

---

# L'apport dissimulé à la lumière des dernières jurisprudences du Tribunal fédéral, impact pour le praticien

Stanislas Cramer

Avocat, Expert fiscal diplômé

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2025

Genève, le 30 juin 2025

## Table des matières

Table des abréviations .....	III
Bibliographie .....	V
Revues et ouvrages .....	V
Conférences et présentations .....	VI
Documents officiels .....	VII
Introduction .....	1
I. Le principe de l'apport en capital .....	2
A. Le but recherché et les conséquences .....	2
B. L'apport dissimulé avant la jurisprudence du Tribunal fédéral .....	3
<i>i. La notion</i> .....	3
<i>ii. La pratique de l'AFC</i> .....	5
II. La jurisprudence du Tribunal fédéral .....	7
A. L'état de fait .....	7
B. La décision sur le fond .....	8
III. La prise de position de l'AFC .....	9
IV. L'impact de l'ATF 149 II 158 pour la pratique .....	10
A. L'impôt anticipé .....	10
<i>i. La perception en cas d'apport dissimulé</i> .....	10
<i>ii. Le remboursement en cas d'apport dissimulé</i> .....	13
B. Le droit de timbre d'émission .....	15
C. Les modalités du remboursement .....	16
<i>i. Le fardeau de la preuve</i> .....	16
<i>ii. Le moment du remboursement</i> .....	20
D. La transposition .....	23
E. L'apport indirect de capital .....	26
<i>i. L'apport par une société mère indirecte</i> .....	26

<i>ii.</i>	<i>L'apport par une société sœur</i> .....	28
F.	Les restructurations .....	29
<i>i.</i>	<i>La transformation d'une société de personnes en société anonyme</i> .....	30
<i>ii.</i>	<i>La scission d'ancien droit</i> .....	31
<i>iii.</i>	<i>Le transfert d'actifs à une filiale</i> .....	33
<i>iv.</i>	<i>Le transfert d'un apport dissimulé</i> .....	34
G.	Les autres questions.....	35
<i>i.</i>	<i>La renonciation à une prestation imposable</i> .....	35
<i>ii.</i>	<i>L'assainissement</i> .....	36
<i>iii.</i>	<i>Les opérations sur actions propres de la société</i> .....	36
<i>iv.</i>	<i>La réalisation de l'apport dissimulé au niveau de la société</i> .....	37
<i>v.</i>	<i>La compensation</i> .....	38
<b>Conclusion</b>	.....	<b>39</b>

## Table des abréviations

AFC	Administration fédérale des contributions
al.	alinéa
art.	article
ASA	Les Archives de droit fiscal suisse
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
c.	considérant
CA	capital-actions
CDI	Convention en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu
Circ.	Circulaire de l'AFC
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
CSI	Conférence suisse des impôts
DBG	=LIFD
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
éd.	édition
Edit.	Editeur(s)
EF	Expert Focus
FStR	IFF Forum für Steuerrecht
IFF	Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics
ISIS	Institut für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht
LECF	Loi fédérale du 18 juin 2021 relative à l'exécution des conventions internationales dans le domaine fiscal (RS 672.2)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LT	Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10)
Mme	Madame
N / n°	numéro(s)
NF	Novità Fiscali

OIA	Ordonnance du 19 décembre 1966 sur l'impôt anticipé (RS 642.211)
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
RAC	Réserves issues d'apport de capital
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
réf.	référence(s)
RF	Revue fiscale
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivant(e)
SA	Société anonyme
ss	et suivant(e)s
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
VStG	= LIA

## Bibliographie

### Revues et ouvrages

ALTORFER JÜRG / STREULE FABIAN, Kommentar zu art. 20 DBG, *in Zweifel Martin / Beusch Michael (Edit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019.* (cité : ALTORFER/STREULE, art. 20 LIFD N ...)

ALTORFER JÜRG / DUSS FABIAN / FELBER MICHAEL, Massgeblichkeit für die Steuerbilanz, *in: Pfaff Diter / Glanz Stephan / Stenz Thomas / Zihler Florian (Edit.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – Praxiskommentar, 2e éd., Zurich 2019.* (CITÉ: ALTORFER/DUSS/FELBER, n° ...)

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2022. (cité: BÖCKLI, p. ...)

BRÜLISAUER PETER / STOCKER CHRISTINA, Kommentar zu art. 60 DBG, *in Zweifel Martin / Beusch Michael (Edit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2e éd., Bâle 2019.* (cité : BRÜLISAUER/STOCKER, art. 60 LIFD N ...)

CHAPUIS BENJAMIN / ERB-ZIMET MÉLANIE, ATF 149 II 158 = 9C\_678/2021 du 17 mars 2023 [Principe de l'apport de capital, remboursement des apports en capital dissimulés], *in RDAF 2024 II 129 ss.* (cité : CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. ...)

CODONI FRANCESCA / ASPESI LUCA, I possibili effetti fiscali legati agli apporti di capitale dissimulati, *in NF 3/2024*, p. 133 ss. (cité : CODONI/ASPESI, NF 3, p. ...)

CODONI FRANCESCA / ASPESI LUCA, Apporti di capitale dissimulati: analisi e criticità alla recente pubblicazione dell'AFC, *in NF 6/2024*, p. 326 ss. (cité : CODONI/ASPESI, NF 6, p. ...)

DANON ROBERT, Commentaire de l'art. 60 LIFD, *in Noël Yves / Aubry Girardin Florence, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019.* (cité : DANON, art. 60 LIFD N ...)

DANON ROBERT / MALEK BENJAMIN, Principe de l'apport en capital et apports dissimulés - Réflexions sur l'arrêt du TF 9C\_678/2021 du 17 mars 2023, RF 2023 p. 502 ss. (cité : DANON/MALEK, p. ...)

DANON ROBERT / OBRIST THIERY, Commentaire de l'art. 20 LIFD, *in Noël Yves / Aubry Girardin Florence, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019.* (cité : DANON/OBRIST, art. 20 LIFD N ...)

HEUBERGER RETO, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, thèse, Berne 2001. (cité: HEUBERGER, p. ...)

NOËL YVES, Commentaire de l'art. 20a LIFD, *in* Noël Yves / Aubry Girardin Florence, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019. (cité : NOËL, art. 20a LIFD N ...)

OESTERHELT STEFAN / OPEL ANDREA, Rechtsprechung im Steuerrecht 2023/2, *in* FStR 2023, p. 148 ss. (cité: OESTERHELT/OPEL, p. ...)

OESTERHELT STEFAN / SCHREIBER SUSANNE, Mise en œuvre de l'ATF 149 II 158 dans la pratique des autorités fiscales, *in* EF 8/24, p. 413. (cité : OESTERHLET/SCHREIBER, p. ...)

PETER HENRY / NERI-CASTRACANE GIULIA, Commentaire de l'art. 725c CO, *in* Tercier Pierre / Trigo Trindade Rita / Canapa Damiano (Edit.), Commentaire romand du Code des Obligations II, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, 2024. (cité : PETER/NERI-CASTRACANE, art. 725c CO N ...)

TADDEI PASCAL / STREULE FABIAN, Kommentar zu art. 5 VStG, *in* Zweifel Martin / Beusch Michael / Bauer-Balmelli Maja (Edit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2024. (cité: TADDEI/STREULE, art. 5 LIA N ...)

TORIONNE HENRY / BARAKAT AURÉLIEN, Commentaire de l'art. 960a CO, *in* Tercier Pierre / Trigo Trindade Rita / Canapa Damiano (Edit.), Commentaire romand du Code des Obligations II, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, 2024. (cité : TORIONNE/BARAKAT, art. 960a CO N ...)

YERSIN DANIELLE, Quelques réflexions sur l'apport de biens à une entreprise, *in* ASA 49, p. 164 ss. (cité : YERSIN, p. ...)

## **Conférences et présentations**

HEUBERGER RETO / FISLER THOMAS, Nachfolgeplanung bei Unternehmen, zur Besteuerung von personenbezogenen Unternehmen 2025, 17/18 juin 2025. (cité: HEUBERGER/FISLER, IFF 2025, slide ...)

OESTERHELT STEFAN / DEISS ALPHONS, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFF Seminar Unternehmenssteuerrecht 2017, 22/23 août 2017. (cité: OESTERHELT/DEISS, IFF 2017, slide ...)

OESTERHELT STEFAN / STRAHM DANIEL, Aktuelles zur Besteuerung von Unternehmensumstrukturierungen, ISIS Seminar Unternehmenssteuerrecht 2024, 11/12 mars 2024. (cité: OESTERHELT/STRAHM, ISIS 2024, slide ...)

OESTERHELT STEFAN / TSCHAN DAVID, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFF Seminar Unternehmenssteuerrecht 2024, 26/27 août 2024. (cité: OESTERHELT/TSCHAN, IFF 2024, slide ...)

OESTERHELT STEFAN / TSCHAN DAVID, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFF Seminar Unternehmenssteuerrecht 2023, 22/23 août 2023. (cité: OESTERHELT/TSCHAN, IFF 2023, slide ...)

ZITTER GERNOT / HEUBERGER RETO, Umstrukturierungen, IFF Seminar Unternehmenssteuerrecht 2024, 26/27 août 2024. (cité: ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slide ...)

## Documents officiels

Circulaire n° 5a de l'AFC concernant les restructurations du 1<sup>er</sup> février 2022. (cité : Circulaire n° 5a)

Circulaire n° 29 de l'AFC concernant le principe de l'apport de capital du 9 décembre 2010. (cité : Circulaire n° 29)

Circulaire n° 29a de l'AFC concernant le principe de l'apport de capital du 9 septembre 2015. (cité : Circulaire n° 29a)

Circulaire n° 29b de l'AFC concernant le principe de l'apport de capital du 23 décembre 2019. (cité : Circulaire n° 29b)

Circulaire n° 29c de l'AFC concernant le principe de l'apport de capital du 23 décembre 2022. (cité : Circulaire n° 29c)

Communication de l'AFC n° 22 du 9 décembre 2024, Propres actions ; décision 9C\_135/2023 du Tribunal fédéral du 6 juin 2024. (cité : AFC, Communication n° 22)

Informations spécialisées de l'AFC - ATF 149 II 158 : Traitement d'apports de capital dissimulés en matière d'impôt sur le revenu, modifié pour la dernière fois le 2 octobre 2024, disponible sur le site, consulté le 29.06.2025 : <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/accueil/impot-federal-direct/informations-specialisees-ifd/traitement-dapports-de-capital-dissimules.html>. (cité: AFC, Apports dissimulés)

## **Introduction**

Le principe de l'apport en capital permet aux personnes physiques détenant des parts d'une société dans leur fortune privée d'obtenir le remboursement du capital apporté à cette dernière en franchise d'impôt anticipé et d'impôt sur le revenu.

Ce principe, qui semble de prime abord être très simple, donne lieu à de nombreux débats au regard des contraintes matérielles et formelles posées par la loi et la pratique fiscale pour qu'un apport de capital fait à une société puisse être reconnu comme réserve distribuable en franchise d'impôt (RAC).

À ce titre, l'AFC avait jusqu'à peu refusé de qualifier de RAC les apports dissimulés consentis par un actionnaire, à savoir les prestations de l'actionnaire en faveur de la société que cette dernière n'avait pas ouvertement comptabilisées comme apport de capital dans son bilan. Le remboursement de tels apports était dès lors systématiquement soumis à l'impôt anticipé et à l'impôt sur le revenu.

Dans un arrêt de principe rendu le 17 mars 2023, publié sous la référence ATF 149 II 158, le Tribunal fédéral a jugé que cette pratique de l'AFC n'était pas conforme à la loi s'agissant des impôts directs, et a implicitement admis son bienfondé pour l'impôt anticipé. Dans cet arrêt, la Haute Cour a estimé qu'un contribuable pouvait se prévaloir du remboursement d'un apport dissimulé de capital en franchise d'impôt sur le revenu.

