des restructurations, et en particulier en matière de scission, puisqu'il exerce **la fonction de rattachement objectif des réserves latentes** à l'entreprise afin d'en assurer la continuité économique¹¹³.

Il n'existe aucune définition légale de la notion d'exploitation, **qui se confond dans le langage courant avec la notion d'entreprise**¹¹⁴. S'agissant d'un concept général relatif à une réalité économique, il convient de prendre en compte l'ensemble des circonstances afin de conclure ou non à son existence¹¹⁵. L'exploitation, qui s'interprète de manière plus large en droit fiscal des restructurations qu'en droit fiscal général¹¹⁶, **exerce une fonction de création de valeur**¹¹⁷.

La définition généralement retenue est celle d'un ensemble d'éléments patrimoniaux de nature organisationnelle et technique qui constitue une entité relativement autonome pour la production d'une prestation fournie par l'entreprise. L'AFC interprète la notion en exigeant que (i) l'entreprise effectue des prestations sur le marché ou à des entreprises apparentées (ii) et dispose de personnel (iii) dont le coût est, par rapport aux recettes, conforme à l'usage¹¹⁸.

¹¹¹ Art. 61 al. 3 LIFD; ATF 138 II 557 consid. 7.5; RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 72. Plus affirmatif en faveur des personnes physiques : CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 82a.

¹¹² BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 27 et 82.

¹¹³ REICH, Betriebsbegriff, p. 949.

¹¹⁴ REICH, Betriebsbegriff, p. 950.

¹¹⁵ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 49; REICH, Betriebsbegriff, p. 950.

¹¹⁶ TF, 2C_390/2015 du 24 mai 2016, consid. 3.2.

¹¹⁷ BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 60; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 70.

¹¹⁸ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.5.

Ces dernières conditions sont critiquées par la doctrine, dans la mesure où elles restreignent la notion d'exploitation de manière trop schématique. Pour REICH/VON AH, il s'agit certes de critères typiques d'une exploitation, mais ces derniers ne doivent pas être érigés en conditions absolues, bien qu'ils soient utiles au titre de *safe haven rule*¹¹⁹.

GRÜNBLATT/RIEDWEG favorisent une approche qualitative globale et non quantitative, en précisant que les critères retenus par l'AFC **ne correspondent pas à la réalité économique des exploitations**, en particulier les critères du personnel et de sa rémunération, et posent problèmes pour un certain nombre de sociétés, notamment les sociétés de gestion de fortune, holding, financières, immobilières ou de gestion de propriété intellectuelle¹²⁰.

Quant à la question spécifique sur la portée de la notion de « partie distincte d'exploitation », les avis divergent. REICH/VON AH constatent que l'ensemble des éléments constitutifs de l'exploitation doivent être repris pour retenir une partie d'exploitation, ce qui limiterait la portée du concept. L'AFC va dans le même sens¹²¹.

Au contraire, GRÜNBLATT/RIEDWEG et DAENIKER considèrent qu'il s'agit du concept essentiel de la scission au sens du droit fiscal des scissions. En effet, par le recours à la notion de partie distincte d'exploitation, le législateur aurait voulu signifier sa volonté de faciliter le respect de la condition d'exploitation et d'abaisser le standard minimum requis¹²².

Soulignons que le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si les valeurs patrimoniales affectées à l'exercice d'une activité lucrative indépendante entraînaient nécessairement une qualification à titre d'exploitation au sens fiscal, en y répondant par la négative¹²³.

À titre de conditions spécifiques, une scission de personne morale exige cumulativement le maintien d'une exploitation auprès de la société transférante (« *Weiterführungserfordernis* ») et le transfert d'une exploitation auprès de la société reprenante (« *Übertragungserfordernis* »), soit **une exigence de double exploitation** (« *doppelte Betriebserfordernis* »)¹²⁴.

En pratique, l'AFC exigerait le maintien de ces exploitations pour deux à trois années, sous réserve de circonstances extraordinaires intervenant ultérieurement à la scission, ces dernières restant sans impact sur le respect de la condition¹²⁵.

Comme indiqué, cette règle anti-abus vise à **distinguer la restructuration d'une vente « déguisée »**, qui permettrait à l'aliénateur personne physique de se séparer de certains actifs isolés tout en réalisant un gain en capital privé, ou à l'aliénateur personne morale de bénéficier dans le même cas de figure du système de réduction pour participation¹²⁶.

¹¹⁹ BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 62; REICH, Betriebsbegriff, p. 951.

¹²⁰ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 54 et 55.

¹²¹ BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 64; Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.13.

¹²² GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 50 et 51; RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 121.

¹²³ TF, 2C_390/2015 du 24 mai 2016, consid. 3.3.1; D'un autre avis : BSK DBG-REICH/VON AH, Art. 19 N 65.

¹²⁴ Art. 61 al. 1 let. b LIFD; Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.6; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 41.

¹²⁵ OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 167, note de bas de page n° 27.

¹²⁶ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 43 et 44; REICH, Betriebsbegriff, p. 950.

Pour autant qu'elle soit remplie, la condition de double exploitation n'empêche pas le transfert d'actifs non nécessaires à l'exploitation lors d'une scission¹²⁷. En raison de l'abandon du délai de blocage de cinq ans, il s'agit de **l'unique règle anti-abus objectivée**¹²⁸.

2.4.3. Réduction des fonds propres

Pour l'AFC et une partie de la doctrine, une scission sans incidence fiscale requiert que des fonds propres accompagnent le transfert de l'exploitation. En d'autres termes, **la simple vente d'une exploitation à la valeur comptable** à une société sœur n'équivaut pas à une scission sans incidence fiscale aux yeux de l'administration fiscale¹²⁹ (Graphique n° 6).

Graphique n° 6 : Bilan de la société transférante et variantes comptables (en CHF)

Avant scission			Avec réduction des fonds propres			Avec vente à la valeur comptable		
Actifs	Exploitation	100'000	Actifs	Exploitation	100'000	Actifs	Exploitation	100'000
	Exploitation II*	200'000		Exploitation II	0		Banque	200'000
		300'000			100'000			300'000
Passifs	Dettes	100'000	Passifs	Dettes	0	Passifs	Dettes	100'000
	Autres réserves	100'000		Autres réserves	0		Autres réserves	100'000
	Capital actions	100'000		Capital actions	100'000		Capital actions	100'000
		300'000			100'000			300'000
Bilan		300'000	Bilan		100'000	Bilan		300'000
* RL	50'000	350'000			-			-

Certains auteurs critiquent cette interdiction formellement défendable mais fonctionnellement inadaptée aux scissions, en raison, en substance, de l'absence d'appui légal et du rattachement des réserves latentes à l'exploitation transférée même en cas de vente à la valeur comptable¹³⁰.

GRÜNBLATT/RIEDWEG partagent ces avis et se prononcent en faveur d'une appréciation économique. À cette fin, ils citent en exemple une scission impliquant une société transférante peu capitalisée avec une société reprenante solidement capitalisée, pour considérer qu'une vente à la valeur comptable serait alors pleinement justifiée¹³¹.

2.4.4. Conditions abandonnées

Certaines conditions contenues dans le Projet LFus relatives aux scissions ont été abandonnées. Puisqu'elles permettent de mieux appréhender l'intention du législateur quant au droit fiscal des scissions, ces conditions, qui portent fondamentalement sur **le rattachement subjectif des réserves latentes**¹³², seront abordées ci-après.

¹²⁷ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.5.

¹²⁸ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 44.

¹²⁹ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.4; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 124; TF, 2C_784/2008 du 7 juillet 2009, consid. 3.5.

¹³⁰ BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 186 et 187; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 56.

¹³¹ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 127 à 130.

¹³² RIEDWEG, Spaltung, p. 204 et 205.

Le Projet LFus exigeait la remise de droits de participation aux actionnaires de l'entité transférante en cas de scission de personne morale, à l'instar de ce qu'exige le droit civil¹³³. L'abandon de cette condition selon la volonté expresse du législateur – couplée à celle du délai d'aliénation – a entraîné **la suppression du rattachement subjectif des réserves latentes** à ce type de restructuration¹³⁴.

Le projet de la LFus prévoyait également un délai d'aliénation de cinq ans en cas de scission de personne morale, avant d'être annulée¹³⁵. Par conséquent, un actionnaire peut désormais scinder une personne morale puis **directement aliéner ses nouveaux droits de participation**, réalisant ainsi un « *share deal* » en neutralité fiscale au lieu d'un « *asset deal* » imposable¹³⁶.

Cette différence de traitement entre la scission, qui requiert le respect de la double condition d'exploitation, et les institutions du démembrement et du transfert de patrimoine au sein d'un groupe, nécessitant le respect du délai d'aliénation de cinq ans, est critiquée¹³⁷.

Pour BEHNISCH, l'application d'un délai de cinq ans en matière de démembrement ne devrait trouver lieu que lorsque des éléments qui ne sont pas qualifiables d'exploitation et ne pouvant bénéficier du remploi sont transférés¹³⁸.

Pour RIEDWEG/HEUBERGER, les réflexions anti-abus ayant poussé le parlement à adopter un délai d'aliénation de cinq ans en cas de démembrement pour éviter un recours abusif à l'institution de la réduction pour participation en cas de gain en capital rendent cette distinction surprenante, puisque les détenteurs de droits de participation d'une société scindée peuvent également bénéficier dudit système ou d'un gain en capital privé exonéré¹³⁹.

GRÜNBLATT/RIEDWEG proposent de renoncer au délai d'aliénation de cinq ans, tant pour les démembrements que pour les transferts de patrimoine au sein d'un groupe, dans la mesure où le maintien des réserves latentes par leur rattachement au niveau de l'entreprise permet d'assurer leur imposition à long terme, en analogie avec les scissions¹⁴⁰.

Selon REICH, cette distinction démontre **l'absence de cohérence conceptuelle dans le droit fiscal des restructurations**¹⁴¹. REICH/TADDEI/OESTERHELT n'approuvent cependant pas l'idée d'une suppression pure et simple du délai d'aliénation de cinq ans en matière de démembrement, et suggèrent au contraire d'établir un système assurant un rattachement subjectif des réserves latentes¹⁴².

¹³³ Projet LFus, Art. 19 al. 1 let. b et 61 al. 1 let. b P-LIFD.

¹³⁴ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.3; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 90 et 91.

¹³⁵ Art. 61 al. 1^{bis} Projet LFus; Message LFus, FF p. 4029.

¹³⁶ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 92 et 93.

¹³⁷ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 68; RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 165.

¹³⁸ BEHNISCH, Spaltung, p. 722.

¹³⁹ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 123.

¹⁴⁰ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 100.

¹⁴¹ REICH, Steuerrechtliche Implikationen, p. 741.

¹⁴² BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 20.

Il est clair que l'harmonisation fiscale de ces trois institutions serait bienvenue. L'applicabilité du système de réduction pour participation pour les sociétés de capitaux en matière de gain en capital, sous réserve d'une détention d'une année, ainsi que l'absence volontaire de délai d'aliénation de cinq ans sont les indices d'un système libéral *de lege lata* qui tendent à nous rapprocher de la position de GRÜNBLATT/RIEDWEG.

Une telle solution aurait également pour effet de favoriser un droit fiscal des restructurations **orienté sur l'entreprise et non sur l'entité juridique**, un paradigme de nature à favoriser le développement économique, qui se justifie d'autant plus que ces deux institutions impliquent une détention par une personne morale.

En matière de droits de participation détenus dans la **fortune privée de personnes physiques**, KÜNZLER se prononce en faveur d'un délai d'aliénation de cinq ans, car son absence permet à l'actionnaire l'aliénation immédiate de ses droits de participation suite à une scission, offrant le privilège du gain en capital exonéré à un état de fait qui, analysé d'un point du résultat économique, doit être **qualifié de liquidation et non de restructuration**¹⁴³.

La position de KÜNZLER soulève la problématique résultant de l'abandon de tout critère de rattachement subjectif des réserves latentes. Par l'absence de délai en cas scission, le législateur a ainsi ouvert à la porte de la neutralité fiscale à des restructurations qui, analysées du point de vue du résultat économique final, sont essentiellement conçues **comme l'étape préalable à une aliénation**, autrement dit à une liquidation.

RIEDWEG relève toutefois avec pertinence que la question d'un tel rattachement subjectif se pose de manière différente en fonction de la nature de l'entreprise. Alors que certaines entreprises justifient un lien personnel important avec leurs détenteurs de participations, il en va autrement en ce qui concerne, par exemple, l'actionnariat des sociétés cotées¹⁴⁴.

Selon nous, la question relève de politique fiscale. S'agit-il d'imposer la plus-value économique générée par l'entreprise, auquel cas le rattachement objectif des réserves latentes suffit, ou faut-il également imposer l'abandon de la continuité économique de l'entrepreneur, c'est-à-dire les liquidations, ce qui requerrait un critère de rattachement subjectif à l'instar de la proposition de KÜNZLER, adaptée à la logique de RIEDWEG ? La question sera volontairement laissée ouverte.

2.4.5. Conséquences spécifiques

2.4.5.1. Au niveau des entités restructurées

Les normes correctrices du droit fiscal exigent de réintroduire dans la base imposable d'une personne morale les produits qui n'ont pas été comptabilisés dans le compte de résultat, y compris les prestations appréciables en argent¹⁴⁵.

¹⁴³ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 175.

¹⁴⁴ RIEDWEG, Spaltung, p. 205.