Cet arrêt permet-il de clore le débat et d'apporter une solution facile d'application pour le praticien ? Certainement pas ! L'ATF 149 II 158 tranche certes que les apports dissimulés doivent en principe être assimilés à de la RAC, mais ne définit pas les limites auxquelles il convient de veiller dans l'application de cette règle générale, afin notamment d'éviter toute invocation abusive de cette jurisprudence.

Un exemple simple : un actionnaire apporte des actions A.SA qu'il détient directement à une société B.SA dont il détient le 100% des parts à la valeur nominale pour éviter de réaliser une transposition au sens de l'art. 20a let. b LIFD. L'actionnaire en question peut-il plus tard se prévaloir que la différence entre la valeur vénale et la valeur nominale des parts A.SA peut lui être remboursée en franchise d'impôt par B.SA en invoquant qu'il s'agit d'un apport dissimulé de capital ? Qu'en est-il de l'actionnaire auquel les parts de B.SA auraient été ultérieurement transférées ?

Certaines des questions qu'ouvre cet arrêt ont été clarifiées dans une prise de position de l'AFC<sup>1</sup> qui est elle-même sujette à controverse et ouvre la voie à d'autres interrogations. Tandis que d'autres continuent d'alimenter les débats entre conseillers fiscaux et administrations fiscales.

La présente contribution a dès lors pour objet d'identifier les possibles écueils au remboursement d'apports dissimulés en neutralité fiscale et d'y apporter une réponse

---

<sup>1</sup> Cf. AFC, Apports dissimulés.

à la lumière des dispositions légales, de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des principes généraux applicables en droit fiscal.

Pour procéder à cette analyse, il sera brièvement revenu sur la portée du principe de l'apport de capital et la pratique de l'AFC en la matière avant le rendu de l'ATF 149 II 158 (chap. I). La décision du Tribunal fédéral (chap. II) et la prise de position subséquente de l'AFC (chap. III) seront ensuite présentées, afin de pouvoir passer au cœur du sujet de la présente, consistant à analyser les impacts de la jurisprudence en matière d'apport dissimulé pour le praticien (chap. IV).

## I. Le principe de l'apport en capital

Ce premier chapitre à caractère général a pour objectif de donner au lecteur une compréhension des enjeux relatifs à la reconnaissance des apports dissimulés de capital en tant que RAC. Pour cela, nous présenterons dans un premier temps, de façon non exhaustive, le principe de l'apport en capital (chap. I.A), puis nous traiterons de façon plus détaillée de la pratique de l'AFC en matière d'apport dissimulé de capital telle qu'elle était en vigueur avant que le Tribunal fédéral ne rende l'ATF 149 II 158 (chap. I.B).

### A. Le but recherché et les conséquences

Avant l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital, les actionnaires personnes physiques détenant des parts d'une société en fortune privée étaient imposés sur toute distribution provenant de la société, à l'exception du remboursement du capital nominal. De même, les actionnaires d'une société suisse domiciliés à l'étranger étaient soumis à l'impôt anticipé sur ce différentiel, et subissaient dès lors un frottement fiscal lorsqu'ils n'étaient pas éligibles à une pleine récupération de l'impôt anticipé<sup>2</sup>.

Cela signifiait que l'actionnaire était imposé lorsque la société lui remboursait des sommes provenant d'apports à fonds perdus ou de l'*agio* versé lors d'une augmentation de capital. Ce traitement fiscal était contraire au principe de l'imposition selon la capacité contributive et à la théorie de l'accroissement du patrimoine<sup>3</sup> puisque l'actionnaire était imposé sur la restitution d'un capital investi.

Le principe de l'apport en capital est applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, date de l'entrée en vigueur des art. 20 al. 3 LIFD, 7b al. 1 LHID et 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA. Ces dispositions avaient vocation à remédier à l'iniquité mentionnée dans le paragraphe qui précède en permettant aux actionnaires de récupérer en franchise d'impôt non seulement le capital nominal apporté à une société, mais aussi toute contribution supplémentaire faite sous forme d'apport à fonds perdu (ou *agio*) à compter du 31 décembre 1996<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ceci concerne les personnes physiques ou morales domiciliées dans un état n'ayant pas conclu de CDI avec la Suisse ou ayant conclu une CDI qui ne prévoit pas un remboursement intégral de l'impôt anticipé, ce qui est systématiquement le cas pour les personnes physiques.

<sup>3</sup> DANON/OBRIST, art. 20 LIFD N 259.

<sup>4</sup> CODONI/ASPESI, NF 6, p. 328.

En pratique, l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital a eu un impact fondamental pour deux catégories de détenteurs de droit de participation :

- Les personnes physiques domiciliées en Suisse auxquelles il permet de percevoir une distribution provenant de la société (restitution de capital) sans avoir à s'acquitter de l'impôt sur le revenu. Le principe de l'apport en capital est en revanche sans impact pour les détenteurs de parts soumis au principe de la valeur comptable pour qui tout montant perçu excédent la valeur comptable de la participation est imposable<sup>5</sup>.
- Les personnes physiques ou morales domiciliées à l'étranger qui ne sont pas éligibles au plein remboursement de l'impôt anticipé auxquelles il permet de se voir restituer le capital investi dans une société sans subir de frottement fiscal.

Comme nous le verrons plus loin, cette catégorisation est fondamentale dans le contexte du thème traité, car l'ATF 149 II 158 ne profite qu'à la première catégorie précitée.

Enfin, pour conclure ce bref tour d'horizon des principes généraux, il est utile d'avoir à l'esprit que le législateur a sciemment préféré le « principe de l'apport en capital » au principe du « remboursement de capital », ce qui implique qu'un apport de capital peut être remboursé aussi bien à celui qui a consenti l'apport original de capital qu'à toute autre actionnaire de la société au moment où la distribution a lieu<sup>6</sup>.

En pratique, cela implique notamment qu'il est envisageable :

- Qu'un actionnaire personne physique se voie restituer en franchise d'impôt un apport de capital consenti par une autre personne, y compris si cette dernière est soumise au principe de la valeur comptable (indépendant, personne morale)<sup>7</sup> ;
- Qu'un actionnaire reçoive un remboursement de capital provenant d'un apport consenti par un co-actionnaire, p.ex. parce que ce dernier a versé un *agio* plus important lors de son entrée au capital de la société.

## B. L'apport dissimulé avant la jurisprudence du Tribunal fédéral

### i. La notion

Un apport de capital est une contribution qu'un actionnaire effectue en faveur d'une société dont il détient des parts, sans recevoir de contre-prestation d'une valeur

---

<sup>5</sup> Ce qui leur permet en pratique de récupérer en franchise d'impôt tout apport de capital ouvert consenti à la filiale, puisque ce dernier aura en principe été activé dans la poste participation correspondant.

<sup>6</sup> DANON/OBRIST, art. 20 LIFD N 262 ; DANON/MALEK, p. 507.

<sup>7</sup> DANON/MALEK, p. 507.

équivalente, et qui repose par conséquent sur son rapport avec la société (*causa societatis*)<sup>8</sup>.

Un apport de capital est considéré comme ouvert lorsqu'il est inscrit dans les comptes de l'entité récipiendaire à sa valeur vénale.

Un apport dissimulé de capital se présente en revanche lorsque la prestation consentie par l'actionnaire n'est pas comptabilisée dans les comptes de la société ou est comptabilisée à une valeur inférieure à sa valeur vénale<sup>9</sup>. La différence entre la valeur vénale de l'apport et la valeur inscrite au bilan (ou CHF 0.- si aucune comptabilisation n'a lieu) représente la valeur de l'apport dissimulé<sup>10</sup>.

*Les exemples suivants illustrent quelques cas d'apport dissimulé de capital :*

- *A vend un immeuble à B.SA dont il est actionnaire. Le prix de vente est fixé à 1'000 alors que l'immeuble vaut 2'000 au moment de la vente.*  
*Apport dissimulé : 1'000.*
- *C.SA est en proie à des difficultés financières. Son actionnaire D décide donc de s'acquitter d'une dette de 100 incombant à la société. Pour éviter de péjorer la situation comptable de la société, D ne fait valoir aucune prétention récursoire contre C.SA<sup>11</sup>.*  
*Apport dissimulé : 100.*
- *Pour procéder à une restructuration fiscalement neutre, E transfère à la valeur comptable l'ensemble des actifs et passifs de sa raison individuelle à la société F.SA nouvellement constituée. La valeur comptable des actifs est 1'000 alors que la valeur vénale de l'exploitation transférée est estimée à 4'000.*  
*Apport dissimulé : 3'000.*

À des fins de complétude, l'on notera qu'il existe une controverse entre les auteurs spécialisés en droit comptable quant à savoir si l'existence d'un apport dissimulé de capital est compatible avec l'art. 959 al. 2 CO selon lequel « *l'actif [d'une société] comprend les éléments du patrimoine dont l'entreprise peut disposer en raison d'événements passés, dont elle attend un flux d'avantages économiques et dont la valeur peut être estimée avec un degré de fiabilité suffisant* ».

Selon une partie de la doctrine, la disposition précitée prévoit une obligation d'activer (« *Aktivierungspflicht* ») de sorte qu'il serait interdit à la société de ne pas comptabiliser à son actif, et donc de façon corrélative à son passif comme apport de capital, une prestation reçue de l'actionnaire<sup>12</sup>. Tandis que selon d'autres auteurs,

---

<sup>8</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 134 ; YERSIN, p. 164.

<sup>9</sup> ATF 149 II 158, c. 4.2 ; DANON/OBRIST, art. 20 LIFD N 60 ; ALTORFER/STREULE, art. 20 LIA N 182.

<sup>10</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 134 ; TADDEI/STREULE, art. 5 LIA N 297.

<sup>11</sup> Etat de fait similaire à celui étant à l'origine de l'ATF 149 II 158.

<sup>12</sup> P.ex. BÖCKLI, p. 676 n° 289 ; TORIONNE/BARAKAT, art. 960a N 5. À notre avis, cette première interprétation doit être privilégiée, notamment si l'on se réfère au texte allemand dans lequel la

l'art. 959 al. 2 CO laisse le choix à la société d'activer les biens remplissant les conditions de cet alinéa (« *Wahlrecht* »)<sup>13</sup>.

Ce débat n'a cependant pas lieu d'être tranché dans la présente contribution puisque, comme nous le verrons, le Tribunal fédéral a admis la possibilité de procéder au remboursement d'un apport dissimulé en franchise d'impôt sur le revenu dans un cas où le bilan de la société n'était manifestement pas conforme aux prescriptions du Code des Obligations<sup>14</sup>. Ainsi, même en retenant qu'une non-activation de l'apport dissimulé ne serait pas conforme au droit commercial, les considérations développées dans la présente demeurerait identiques.

## ii. ***La pratique de l'AFC***

Les textes des art. 20 al. 3 LIFD et 7b al. 1 LHID<sup>15</sup> applicables aux impôts directs sont formulés de façon identique en tant qu'ils stipulent que « *Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires (réserves issues d'apports de capital) effectués par les détenteurs des droits de participation (...) est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social (...)*

Dans sa première partie l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA reprend mot pour mot le texte précité. Tandis que la suite de la disposition contient deux exigences supplémentaires selon lesquelles un remboursement en franchise d'impôt est possible « *si la société (...) comptabilise les réserves issues d'apports de capital sur un compte spécial de son bilan commercial et communique toute modification de ce compte à l'Administration fédérale des contributions (AFC)* ».

Peu avant l'entrée en vigueur des dispositions précitées, l'AFC a publié la Circulaire n° 29 dans laquelle elle a précisé la pratique qu'elle avait l'intention d'appliquer s'agissant de la reconnaissance de RAC.

Dans la Circulaire, l'AFC a notamment communiqué que, malgré la différence rédactionnelle entre les textes légaux, le principe de l'apport en capital devait s'appliquer de façon uniforme pour l'impôt anticipé et les impôts directs<sup>16</sup>. Ceci impliquait qu'un apport en capital n'ayant pas été comptabilisé sur un compte spécial ne pouvait être remboursé en franchise d'impôt anticipé ou d'impôt sur le revenu.

Selon la pratique très restrictive de l'AFC la comptabilisation sur un compte distinct devait avoir lieu immédiatement, c'est-à-dire au moment où l'apport a lieu. Une

---

formulation « *l'actif comprend* » se lit « *die Aktiven müssen* », à savoir « *les actifs doivent comprendre* ».

<sup>13</sup> ALTFORER/DUSS/FELBER, n° 57 et les réf. ; DANON/MALEK, p. 505 ; sous l'ancien droit comptable : ATF 2A.157/2001.

<sup>14</sup> Du même avis quant à l'absence de pertinence de la question en matière fiscale au regard des considérants de l'ATF 149 II 158 : DANON/MALEK, p. 505.

<sup>15</sup> Pour cette raison, le développement qui suit ne fera plus que référence à l'art. 20 al. 3 LIFD pour évoquer le contenu de ces deux dispositions.

<sup>16</sup> Circulaire n° 29, 29a, 29b, 29c, ch. 2.1. Par la suite, il sera uniquement fait référence au contenu de la Circulaire n° 29c, dans la mesure où aucun changement rédactionnel n'est intervenu entre les différentes versions des Circulaires s'agissant des thèmes abordés dans cette contribution.

comptabilisation ultérieure des réserves ouvertes était refusée dans tous les cas, même si cette modification avait lieu l'année de l'apport, avant la clôture des comptes<sup>17</sup>.

Pour l'impôt anticipé, cette exigence provenait directement du texte légal de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA reproduit plus haut. Pour les impôts directs elle provenait de l'interprétation que faisait l'AFC de l'art. 125 al. 3 LIFD qui exige que les sociétés « *indiquent, à la fin de la période fiscale [...] les réserves issues d'apports de capital visées à l'art. 20, al. 3 à 7 [LIFD]* », ainsi que d'une volonté d'aligner les exigences valables en matière d'impôt anticipé et d'impôt sur le revenu.

Une exception notable était prévue pour les cas dans lesquels un actionnaire suisse détenait des parts dans une société étrangère. L'actionnaire résident suisse d'une telle société était alors en mesure de prouver l'existence de RAC remboursable en franchise d'impôt sur le revenu, alors même que ces dernières n'avaient pas été comptabilisées sur un poste séparé du bilan<sup>18</sup>.

Dans la pratique qu'elle a communiqué dans le contexte de l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital, l'AFC a ainsi immédiatement fait savoir qu'elle ne reconnaîtrait pas comme RAC les apports dissimulés de capital dont la distribution serait dès lors soumise aussi bien à l'impôt anticipé qu'à l'impôt sur le revenu<sup>19</sup>. Cette restriction s'appliquait également aux sociétés étrangères pour lesquelles aucun traitement différencié n'était prévu.

La pratique consistant à refuser de qualifier de RAC les apports dissimulés de capital a été maintenue lors de chaque révision de la Circulaire n° 29 et figure toujours explicitement dans la Circulaire n° 29c<sup>20</sup>, et ce malgré les nombreuses critiques exprimées par la doctrine qui estimait qu'il ne se justifiait pas de traiter différemment les apports dissimulés et les apports ouverts de capital<sup>21</sup>. Tandis que certains auteurs estimaient que cette pratique était injustifiée au niveau de l'impôt sur le revenu uniquement<sup>22</sup>, d'autres étaient de l'avis que c'est également à tort que l'AFC l'appliquait dans le contexte de l'impôt anticipé<sup>23</sup>.

Au niveau jurisprudentiel, la question de savoir si cette pratique était conforme au droit avait dans un premier temps été laissée ouverte par un arrêt du Tribunal fédéral rendu en 2017<sup>24</sup>. Elle a ensuite été déclarée non conforme au droit dans l'ATF 149 II 158 paru en 2023, qui porte sur l'interprétation de l'art. 20 al. 3 LIFD, dont l'état de fait et les considérants seront commentés dans le prochain chapitre.

---

<sup>17</sup> Circulaire n° 29c, ch. 3.2 ; ALTORFER/STREULE, art. 20 LIFD N 191 ; TADDEI/STREULE, art. 5 LIA N 300.

<sup>18</sup> Circulaire n° 29c, ch. 4.1 ; CODONI/ASPESI, NF 3, p. 134. La question de l'impôt anticipé ne se pose pas s'agissant d'une société étrangère non soumise à l'impôt anticipé.

<sup>19</sup> Circulaire n° 29, ch. 3.2.

<sup>20</sup> Circulaire n° 29c, ch. 3.2 ; DANON/OBRIST, art. 20 LIFD N 298.

<sup>21</sup> Cf. p.ex. DANON/OBRIST, art. 20 LIFD N 299 ; ALTORFER/STREULE, art. 20 LIFD N 190.

<sup>22</sup> TADDEI/STREULE, art. 5 LIA N 301 ; OESTERHELT/OPEL, p. 151.

<sup>23</sup> P.ex. DANON/MALEK, p. 512.

<sup>24</sup> TF 2C\_69/2017, c. 5.4 ; ALTORFER/STREULE, art. 20 LIFD N 189.

La question du traitement d'un apport dissimulé de capital au niveau de la société a quant à lui déjà fait l'objet de jurisprudences du Tribunal fédéral, dans lequel ce dernier a confirmé la pratique des autorités fiscales selon laquelle une réévaluation sans incidence fiscale de l'apport dissimulé sur la base de l'art. 60 let. a LIFD ne peut avoir lieu que si elle intervient durant le même exercice comptable. Passé ce délai, toute réévaluation comptable est soumise à l'impôt sur le bénéfice, même si la société est en mesure d'apporter la preuve qu'elle ne fait que révéler comptablement un apport dissimulé que lui a consenti un actionnaire<sup>25</sup>.

## **II. La jurisprudence du Tribunal fédéral**

### **A. L'état de fait**

Les faits pertinents de l'ATF 149 II 158 peuvent être résumés comme suit.

Mme A. était l'actionnaire unique de la société B. SA, société à laquelle elle a vendu un immeuble en 2003. La contre-prestation fournie par B. SA dans le contexte de l'achat de l'immeuble consistait essentiellement en la reprise de la dette hypothécaire liée à l'immeuble que Mme A. avait précédemment contractée en son nom.

Nonobstant le fait qu'elle ait acquis la dette, B.SA ne l'a jamais comptabilisée au passif de son bilan. De plus, durant la période de détention de l'immeuble, c'est systématiquement Mme A. qui a procédé aux amortissements (remboursements) de la dette hypothécaire qui étaient dus à la banque par B.SA.

Les amortissements de la dette hypothécaire opérés par Mme A. pour le compte de la société n'ont été comptabilisés dans les états financiers de B.SA, que ce soit à travers un compte de dette (p.ex. : compte courant actionnaire), ou un compte de fonds propres (p.ex. : bénéfice extraordinaire ou apport de capital) et Mme A. n'a fait valoir aucune prétention récursoire à l'encontre de B. SA.

En 2015, l'immeuble a été vendu et la société liquidée. Mme A. a alors perçu un produit de liquidation d'un montant inférieur à celui des amortissements dont elle s'était acquittée pour le compte de B.SA.

Dans ce contexte, Mme A. était de l'avis que l'apport dissimulé de capital qu'elle avait consenti à B.SA en remboursant la dette hypothécaire à sa place pouvait lui être restitué en franchise d'impôt sur le revenu (art. 20 al. 3 LIFD), de sorte qu'aucun produit de liquidation imposable (dividende) ne pouvait lui être imputé.

L'administration fiscale du canton de résidence de Mme A., de même que l'AFC dans sa prise de position sur le recours, défendaient au contraire le point de vue selon

---

<sup>25</sup> ATF 2A.157/2001, c. 3b), concernant un cas où la société a voulu procéder à une réévaluation comptable d'un actif apporté par l'actionnaire suite au fait que la valeur de ce dernier a été revue à la hausse par l'AFC dans le contexte de la taxation relative au droit de timbre d'émission ; ATF 2C\_515/2010, c. 3.2 et 3.3, s'agissant d'un cas où la société a fait valoir au moment où elle a vendu un actif apporté par l'actionnaire (réalisation effective) que ce dernier avait été comptabilisé pour un montant inférieur à sa valeur vénale au moment de l'apport et qu'une partie du gain réalisé sur la vente devait donc être exonéré d'impôt sur le bénéfice sur la base de l'art. 60 let. a LIFD.

lequel, faute de comptabilisation idoine dans les comptes de la société, aucune RAC n'avait été constituée. Partant, le produit de liquidation perçu par Mme A. était imposable comme un dividende ordinaire.

## B. La décision sur le fond

Le Tribunal fédéral confirme en premier lieu que, matériellement, le remboursement de la dette par Mme A. constituait un apport dissimulé de capital à hauteur des amortissements dont elle s'est acquittée à la place de la société<sup>26</sup>.

Le Tribunal fédéral a ensuite dû trancher la question de savoir quels effets le droit fiscal conférait à cet apport dissimulé de capital.

La Haute Cour relève en premier lieu que les travaux préparatoires montrent que le législateur a voulu faire de l'art. 125 al. 3 LIFD une norme formelle dont le non-respect n'entraînait pas une déchéance du droit de se prévaloir d'un remboursement d'apport de capital en franchise d'impôt. L'exigence de comptabilisation prévue par l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA faisait par ailleurs partie du premier projet de l'art. 20 al. 3 LIFD et avait été volontairement barrée par le législateur avant l'adoption de la disposition<sup>27</sup>. De plus, l'art. 125 al. 3 LIFD se trouve dans le chapitre de la LIFD qui traite du droit de procédure et n'appartient donc pas au droit fiscal matériel, contrairement à l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA<sup>28</sup>.

Partant les interprétations téléologique, historique et systématique de l'art. 20 al. 3 LIFD démontrent que l'obligation de comptabilisation des RAC telle qu'exigée par l'AFC ne trouve aucun fondement dans les dispositions légales de la LIFD.

Au surplus, dans la mesure où le champ d'application de la LIA est limité à l'impôt anticipé, l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA ne constitue pas une base légale appropriée permettant de déduire quelles règles de droit matériel sont applicables en matière d'impôts directs<sup>29</sup>.

La Haute Cour relève également que la non admission du remboursement d'apports dissimulés de capital en franchise d'impôt sur le revenu induit une inégalité de traitement entre les actionnaires (résidents suisses) d'une société basée en Suisse et ceux d'une société basée à l'étranger. En effet, selon la pratique de l'AFC, la reconnaissance de RAC au sein d'une société étrangère peut se faire en apportant la preuve par un autre moyen que la comptabilisation par la société dans un poste distinct du bilan<sup>30</sup>.

Il convenait ainsi de se rallier à la position de la doctrine majoritaire et de permettre un remboursement des apports dissimulés de capital en franchise d'impôt sur le revenu<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> ATF 149 II 158, c. 4.

<sup>27</sup> ATF 149 II 158, c. 5.2.3.

<sup>28</sup> ATF 149 II 158, c. 5.2.4.

<sup>29</sup> ATF 149 II 158, c. 5.3.1.

<sup>30</sup> ATF 149 II 158, c. 5.2.5 et Circulaire n° 29c, ch. 4.1. Cf. chap. I.B.ii de la présente contribution.

<sup>31</sup> ATF 149 II 158, c. 5.2.5 et 5.3.

Enfin, dans un considérant qui ne traite pas d'une question soulevée par la procédure faisant l'objet du recours et s'apparente donc à un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral semble confirmer qu'un apport dissimulé de capital ne peut être remboursé en franchise d'impôt anticipé, faute de comptabilisation dans un poste distinct, ce qui se déduit directement du texte de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA<sup>32</sup>. Cette position a été subséquemment confirmée de façon explicite dans le récent arrêt 9C\_690/2023 du 21 mars 2025, destiné à publication, qui sera commenté plus en détail sous chap. IV.A vu sa portée pratique dans le domaine de l'impôt anticipé.