¹⁴⁵ Art. 58 al. 1 let. b et c LIFD; DANON CR LIFD Art 58 N 172.

Le transfert de valeurs patrimoniales avec (mais également sans) réserves latentes entre sociétés sœurs appauvrit la société transférante et enrichit la société reprenante. Il ne trouve sa justification que par l'actionnariat commun. Il s'agit donc d'une distribution dissimulée de bénéfice en la forme d'un **avantage dissimulé à une société sœur** (« *verdeckten Vorteilszuwendung an eine Schwestergesellschaft* ») soit un cas de « prélèvement » (« *Entnahmetatbestand* »). Cet état de fait justifie sur le principe un redressement fiscal, sous réserve de l'application du report de l'imposition permis par la norme de restructuration¹⁴⁶, qui manifeste alors son **caractère constitutif correctif**.

Lorsque la scission n'est pas neutre, la réintégration du bénéfice a toujours lieu auprès de la société transférante, qui octroie l'avantage dissimulé à la société sœur sans contre-prestation¹⁴⁷. Lorsque l'absence de neutralité résulte d'une vente à la valeur comptable, les réserves latentes transférées sont imposées¹⁴⁸. Il en va de même lorsque les valeurs patrimoniales transférées auprès de la société reprenante ne sont pas qualifiables d'exploitation¹⁴⁹.

De manière controversée, l'AFC se base sur un ancien arrêt du Tribunal fédéral¹⁵⁰ pour retenir que l'imposition des réserves latentes doit toujours être réalisée, en l'absence d'une poursuite d'exploitation ou du maintien d'exploitation, auprès des valeurs patrimoniales qui ne sont pas qualifiées d'exploitation (« *Nichtbetrieb* »), **indépendamment du fait que celles-ci aient été transférées ou non**¹⁵¹.

Par conséquent, une scission non neutre en raison de l'absence du maintien d'une exploitation aura pour conséquence l'imposition des réserves latentes non transférées et maintenues **auprès de la société transférante**. L'AFC fonde sa pratique sur la volonté d'obtenir des conséquences fiscales identiques indépendamment du procédé de droit civil choisi¹⁵².

Pour une partie de la doctrine, il s'agit d'une violation du principe de réalisation qui ne s'appuie sur aucune base légale, dans la mesure où l'art. 61 LIFD n'aurait pas de portée constitutive au sens du fondement de l'imposition (par opposition à une portée constitutive corrective). Il conviendrait ainsi d'imposer uniquement les réserves latentes transférées¹⁵³.

Lorsque les conditions de la neutralité fiscale sont respectées, il nous semble qu'il n'y a pas de conséquence au niveau de la société reprenante, puisque l'apport de valeurs patrimoniales peut être qualifié d'apport en capital fiscalement neutre¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.1; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 204.

¹⁴⁷ Circulaire n° 5, exemples n° 11 à 14; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 48.

¹⁴⁸ Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.4, exemple n° 11; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 198.

¹⁴⁹ Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.13, exemples n° 12 et 13; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 199.

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 3 mars 1989, consid. 2.c.

¹⁵¹ Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.13, exemples n° 12 à 14.

¹⁵² Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.13, exemple n° 14.

¹⁵³ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 48; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 200 et 203.

¹⁵⁴ Art. 60 let. a LIFD; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 218.

Dans le cas contraire, la société reprenante bénéficiaire de l'avantage peut faire valoir les réserves latentes correspondantes imposées comme bénéfice¹⁵⁵. L'AFC refuse de reconnaître à ces dernières la qualification de réserves issues d'apport de capital, malgré certains appels de la doctrine¹⁵⁶.

2.4.5.2. Au niveau des actionnaires

Le traitement fiscal d'une scission fiscalement neutre pour les entités restructurées au niveau d'un actionnaire détenant les droits de participation dans sa fortune privée est analysé ultérieurement¹⁵⁷.

Pour l'AFC, l'exigence d'une réduction des fonds propres en cas de scission, ou **l'interdiction d'une « scission-vente »**, conduit à une imposition des réserves latentes en cas de scission par vente à la valeur comptable d'une exploitation entre sociétés sœurs, par le biais de la **théorie du triangle**¹⁵⁸.

Selon cette théorie, l'octroi direct d'une prestation entre sociétés sœurs s'analyse comme étant réalisée en deux étapes, soit une première transaction de la société transférante à l'actionnaire – une prestation appréciable en argent – puis une seconde transaction de l'actionnaire à la société reprenante, qualifiée d'apport en capital dissimulé¹⁵⁹.

De plus, lorsque la double condition d'exploitation n'est pas remplie, soit parce que les éléments patrimoniaux ne sont pas constitutifs d'une exploitation, soit parce que cette dernière n'est pas maintenue auprès de la société transférée, l'actionnaire réalise **les réserves ouvertes et latentes** transférées – ou rattachées aux valeurs patrimoniales qui ne sont pas qualifiées d'exploitation en cas d'absence de maintien d'exploitation auprès de la société transférante¹⁶⁰ – sous la forme d'une prestation appréciable en argent, également selon la théorie du triangle¹⁶¹.

Pour les personnes morales et les personnes physiques détenant des droits de participation dans leur fortune commerciale, la scission fiscalement neutre est explicitement réglée¹⁶². Cependant, une scission imposable pour l'entité restructurée est, en principe, également sans conséquence fiscale pour un tel actionnaire, par application de **la théorie du triangle modifiée**¹⁶³.

Cette théorie repose sur le fait que la somme des valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice et des coûts d'investissement des participations restent inchangés au niveau de l'actionnaire en cas d'octroi d'avantage à une société sœur¹⁶⁴.

¹⁵⁵ Circulaire n° 5, exemples n° 11 à 13; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 204 et 216.

¹⁵⁶ Circulaire n° 29b, ch. 2.2.1 via 6.4 let. a; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 218.

¹⁵⁷ *Infra* 4.7.

¹⁵⁸ Circulaire n° 5, consid. 4.3.3.3, exemple n° 11; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 195 et 198.

¹⁵⁹ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 60.

¹⁶⁰ Circulaire n° 5, consid. 4.3.3.3, exemple n° 14 ; *Supra* 2.4.5.1.

¹⁶¹ Circulaire n° 5, consid. 4.3.3.3, exemple n° 12 et 13; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 223.

¹⁶² Art. 19 al. 1 let. c et 61 al. 1 let. c LIFD; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 153.

¹⁶³ Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.12; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 221.

¹⁶⁴ Pour l'extension aux sociétés parallèles MEIER-MAZZUCATO, *Erweiterte modifizierte Dreieckstheorie*, p. 162.

En conséquence, elle conduit donc à renoncer à l'imposition de la prestation appréciable en argent auprès de l'actionnaire, sous réserve d'un éventuel besoin d'amortissement relatif à la participation de la société appauvrie, qui devra être compensé de manière correspondante par une réévaluation de la participation de la société bénéficiaire¹⁶⁵.

En principe, la théorie du triangle modifiée ne s'applique pas à la fortune privée. Toutefois, pour éviter une double imposition – sur le dividende de liquidation au moment de la scission dont la neutralité fiscale est refusée, et au moment de la distribution effective des dividendes – l'AFC accepte dans les cas précités d'appliquer la théorie du triangle modifiée à titre de « solution favorable » (« *Billigkeitslösung* ») et de manière exceptionnelle aux personnes physiques détenant des droits de participation dans leur fortune privée.

Dans ce cas de figure, **le délai d'aliénation de cinq ans réapparaît**, puisqu'il est exigé que l'actionnaire signe une déclaration correspondante dans laquelle il s'engage envers l'Administration fiscale à ne pas aliéner les droits de participation de la société bénéficiaire – ou de celle qui ne poursuit pas l'exploitation – dans un tel délai¹⁶⁶.

2.5. Impôt anticipé

2.5.1. Enjeu

L'enjeu du droit fiscal des scissions en matière d'impôt anticipé vise, comme en matière de droit fiscal des restructurations de manière générale, à la préservation du substrat fiscal et de l'imposition ultérieure **des réserves ouvertes ou latentes transférées**¹⁶⁷. Les scissions de sociétés de personnes, hors du champ d'application matériel de l'impôt anticipé, ne sont pas examinées¹⁶⁸.

2.5.2. Conditions spécifiques

En matière de scission, la condition générale de l'existence d'une restructuration présente une importance particulière, puisqu'il s'agit de clarifier si **la condition spécifique de double exploitation doit être remplie**¹⁶⁹. Pour l'AFC, le renvoi explicite à la norme de restructuration de l'impôt direct implique une réponse positive à cette question¹⁷⁰.

Pour ALTORFER, suivi par GRÜNBLATT/RIEDWEG, une interprétation téléologique doit conduire à rejeter l'interprétation de l'AFC, puisque la préservation du substrat fiscal de l'impôt anticipé n'est pas impactée par la condition de double exploitation. Une interprétation littérale conduit au même résultat, car la première partie de la norme de restructuration de l'impôt anticipé se contente de renvoyer aux restructurations mentionnées dans la LIFD, tandis qu'il revient à la deuxième partie de la norme de fixer les conditions de la neutralité fiscale¹⁷¹.

¹⁶⁵ Circulaire n° 5, consid. 4.3.2.12; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 219 et 220.

¹⁶⁶ Circulaire n° 5, consid. 4.3.3.3; BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 215.

¹⁶⁷ GRÜNBLATT/RIEDWEG, § 5 N 246; BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 39.

¹⁶⁸ MÜLLER/SCHREIBER, Umstrukturierungen § 2 N 108.

¹⁶⁹ Art. 61 al. 1 LIFD via art. 5 al. 1 let. a LIA; BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 9.

¹⁷⁰ Circulaire n° 5, consid. 4.3.4.1.

¹⁷¹ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 9 et 42; GRÜNBLATT/RIEDWEG, § 5 N 242 et 250.

Nous rejoignons la position des auteurs susmentionnés. La condition d'exploitation a pour objectif d'assurer le rattachement objectif des réserves latentes dans le cadre de l'impôt sur le bénéfice, à titre de norme anti-abus distinguant la scission d'actifs isolés de celle d'une véritable entreprise ou exploitation. Dès lors, elle ne doit pas être considérée comme déterminante pour la préservation du substrat fiscal de l'impôt anticipé.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt publié portant sur les droits de mutation en matière de restructuration d'une fondation de prévoyance, a notamment considéré que le renvoi général de l'art. 103 LFus applicable en matière de droits de mutations aux dispositions des restructurations en matière d'impôts directs était « maladroit », en raison de la nature différente des impôts impliqués¹⁷². À notre avis, la logique découlant de cet arrêt, soit celle d'une indépendance des conditions de neutralité fiscale des restructurations entre les différents impôts fondée sur la nature et les objectifs différents des impôts impliqués, peut s'appliquer par analogie à la comparaison entre impôt anticipé et impôts directs et renforce ainsi la position exposée ci-dessus¹⁷³.

2.5.3. Conséquences spécifiques

En cas de scission, il s'agit également d'éviter que des autres réserves soumises à l'impôt anticipé disparaissent¹⁷⁴. Le transfert de valeurs patrimoniales à charge **du capital social et des réserves issues d'apport de capital** de la société transférante ou une transaction à la valeur vénale ne sont pas pertinents pour l'impôt anticipé¹⁷⁵. Au contraire, lorsque du capital social de la société transférante est créé comptablement à charge des autres réserves, la norme de restructuration ne s'applique pas et la prestation appréciable en argent est imposable au niveau de l'impôt anticipé¹⁷⁶.

Si la condition de la double exploitation n'est pas remplie, l'AFC considère qu'il s'agit d'un avantage octroyé à une société sœur soumis à l'impôt anticipé, la société reprenante étant l'entité ayant droit au remboursement, en vertu du principe du bénéficiaire direct¹⁷⁷. Les conséquences sont identiques en cas de vente à la valeur comptable de l'exploitation, assimilée par l'AFC à une liquidation¹⁷⁸.

Pour l'AFC, les apports effectués lors de scissions non neutres ne sont pas qualifiables de réserves issues d'apport de capital, en l'absence d'une prestation directe du détenteur des droits de participation et d'une comptabilisation conforme aux exigences requises¹⁷⁹.

Dans le cadre d'une scission latérale dont la neutralité fiscale a été confirmée par ruling, le Tribunal administratif fédéral s'est penché sur **le traitement de l'agio** lorsque les valeurs patrimoniales ont transité l'espace d'un instant auprès de l'actionnaire¹⁸⁰.

¹⁷² ATF 138 II 557, consid. 5.2.

¹⁷³ Dans le même sens : CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 11a.

¹⁷⁴ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 246.

¹⁷⁵ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 39; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 210.

¹⁷⁶ BSK VStG-ALTORFER, Art. 5 N 40; WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 233.

¹⁷⁷ Circulaire n° 5, ch. 4.3.4.1; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 248.

¹⁷⁸ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.4; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 254.

¹⁷⁹ Circulaire n° 29b, ch. 2.2.1 via 6.4 let. b.

¹⁸⁰ TAF, A-6982/2013 du 24 juin 2015, consid. B.

Nous soulignons que l'état de fait ne permet pas de déterminer si l'actionnaire impliqué est une personne physique. Il n'offre pas non plus d'indication particulière sur la condition d'exploitation, alors qu'une seule participation semble avoir été apportée.