### **III. La prise de position de l'AFC**

Consécutivement à l'arrêt, l'AFC a organisé une concertation avec la CSI qui a abouti à la publication sur son site internet d'une prise de position visant à clarifier la pratique consécutivement au rendu de l'ATF 149 II 158. Cette publication est datée du 17 novembre 2023, mais n'a été publiée sur le site internet de l'AFC que le 22 mars 2024<sup>33</sup>. Elle a été actualisée pour la dernière fois le 2 octobre 2024.

Nous relatons brièvement le contenu de ce document dont chaque thématique sera analysée sous chap. IV.

- Un remboursement des apports dissimulés en neutralité fiscale n'est pas possible dans le contexte de l'impôt anticipé, pour lequel l'exigence de comptabilisation prévue par l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> reste valable<sup>34</sup> (chap. IV.A.i), ce qui implique des obligations déclaratives pour le contribuable qui entend se prévaloir du droit au remboursement de l'impôt anticipé qui sera prélevé sur la distribution<sup>35</sup> (chap. IV.A.ii) ;
- Le contribuable est soumis au fardeau de la preuve s'agissant de l'existence d'un apport dissimulé de capital (chap. IV.C.i). Le fait de s'être acquitté du droit de timbre d'émission peut représenter un indice permettant d'apporter cette preuve<sup>36</sup> ;
- Le remboursement d'un apport dissimulé de capital ne peut intervenir que lors de la liquidation de la société<sup>37</sup> (chap. IV.C.ii) ;
- La revendication d'un apport dissimulé en franchise d'impôt ne doit pas entraîner de sous-imposition<sup>38</sup>. Cela implique notamment qu'un détenteur de parts est susceptible de ne pas pouvoir se prévaloir d'un apport dissimulé de capital résultant d'une transposition (chap. IV.D) ou d'une restructuration

---

<sup>32</sup> ATF 149 II 158, c. 5.3.2.

<sup>33</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 413.

<sup>34</sup> AFC, Apports dissimulés, 5<sup>e</sup> puce.

<sup>35</sup> AFC, Apports dissimulés, 6<sup>e</sup> puce.

<sup>36</sup> AFC, Apports dissimulés, 4<sup>e</sup> puce.

<sup>37</sup> AFC, Apports dissimulés, 3<sup>e</sup> puce.

<sup>38</sup> AFC, Apports dissimulés, 1<sup>ère</sup> puce.

fiscalement neutre (art. 19 al. 1 let. b LIFD ou 61 LIFD, chap. IV.F.i/ii/iii). Cette réserve donne lieu à de nombreuses questions en pratique ;

- Un apport dissimulé de capital est susceptible d'être transféré à une autre entreprise dans le contexte d'une restructuration<sup>39</sup> (chap. IV.F.iv).

À noter que ces adaptations de la pratique n'ont pour l'heure pas été intégrées dans une nouvelle mouture de la Circulaire traitant de l'apport en capital, de sorte que le praticien doit à ce jour lire la Circulaire n° 29c conjointement avec ces indications données par l'AFC pour connaître la pratique applicable en matière d'apport dissimulé de capital.

## **IV. L'impact de l'ATF 149 II 158 pour la pratique**

Pour analyser l'impact pratique de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les impôts qui ne font pas l'objet de l'ATF 149 II 158, à savoir l'impôt anticipé (chap. A) et le droit de timbre d'émission (chap. B) seront traités dans un premier temps.

Suite à cela, les différentes problématiques que pose l'application de l'arrêt en matière d'impôts directs seront abordées à travers quatre thématiques que sont les modalités du remboursement d'un apport dissimulé (chap. C), la transposition (chap. D), l'apport indirect de capital (chap. E) et les restructurations (chap. F). Enfin un ultime chapitre sera dédié à d'autres questions pouvant se poser en matière d'impôt direct (chap. G).

### **A. L'impôt anticipé**

#### *i. La perception en cas d'apport dissimulé*

Suite à la publication de l'arrêt, l'AFC avait rapidement communiqué de façon orale aux praticiens qui l'interrogeaient sur le sujet que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'aurait, selon toute vraisemblance, aucun impact sur sa pratique en matière d'impôt anticipé.

Comme nous l'avons vu dans le chapitre qui précède, ce point a été clarifié dans la prise de position publiée ultérieurement dans laquelle l'AFC a affirmé que l'exigence de comptabilisation des réserves d'apport de capital sur un compte distinct demeure valable en matière d'impôt anticipé<sup>40</sup>.

Une société ne peut ainsi procéder à une distribution de fonds propres sous forme de RAC en faveur de ses actionnaires en ne prélevant pas l'impôt anticipé que si (i) elle prélève ce montant sur un poste d'apport de capital désigné comme tel au bilan et (ii) le montant figurant dans ce poste a été validé par l'AFC à travers l'envoi d'un formulaire 170.

---

<sup>39</sup> AFC, Apports dissimulés, 2<sup>e</sup> puce.

<sup>40</sup> ATF 149 II 158, c. 5.3.2.

Cette interprétation que fait l'AFC de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA est à notre sens justifiée à plusieurs titres<sup>41</sup>.

Premièrement, l'exigence de comptabilisation distincte et de validation par l'AFC ressort du texte clair de la disposition, déjà reproduit sous chap. I.B<sup>42</sup>. Elle permet par ailleurs d'assurer une certaine sécurité juridique au niveau de la société qui est en mesure de savoir avec certitude si elle doit prélever l'impôt anticipé au moment où elle fait une distribution en faveur de l'actionnaire<sup>43</sup>.

Deuxièmement, cette exigence a été confirmée par le Tribunal fédéral dans un *obiter dictum* publié de l'ATF 149 II 158, dans lequel il est fait explicitement référence à l'exigence de comptabilisation distincte prévue par la LIA et à la différence de traitement que celui induit par rapport aux impôts directs<sup>44</sup>.

Enfin, cette exigence a été confirmée dans un récent arrêt de principe destiné à publication<sup>45</sup>, sur lequel il convient de s'arrêter. Dans ce dernier, une société se prévalait d'avoir distribué en 2016 des réserves issues d'un apport de capital. Lesdites réserves provenaient d'un apport que la société avait reçu en 2012, mais qui n'avait été comptabilisé comme tel qu'en 2017 (lors de l'approbation des comptes 2016), et dont la validation par l'AFC avait été sollicitée en 2018.

L'arrêt 9C\_690/2023 vient dans un premier temps corriger la pratique de l'AFC sur un point essentiel dans la mesure où le Tribunal fédéral juge que l'exigence de comptabilisation immédiate prévue par la Circulaire n° 29c ne trouve aucun fondement dans le texte légal<sup>46</sup>. Il est ainsi envisageable que, comme ce fut le cas en l'espèce, un apport de capital soit d'abord comptabilisé avec effet sur le bénéfice (p.ex. comme produit extraordinaire, non imposé grâce à l'application de l'art. 60 let. a LIFD) puis soit subséquemment comptabilisé dans un compte d'apport de capital.

Selon l'arrêt précité, une telle requalification sera reconnue en droit fiscal si elle est licite du point de vue du droit commercial et que la procédure nécessaire à la requalification est dûment appliquée par la société<sup>47</sup>. Cela signifie notamment que la correction doit être faite sur les comptes de l'année en cours (et non avec effet rétroactif)<sup>48</sup>, que ce transfert entre deux postes du bilan soit approuvé par l'assemblée

<sup>41</sup> OESTERHELT/OPEL, p. 151 ; TADDEI/STREULE, art. 5 LIA N 301 ; CODONI/ASPESI, NF 6, p. 329 ; *contra* DANON/MALEK, p. 512 s.

<sup>42</sup> « *Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires (réserves issues d'apports de capital) effectués par les détenteurs des droits de participation (...) est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social (...)* ».

<sup>43</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 417.

<sup>44</sup> ATF 149 II 158, c. 5.3.2.

<sup>45</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 5.2.2 et 7.2.

<sup>46</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 8.1 à 8.4, et notamment 8.4.2 s'agissant du fait que le para. 3.2 de la Circ. 29c n'est pas conforme au droit ; cf. chap. II.B.

<sup>47</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 8.2.2.

<sup>48</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 7.4.3.

générale<sup>49</sup>, et que le montant constitue matériellement un apport de capital dont l'historique puisse être retracé avec certitude<sup>50</sup>.

Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que, dans le cas faisant l'objet de l'arrêt, la société n'était pas en droit de se prévaloir d'avoir procédé à un remboursement d'apport de capital en 2016 car aucune RAC n'avait été communiquée à l'AFC à la date du prétendu remboursement.

La Haute Cour valide ainsi le fait que, conformément à ce que suggère une interprétation littérale du texte de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA, pour pouvoir procéder à une distribution de RAC sans retenir l'impôt anticipé une société est soumise à la double obligation formelle (i) d'avoir comptabilisé l'apport de capital de façon adéquate dans ses états financiers et (ii) d'avoir déclaré le solde de ce compte à l'AFC<sup>51</sup>.

Selon notre lecture de l'arrêt, il est en revanche suffisant que la société ait envoyé le formulaire 170 avec les annexes requises au moment où la distribution a lieu<sup>52</sup>. L'arrêt ne requiert en revanche pas que les RAC aient déjà été approuvées par l'AFC. Il serait ainsi p.ex. admissible que la société envoie le formulaire déclarant les RAC le 29 avril et déclare une distribution de RAC le 30 avril, ceci à condition que les RAC déclarées le 29 avril soient au terme de la procédure, reconnues comme telles par l'AFC.

Enfin, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral évoque brièvement la question de l'apport dissimulé de capital en matière d'impôt anticipé, tout en la laissant ouverte car elle n'est pas pertinente dans le cas d'espèce<sup>53</sup>. Le Tribunal fédéral affirme néanmoins qu'une reconnaissance des apports dissimulés de capital serait possible en matière d'impôt anticipé à condition qu'une comptabilisation ultérieure de l'apport dissimulé soit admise par le droit commercial<sup>54</sup>.

S'agissant de la licéité d'une telle comptabilisation ultérieure, le Tribunal fédéral fait notamment référence aux art. 960a al. 2 CO et 725c al. 1 CO.

- La première disposition précitée prévoit l'interdiction pour une société de comptabiliser un actif au-delà de son coût d'acquisition et n'est donc pas en elle-même susceptible de mener à la comptabilisation d'un apport de capital initialement consenti de façon dissimulée.
- Tandis que la seconde instaure à titre exceptionnel la possibilité pour une société en situation de perte de capital (art. 725a CO) ou de surendettement (art. 725b CO) de réévaluer des immeubles ou des participations qu'elle détient

<sup>49</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 7.4.4.

<sup>50</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 7.6 et notamment 7.6.3, où il ne faisait aucun doute que le montant que revendiquait la société à titre d'apport de capital provenait d'un legs consenti par l'actionnaire qui constituait matériellement un apport de capital (avec réf. à l'ATF 143 II 674).

<sup>51</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 9.1 et 10.

<sup>52</sup> Cf. ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 10: « *hatte die Beschwerdeführerin der ESTV die ausgeschütteten Kapitaleinlagereserven noch gar nicht gemeldet* », dont le terme souligné se traduit par « pas annoncé ».

<sup>53</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 8.2.2.

<sup>54</sup> ATF 9C\_690/2023 (destiné à publication), c. 8.2.2.

au montant de leur valeur vénale, lorsque cette valeur excède le coût d'acquisition. Le montant de la réévaluation doit être indiqué comme réserve de réévaluation. Selon la doctrine relative à l'art. 725c CO, la réserve de réévaluation est une sous-catégorie de la réserve légale issue du bénéfice (art. 671 al. 2 CO)<sup>55</sup>, ce qui ne laisse aucune place à une comptabilisation sur un compte de réserve légale issue du capital (art. 671 al. 1 CO), même lorsque l'actif réévalué provient d'un apport de l'actionnaire.