En résumé, le Tribunal administratif fédéral a refusé la comptabilisation à titre de réserves issues d'apport de capital en tant que contrepartie d'une participation initialement transférée à charge des autres réserves par la société transférante. Il a ainsi rejeté l'interprétation selon laquelle la transition de cette participation par l'actionnaire permettrait de retenir une comptabilisation à titre de réserves issues d'apport de capital.

Pour DANON en particulier, la position défendue par le Tribunal administratif fédéral n'est pas soutenable, voire arbitraire. En substance, cet auteur critique la position incohérente de l'AFC, qui retient une appréciation économique par le biais de l'application de la théorie du triangle en cas d'avantage octroyé à une société sœur tout en refusant au même état de fait, sur la base d'une approche de droit civil, la comptabilisation d'une contrepartie au passif à titre de réserves issues d'apport de capital.

Sur la base de cette approche, un actionnaire personne physique risque une double imposition à titre de rendement de la fortune mobilière, d'abord en raison d'un dividende « dissimulé » résultant de la reprise à titre de prestation appréciable en argent, puis à titre de dividende « ouvert » lors de la prochaine rétribution des actionnaires¹⁸¹.

De notre point de vue, une telle appréciation se justifie sur la base d'une analyse économique, en particulier dans l'exemple suggéré par l'auteur. En matière de scission fiscalement neutre, la problématique nous semble toutefois désamorcée par l'absence de reprise à titre de prestation appréciable en argent au niveau de l'actionnaire, écartant la double imposition susmentionnée.

De plus, la comptabilisation à titre de réserves issues d'apport de capital est de moindre importance pour l'actionnaire bénéficiant de la réduction pour participation. Dans ce cas de figure, la conversion d'autres réserves en réserves issues d'apport de capital risquerait potentiellement d'engendrer des abus en matière d'impôt anticipé.

Par exemple, en cas de vente d'une participation à une entité étrangère qui n'aurait pas pu bénéficier – en l'absence d'une convention de double imposition – d'un taux résiduel d'impôt anticipé nul sur les distributions à charge d'autres réserves, désormais converties en substrat non soumis à l'impôt anticipé.

¹⁸¹ CR LIFD-DANON, Art. 20 N 316, 317 et 321.

3. SCISSION DE SOCIÉTÉS HOLDING

3.1. Notion

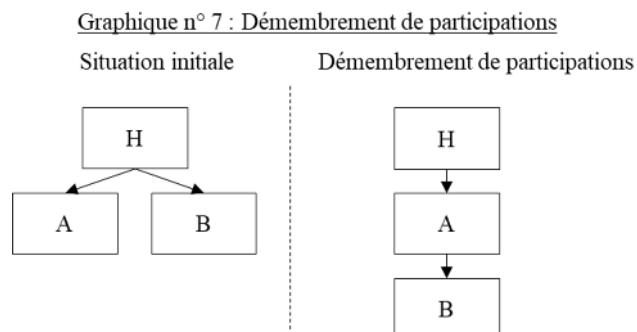
Il n'existe pas – ou plus – de définition légale de la société holding. Selon le Message sur l'harmonisation fiscale, qui visait notamment à uniformiser les traitements cantonaux accordés aux sociétés à statut particulier holding, une société holding pure est une société de capitaux qui s'occupe exclusivement ou principalement de l'administration de participations¹⁸².

La disposition topique exigeait du but statutaire principal la gestion durable de participation, interdisait l'activité commerciale et prévoyait un test quantitatif alternatif visant à s'assurer que la société atteigne un seuil matériel minimum justifiant le privilège fiscal¹⁸³.

D'un point de vue économique, l'activité d'une société holding consiste à détenir et gérer différentes participations d'autres sociétés¹⁸⁴. Sous l'angle du droit fiscal des restructurations également, l'activité d'une société holding consiste en **la coordination et la gestion stratégique de l'activité commerciale de ses participations**. Elle se distingue de la société de gestion de fortune, active dans la détention et l'administration de titres à des fins de propres placements¹⁸⁵.

3.2. Distinctions avec d'autres formes de restructurations

3.2.1. Démembrement de participations



La norme du démembrement n'englobe pas le démembrement de participations¹⁸⁶, un cas de figure dans lequel une société de capitaux transfère une participation qu'elle détient dans une société à hauteur d'au moins 10% à une autre société filiale (Graphique n° 7).

¹⁸² Message sur l'harmonisation fiscale, p.66.

¹⁸³ Art. 28 al. 2 aLHID; Message sur l'harmonisation fiscale, p. 124.

¹⁸⁴ CHARDONNENS, Comptabilité des groupes, p. 22.

¹⁸⁵ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.6; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 81 et 82.

¹⁸⁶ Art. 61 al. 1 let. d LIFD; Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.1; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 220.

Le seuil requis du démembrement de participations s'appuie sur l'institution de la réduction pour participation, contrairement à celui du démembrement fondé sur la base légale topique. Malgré l'absence de mise à jour de la Circulaire n° 5, l'AFC se contente d'une détention de 10%¹⁸⁷.

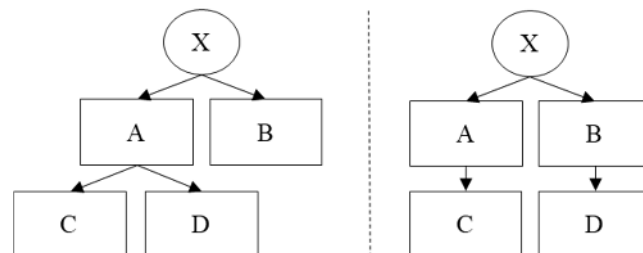
En partant d'une interprétation littérale de la base légale, l'exigence d'un seuil minimum distingue cette institution de la scission, qui ne requiert que le respect d'une exploitation¹⁸⁸. Par contre, le démembrement de participations n'implique pas le transfert d'une exploitation¹⁸⁹.

L'AFC et une partie de la doctrine favorisent une réglementation explicite aux démembrements de participations¹⁹⁰, selon laquelle la reprise par une filiale intermédiaire (« *sub-holding* ») de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice, du coût d'investissement et de la durée de détention de la participation transférée¹⁹¹ n'est **pas soumise à un délai de blocage**¹⁹².

Cette position est fondée sur le maintien de la charge fiscale latente sur les réserves latentes transférées, grâce à l'application du système de réduction pour participation¹⁹³. Toutefois, l'AFC réserve deux cas de réalisation systématique en lien avec la réduction pour participation, qui trouve application (i) en cas de diminution du pourcentage de détention en dessous de 10% (ii) ou en cas de transfert de droits de participation à une valeur supérieure à celle déterminante pour l'impôt sur le bénéfice¹⁹⁴.

La détention d'une structure holding par un actionnaire physique exclut le démembrement de participation lors d'un transfert d'une participation d'une société holding à une autre, car le transfert a lieu en faveur d'une société sœur et non en faveur d'une société filiale¹⁹⁵ (Graphique n° 8).

Graphique n° 8 : Absence de démembrement de participations
(société sœur et non filiale)



¹⁸⁷ Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.2; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 66 et 227.

¹⁸⁸ RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 93.

¹⁸⁹ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 63.

¹⁹⁰ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 187.

¹⁹¹ Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.2.

¹⁹² Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.4; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 244.

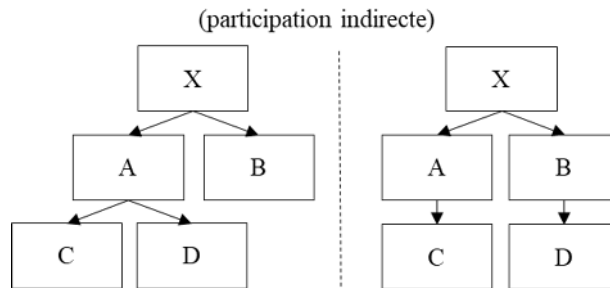
¹⁹³ Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.4; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 223 et 224.

¹⁹⁴ Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.2.6; BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 255.

¹⁹⁵ Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.1: « lors d'un démembrement d'une participation, une société de capitaux transfère une participation qu'elle détient dans une autre société à une société filiale » (nous soulignons).

En cas de détention d'une structure *sub-holding* par une société de capitaux, il nous semble que le transfert d'une participation à une autre société *sub-holding* n'équivaut pas non plus à un démembrement de participations, car le transfert porte sur une **participation indirecte** et est à nouveau réalisé entre sociétés sœurs¹⁹⁶ (Graphique n° 9).

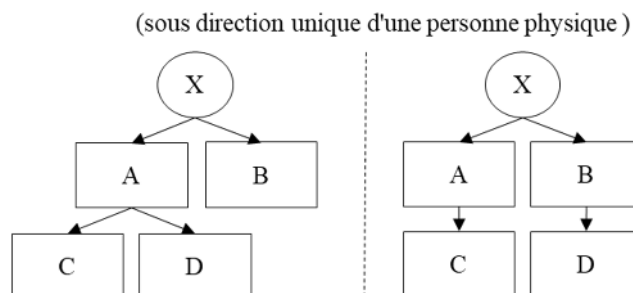
Graphique n° 9 : Absence de démembrement de participations



3.2.2. Transfert de participations au sein d'un groupe

Le transfert de patrimoine au sein d'un groupe comprend le transfert de participations directement ou indirectement détenues d'au moins 20%, contrairement au démembrement¹⁹⁷. L'institution est toujours fermée à la direction unique exercée par une personne physique¹⁹⁸ (Graphique n° 10).

Graphique n° 10 : Absence de transfert de participations au sein d'un groupe



Le renvoi explicite de la norme de transfert de patrimoine à celle du démembrement à titre de *lex specialis*¹⁹⁹ n'englobe pas le démembrement de participations²⁰⁰. En théorie, le champ d'application matériel du transfert de patrimoine couvre donc également les démembrements de participations directes ou indirectes de plus de 20% (mais non de 10%)²⁰¹. En pratique, les règles spécifiques aux démembrements de participations s'appliquent²⁰².

¹⁹⁶ Circulaire n° 5, ch. 4.4.2.1: « lors d'un démembrement d'une participation, une société de transfère une participation qu'elle détient dans une autre société à une société filiale » (nous soulignons) et ch. 4.5.1.

¹⁹⁷ Art. 61 al. 1 3 LIFD; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 80a; KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 185.

¹⁹⁸ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 161 et 166; *Supra* 2.3.3.

¹⁹⁹ C'est-à-dire le renvoi de l'art. 61 al. 3 *in fine* LIFD à l'art. 61 al. 1 let. d LIFD.

²⁰⁰ RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 245.

²⁰¹ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 187; RIEDWEG/HEUBERGER, Umstrukturierungen § 6 N 14;

²⁰² KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 187; *Supra* 3.2.1.

L'exigence d'un seuil minimum en matière de transfert de participations distingue cette institution de la scission de société holding²⁰³. En contrepartie, le transfert d'une exploitation n'est pas nécessaire en cas de transfert de participations au sein d'un groupe²⁰⁴.

Par opposition à la scission de société holding et au démembrement de participations, le transfert de participations au sein d'un groupe **est soumis au délai de blocage de cinq ans**, impliquant en particulier le maintien de la direction unique²⁰⁵.

Le démembrement de participations ne prévoit pas de délai de blocage en raison du système de réduction pour participation. Ce dernier système s'applique aussi bien en cas d'aliénation de la participation par la société mère avant un éventuel démembrement, que si cette aliénation est réalisée après le démembrement par la société *sub-holding*²⁰⁶.

L'existence d'un délai de cinq ans en cas de transfert de participations au sein d'un groupe est critiquée, puisque **la logique susmentionnée pourrait s'appliquer par analogie** lors d'un tel transfert de participations, l'actionnaire personne morale ayant accès au système de réduction pour participation en cas de gain en capital sur des participations non seulement avant mais également après un tel transfert²⁰⁷ (Graphique n° 11).

En raison du caractère subsidiaire de la norme de transfert de patrimoine au sein d'un groupe, le délai de blocage de cinq ans s'applique seulement lorsque la transaction effectuée ne peut pas être qualifiée d'une autre forme de restructuration dénuée d'un tel délai²⁰⁸, ce qui **diminue l'attrait pratique du transfert de participations** au sein d'un groupe²⁰⁹.

Le transfert d'une participation indirecte – au sens large d'une participation à une société petite fille au lieu d'une société fille, et non au sens étroit d'une participation détenue indirectement par le groupe pour au moins 20%²¹⁰ – à une société du groupe nous semble être couvert par le champ d'application matériel du transfert de patrimoine au sein d'un groupe, le caractère indirect de la détention de la participation ne posant plus problème²¹¹ (Graphique n° 11), c'est-à-dire par opposition à l'institution du démembrement de participations²¹².

²⁰³ RIEDWEG, Umstrukturierungen § 7 N 93.

²⁰⁴ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 163.

²⁰⁵ Art. 61 al. 4 LIFD; BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 270.

²⁰⁶ *Supra* 3.2.1 et graphique n° 7.

²⁰⁷ KÜNZLER, Konzernübertragung, p. 175; RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 7 N 167.

²⁰⁸ BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 269.

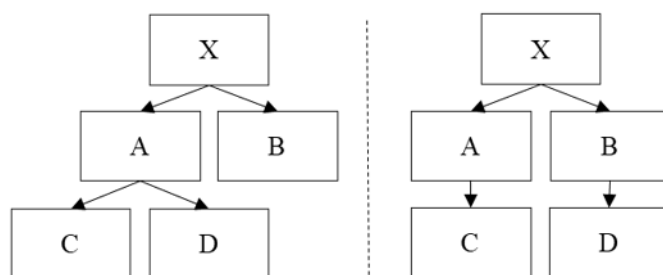
²⁰⁹ RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 7 N 94.