Sur cette base, l'on voit mal comment la révélation ultérieure de l'apport dissimulé de capital sur la base de l'art. 725c CO pourrait mener à la prise en compte de RAC au niveau de l'impôt anticipé, puisque condition relative à la comptabilisation sur un compte de réserve d'apport de capital ferait défaut.

Aussi, il convient selon nous de conclure que l'arrêt du Tribunal fédéral exclut qu'un apport dissimulé de capital puisse être ultérieurement révélé dans les comptes de la société pour être ensuite reconnu comme RAC au sens de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA.

En conclusion, lors du versement d'un apport dissimulé de capital, l'impôt anticipé sera systématiquement dû (cas échéant par le biais de la procédure de déclaration)<sup>56</sup>. La société sera donc tenue d'envoyer à l'AFC une formule 102 (prestation appréciable en argent) ou 103 (versement en espèce) et non une formule 170<sup>57</sup>.

## *ii. Le remboursement en cas d'apport dissimulé*

Dès lors que la jurisprudence ressortant des ATF 149 II 158 et 9C\_690/2023 impose que l'impôt anticipé soit prélevé lorsque des réserves provenant d'un apport dissimulé de capital sont distribuées à l'actionnaire, il convient de traiter des conditions auxquelles l'actionnaire peut prétendre au remboursement de l'impôt anticipé prélevé sur une telle distribution<sup>58</sup>.

À cette fin, une distinction doit être effectuée entre l'actionnaire résidant en Suisse et celui résidant à l'étranger, dans la mesure où la jurisprudence relative à l'apport dissimulé de capital induit une inégalité de traitement entre ces deux catégories d'actionnaires.

Pour l'actionnaire résident étranger, la situation ne diffère pas des cas ordinaires dans lesquels l'impôt anticipé est prélevé. L'actionnaire qui n'est pas domicilié en Suisse aura ainsi droit au remboursement de l'impôt anticipé prélevé sur le remboursement d'un apport dissimulé si et dans la mesure où l'Etat dans lequel il réside a conclu une CDI avec la Suisse, à hauteur du taux de remboursement prévu par cette dernière. La charge résiduelle d'impôt anticipé pour un résident d'un Etat conventionné est en principe de 15%, notamment s'il s'agit d'une société détenant une part de moins de

<sup>55</sup> PETER/NERI-CASTRACANE, art 725c CO N 9.

<sup>56</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 417; OESTERHELT/TCHAN, IFF 2023, slide 32.

<sup>57</sup> Du même avis sans référence à la formule 103 : CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 135.

<sup>58</sup> Sous réserve des cas où la procédure de déclaration est applicable en vertu des art. 24 ss OIA (demande fondée sur la LIA) ou des traités internationaux (demande fondée sur une CDI).

10% au capital de la société distributrice ou d'une personne physique, et de 35% en l'absence de CDI.

En d'autres termes, l'actionnaire résidant à l'étranger subira une charge résiduelle d'impôt anticipé sur le remboursement d'un apport dissimulé de capital s'il n'est pas éligible au plein remboursement de par une CDI conclue entre la Suisse et son Etat de résidence. La fonction fiscale de l'impôt anticipé s'exerce ainsi pleinement sur ce type de distribution, nonobstant le fait que l'actionnaire ne fasse que recevoir la restitution d'un apport de capital.

Pour l'actionnaire résident suisse, le fait que l'impôt anticipé soit prélevé sur une distribution d'apport dissimulé de capital n'implique pas qu'il subira un frottement fiscal, à condition selon l'AFC qu'il se conforme à certaines obligations déclaratives.

En effet, comme nous l'avons sous chap. III, selon les précisions publiées par l'AFC, pour obtenir le remboursement de l'impôt anticipé, l'actionnaire qui perçoit un remboursement d'apport dissimulé doit déclarer le rendement brut dans la colonne A (revenus soumis à l'impôt anticipé) et indiquer simultanément dans la colonne B (revenus non soumis à l'impôt anticipé) un montant négatif correspondant à l'apport de capital dissimulé perçu<sup>59</sup>.

Cette obligation de déclaration découle selon l'AFC du fait que l'impôt anticipé est, pour les personnes physiques résidant en Suisse, un impôt qui vise à garantir non seulement l'impôt sur le revenu, mais aussi l'impôt sur la fortune<sup>60</sup>.

À notre sens, il s'agit là d'une lecture extensive et erronée que fait l'AFC de l'art. 23 LIA. En effet, la disposition stipule qu'est déchu du droit de demander un remboursement de l'impôt anticipé celui qui « *contrairement aux prescriptions légales, ne déclare pas aux autorités fiscales compétentes un revenu grevé de l'impôt anticipé ou la fortune d'où provient ce revenu* ».

Or, ne pas déclarer un revenu provenant d'un apport dissimulé constitue une non-déclaration qui est conforme aux prescriptions légales, comme l'est par exemple le fait de ne pas déclarer la perception de RAC (ouvertes) ou un gain en capital privé. Dans sa publication, l'AFC admet d'ailleurs implicitement ce point de vue puisqu'elle se réfère à la fonction de garantie en lien avec l'impôt sur la fortune.

S'agissant de la fortune, l'art. 23 LIA exige uniquement du contribuable qu'il déclare « *la fortune d'où provient [le] revenu* », soumettant ainsi le contribuable à la seule obligation de déclarer les actions d'où proviennent la distribution d'apport dissimulé, mais pas le revenu lui-même lorsqu'il est exonéré de l'impôt.

Ainsi, selon nous, faute de base légale, un contribuable qui omettrait de déclarer les revenus provenant de la restitution d'un apport dissimulé de capital ne serait pas déchu

---

<sup>59</sup> AFC, Apports dissimulés, 6<sup>e</sup> puce.

<sup>60</sup> *Ibidem*, avec référence à l'art. 23 LIA.

de son droit de demander le remboursement de l'impôt anticipé<sup>61</sup>. Une non déclaration des titres et du rendement pourrait en revanche être problématique vu la fonction de garantie étendue à l'impôt sur la fortune de l'impôt anticipé.

En pratique, le contribuable serait néanmoins avisé de se conformer à la pratique ressortant de la communication de l'AFC afin d'éviter la longue procédure qu'impliquerait une remise en cause de cette dernière.

Enfin, l'on notera que les personnes morales ou les personnes physiques détenant leurs parts en fortune commerciale et résidant en Suisse sont soumises à l'obligation usuelle de faire figurer le revenu perçu au titre de distribution d'apport dissimulé dans leurs comptes (art. 25 al. 1 LIA), sous peine de déchéance.

À titre de digression, l'on notera qu'au niveau des impôts directs (bénéfice ou revenu), l'ATF 149 II 158 est sans impact puisque ces dernières sont soumises au principe de la valeur comptable, selon lequel tout produit excédant la valeur comptable de la participation est frappé de l'impôt sur le bénéfice ou revenu, comme cela est le cas lors d'une distribution de réserve ouverte de capital.

Pour ces entités, la restitution de l'apport de capital est néanmoins indirectement exonérée par le fait que l'apport de capital initial, ainsi que tout apport subséquent, aura en principe été activé dans son bilan. En revanche, l'apport dissimulé consenti par une personne soumise au principe de la valeur comptable n'aura très vraisemblablement pas été activée dans le compte participation idoine, de sorte que son remboursement sera frappé de l'impôt sur le bénéfice (actionnaire personne morale) ou revenu (actionnaire personne physique).

## B. Le droit de timbre d'émission

L'art. 5 al. 2 let. a LT stipule que les versements supplémentaires consentis par les actionnaires à la société sans contre-prestation correspondante et sans que ne soit augmenté le capital-actions sont soumis au droit de timbre d'émission. Cela implique que tant les apports ouverts, que les apports dissimulés de capital sont soumis au droit de timbre d'émission<sup>62</sup>.

Selon la pratique publiée par l'AFC, le fait que la société n'ait pas acquitté le droit de timbre d'émission ne doit pas faire obstacle à la possibilité pour le contribuable de demander le remboursement de l'apport en franchise d'impôt sur le revenu sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD. Ceci dans la mesure où l'acquittement du droit de timbre constitue un simple indice dans le contexte de l'analyse visant à déterminer si et dans quelle mesure une société a bénéficié d'un apport dissimulé de capital<sup>63</sup>.

La pratique de l'AFC est selon nous justifiée sur la base des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral, dans lesquels notre Haute Cour retient notamment qu'une omission

---

<sup>61</sup> Du même avis, OESTERHELT/OPEL, p. 417 s. ; CODONI/ASPESI, NF 6, p. 329.

<sup>62</sup> ATAF A-2735/2017, c. 2.1.

<sup>63</sup> AFC, Apports dissimulés, 4<sup>e</sup> puce.

(comptable) de la société ne saurait péjorer la situation du contribuable en vertu de l'indépendance juridique de ces deux personnes<sup>64</sup>.

Du point de vue de la société, le fait que l'actionnaire se prévale d'un apport dissimulé de capital est en revanche susceptible de mener à une décision de l'AFC visant à percevoir le droit de timbre d'émission si celui-ci n'a pas été acquitté au moment de l'apport. En effet, en vertu de l'art. 111 LIFD, les autorités fiscales peuvent communiquer entre elles, de sorte qu'une administration cantonale saisie par l'actionnaire d'une demande de remboursement en franchise d'impôt d'un apport dissimulé serait en mesure d'informer l'AFC de l'existence d'un apport dissimulé de capital sur lequel le droit de timbre d'émission n'a pas été acquitté.

Dans un tel cas, si le délai de prescription pour la perception du droit de timbre d'émission n'est pas échu, l'AFC réclamerait *a posteriori* que le droit de timbre lui soit versé avec intérêt moratoire. Une procédure pénale pourrait également être ouverte contre la personne physique à l'origine de l'infraction (art. 35 LT<sup>65</sup>, qui punit la soustraction au droit de timbre également si elle a été commise par négligence).

En pratique, le contribuable qui se prévaudra d'un apport dissimulé devra être conscient de ce risque, notamment s'il est l'actionnaire unique et administrateur de la société. Ceci dans la mesure où, vu sa double qualité d'actionnaire ayant effectué l'apport et d'organe de la société, il sera difficile pour lui d'affirmer qu'il n'était pas conscient de la valeur vénale de l'apport dissimulé de capital au moment où ce dernier a été effectué, et par conséquent de son obligation de soumettre ce montant au droit de timbre d'émission.

## C. Les modalités du remboursement

### i. Le fardeau de la preuve

En vertu des règles relatives au fardeau de la preuve, le contribuable est tenu de prouver les faits qui diminuent l'impôt, alors que l'administration fiscale doit prouver ceux qui augmentent la charge fiscale. Alléguer qu'un montant perçu qualifie de RAC est incontestablement un fait qui tombe dans la première catégorie, ce d'autant plus s'il s'agit d'un apport dissimulé de capital<sup>66</sup>.

Cela implique que le contribuable qui souhaite se prévaloir du fait qu'il est en train de percevoir de la société un montant provenant d'un apport dissimulé de capital devra non seulement démontrer avoir fait un tel apport, mais aussi être en mesure d'en déterminer précisément le montant.

Dans le cas faisant l'objet de l'arrêt commenté, la situation était relativement aisée pour Mme A. qui avait pris à sa charge les amortissements de la dette hypothécaire

---

<sup>64</sup> ATF 149 II 158, c. 5.2.3 ; OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414.

<sup>65</sup> Ainsi que l'art. 14 LT pour les cas graves, qui devraient selon nous être rares s'agissant d'un apport dissimulé de capital.