²¹⁰ BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 267; RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 7 N 81.

²¹¹ Circulaire n° 5, ch. 4.5.1 : « Lors du transfert entre sociétés du groupe en Suisse, une société suisse transfère des valeurs patrimoniales à une autre société suisse dans laquelle elle ne détient pas de droits de participation. Cependant, une autre société (société-mère) réunit, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, la société transférante et la société reprenante sous une direction unique » (nous soulignons).

²¹² *Supra* 3.2.1 et graphique n° 9.

Graphique n° 11 : Transfert de participation au sein d'un groupe



3.3. Impôts directs

3.3.1. Conditions spécifiques

En matière de neutralité fiscale de scission de société holding, la question essentielle est celle de la condition d'exploitation. Une société holding constitue-t-elle une exploitation²¹³, et peut-elle se voir attribuer les exploitations détenues par ses propres participations ?

Le Groupe de travail, chargé par le Conseil fédéral et l'AFC d'adapter le droit fiscal des restructurations en vue de l'introduction de la LFus, était parvenu à la conclusion qu'une scission holding devait être réalisable en neutralité fiscale, pour autant que le délai d'aliénation de cinq ans, alors envisagé pour les scissions de personnes morales, soit respecté²¹⁴.

Cette proposition fut rejetée par le Conseil fédéral, au motif que la pratique reconnaissait déjà une neutralité fiscale en cas de scission holding, pour autant que cette dernière soit liée « au transfert de participations à des sociétés d'exploitation ou de commerce », étant précisé que cette pratique pouvait demeurer applicable « à l'avenir »²¹⁵. Pour RIEDWEG/DAENIKER, il s'agit d'une référence à la théorie de la transparence²¹⁶.

Par le biais de la Circulaire n° 5, l'AFC a ensuite établi une liste de conditions cumulatives nécessaires à la neutralité fiscale d'une scission de sociétés holding. Ces dernières peuvent être interprétées comme visant **le respect de la double condition d'exploitation à deux niveaux**²¹⁷.

D'une part, la double condition d'exploitation doit être respectée **au niveau des sociétés holding**, par le maintien et l'existence après la scission de l'exercice d'une activité holding, soit la coordination et la direction stratégique de l'activité commerciale de plusieurs sociétés filiales²¹⁸, ces dernières devant être soumises à un certain contrôle de la société holding²¹⁹.

²¹³ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.6 ; CR LIFD-OBERSON/GLAUSER, Art. 19 N 25a.

²¹⁴ Groupe de travail, Rapport 1997, p. 33 et 49.

²¹⁵ Message LFus, p. 4033.

²¹⁶ *Infra* 4.1 ; RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 125

²¹⁷ Circulaire n°5, ch. 4.3.2.6 ; RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 130.

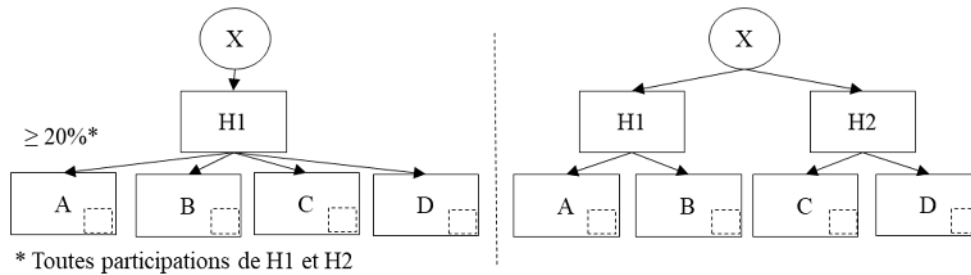
²¹⁸ Circulaire n°5, ch. 4.3.2.6, 3^{ème} et 4^{ème} conditions ; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 74.

²¹⁹ Circulaire n°5, ch. 4.3.2.6, 2^{ème} condition.

D'autre part, la double condition d'exploitation doit être respectée **au niveau des participations**, puisque ces dernières doivent principalement, en valeur, être qualifiées de sociétés « **actives** », soit de sociétés incorporant une exploitation²²⁰.

Logiquement, l'AFC conditionnait la neutralité fiscale d'une scission de société holding à la détention d'un **minimum de quatre participations**, puisque l'activité holding, définie comme la détention de plusieurs participations, devait être maintenue au niveau des sociétés holding reprenante et transférante²²¹ (Graphique n° 12).

Graphique n° 12 : Scission holding autorisée selon la Circulaire n° 5



L'arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2018 du 11 mars 2019 tranche la controverse de doctrine relative au traitement fiscal de la scission holding en lien avec la condition d'exploitation. Les développements y relatifs seront donc traités dans le chapitre dédié à cette jurisprudence²²².

Nous soulignerons que la notion de valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice implique en cas de transfert de participation lors d'une scission, la reprise du coût d'investissement²²³ et la durée de détention des participations pour le système de la réduction pour participation²²⁴.

3.3.2. Conséquences spécifiques

Le transfert de participation lors d'une scission justifie-t-il une éventuelle reprise d'amortissement ou de provision sur la participation transférée auprès de l'actionnaire ? L'AFC examinera une éventuelle reprise²²⁵, ce que certains auteurs contestent au motif que cette pratique revient à l'imposition indirecte des réserves latentes et se retrouve ainsi en opposition avec l'objectif de neutralité fiscale des restructurations²²⁶.

²²⁰ Circulaire n°5, ch. 4.3.2.6, 1^{ère} condition; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 66 et 74.

²²¹ ZITTER/HEUBERGER, Holdingspaltung, p. 43; MEUTER, Umsetzung, p. 333.

²²² *Infra* 4.

²²³ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.10; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 155.

²²⁴ CR LIFD-BERDOZ Art. 70 N 187; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 93.

²²⁵ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.9.

²²⁶ BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 9; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 173.

4. ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 2C_34/2018 DU 11 MARS 2019

4.1. La controverse préalable

4.1.1. Introduction

Avant l'entrée en vigueur de la LFus et de la Circulaire n° 5 exposant la position de l'AFC, le traitement fiscal des scissions de sociétés holding était très disputé en doctrine, sans que la question n'ait encore été abordée par le Tribunal fédéral²²⁷. Les trois courants de doctrine alors représentés seront exposés ci-après.

4.1.2. Refus de la neutralité fiscale en l'absence d'exploitation

En faveur d'un refus de la neutralité fiscale en cas de scission de société holding, STOCKAR basait sa position sur le fait qu'une société holding ne constituait pas, par définition, une exploitation²²⁸.

4.1.3. Neutralité fiscale selon l'appréciation économique

Pour ROUILLER une participation ne représentait en principe pas une exploitation, de sorte que la scission d'un tel actif ne pouvait pas justifier la neutralité fiscale de l'opération. Selon les circonstances, une société holding détenant plusieurs participations devait toutefois pouvoir être qualifiée d'exploitation²²⁹.

Sur le principe, GRETER considérait qu'une interprétation trop libérale du concept d'exploitation n'était pas souhaitable, car elle soulèverait des nouvelles problématiques de délimitation. À titre d'exception, il se prononçait toutefois en faveur des scissions de sociétés holding lorsqu'elles étaient économiquement justifiées²³⁰.

HÖHN/WALBURGER se prononçaient pareillement en faveur d'une neutralité fiscale des scissions de sociétés holding, sur la base d'une appréciation économique, pour autant que plusieurs participations de sociétés opératives soient transférées²³¹.

BEHNISCH allait dans le même sens, en considérant que la scission d'une société immobilière devait être accordée en fonction des circonstances économiques du cas d'espèce, et estimant que la même logique devait s'appliquer à la neutralité fiscale d'une scission de société holding²³².

²²⁷ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 68.

²²⁸ STOCKAR, Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz, p. 53.

²²⁹ ROUILLER, Unternehmensteilung, p. 309 et 309.

²³⁰ GRETER, Spaltung von juristischen Personen, p. 862 et 863.

²³¹ HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht, p. 626 et 627.

²³² BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, p. 250.

4.1.4. Neutralité fiscale en vertu du principe de transparence

Selon REICH, la condition d'exploitation devait être considérée comme remplie lorsque la participation transférée contenait elle-même une exploitation, en se fondant sur une analyse économique de la restructuration²³³.

WALKER considérait également que la pratique de l'AFC avait pour conséquence d'empêcher le déroulement de restructurations légitimes ou de forcer le recours à des alternatives coûteuses sans justification économique²³⁴.

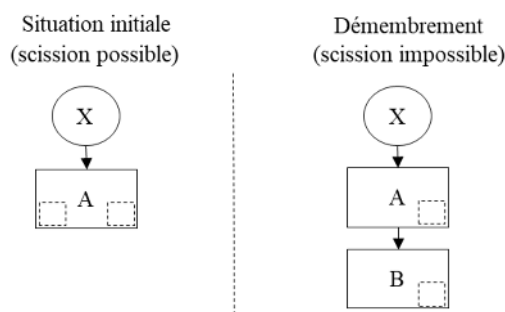
OBERSON/GLAUSER étaient également de l'avis que la nature de l'activité des filiales devait être prise en compte et que cette dernière devait primer sur une appréciation purement numérique des participations détenues²³⁵.

GRÜNBLOTT/RIEDWEG considéraient que la position de l'AFC n'était pas conforme à l'intention du législateur et prenaient explicitement position en faveur **du principe de transparence** (« *Transparenzprinzip* »)²³⁶, soit la reconnaissance d'une exploitation incorporée dans une participation, selon la position de REICH.

RIEDWEG/DAENIKER se prononçaient en faveur de la neutralité fiscale des scissions de société holding en raison de l'approche économique du droit fiscal des restructurations orientées sur le résultat et la garantie de rattachement objectif des réserves latentes offerte par la double condition d'exploitation, pour autant que la participation scindée fût qualifiable d'exploitation²³⁷.

Pour ces auteurs, la discrimination entre la scission d'une exploitation détenue directement dans une société et une exploitation ayant déjà fait auparavant l'objet d'un démembrement n'était pas fondée sur le principe²³⁸, ce d'autant que le démembrement représentait la première étape d'une scission « ancien droit » (Graphique n° 13).

Graphique n° 13 : Discrimination entre la scission et le démembrement (I)



²³³ REICH, Betriebsbegriff, p. 954; REICH, Grundriss, p. 52; REICH, Reservenübertragung, p. 390.

²³⁴ WALKER, Steuerrechtliche Aspekte der Abspaltung, p. 1005.

²³⁵ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 43.

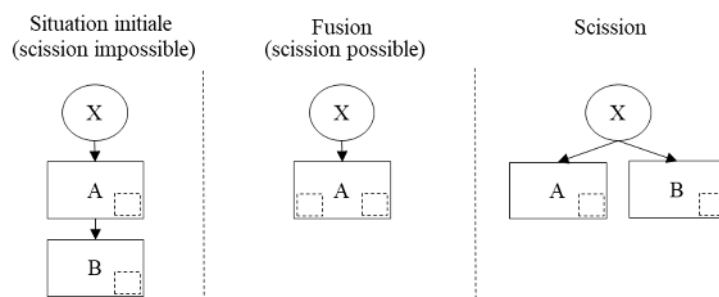
²³⁶ GRÜNBLOTT/RIEDWEG, Umstrukturierungen § 5 N 75 et 76; RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 130.

²³⁷ RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 117, 126 et 127.

²³⁸ RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 127.

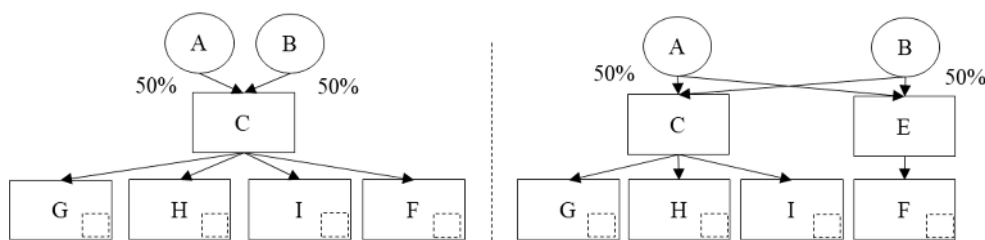
Toujours selon ces derniers auteurs, le même résultat pouvait être obtenu par le biais d'une fusion par absorption de la société fille détentrice de l'exploitation, suivi d'une scission de l'exploitation²³⁹, soit le retour par une fusion à la situation précédant le démembrement (Graphique n° 14), étant souligné qu'il ne s'agit pas ici d'une scission de société holding.

Graphique n° 14 : Discrimination entre la scission et le démembrement (II)



4.2. Résumé

Graphique n° 15 : Résumé de l'état de fait de l'arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019



Dans cette affaire genevoise, les contribuables A et B, actionnaires à part égales de la société holding C SA, décidèrent de réaliser une **scission de société holding**, par séparation de C SA et institution d'une nouvelle société holding E SA. À cette fin, ils transférèrent auprès de cette dernière, par réduction de capital-actions de C SA, la participation de F SA jusqu'alors détenue par C SA²⁴⁰ (Graphique n° 15).

Cette scission avait pour but économique de séparer l'activité de gestion de fortune de celle de finance d'entreprise²⁴¹. Le résultat de cette opération fut que la société holding reprenante E se retrouva **détentrice d'une seule participation active**.

Considérant en substance que la scission d'une unique participation ne respectait pas la condition de la poursuite d'une exploitation au niveau de la société holding reprenante, l'AFC-GE imposa A à hauteur de 50% des réserves ouvertes²⁴² transférées à titre de prestation appréciable en argent, résultant de la scission considérée comme imposable.

²³⁹ RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 128, se référant à REICH/DUSS, Unternehmensstrukturierung, p. 316.

²⁴⁰ TAPI, JTAPI/1299/2016 du 12 décembre 2016, consid. 1 à 3 (faits).

²⁴¹ TAPI, JTAPI/1299/2016 du 12 décembre 2016, consid. 17 (faits).

²⁴² Absence de réserves latentes : TAPI, JTAPI/1299/2016 du 12 décembre 2016, consid. 18 (faits).

La première instance genevoise rejeta le recours déposé par A, considérant que la condition d'exploitation n'avait pas été remplie sur la base **du transfert d'une unique participation**, en ajoutant que F SA n'était de toute manière pas une société active, car elle ne disposait d'aucun personnel et n'avait pas été commercialement active durant sa première année²⁴³.

Quant à la seconde instance genevoise, elle accepta le recours de A, au motif laconique que : « le fait que, lors de la scission, une seule participation a été transférée est sans incidence, la question déterminante étant qu'il s'agisse bel et bien de participations »²⁴⁴.

Saisi de l'affaire, le Tribunal fédéral revint d'abord sur l'objectif de la condition de double exigence d'exploitation en matière de scission, à savoir délimiter la restructuration fiscalement neutre de la réalisation d'actifs imposables²⁴⁵.

Dans le cadre d'une double analyse de la réalisation des réserves latentes – qui plaide en faveur d'un caractère mixte des normes de restructurations – la Haute Cour jugea ensuite que les exigences de la Circulaire n° 5 et de l'art. 61 al. 1 let. b LIFD étaient remplies dans le cas d'espèce, la société F incorporant bel et bien une exploitation. Puis, elle considéra qu'il n'y avait, « sous l'angle des principes de l'imposition des entreprises » ni réalisation réelle, faute d'impact sur le compte de pertes et profits, ni réalisation systématique, en l'absence de prélèvement de fonds propre de la part des actionnaires²⁴⁶.

Quant à l'argument de l'AFC-GE, qui s'appuyait sur la pratique antérieure mentionnée par le Message LFus, il portait à faux. Certes, la scission n'avait donné lieu au transfert que d'une seule participation. Cette dernière représentait toutefois l'entier du capital-actions d'une société active et opérationnelle entraînant : « **par transparence le transfert de l'entreprise elle-même**, ici F. SA, soit de l'ensemble d'éléments patrimoniaux de nature organisationnelle et technique détenue par la société active, soit précisément l'exploitation que constitue F. SA »²⁴⁷. **Le Tribunal fédéral consacra ainsi le principe de transparence.**

En ce qui concerne l'imposition de l'actionnaire A, la Haute Cour rappela qu'une scission constituait sur le principe, par l'application de la théorie du triangle, une prestation appréciable en argent. Malgré le caractère lacunaire des normes de restructurations en relation avec le traitement fiscal des détenteurs de droits de participation, il fallait reconnaître que la volonté du législateur était d'éviter que les restructurations de droit civil soient contrecarrées par le droit fiscal. Sur cette base, la reconnaissance de la neutralité fiscale des sociétés scindées **devait également s'appliquer aux actionnaires personnes physiques** détenteurs de droits de participation dans la fortune privée²⁴⁸.

²⁴³ TAPI, JTAPI/1299/2016 du 12 décembre 2016, consid. 12.

²⁴⁴ CACJ, ATA/1519/2017 du 21 novembre 2017, consid. 15. La CACJ a aussi considéré, sans autre précision, que les actions de F SA étaient détenues par A dans sa fortune commerciale, consid. 14.

²⁴⁵ TF, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 4.1.

²⁴⁶ TF, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 4.2 à 4.4.

²⁴⁷ TF, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 4.6, nous mettons en évidence.

²⁴⁸ TF, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 5.2 et 5.3.

4.3. L'exploitation

4.3.1. Généralités

Quel est l'impact exercé par la consécration du principe de transparence par l'arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019 du Tribunal fédéral sur la condition d'exploitation ?

En premier lieu, on constatera qu'il n'apporte **aucune modification à la notion d'exploitation en tant que tel** au sens du droit fiscal, puisqu'il s'agit seulement d'effectuer l'analyse de l'existence de l'exploitation en transparence par rapport à la structure juridique mise en place²⁴⁹.

Suivant la même logique, ce principe n'est pas contraire à l'objectif du droit fiscal des restructurations de distinction entre la cession d'actifs isolés et les états de fait qui constituent des restructurations, puisqu'il n'est pas question de transférer des valeurs patrimoniales isolées mais d'analyser en transparence l'existence d'une exploitation détenue dans une participation.

Dès lors, l'absence d'assouplissement de la notion d'exploitation semble **exclure un impact sur les scissions de sociétés immobilières**, dont le traitement fiscal – souvent traité en parallèle des scissions de sociétés holding au vu de la problématique commune du critère d'exploitation – est également disputé en raison de l'approche de l'AFC considérée comme dogmatique²⁵⁰.

Cet arrêt ne diminue pas non plus l'importance de la condition d'exploitation. Il est même possible de soutenir le contraire, puisque la condition d'exploitation peut désormais être remplie au niveau de la participation, exigeant un examen d'autant plus approfondi de l'unique critère anti-abus objectif d'une scission de personne morale.

Il convient de souligner les objections, propres au caractère d'exploitation de F SA, de l'AFC-GE, qui invoquait l'absence à la fois de salaire et de produit réalisé par F SA lors de sa première année. Validés par le TAPI²⁵¹, ces arguments ont été écartés par la CACJ au motif que des charges de personnel « certes limitées » et que l'absence de recette lors de la première année d'exercice ne suffisaient pas à nier l'existence de l'activité de F SA²⁵².

Le Tribunal fédéral ayant par la suite rejeté le grief d'établissement inexact des faits et admis le caractère actif (donc d'exploitation) de F SA²⁵³, **le seuil matériel du caractère d'exploitation retenu** aura donc été relativement bas dans cette affaire. Il ne semble dès lors pas exister d'examen approfondi de la condition d'exploitation propre à une scission de société holding transférant une seule participation active, une approche cohérente avec le principe de transparence.

²⁴⁹ Dans le même sens, précédemment à l'arrêt : WALKER, Steuerrechtliche Aspekte der Abspaltung, p. 1005.

²⁵⁰ CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 43; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 63 à 65.

²⁵¹ TAPI, JTAPl/1299/2016 du 12 décembre 2016, consid. 12.

²⁵² CACJ, ATA/1519/2017 du 21 novembre 2017, consid. 15.

²⁵³ TF, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 2.3 et 4.3.

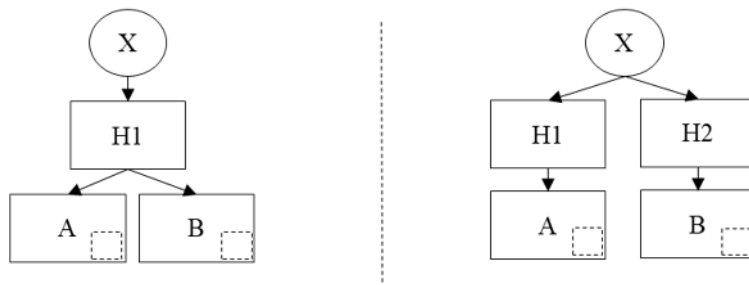
4.3.2. Caractère alternatif de la condition

L'arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019 **s'oppose à la pratique de l'AFC** en cas de scission de société holding conduisant à fixer un seuil quantitatif minimal de participations à détenir par la société holding transférante.

Désormais, la condition de double exploitation – qui doit toujours être remplie en soi – n'a plus besoin d'être, en sus, cumulativement remplie au niveau de la société holding (détention de plusieurs participations) et au niveau des sociétés filles (détentions de plusieurs participations majoritairement actives)²⁵⁴, mais **peut être remplie de manière alternative**, au niveau soit de la société holding, soit de la société fille²⁵⁵.

Concrètement, une société holding détentrice de (seulement) deux participations actives est désormais en mesure d'opérer une scission en neutralité fiscale. En effet, la condition de double exploitation sera remplie au niveau de la société holding transférante et reprenante par le biais des sociétés actives détenues, ce que la pratique exposée dans la Circulaire n° 5 empêchait jusqu'à lors (Graphique n° 16).

Graphique n° 16 : Scission holding autorisée selon le principe de transparence



Cette nouvelle pratique aura naturellement pour conséquence de **faciliter les scissions de sociétés holding**. En raison des exigences relativement strictes de l'AFC pour reconnaître une société holding, qui doit non seulement détenir plusieurs participations mais bien des participations actives, il semble probable que la condition soit dorénavant, en pratique, **essentiellement analysée au niveau de la participation**, sous réserve du respect du seuil de détention nécessaire.

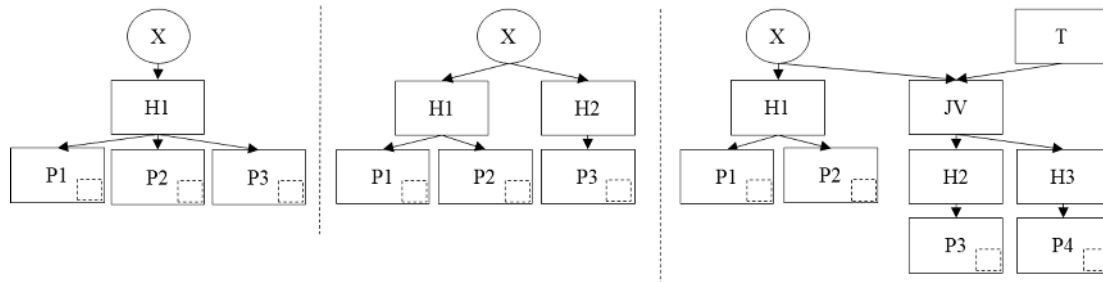
Cette nouvelle pratique permettra également d'autoriser les restructurations justifiées économiquement et qui requièrent une scission de société holding visant à **se séparer d'une participation unique en particulier**, par exemple une société active à forte substance économique représentant le « fleuron » du groupe, et d'éviter un refus en l'absence de respect de la condition de double exploitation parce que la nouvelle société holding ne détiendrait par hypothèse qu'une participation, soit celle de la société transférée.

²⁵⁴ *Supra* 3.3.1.

²⁵⁵ OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 166; OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 33.

Par exemple, est envisageable le cas dans lequel une scission de société holding précède une quasi-fusion à des fins de *joint-venture*²⁵⁶ (Graphique n°17).

Graphique n° 17 : Scission de société holding préalable à une quasi-fusion à des fins de *joint venture*



Sous la pratique antérieure à l’arrêt du Tribunal fédéral, il aurait été nécessaire d’adjoindre à la nouvelle société holding (H2) une participation supplémentaire, dont l’exploitation aurait pu être d’une importance économique bien inférieure. Cette exigence se serait appliquée **sans égard à la substance économique** de la société transférée (P3) – pourtant véritable justification transactionnelle – même en présence d’une opération avérée de restructuration et non d’aliénation d’actifs.

Selon nous, une interprétation économique globale doit prévaloir, de sorte qu’une application du principe de transparence se justifie lorsqu’une exploitation, appréciée qualitativement et sur la base des circonstances du cas d’espèce, est incorporée par la société fille détenue par une société holding. À tout le moins, une approche formelle de la condition d’exploitation ne doit pas freiner le déroulement d’une restructuration économiquement justifiée.

4.3.3. Superpositions

Qu’en est-il des superpositions de structure, autrement dit du caractère potentiellement direct ou indirect de la détention de la participation ? Le Tribunal fédéral ne s’est pas prononcé sur cette question dans l’arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019.

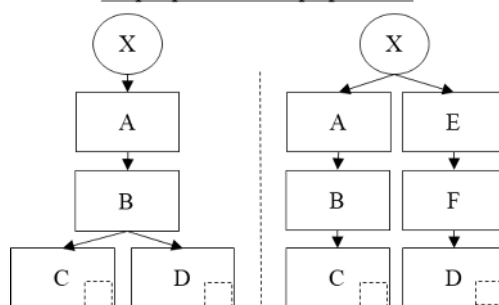
Il nous semble raisonnable de retenir que le principe de transparence s’applique également en cas d’interposition supplémentaire entre la société détentrice de l’exploitation et la société holding « finale », au motif que la condition d’exploitation n’est pas différemment impactée par son attribution par transparence à une société-mère ou à une société « grand-mère »²⁵⁷ (Graphique n° 18). Il conviendrait alors de multiplier le pourcentage de détention des sociétés détenues²⁵⁸.

²⁵⁶ Dans cet exemple particulier, il est nécessaire de prêter attention aux problématiques de transposition et quasi-fusion suivie de fusion par absorption subséquente, Circulaire n° 5 ch. 4.1.1.4.

²⁵⁷ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 72; KÜNZLER, p. 161; REICH, Betriebsbegriff, p. 954.