<sup>66</sup> CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 130.

dus à la banque par B.SA, qui était seule débitrice<sup>67</sup>. Le montant de l'apport à fonds perdu pouvait ainsi être démontré facilement à travers la production du contrat d'emprunt (au nom de la société), d'extraits bancaires prouvant que les fonds utilisés pour rembourser la dette provenaient d'un compte bancaire dont Mme A. était titulaire et que les pièces comptables de B.SA montraient que Mme A. n'avait fait valoir aucune prétention récursoire contre la société.

Il en ira de même dans tous les cas où l'actionnaire s'acquitte d'une obligation de la société par le biais d'un paiement en espèce.

La preuve de l'existence d'un apport dissimulé sera en revanche plus difficile à apporter pour l'actionnaire qui a consenti une prestation non monétaire en faveur de la société, p.ex. en cas de remise d'un bien matériel ou immatériel que la société n'aura soit pas comptabilisé ou aura comptabilisé pour un montant inférieur à sa valeur vénale.

Dans de tels cas, l'actionnaire voulant faire valoir un apport dissimulé disposera des moyens de preuve suivants :

- Si le bien apporté à la société avait une valeur de marché clairement déterminable au moment de l'apport (p.ex. des actions cotées), cette valeur pourra être utilisée.
- Si le bien a fait l'objet d'une transaction entre tiers peu avant ou peu après son apport, le prix retenu pour l'opération constituera aussi en principe une offre de preuve convaincante<sup>68</sup>. Par analogie à la pratique appliquée par les administrations fiscales de plusieurs cantons en matière de valorisation des actions non cotées dans le contexte des plans de participation du personnel, toute transaction avec un tiers réalisée dans les 12 mois avant ou après l'apport devrait constituer une preuve suffisante de la valeur vénale du bien apporté<sup>69</sup>.
- En revanche, au regard de la pratique actuelles des autorités fiscales en matière de valorisation, il est peu probable qu'une simple offre n'ayant pas abouti à la conclusion d'un contrat constitue un moyen de preuve suffisamment probant<sup>70</sup>. Le contribuable qui a l'intention d'utiliser un tel moyen de preuve serait bien inspiré de faire valider la probité de l'offre, et donc la valeur vénale du bien faisant l'objet de l'apport dissimulé, par le biais d'une demande de ruling. De notre point de vue, la demande de ruling sera recevable aussi bien si l'offre a été reçue avant qu'après l'apport puisque la demande cherche à faire

---

<sup>67</sup> Il ressort de l'état de fait et des considérants de l'arrêt que l'existence d'un apport dissimulé et son montant n'étaient pas des points litigieux devant les autorités cantonales.

<sup>68</sup> CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 132.

<sup>69</sup> Le canton de Genève applique notamment cette pratique dans le contexte de plans du personnel ; certains cantons ont en revanche une pratique plus restrictive consistant à considérer qu'une transaction est déterminante que si elle est intervenue 6 mois avant ou après un événement (comme p.ex. Zurich).

<sup>70</sup> D'un autre avis: CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 132.

valider le montant de la distribution pouvant être exonérée sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD qui constitue donc un fait futur. En termes de proximité temporelle de l'offre, un délai d'une année avant ou après l'apport doit là aussi être considéré comme approprié.

- Pour les sociétés ayant un patrimoine relativement simple, l'entrée au capital d'un tiers moyennant un *agio* peu de temps après l'apport (*i.e.* dans un délai d'une année), doit aussi permettre d'apporter la preuve de la valeur vénale de l'actif ayant fait l'objet d'un apport dissimulé.

*Exemple : A constitue la société B.SA avec un capital-actions de 100 (libéré en espèce) et lui apporte dans ce contexte un immeuble que la société comptabilise pour 400. Un mois plus tard, C entre au capital de B.SA en souscrivant intégralement à une augmentation de capital de B.SA de 100 en espèce qui porte ainsi son capital nominal à 200. En sus de la valeur nominale des actions, il contribue un agio de 1'000.*

*Le cas d'espèce laisse présumer que A et C, qui détiennent chacun 50% de B.SA, ont effectué des contributions à fonds perdu d'une valeur équivalente, soit 1'000 (soit un apport total de 1'100 si l'on prend en compte le capital nominal). B.SA n'a par ailleurs aucune autre source de réserve latente (autre actif ou goodwill). La valeur de l'apport dissimulé consenti lors de l'apport de l'immeuble par A peut ainsi être fixée à 600 (1'000 – 400).*

- Dans les autres cas, un rapport d'évaluation réalisée par un tiers indépendant constituera le principal moyen permettant de prouver la valeur de l'apport dissimulé de capital. À cet égard, le contribuable serait avisé de faire réaliser et valider l'évaluation préalablement à l'apport. En effet, bien qu'une évaluation réalisée *a posteriori* soit pleinement admissible juridiquement, elle serait vraisemblablement moins bien reçue par l'administration fiscale, notamment si elle a lieu des années après. Là aussi, une demande de ruling semble fortement indiquée, afin d'éviter toute mauvaise surprise au moment d'invoquer l'art. 20 al. 3 LIFD.
- En revanche, nous rejetons l'approche préconisée par certains auteurs<sup>71</sup> selon laquelle comptabiliser l'apport dissimulé dans le bilan fiscal de la société donnerait des garanties suffisantes au contribuable. En effet, faute d'autre élément probant au dossier, il est bien possible que l'administration fiscale refuse de prendre en compte l'apport dissimulé, même si ce dernier a figuré comme élément soumis à l'impôt sur le capital pendant plusieurs années et a été taxé comme tel. Le contribuable qui souhaiterait emprunter cette voie serait

---

<sup>71</sup> CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 132.

selon nous avisé de solliciter une demande de ruling qu'il accompagnera des offres de preuve permettant de documenter la valeur de l'apport.

Au surplus, il ressort implicitement de l'arrêt du Tribunal fédéral que l'absence de comptabilisation de l'apport dans les comptes de la société ne saurait être pris en compte au détriment du contribuable, même si la non-comptabilisation est contraire au droit commercial (comme ce fut le cas dans l'ATF 149 II 158 où le principe de l'intégralité du bilan était manifestement violé)<sup>72</sup>.

Comme nous l'avons vu sous chap. IV.B, il en va de même du non-paiement du droit de timbre d'émission sur la valeur de l'apport, dans la mesure où selon la communication de l'AFC, le fait que le droit ait été payé constitue un simple indice susceptible d'aider le contribuable à apporter la preuve de l'existence d'un apport dissimulé<sup>73</sup>.

Cela s'explique par le fait que la société et le contribuable sont deux sujets juridiques différents, avec pour conséquence que l'actionnaire n'a, selon le droit des sociétés, pas la possibilité de comptabiliser lui-même l'apport ou de s'acquitter du droit de timbre d'émission à la place de la société<sup>74</sup>.

Cela signifie également que le contribuable ne pourra pas simplement invoquer le fait que le droit de timbre d'émission ait été acquitté à hauteur d'un certain montant par la société pour pouvoir bénéficier d'un remboursement en franchise d'impôt. Ceci à notre sens sous réserve du cas où l'Administration fédérale des contributions a analysé de façon détaillée la nature et la valeur de l'apport dans le contexte de la perception du droit de timbre d'émission. Dans une telle hypothèse, l'Administration fiscale cantonale ne devrait selon nous revenir sur la valorisation retenue par l'AFC qu'avec beaucoup de retenue.

Enfin, l'on notera que conformément à ce qui prévaut s'agissant d'un apport ouvert de capital, la possibilité de réclamer un remboursement n'est pas limitée à l'actionnaire qui a effectué l'apport, mais est également susceptible d'être invoqué par un autre actionnaire de la société ou un actionnaire ayant acquis les parts postérieurement à l'apport<sup>75</sup>. En pratique, l'acquéreur futur se heurtera néanmoins souvent à deux difficultés. D'une part, pour pouvoir invoquer l'apport dissimulé, il faudra qu'il ait connaissance du fait qu'un tel apport a été réalisé par le passé, et d'autre part, même s'il en a connaissance, il devra s'être fait communiquer les éléments lui permettant d'étayer la valeur de l'apport dissimulé.

Aussi, le praticien serait bien avisé de vérifier systématiquement ce point dans le contexte de toute *due diligence* concernant l'acquisition d'une société, de solliciter la remise de toutes les pièces nécessaires à établir le montant d'un apport dissimulé et cas échéant de fixer dans une demande de ruling la valeur de l'apport dissimulé. De

---

<sup>72</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414 ; CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 132.

<sup>73</sup> AFC, Apports dissimulés, 4<sup>e</sup> puce.

<sup>74</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414.

<sup>75</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414.

même, le conseil de la partie venderesse serait avisé de relever l'existence d'apports dissimulés au titre d'argument permettant d'augmenter le prix de vente.

Une vigilance particulière s'agissant de l'existence potentielle d'apports dissimulés devrait à notre sens être portée lorsque la société faisant l'objet de la transaction n'a qu'un seul actionnaire (« *Einmanngesellschaft* »), car c'est en pratique dans ce type d'entités que l'on devrait le plus souvent se trouver en présence de tels apports.

## *ii. Le moment du remboursement*

Dans sa prise de position, l'AFC a annoncé que la restitution d'un apport dissimulé de capital en franchise d'impôt sur le revenu ne pouvait avoir lieu qu'au moment de la liquidation de la société<sup>76</sup>.

L'état de fait relatif à l'ATF 149 II 158 avait bien pour objet la distribution perçue lors de la liquidation d'une société. Néanmoins, avec la doctrine qui s'est exprimée sur le sujet, nous sommes de l'avis qu'une telle limitation ne ressort nullement de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>77</sup>.

De façon générale, l'arrêt semble préconiser que les RAC issues d'un apport dissimulé doivent bénéficier d'un traitement fiscal identique à celui des RAC provenant d'un apport ouvert, ce qui implique notamment qu'un remboursement en tout temps doit être admissible.

De façon plus spécifique, forcer l'actionnaire à attendre la liquidation de la société pour obtenir la restitution de l'apport dissimulé en franchise d'impôt peut s'avérer inique lorsque l'objet de l'apport est réalisé par la société avant sa liquidation<sup>78</sup>.

*Exemple n°1 : en 20\_N vend à B.SA dont il est actionnaire à 100% un immeuble pour un prix de 400. Selon un rapport d'évaluation indépendant, il peut être établi que l'immeuble vaut 1'000 (apport dissimulé de 600). B.SA possède d'autres actifs.*

*En 20\_N+5, B.SA distribue l'immeuble à son actionnaire alors qu'il vaut 1'200 (variante : elle le vend à un tiers et distribue le produit de la vente à son actionnaire).*

*Tant dans l'état de fait principal que dans la variante, il semble inique que l'actionnaire doive payer l'impôt sur le revenu sur un montant de 1'200<sup>79</sup>, dans la mesure où la distribution a précisément pour source le bien par lequel l'apport dissimulé de capital a été consenti. L'actionnaire devrait ainsi pouvoir bénéficier d'une exonération au titre de l'art. 20 al. 3 LIFD à hauteur des 600 correspondant à l'apport dissimulé de capital effectué en 20\_N.*

---

<sup>76</sup> AFC, Apports dissimulés, 3<sup>e</sup> puce.

<sup>77</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414 ; OESTERHELT/OPEL, p. 151 s. ; DANON/MALEK, p. 502 ss ; CODONI/ASPESI, NF 6, p. 328.

<sup>78</sup> Dans ce sens OESTERHELT/OPEL, p. 152 ; CODONI/ASPESI, NF 6, p. 328.

<sup>79</sup> Par simplification, il n'est pas fait référence à l'imposition partielle (art. 20 al. 1<sup>bis</sup> LIFD) dans les exemples présentés dans ce chapitre.

La pratique voulue par l'AFC peut mener à des effets encore plus inéquitables si le produit de liquidation est inférieur au montant de l'apport dissimulé de capital<sup>80</sup>.

*Exemple n°2 : suite de l'état de fait présenté ci-avant. L'Administration fiscale a appliqué la pratique préconisée par l'AFC et refusé l'application de l'art. 20 al. 3 LIFD dans le contexte de l'opération réalisée en 20\_N+5. Elle a donc imputé à l'actionnaire un dividende imposable de 1'200.*

*En 20\_N+7, la société est liquidée et le produit de liquidation est de 200.*

*Le produit de liquidation est ainsi inférieur de 400 au montant de l'apport de capital effectué en 20\_N. Au regard des conditions strictes posées par l'art. 147 LIFD, il n'existe aucun motif de révision permettant de revoir la décision rendue en 20\_N+5, de sorte que l'actionnaire subira une charge fiscale supplémentaire calculée sur un substrat fiscal de 400. Ceci induit une différence de traitement avec l'actionnaire d'une société ayant comptabilisé tous les apports de capital de façon ouverte qui n'est nullement voulue par la jurisprudence du Tribunal fédéral.*

Nous comprenons que la position exprimée par l'AFC découle avant tout de raisons pratiques qui sont liées à la difficulté que pourrait causer le suivi du remboursement des apports dissimulés de capital, faute de possibilité pour les cantons d'effectuer un suivi centralisé de la revendication de tels apports par les actionnaires<sup>81</sup>. Ces difficultés se poseraient plus particulièrement dans des états de fait intercantonaux, un suivi au sein d'une même administration cantonale devant pouvoir être mis de place de façon relativement aisée.

L'on imagine en effet à titre exemplatif trois cas de figures dans lesquels une situation intercantonaire pourrait permettre un remboursement multiple du même apport dissimulé de capital :

- En cas de déménagement d'un actionnaire d'un canton A à un canton B, l'actionnaire pourrait percevoir l'apport dissimulé en franchise d'impôt dans le canton A, puis faute de communication entre les cantons, percevoir à nouveau le même apport en franchise dans le canton B ;
- Il pourrait en aller de même en cas de vente des parts par un actionnaire domicilié dans un canton A, qui aurait déjà perçu l'apport dissimulé en franchise d'impôt, à un actionnaire domicilié dans un canton B qui ferait valoir à nouveau la même restitution en franchise d'impôt ;
- Lorsqu'une société a plusieurs actionnaires et que ces derniers sont domiciliés dans différents cantons, il serait également difficile de faire le suivi des remboursements entre les différents actionnaires.

---

<sup>80</sup> Cf. également : CODONI/ASPESI, NF 6, p. 328.

<sup>81</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414.

La restriction selon laquelle les apports de capital ne peuvent être perçus qu'au moment de la liquidation de la société permet de façon certaine d'éviter les risques de remboursement multiples illustrées dans les deux premiers exemples ci-dessus, et vraisemblablement également dans le troisième<sup>82</sup>.

Néanmoins, nous sommes de l'avis que cette simplification voulue par l'AFC n'est pas compatible avec l'ATF 149 II 158<sup>83</sup>. Dans les situations internes à un canton, qui devraient être les plus fréquentes en pratique, le problème pourrait être résolu par d'autres moyens, notamment en requérant des contribuables qui souhaitent percevoir un apport dissimulé de capital en franchise d'impôt qu'ils soumettent une demande de ruling. Ladite demande viserait à fixer l'existence et le montant de l'apport dissimulé de capital existant et à déterminer le montant dont l'actionnaire requiert le remboursement en franchise d'impôt sur le revenu.

Pour ce qui est de la problématique intercantonale, l'on notera que l'absence de communication entre les cantons peut souvent être source de soustraction fiscale, ce que cherchent déjà à contrebalancer la possibilité d'ouvrir une procédure en rappel d'impôt (art. 151 ss LIFD) et les dispositions pénales applicables aussi bien à la société qu'au contribuable en cas de soustraction (art. 174 ss LIFD). Enfin, nous sommes de l'avis qu'un obstacle procédural, tel que l'absence de base de données intercantonale (p.ex. un registre)<sup>84</sup> susceptible de permettre un suivi des apports dissimulés de capital ne saurait justifier l'application d'une pratique défavorable au contribuable. Ce d'autant plus que les administrations seraient susceptibles de mettre un tel registre en place, comme elles le font p.ex. déjà en matière d'évaluation des titres non cotés.

Alternativement, l'on pourrait envisager de résoudre que la problématique illustrée par l'exemple n° 2 ci-dessus en permettant au contribuable de solliciter une reconsideration d'une décision de taxation rendue dans le passé dans les cas où le produit de liquidation n'est pas suffisamment élevé pour couvrir l'apport dissimulé de capital et que des distributions ont été pleinement imposées par le passé. Ainsi, dans l'exemple n° 2, A pourrait solliciter une reconsideration de la décision de taxation rendue en 20\_N+5 afin que son revenu imposable soit réduit de 400.

Cette solution ne serait néanmoins par entièrement satisfaisante car la reconsideration serait susceptible de se heurter à la problématique du délai de prescription qui serait de 10 ans si l'on applique le délai de l'art. 152 al. 1 LIFD relatif au rappel d'impôt ou de 15 ans si l'on applique le délai de l'art. 120 al. 4 LIFD relatif au droit de taxer<sup>85</sup>. Selon nous, dans la mesure où la reconsideration constitue le pendant d'un rappel

---

<sup>82</sup> En théorie, en cas de liquidation, deux actionnaires domiciliés dans des cantons différents pourraient se prévaloir du remboursement intégral d'un même apport dissimulé de capital. Ils devraient néanmoins pour cela étayer les raisons pour lesquelles une distribution asymétrique de RAC se justifie au moment de la liquidation, ce qui selon la pratique requiert des raisons objectives qui devront être alléguées devant l'administration fiscale.

<sup>83</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 414.

<sup>84</sup> OESTERHELT/OPEL, p. 151.

<sup>85</sup> La question de savoir quel délai de prescription serait applicable en cas de reconsideration n'a à notre connaissance pas été tranchée par le Tribunal fédéral et ne sera pas approfondie dans la présente.

d'impôt en faveur du contribuable<sup>86</sup>, le délai de 10 ans de l'art. 152 al. 1 LIFD serait applicable au dépôt d'une telle requête, ce qui signifie que passé ce délai la décision de taxation entrée en force ne pourrait plus être modifiée pour prendre en compte la restitution d'un apport dissimulé de capital.

Ainsi, cette seconde solution laisserait subsister des situations inéquitables dans les cas où le contribuable n'a pas reçu de dividende dont le montant couvre l'apport dissimulé de capital au cours du délai de prescription.

Au regard de ceci, nous sommes de l'avis que le contribuable doit être en mesure de se prévaloir de la restitution d'un apport dissimulé de capital en tout temps, cas échéant moyennant le dépôt préalable d'une demande de ruling auprès de l'administration cantonale de son canton de résidence.

Nous rejetons également la position exprimée par certains auteurs selon laquelle le remboursement de l'apport dissimulé ne pourrait intervenir que lorsque la société réalise le bien ayant fait l'objet de l'apport (*i.e.* dans l'exemple 1 ci-dessus en cas de vente de l'immeuble ou transfert à l'actionnaire)<sup>87</sup>. Cette position, bien que justifiable pour des raisons pratiques, n'est pas non plus compatible avec la genèse de l'art. 20 al. 3 LIFD qui permet le remboursement de RAC en tout temps. Elle laisserait par ailleurs subsister le problème selon lequel le remboursement de l'apport ne peut avoir lieu qu'à la liquidation dans tous les cas où l'apport dissimulé est un apport de liquidités<sup>88</sup>, comme p.ex. dans l'état de fait de l'ATF 149 II 158.

Enfin, l'on notera que la position restrictive exprimée par l'AFC ne lie pas les administrations cantonales qui seraient donc libres d'adopter une pratique plus extensive, notamment en retenant l'une des deux solutions préconisées ci-dessus.

#### D. La transposition

Selon l'art. 20a let. b LIFD, il y a transposition lorsqu'un contribuable (i) transfert une participation, (ii) qu'il détient dans sa fortune privée, (iii) à une société de personne ou personne morale, (iv) dans laquelle il détient une participation de 50% ou plus après le transfert, (v) et que la contre-prestation reçue est supérieure à la somme de la valeur nominale et des RAC ressortant des comptes de la société transférée<sup>89</sup>.

En d'autres termes, pour éviter de réaliser une transposition, un contribuable qui souhaite apporter (ou vendre) des actions d'une société qu'il détient à une société qu'il contrôle peut fixer la valeur de l'apport (ou le prix de vente) au maximum à la somme du capital nominal et des RAC de la société transférée (solution « de base »)<sup>90</sup>.

Alternativement, pour éviter une transposition, le contribuable peut appliquer la solution dite de « l'agio ». Selon cette dernière, la transposition est évitée si le

<sup>86</sup> Dans ce sens : TF 9C\_361/2024 (destiné à publication), c. 2 (arrêt rendu en matière de TVA).

<sup>87</sup> OESTERHELT/OPEL, p. 511 ; CODONI/ASPESI, NF 6, p. 330.

<sup>88</sup> Ainsi qu'en cas d'apport d'un bien fongible si la société possède déjà d'autres biens du même type.

<sup>89</sup> ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slides 23 s.

<sup>90</sup> ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slides 25 s.

contribuable réalise la transaction (apport ou vente) à la valeur vénale, mais comptabilise le montant excédant la valeur nominale et les RAC de la société transférée dans un compte de réserves issues du bénéfice par opposition à un compte de réserve d'apport de capital (ou compte courant actionnaire en cas de vente)<sup>91</sup>.

Si le contribuable ne se conforme à aucune de ces deux alternatives, l'apport/vente de la participation détenue qualifie de transposition, ce qui implique que la différence entre l'apport (ou prix de vente) comptabilisé et la somme du capital nominal et des RAC de la société apportée sera immédiatement frappée de l'impôt sur le revenu.

La jurisprudence concernant l'apport dissimulé de capital est susceptible d'avoir un impact fiscal sur deux aspects liés à une telle opération :

- Premièrement, il convient de se demander si l'ATF 149 II 158 permet au contribuable d'apporter/vendre une participation qu'il détient à une société qu'il contrôle pour un montant supérieur à la somme de la valeur nominale et des RAC comptabilisées chez l'entité transférée s'il arrive à démontrer l'existence d'apports dissimulés ayant bénéficié à cette dernière<sup>92</sup>.
- Deuxièmement, toute opération d'apport permettant d'éviter une transposition (solution de base ou solution de l'agio) constitue un apport dissimulé de capital qui pourrait un jour être remboursé en franchise d'impôt à l'actionnaire si l'on applique l'arrêt du Tribunal fédéral de façon littérale. Reconnaître ce principe rendrait toute opération visant à éviter la transposition caduque, et donc soumise à l'impôt sur le revenu à hauteur de la différence entre la valeur vénale de la participation transférée et la somme de son capital-actions et de ses RAC<sup>93</sup>. Les seuls cas qui échapperait à cet écueil seraient ceux dans lesquels le contribuable est en mesure de démontrer que la valeur vénale de la société transférée n'excède pas la somme de son capital nominal et de ses RAC, ce qui devrait être plutôt rare en pratique.

Les auteurs qui se sont penchés sur le sujet peu de temps après la parution de l'arrêt s'inquiétaient même de l'effet qu'il pouvait avoir sur des transferts répondant à ces conditions ayant été réalisés avant son rendu<sup>94</sup>.

Avant de traiter ces deux questions, nous en illustrerons les enjeux dans un exemple.

Exemple : A détient 100% de B.SA dont le capital-actions se monte à 100 et les RAC à 200. La valeur vénale de B.SA est de 1'000. Dans le contexte d'une restructuration patrimoniale, A apporte (vend) B.SA à C.SA, une société holding dont il détient le 100% des parts. Les réserves latentes de 700 dont dispose B.SA reposent exclusivement

<sup>91</sup> NOËL, art. 20a LIFD N 11.

<sup>92</sup> Sur la problématique : CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 133 s.