²⁵⁸ Par exemple, lors d’une détention à 100% par la société A de la société B, elle-même détenant 50% de la société C, la détention déterminante pour le principe de transparence d’A dans C serait de 50% (100% * 50%).

Graphique n° 18 : Superpositions



4.3.4. Pourcentage de détention et contrôle

Quel pourcentage de détention minimum ou de contrôle de la part de la société mère – ou détentrice finale – envers la société fille opérationnelle est-il nécessaire pour reconnaître l’application du principe de transparence ? La Circulaire n° 5 exigeait jusqu’ici une détention des participations d’en majorité au moins 20% du capital-actions ou la possibilité d’une influence déterminante²⁵⁹.

Pour OESTERHELT, l’application d’un seuil minimum de 20% lors de l’application du principe de transparence en cas de scission d’une participation unique semble improbable. Il convient plutôt de rehausser le seuil de détention à 50% (et une action) pour justifier l’attribution de l’exploitation à la société détentrice²⁶⁰.

Au contraire, GRÜNBLATT/RIEDWEG et DEANIKER favorisent un seuil minimum de détention de 20% au motif d’une interprétation uniforme du droit fiscal des restructurations, par analogie avec l’institution du démembrement²⁶¹.

Toutefois, le seuil de détention de 20% exigé pour le démembrement était fondé sur l’ancien seuil requis en matière de réduction pour participation²⁶². Pour cette raison, il nous semble que la continuité logique de cette position serait d’exiger un seuil de 10% en fonction du taux actuel requis²⁶³, identique à celui valable en matière de démembrement de participations.

D’autres extrêmes seraient également concevables. D’un côté, la pratique du droit fiscal allemand, considère *de iure* une société fille détenue à 100% comme une exploitation de la société-mère²⁶⁴. De l’autre, la base légale de la scission ne contient **aucune référence à un quelconque seuil de détention**, mais uniquement à l’exigence de l’exploitation²⁶⁵.

²⁵⁹ Circulaire n° 5, ch. 4.3.2.6, 2^{ème} condition.

²⁶⁰ OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 167. D’après les indications données du séminaire de Saint-Gall des 20 et 21 août 2019, il s’agirait également de la position de l’AFC.

²⁶¹ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 73; RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 128.

²⁶² *Supra* 2.3.2.

²⁶³ Art. 70 al. 4 let. b LIFD.

²⁶⁴ RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 134; WALKER, Steuerrechtliche Aspekte der Abspaltung, p. 1005.

²⁶⁵ Art. 61 al. 1 let. b LIFD; RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 7 N 93.

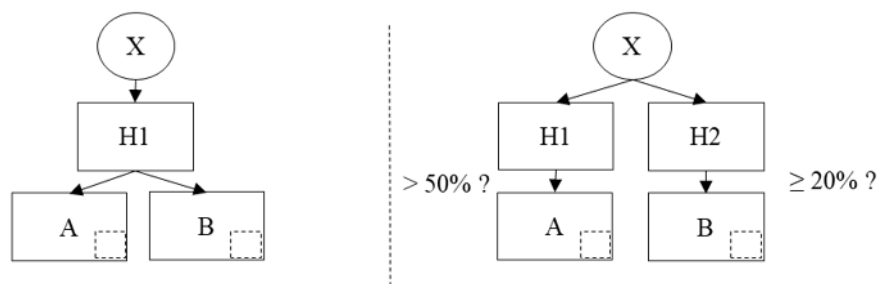
GRÜNBLATT/RIEDWEG et DEANIKER considèrent également que la détention d'une participation sous la direction unique d'une société de capitaux, en référence à l'institution du transfert de patrimoine au sein d'un groupe, permettrait de considérer que le seuil de détention minimum est atteint en cas d'application du principe de transparence²⁶⁶.

Le Tribunal fédéral s'est, à tout le moins indirectement, prononcé sur la question dans l'analyse de la Circulaire n° 5 en indiquant que : « la participation transférée correspond au 100% du capital-actions de la société F SA, conférant un contrôle total, largement plus élevé que le minimum requis de 20 % »²⁶⁷. À notre avis, il n'est cependant pas possible d'en déduire assurément la volonté du Tribunal fédéral de fixer un seuil minimum de détention à 20%.

Selon nous, un seuil de détention de 20% – qui s'applique encore en présence de plusieurs participations²⁶⁸ –, voire même de 10%, se justifie lorsqu'il s'agit de respecter la condition de double exploitation au niveau de la société holding.

Toutefois, le respect de la condition d'exploitation par transparence au niveau de la société fille devrait à notre sens requérir un seuil de détention plus élevé, 50% nous apparaissant être le minimum justifiant une application économiquement raisonnable du principe de transparence, le caractère attributif de l'exploitation **exigeant une certaine matérialité de détention** (Graphique n° 19).

Graphique n° 19 : pourcentage de détention selon le principe de transparence



4.3.5. Fusion par absorption

Le principe de transparence implique-t-il le maintien de la structure holding après la restructuration, ou est-il possible de réaliser une **fusion par absorption directement après la scission d'une société holding** détentrice d'une seule participation²⁶⁹? Cette question est abordée ci-après²⁷⁰.

²⁶⁶ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 73; RIEDWEG/DAENIKER, Holdingspaltung, p. 128.

²⁶⁷ Tribunal fédéral, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 4.3.

²⁶⁸ OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 167.

²⁶⁹ ZITTER/HEUBERGER, Holdingspaltung, p. 48; OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 168.

²⁷⁰ *Infra* 4.6.3.

4.4. Durée de détention

Faut-il considérer que la durée de détention de la participation transférée par la société holding transférante est automatiquement reprise auprès de la société holding reprenante ? Cette question se pose en relation avec le gain en capital bénéficiant du système de la réduction pour participation et du délai minimum d'un an exigé²⁷¹.

Dans la mesure où ce délai de détention minimum vise à proscrire un avantage fiscal aux gains en capital « à court terme »²⁷² qui ne sont *a priori* pas recherchés dans le cadre d'une véritable restructuration, et de sorte à éviter une interprétation contraire à l'esprit de neutralité fiscale applicable en matière de restructurations, nous pensons que la durée de détention de la participation auprès de la société holding transférante doit être prise en compte. Il s'agit visiblement de la pratique actuelle²⁷³.

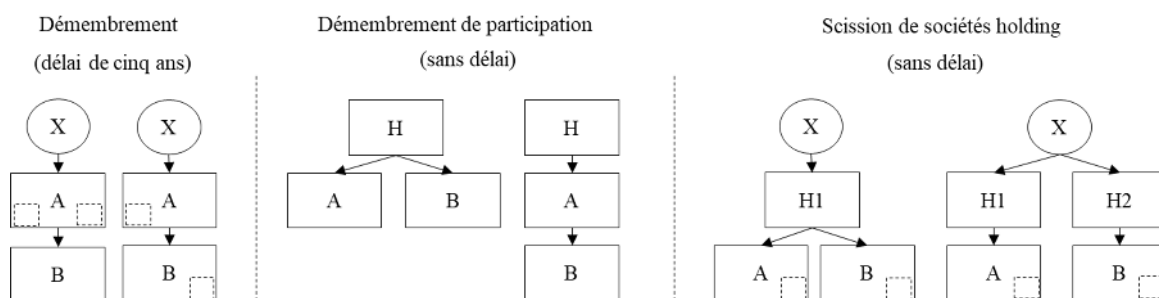
4.5. Délai d'aliénation de cinq ans

4.5.1. En cas de démembrements

La consécration du principe de transparence revient-elle à contourner le délai d'aliénation de cinq ans prévu pour le démembrement et le démembrement de participations ?

D'une part, une scission de société holding explique un déplacement de valeurs patrimoniales effectué de manière latérale, contrairement au démembrement, qui ne couvre de toute manière pas les démembrements de participations²⁷⁴. D'autre part, alors que le démembrement prévoit un délai d'aliénation de cinq ans, nous rappellerons qu'il en va autrement pour le démembrement de participations²⁷⁵. La réponse à la question susmentionnée est donc négative (Graphique n° 20).

Graphique n° 20 : Démembrements et délai de cinq ans



²⁷¹ Art. 70 al. 4 let. b LIFD; ZITTER/HEUBERGER, Holdingspaltung, p. 48.

²⁷² BSK DBG-ALTORFER/DUSS, Art. 70 N 25b.

²⁷³ CR LIFD-BERDOZ, Art. 70 N 187; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 5 N 93.

²⁷⁴ *Supra* 2.3.2.

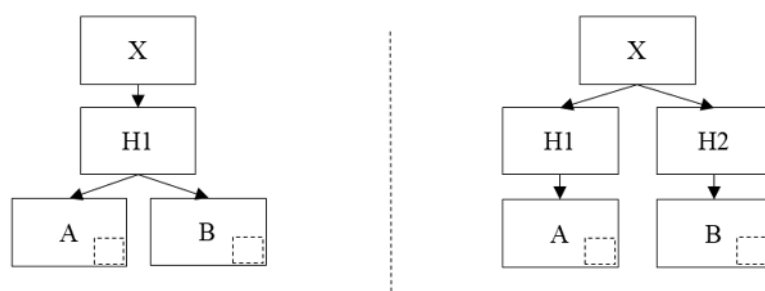
²⁷⁵ *Supra* 3.2.1.

4.5.2. En cas de transfert de patrimoine au sein d'un groupe

La reconnaissance du principe de transparence conduit-elle à contourner le délai d'aliénation de cinq ans prévu pour le transfert de patrimoine ? Contrairement au démembrement de participations, le transfert de patrimoine au sein d'un groupe couvre également les restructurations impliquant le transfert de participations détenue de manière indirecte²⁷⁶.

Précédemment à l'arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019 du Tribunal fédéral, une scission de société holding dont la neutralité fiscale était refusée en l'absence de respect de la double condition d'exploitation – par exemple parce qu'une seule participation était transférée à la nouvelle société holding – pouvait tomber **sous le champ d'application matériel du transfert de patrimoine** au sein d'un groupe.

Graphique n° 21 : Transfert de patrimoine au sein d'un groupe et délai de cinq ans (I)



À la lumière de l'exemple illustré ci-dessus (Graphique n° 21), il ne s'agissait pas d'un démembrement de participation, car la participation scindée (B) appartenait à la société holding transférante (H1) et était apportée à une société sœur (H2) et non à une filiale de cette même société holding transférante (H1).

Lorsque l'actionnaire direct de la société holding transférante (H1) était une personne morale (X), il s'agissait cependant d'un transfert de patrimoine au sein d'un groupe, une société (H1) transférant des valeurs patrimoniales à une autre société dont elle ne détenait pas de droits de participation (H2) mais avec laquelle elle était toutefois réunie sous la direction unique d'une autre société (X).

Or, depuis la consécration du principe de transparence, il s'agit d'une scission fiscalement neutre, englobée par la norme de restructuration propre aux scissions de personnes morales, norme qui prime sur les règles du transfert de patrimoine à caractère subsidiaire²⁷⁷.

Le champ d'application matériel du transfert de patrimoine serait donc **réduit par l'élargissement de celui des scissions** en neutralité fiscale. Cette modification de pratique rejoint dans son résultat les critiques émises par la doctrine à l'encontre d'un délai de cinq ans lors du transfert de participation dans le cadre du transfert de patrimoine au sein d'un groupe²⁷⁸.

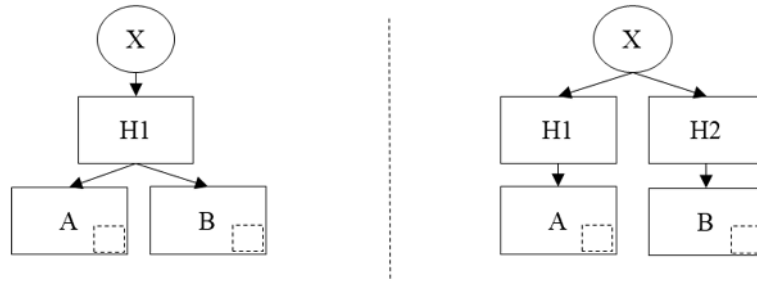
²⁷⁶ *Supra* 3.2.1 (graphique n° 9), 3.2.2 (graphique n° 11).

²⁷⁷ Art. 61 al. 1 let. b LIFD; *Supra* 3.2.2, 4.3.2 (graphique n° 16).

²⁷⁸ *Supra* 3.2.2.

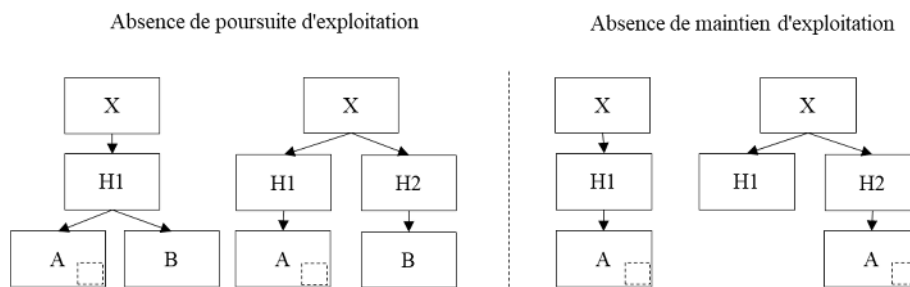
Cette réduction du champ d'application matériel est cependant limitée au cas d'un actionnariat personne morale, puisque la direction unique au sens de la disposition sur le transfert de patrimoine au sein d'un groupe ne peut pas être une personne physique (Graphique n° 22)²⁷⁹.

Graphique n° 22 : Transfert de patrimoine au sein d'un groupe et délai de cinq ans (II)



Il nous semble toutefois que le transfert de patrimoine trouve toujours à s'appliquer **de manière résiduelle**, par exemple (i) en l'absence du transfert d'une participation de société active – la condition de la poursuite d'exploitation n'étant pas remplie – (ii) ou en cas de transfert de l'unique participation de la société holding transférante non détentrice d'une autre exploitation – la condition du maintien de l'exploitation n'étant pas remplie – et ce toujours en présence d'un actionnariat personne morale (Graphique n° 23).

Graphique n° 23 : Transfert de patrimoine au sein d'un groupe : application résiduelle (I)



La question de l'insuffisance du pourcentage de détention de la participation unique transférée est plus délicate. Faut-il retenir que le transfert de patrimoine au sein d'un groupe est applicable lorsque la société holding reprenante détient au minimum 50% ou 20% (selon la théorie retenue²⁸⁰) ou est-ce plutôt un cas d'application du principe de transparence impliquant une scission de société holding neutre sans délai d'aliénation ?

À des fins de cohérence dans l'application du principe de transparence et en lien avec les développements relatifs aux superpositions²⁸¹, nous estimons que la détention indirecte du seuil de pourcentage requis – 50% ou 20% – doit s'analyser en transparence et permettre de retenir une scission holding sans application de délai de blocage (Graphique n° 24).

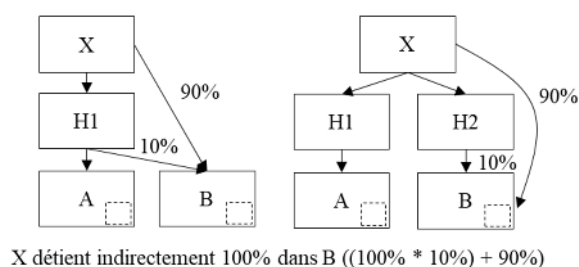
²⁷⁹ *Supra* 2.3.3.

²⁸⁰ *Supra* 4.3.4.

²⁸¹ *Supra* 4.3.3.

Graphique n° 24 : Transfert de patrimoine au sein d'un groupe : application résiduelle (II)

Pourcentage de détention insuffisant pour retenir une scission de société holding ou application du principe de transparence en superposition ?



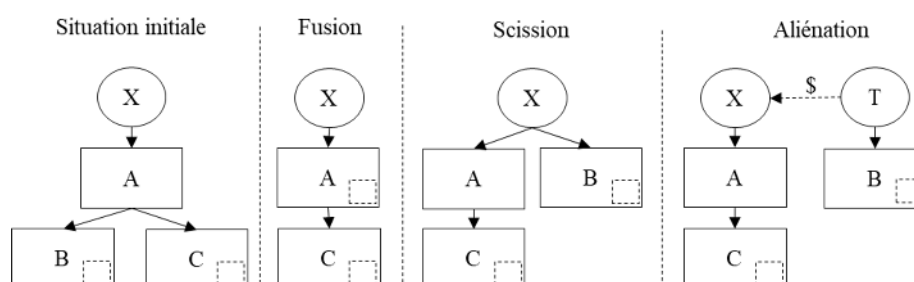
4.6. Variantes de restructuration

4.6.1. Introduction

Dans une contribution au séminaire de fiscalité d'entreprise de Saint-Gall des 20 et 21 août 2019, OESTERHELT et TSCHAN – ce dernier à titre de représentant officiel de l'AFC – se sont penchés sur certaines possibilités de restructurations découlant du principe de transparence, ainsi que leur admissibilité. Elles sont examinées ci-après.

4.6.2. Fusion par absorption préalable à une scission

Graphique n° 25 : Fusion par absorption suivie d'une scission latérale puis d'une aliénation



Un premier état de fait comprend une personne physique (X) actionnaire d'une société holding (A), détentrice de deux sociétés actives (B et C). L'actionnaire envisage de vendre l'une des sociétés filles (B) en réalisant un gain en capital privé. Lors d'une première étape, la société holding (A) absorbe la société destinée à la vente (B). Dans une seconde étape, la société holding se sépare par scission de ladite société (B), qui est alors aliénée²⁸² (Graphique n° 25).

Certes, la société holding (A) aurait pu bénéficier du système de réduction pour participation sur le gain en capital en cas de vente directe au tiers (T). Toutefois, le bénéfice ainsi réalisé aurait encore dû être distribué à l'actionnaire (X) et imposé à titre de l'impôt sur le revenu. **L'aliénation d'une participation directement détenue est donc favorable à l'actionnaire,** qui bénéficiera de l'exonération du gain en capital privé.

²⁸² OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 29.

Pour OESTERHELT, la neutralité fiscale de cette restructuration doit être approuvée. D'une part, la notion d'exploitation est l'unique clause anti-abus applicable. D'autre part, une requalification, notamment par le biais de l'évasion fiscale n'est pas possible. De plus, depuis la confirmation du principe de transparence, le fait que la société transférante (A) ne détienne plus qu'une seule société active (C) **n'est plus problématique**, puisque la condition du maintien d'exploitation est remplie par transparence²⁸³.

Suivant cette logique, la consécration du principe de transparence par un arrêt dont l'objet consiste en la scission d'une société holding ne limite pas l'application de ce principe à cet état de fait en particulier et son utilisation lors, selon l'exemple susmentionné, d'une « simple » scission latérale²⁸⁴.

Pour l'AFC, cette forme de restructuration parvient **au même résultat final qu'une distribution directe de dividendes**²⁸⁵. Puisqu'une telle distribution ne peut pas être qualifiée d'opération fiscalement neutre, l'hypothèse ici envisagée d'une absorption d'une société fille active, suivie d'une scission de la société transférante avant aliénation de l'exploitation scindée, doit également être traitée comme étant imposable à titre de liquidation partielle²⁸⁶. Cette dernière approche nous semble être fondée sur l'abus de droit.

Basée sur une approche de *lege lata*, c'est-à-dire dans la mesure où seul demeure le critère du rattachement objectif des réserves latentes par le biais de la condition de double exploitation – sans critère de rattachement subjectif des réserves latentes en fonction d'un délai de blocage de cinq ans non applicable en matière de scission – la position d'OESTERHELT est défendable.

Cette variante illustre parfaitement la problématique de fond du droit fiscal des restructurations de l'établissement d'une frontière cohérente entre l'état de fait imposable et la restructuration fiscalement neutre. Puisque la scission est une forme de restructuration privilégiée en raison de l'absence de délai d'aliénation de cinq ans, sa facilitation par le principe de transparence exercera une force d'attraction. Or, cette institution a volontairement été dépourvue de critère de rattachement subjectif. Dès lors, **faut-il distinguer la scission « authentique » de la scission préalable à une aliénation ?** Et si oui, sur quelle base ?

D'un côté, la renonciation explicite par le législateur d'un tel délai s'exprime en faveur de la position d'OESTERHELT. De l'autre, l'argument percutant de l'AFC, qui assimile cet état de fait à un dividende en nature, **est économiquement fondé**. Le principe de l'interprétation économique du résultat final, en particulier lorsque les différentes étapes de l'opération globale analysée sont réalisées à très proche échéance les unes des autres, nous rapproche de la position de l'AFC, malgré le fait qu'il faille admettre qu'une telle approche **réintroduit une composante subjective** à l'analyse de la neutralité fiscale d'une scission, puisqu'elle revient *in fine* à s'intéresser aux raisons qui encourageraient un contribuable à suivre le procédé exposé ci-dessus plutôt qu'une distribution directe d'un dividende en nature sous la forme d'actions.

²⁸³ OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 31.

²⁸⁴ Dans l'exemple en question, il ne s'agit plus d'une scission de société holding avec au minimum deux participations mais d'une « simple » scission de la société A.

²⁸⁵ *Infra* 4.6.4.

²⁸⁶ OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 167, note de bas de page n° 25; OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 30.

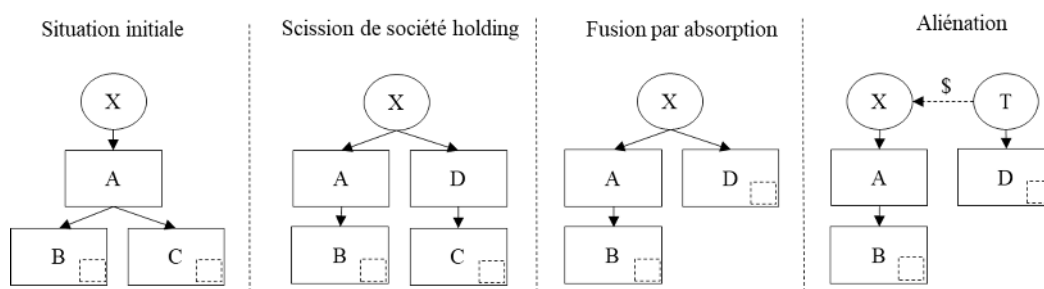
Dans tous les cas, l'exclusion catégorique d'une requalification à titre d'évasion fiscale, qui n'apparaît pas nécessairement souhaitable, nous semble compromise. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a récemment refusé de retenir la qualification de transposition lors d'une vente à soi-même d'actions de société de capitaux au motif que la société acquéreuse n'était détenue qu'à hauteur de 41,9% et non 50% par l'actionnaire aliénateur.

L'exclusion de la transposition – une norme visant à rendre objective une forme spécifique de contournement de l'exonération du gain en capital²⁸⁷, alors que le critère de l'exploitation constitue également une norme anti-abus²⁸⁸ – n'a cependant pas empêché le Tribunal fédéral d'examiner le cas **sous l'angle de l'évasion fiscale**²⁸⁹.

En matière d'impôt anticipé, l'AFC, qui traite par analogie l'opération comme un dividende en nature des actions de la société transférée (B) à l'actionnaire (X), considère que ce dernier est bénéficiaire de la prestation appréciable en argent, pour laquelle la neutralité fiscale est refusée. Au contraire, OESTERHELT, en cas de refus de la neutralité fiscale par l'AFC, considère que les conditions d'une scission non-neutre fiscalement s'appliquent et que la société reprenante (B) est bénéficiaire de la prestation appréciable en argent²⁹⁰.

4.6.3. Scission de société holding suivie d'une fusion par absorption

Graphique n° 26 : Scission de société holding suivie d'une fusion par absorption puis d'une aliénation



Quid d'une scission de société holding suivie d'une fusion par absorption ?

Pour OESTERHELT, le principe de transparence permet de **renoncer à maintenir la structure holding** – puisque « l'étage » auquel la condition d'exploitation peut être remplie n'est plus déterminant – et donc de procéder directement après la scission à une fusion par absorption (ou une fusion « à l'envers »), tout en excluant à nouveau une interprétation selon l'évasion fiscale²⁹¹ (Graphique n° 26).

Pour l'AFC, en cas de fusion par absorption subséquente à la scission mais antérieure à la vente, la neutralité fiscale, tant au niveau des impôts directs que de l'impôt anticipé, **doit être refusée** et la distribution de participation doit être à nouveau traitée en fonction du résultat final comme un dividende en nature imposable²⁹².

²⁸⁷ BSK DBG-REICH/HELBING/DUSS, Art. 20a N 99.

²⁸⁸ *Supra* 2.4.2.

²⁸⁹ TF, 2C_681/2018 du 16 janvier 2020, consid 7.2.3.

²⁹⁰ OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 30 et 31.

²⁹¹ OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 34; OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 168.

²⁹² OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 34.

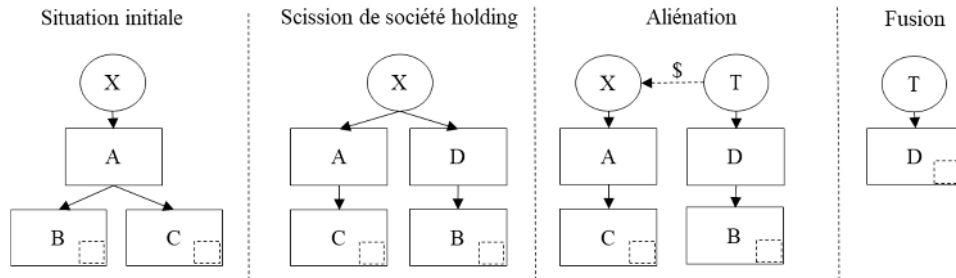
Pour les mêmes raisons qu'exposées plus haut – une interprétation basée sur le résultat économique²⁹³ – nous rejoignons l'opinion de l'AFC en faveur du maintien de la structure holding, à tout le moins en cas d'une absorption immédiate ou très proche de la scission holding.

La raison du refus de la neutralité fiscale invoquée pour cette variante par l'AFC est l'assimilation à la distribution d'un dividende en nature. De manière alternative, la question de l'extension par l'AFC de l'application du principe d'« **absorption subséquente** » pourrait également être soulevée.

En effet, dans un arrêt rendu en 2001, le Tribunal fédéral requalifia une quasi-fusion, suivie près d'une année plus tard par une fusion par absorption, de fusion²⁹⁴. L'AFC, qui exige depuis lors le respect d'un délai de cinq ans entre une quasi-fusion et une éventuelle fusion subséquente, se serait récemment appuyée sur cette notion d'« absorption subséquente » pour requalifier certaines restructurations – les démembrements de participations et les transferts de patrimoine à la valeur vénale²⁹⁵ – sans qu'une telle extension ne s'impose d'elle-même²⁹⁶.

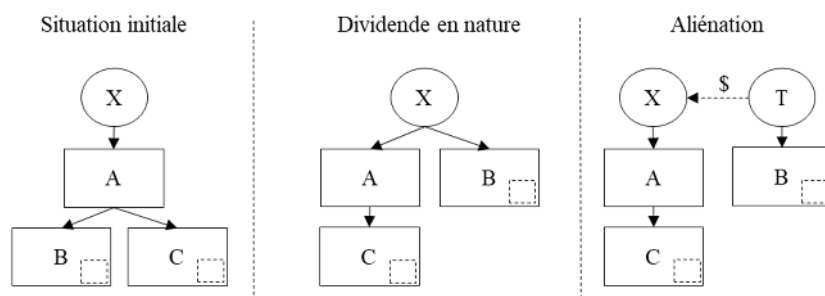
Quoi qu'il en soit, selon notre compréhension de la position de l'AFC, la fusion par absorption n'est jugée problématique par l'AFC que lorsqu'elle intervient préalablement à la vente, laissant la **possibilité à l'acheteur** de procéder à la fusion par absorption lui-même en neutralité fiscale (Graphique n° 27).

Graphique n° 27 : Scission de société holding suivie d'une aliénation puis d'une fusion par absorption



4.6.4. Distribution directe de droits de participation

Graphique n° 28 : Distribution directe de droits de participations (dividende en nature)



²⁹³ *Supra* 4.6.2.

²⁹⁴ TF, 2A.135/2000 du 9 novembre 2001, consid. 9 let. a et b; Circulaire n° 5 ch. 4.1.7.3.2.

²⁹⁵ OESTERHELT/SCHREIBER, *Zeitnahe Absorption*, p. 26; ROHNER, *Quasifusionen*, p. 254.

²⁹⁶ OESTERHELT/SCHREIBER, *Zeitnahe Absorption*, p. 30, note de bas de page n° 33.

Considérant que les hypothèses préalables²⁹⁷ parviennent à un résultat final identique à une distribution directe de participations à titre de dividende en nature, OESTERHELT se prononce par extension en faveur de la neutralité fiscale d'une telle distribution²⁹⁸ (Graphique n°28).

Cette opinion avait déjà été mise en avant par JUNG, selon qui la neutralité fiscale d'une scission de société holding par une distribution directe de participation aux actionnaires de la société holding résulte du principe de continuité fiscale du concept de revenu et du bénéfice. Pour cet auteur, l'actionnaire bénéficiaire peut aussi bien être une personne physique qu'une personne morale. Il réserve également l'abus de droit²⁹⁹.

L'AFC rejette la neutralité fiscale d'une telle opération sur le principe. De plus, la condition générale de neutralité fiscale des scissions du transfert d'une part appropriée des fonds propres n'est pas respectée en cas de distribution de dividende en nature³⁰⁰.

À notre avis, et bien que nous comprenions l'approche particulièrement libérale ainsi défendue sur la base du **cumul du principe de transparence et l'absence de délai de cinq ans** en matière de scission, une telle distribution directe à un actionnaire personne physique n'équivaut pas à une restructuration, mais bien à un rendement de la fortune mobilière.

La faculté de parvenir **au même résultat par l'intermédiaire d'une restructuration** en neutralité fiscale n'y change rien, de sorte que la qualification de dividende imposable doit ici l'emporter sur la restructuration.

En matière d'impôt anticipé et pour l'AFC, une telle distribution en nature implique un prélèvement calculé sur la valeur vénale de la participation distribuées³⁰¹, alors qu'OESTERHELT semble souhaiter que l'impôt anticipé se calcule uniquement sur la base des réserves ouvertement comptabilisées – excluant ainsi les réserves latentes – de la participation distribuée, grâce à la norme de restructuration³⁰².

4.7. Conséquences au niveau de l'actionnaire avec fortune privée

4.7.1. Préalablement à l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2018 du 11 mars 2019

Nous rappelons que les normes du droit fiscal des restructurations traitent explicitement des conséquences fiscales des échanges de droits de participation détenus dans la fortune commerciale d'une personne physique ou dans le patrimoine d'une personne morale³⁰³.

²⁹⁷ OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 168; *Supra* 4.6.2 et 4.6.3.

²⁹⁸ OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 37.

²⁹⁹ JUNG, Steuerverneutrale Umstrukturierungen, p. 229 et 230.

³⁰⁰ *Supra* 2.4.3; OESTERHELT, Rechtsprechung 2018/2019, p. 166.

³⁰¹ OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 36.

³⁰² OESTERHELT/TSCHAN, Holdingspaltung, p. 37 (la formulation de la position d'OESTERHELT prête à confusion).

³⁰³ Art. 19 al. 1 let. c et 61 al. 1 let. c LIFD.

Toutefois, **la loi ne contient pas de règle particulière** pour l'échange de droits de participation détenus dans la fortune privée³⁰⁴, ni pour le traitement général au niveau de l'actionnaire en cas de restructuration sous-jacente neutre³⁰⁵. De plus, la norme ne mentionne expressément que les réserves latentes et non les prestations appréciables en argent, deux notions distinctes³⁰⁶.

Sur le principe et pour éviter de vider de sa substance les possibilités de restructurations, il était déjà admis qu'une restructuration neutre pour l'entité restructurée l'était également fiscalement pour les actionnaires³⁰⁷. La neutralité fiscale d'un échange – une forme d'aliénation – de droits de participation découle du principe de l'exonération du gain en capital privé³⁰⁸ et constitue donc un événement neutre d'un point de vue de l'impôt sur le revenu³⁰⁹.

4.7.2. En matière de scission

L'arrêt du Tribunal fédéral revu s'attarde sur l'analyse de la restructuration sous-jacente que constitue la scission de société holding. Pourtant, **son objet principal** est celui des conséquences fiscales d'une scission au niveau de l'actionnaire détenant les actions dans sa fortune privée³¹⁰, sachant qu'une scission imposable pour les entités restructurées entraîne une imposition à titre de rendement de la fortune mobilière sous la forme d'une prestation appréciable en argent au niveau de l'actionnaire³¹¹.

Sur la base d'une interprétation de la volonté du législateur lors de la mise à jour des normes de restructurations en lien avec l'entrée en vigueur de la LFus, ainsi que sur la base du droit communautaire³¹² – dont la LFus a été inspirée – le Tribunal fédéral a ainsi confirmé le principe de la neutralité fiscale au niveau de l'actionnaire détenant ses actions dans la fortune privée en cas de neutralité fiscale de la restructuration sous-jacente.

4.7.3. En matière de restructurations

Cette confirmation valable pour les scissions s'applique-t-elle de manière générale aux autres formes de restructurations ? Le Tribunal fédéral n'a pas rendu son jugement sans émettre une réserve propre aux éventuelles particularités des autres restructurations, en concluant à la neutralité fiscale : « [...] à tout le moins dans la constellation ici examinée »³¹³.

En matière de quasi-fusion suivie par une fusion par absorption³¹⁴, OESTERHELT/SCHREIBER considèrent que le délai de cinq ans appliqué pour requalifier une telle restructuration à titre de fusion n'est pas justifié.

³⁰⁴ BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 207.

³⁰⁵ OBERSON/GLAUSER, CR LIFD Art. 19 N 43.

³⁰⁶ TF, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid 5.3.

³⁰⁷ Circulaire n° 5, consid. 4.3.3.1; CR LIFD-GLAUSER/OBERSON, Art. 61 N 6.

³⁰⁸ BSK DBG-REICH/TADDEI/OESTERHELT, Art. 61 N 207.

³⁰⁹ WEIDMANN, Umstrukturierungen § 1 N 53.

³¹⁰ Tribunal fédéral, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 5.

³¹¹ *Supra* 2.4.5.2.

³¹² Directive 80/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990.

³¹³ Tribunal fédéral, 2C_34/2018 du 11 mars 2019, consid. 5.3.

³¹⁴ *Supra* 4.6.3.

Cette position est fondée sur l'antériorité de l'arrêt fondant cette pratique à la refonte des normes de restructurations, qui mentionnent désormais expressément la quasi-fusion sans toutefois indiquer un quelconque délai de cinq ans. Selon ces auteurs, l'arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019 et sa conclusion à la neutralité fiscale de la scission pour l'actionnaire détenant des actions dans la fortune privée renforcent leur point de vue³¹⁵.

Au vu des motifs de cohérence invoqués par la doctrine préalablement à la confirmation du Tribunal fédéral pour retenir une neutralité fiscale « d'ensemble » ou « globale » – c'est-à-dire tant au niveau de l'actionnariat que de l'entité restructurée – il nous semble qu'une telle neutralité des droits de participation détenus dans la fortune privée en cas de restructuration sous-jacente fiscalement neutre devrait valoir, à tout le moins, **comme présomption de principe réfragable**, toujours sous la réserve de l'abus de droit.

4.8. Indépendance du droit fiscal des restructurations

Le droit fiscal des restructurations est-il véritablement indépendant du droit civil ? La pratique fermement établie de l'AFC³¹⁶ a en effet été remise en question dans un arrêt récent du Tribunal fédéral portant sur vente immobilière et la question de l'application de l'art. 103 LFus.

En effet, lors de l'analyse de cette disposition, qui prévoit l'exonération des droits de mutation lors de restructuration au sens de la LHID, le Tribunal fédéral a explicitement indiqué, de manière surprenante, que la qualification à titre de restructuration **exigeait le recours à une institution prévue par la LFus**³¹⁷.

Il a ensuite refusé ladite qualification au motif que les conditions du transfert de patrimoine n'étaient pas remplies³¹⁸, entraînant le rejet du recours et de la prétention à l'exonération des droits de mutation, ainsi que l'absence d'examen de la condition d'exploitation.

En confirmant la neutralité fiscale d'une scission de sociétés holding n'ayant pas été réalisée par le biais d'une institution de la LFus, le Tribunal fédéral a confirmé, à tout le moins en matière d'impôts directs – sachant que l'impôt anticipé renvoie explicitement aux dispositions de restructurations de la LIFD – que le traitement fiscal ne dépendait pas du procédé civil retenu, une reconduction du principe de l'appréciation selon la réalité économique qu'il faut selon nous saluer³¹⁹.

³¹⁵ OESTERHELT/SCHREIBER, *Zeitnahe Absorption*, p. 29 et 30, note de bas de page n° 33.

³¹⁶ OESTERHELT, *In vino veritas*, p. 924.

³¹⁷ TF, 2C_503/2017 du 8 octobre 2018, consid. 5.3 : « il faut que l'on soit en présence, premièrement, d'une restructuration et, secondement, d'une exploitation. Il convient donc d'examiner en premier lieu si le transfert opéré respecte les conditions du type de restructuration visé par la loi sur la fusion ».

³¹⁸ TF, 2C_503/2017 du 8 octobre 2018, consid. 5.6.

³¹⁹ OESTERHELT, *Rechtsprechung* 2018/2019 p. 168 et note de bas de page n° 28 à 30.

CONCLUSIONS

Le droit fiscal des restructurations est une matière complexe dont la difficulté fondamentale est de distinguer les états de fait qui provoquent l'imposition de ceux qui convoquent la neutralité fiscale.

Il en résulte un nombre important de controverses, qui portent parfois sur ses fondements conceptuels, à l'instar du débat relatif au principe de réalisation et son expression dans des normes de restructurations, dont les effets juridiques demeurent incertains.

Il en va de même en ce qui concerne l'application disputée de l'exonération du gain en capital, y compris dans sa version corporative du système de réduction pour participation, des concepts fondamentaux du droit fiscal des restructurations.

De surcroît, la cohérence systémique du droit fiscal des restructurations est remise en question par l'existence de diverses formes de restructurations qui s'approchent les unes des autres, voire se télescopent, alors même que leurs conditions respectives de neutralité fiscale divergent.

C'est le cas de la scission, du démembrement et du transfert de patrimoine, tous trois analysés sous l'angle de l'exigence du délai de cinq ans, avec les complexités propres aux variantes de ces institutions relatives aux déplacements de participations, soit la scission de société holding, le démembrement de participations et le transfert de participations au sein d'un groupe.

Un seul arrêt du Tribunal fédéral ne suffirait évidemment pas à apporter des réponses aux questions existentielles du droit fiscal des restructurations. Il y a toutefois lieu d'accueillir favorablement les clarifications offertes par l'arrêt 2C_34/2018 du 11 mars 2019.

En effet, ce dernier s'est prononcé tant sur la condition d'exploitation par le biais du principe de transparence que sur le traitement des droits de participation détenus dans la fortune privée d'un actionnaire, en cas de scission fiscalement neutre du point de vue des sociétés scindées. Il a également permis de réaffirmer la primauté de l'interprétation selon le résultat économique sur le procédé du droit civil retenu, valable en droit fiscal des restructurations.

Les conséquences de cet arrêt en matière d'impôts directs et d'impôt anticipé ne sont pas encore confirmées, et encore moins fermement établies, en particulier en ce qui concerne l'étendue de l'application du principe de transparence et les variantes de restructurations envisageables qui en découleraient. C'est donc le regard tourné vers l'avenir et Mont-Repos que nous concluons.