<sup>93</sup> Sur la problématique : OESTERHELT/SCHREIBER, p. 417 ; CODONI/ASPESI, NF 3, p. 143.

<sup>94</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 143, qui excluaient (à juste titre) toute reprise sur une période déjà taxée, mais n'excluaient pas qu'une reprise puisse avoir lieu pour les opérations réalisées sur des périodes fiscales dont la taxation était encore ouverte.

*sur un brevet que A avait apporté sans contrepartie à la société en 2018, qu'il venait d'acquérir d'un tiers pour 100.*

*Sur la base de la pratique prévalant en matière de transposition avant la publication de l'ATF 149 II 158, A pouvait apporter / vendre B.SA à C.SA pour un montant maximal de 300 afin de ne pas tomber sous le coup de l'art. 20a let. b LIFD. Le surplus (700) pouvait être comptabilisé dans le compte « autre réserve » si la solution de l'agio était appliquée.*

*La première question soulevée par la jurisprudence implique de se demander si, outre la somme du capital-actions et des RAC de l'entité transférée (300), A peut invoquer l'existence d'un apport dissimulé de capital de 100 et par conséquent réaliser l'apport / vente pour 400 sans remplir les conditions de la transposition.*

*La seconde question implique de se demander si, au regard de l'ATF 149 II 158, il ne conviendrait pas d'imputer une transposition à A sur une base de 600/700 (selon la solution retenue pour la première question), puisque sur la base d'une lecture littérale de l'arrêt précité, A réalisera un apport de dissimulé 600/700 dont il sera fondé à demander le remboursement en franchise d'impôt (art. 20 al. 3 LIFD) au plus tard au moment de la liquidation de la société.*

S'agissant de la première problématique, nous sommes de l'avis que la jurisprudence du Tribunal fédéral permet à l'actionnaire transférant la participation de faire valoir une valeur de transfert ne tombant pas sous le coup de l'art. 20a let. b LIFD qui soit supérieure au montant du capital nominal et des RAC apparaissant dans les comptes de la société transférée<sup>95</sup>. Ceci à condition de démontrer la présence d'un apport dissimulé de capital au sein de l'entité transférée. Dans l'exemple, le transfert pourrait être effectué pour 400 au lieu de 300.

Ceci en raison du fait que l'arrêt du Tribunal fédéral préconise un traitement identique des apports de capital ouverts et des apports dissimulés s'agissant des impôts directs. La jurisprudence a donc également vocation à s'appliquer en cas de transposition.

La position de l'AFC selon laquelle un actionnaire serait fondé à revendiquer l'existence d'un apport dissimulé uniquement au moment de la liquidation de la société serait néanmoins susceptible de faire obstacle à cette approche.

Outre notre désaccord sur ce point, déjà exprimé sous chap. IV.C.i, nous sommes de l'avis que, même si cette pratique est maintenue, une exception doit être prévue dans les cas susceptibles de qualifier de transposition car il s'agit du dernier moment où l'actionnaire sera en mesure de demander à pouvoir bénéficier de l'apport dissimulé au niveau des impôts directs. En effet, dans l'exemple précité, si A apporte B.SA à C.SA et que C.SA comptabilise en contrepartie un montant de 300 de capital-actions/RAC, le montant que A pourra réclamer en franchise d'impôt sera une fois pour

---

<sup>95</sup> Du même avis CHAPUIS/ERB-ZIMET, p. 133 s.

toute figé à 300 (au lieu des 400 auxquels il pourrait prétendre en cas de liquidation de B.SA), et ce même si B.SA est subséquemment liquidée dans C.SA<sup>96</sup>.

Pour ce qui est de la seconde question, la pratique publiée par l'AFC apporte désormais une réponse aux incertitudes qui avaient pu naître suite à l'arrêt en tant qu'elle affirme que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne peut conduire à un cas de sous-imposition, notamment dans les cas de transpositions<sup>97</sup>. De cette réserve, l'on peut notamment exclure qu'un actionnaire ayant appliqué la solution de base ou la solution de l'*agio* se prévale ensuite d'un remboursement de l'apport (dissimulé) de capital en neutralité fiscale, puisque cela aboutirait indéniablement à une sous-imposition (à hauteur de 600/700 dans l'exemple présenté plus haut)<sup>98</sup>.

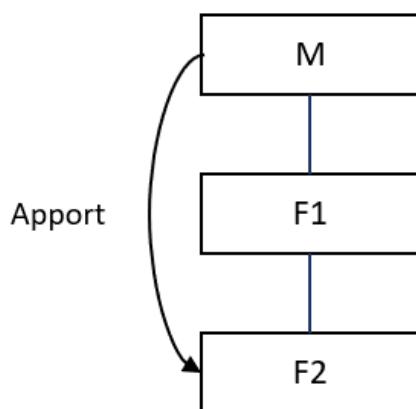
Bien qu'il semblerait qu'un certain nombre d'administrations fiscales aient adopté cette pratique<sup>99</sup>, il n'est à notre sens pas nécessaire de requérir un engagement de l'actionnaire à ne pas se prévaloir dans l'art. 20 al. 3 LIFD lorsqu'il procède à un transfert de participation susceptible de qualifier de transposition<sup>100</sup>.

## E. L'apport indirect de capital

### i. L'apport par une société mère indirecte

L'art. 5 al. 2 let. a LT soumet au droit de timbre d'émission les apports à fonds perdu consentis par les actionnaires ou associés d'une société.

Selon la pratique de l'AFC, le droit de timbre d'émission n'est toutefois pas dû lorsqu'un apport à fonds perdu est effectué par une personne qui n'est pas l'actionnaire direct de la société qui reçoit l'apport de capital<sup>101</sup>. Ceci en vertu d'une interprétation littérale de la disposition précitée qui doit à notre sens être approuvée.



<sup>96</sup> Cf. chap. IV. F.iv sur la question d'un éventuel transfert de l'apport dissimulé en cas d'absorption de B.SA par C.SA (*fusion upstream*).

<sup>97</sup> AFC, Apports dissimulés, 1<sup>ère</sup> puce.

<sup>98</sup> ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slides 25 à 28; OESTERHELT/SCHREIBER, p. 417.

<sup>99</sup> ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slide 24.

<sup>100</sup> OESTERHELT/SCHREIBER, p. 417.

<sup>101</sup> OESTERHELT/DEISS, IFF 2017, p. 25 et 28 ; CODONI/ASPESI, NF 3, p. 135.

Dans l'exemple ci-dessus, le droit de timbre d'émission n'est dû ni par F1 ni par F2<sup>102</sup>. Le corollaire étant que l'AFC ne permet pas la comptabilisation de RAC, que ce soit au niveau de F1 ou de F2<sup>103</sup>. À noter que pour ce qui est des impôts directs, un tel versement n'est en pratique soumis à l'impôt sur le bénéfice ni auprès de F1 ni auprès de F2 en application de l'art. 60 let. a LIFD<sup>104</sup>.

Dans le même sens, la Circulaire n° 29c indique que les versements qui ne proviennent pas d'un actionnaire direct ne peuvent pas qualifier de RAC<sup>105</sup>. Ceci en vertu d'une interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD qui fait référence aux versements faits « *par les détenteurs des droits de participation* ».

Avec la doctrine, nous pensons que cette pratique devrait être corrigée, dans la mesure où tant F1 que F2 bénéficient économiquement d'un apport de capital, à savoir d'une augmentation de leurs fonds propres qui ne provient pas de la réalisation d'un bénéfice par la société<sup>106</sup> :

- F1 reçoit un apport de la part de sa société-mère directe, par le fait qu'elle bénéficie de l'augmentation de valeur de F2 grâce à l'apport que cette dernière perçoit.
- F2 reçoit quant à elle une contribution en espèce provenant d'une société qui n'est certes pas son actionnaire direct, mais qui la détient tout de même de façon indirecte. Le motif du virement repose pour ailleurs indéniablement sur le rapport d'actionnariat (indirect) qui existe entre M et F2, puisque M n'aurait pas consenti à une telle contribution sans contrepartie en faveur d'une entité tierce.

À notre avis, prendre en compte les apports indirects comme RAC permettrait une meilleure application du principe de la capacité contributive. En effet, bien qu'elle n'ait pas été consentie par un actionnaire direct, la contribution constitue économiquement un apport à fonds perdu pour la société récipiendaire. Sa distribution ultérieure à l'actionnaire doit dès lors être exonérée de l'impôt sur le revenu, puisqu'elle ne constitue pas un afflux de plus-value réalisée par la société. Le fait que le législateur ait sciemment permis de décorrérer l'identité de la personne qui consent l'apport de celle de la personne qui le reçoit (chap. 1.A) plaide également en faveur d'une interprétation extensive de l'art. 20 al. 3 LIFD dans ce contexte.

Enfin, la prise en compte des apports indirects comme RAC au niveau des impôts directs permettrait d'assurer une cohérence avec la théorie du triangle que l'AFC applique par principe en matière d'impôts directs dans les cas où il y a prestation appréciable en argent. Ainsi, si l'on imaginait le cas inverse à celui présenté ci-dessus où F2 faisait une distribution dissimulée de bénéfice à M, en matière d'impôts directs,

<sup>102</sup> OESTERHELT/DEISS, IFF 2017, p. 25 et 28 ; question laissée ouverte dans ATAF 2009/21.

<sup>103</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 136.

<sup>104</sup> BRÜLISAUER/STOCKER, art. 60 LIFD N 11 et 74.

<sup>105</sup> Circulaire n° 29, ch. 3.2.

<sup>106</sup> DANON/MALEK, p. 514 s. ; OESTERHELT/SCHREIBER, p. 415; CODONI/ASPESI, NF 3, p. 140 et 142.

une fiction s'appliquerait selon laquelle il y a eu un premier dividende de F2 à F1 (imposable mais potentiellement soumis à réduction participation) puis un second de F1 à M (également imposable, sous réserve de réduction pour participation).

Dès lors qu'un apport de capital est l'inverse d'une prestation appréciable en argent, il est difficilement justifiable de ne pas appliquer la même fiction, à savoir qu'il y a eu un premier apport dissimulé de capital de M à F1, puis un second apport dissimulé de F1 à F2. Et ce bien que comptablement F2 aura comptabilisé ce second apport de façon ouverte comme provenant de M.

L'arrêt rendu concernait un cas d'apport (dissimulé) direct et ne tranche dès lors pas la question de savoir si un apport indirect est susceptible de créer de la RAC au sein de F1 et/ou de F2.

Nous sommes néanmoins de l'avis qu'il contient deux éléments d'interprétation qui justifieraient de reconnaître des RAC dans le contexte des impôts directs en présence d'un apport indirect, et ce aussi bien chez F1 que chez F2 :

- Premièrement, dans l'ATF 149 II 158 le Tribunal fédéral mentionne que l'énumération faite à l'art. 20 al. 3 LIFD est de nature exemplative<sup>107</sup>, ce qui lui permet de s'écartier de l'interprétation littérale qu'en fait l'AFC pour reconnaître qu'un apport dissimulé de capital qualifie de RAC au niveau des impôts directs. Une application *mutatis mutandis* de ce raisonnement doit conduire s'écartier également d'une interprétation littérale s'agissant des apports indirects et par conséquent d'accorder la possibilité de restituer un apport indirect en franchise d'impôt sur le revenu sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD.
- Deuxièmement, dans son arrêt la Haute Cour se réfère à la notion d'apport à fonds perdu au sens de l'art. 60 let. a LIFD pour définir les apports tombant sous le coup de l'art. 20 al. 3 LIFD<sup>108</sup>, disposition sous le coup de laquelle tombent précisément les apports indirects qui sont exonérés d'impôt sur le bénéfice au niveau de F1 et F2 à ce titre.

À notre connaissance, bien qu'elle n'ait pas émis de communication officielle sur le sujet, l'AFC a l'intention de poursuivre sa pratique consistant à ne pas reconnaître de RAC en présence d'un apport indirect de capital<sup>109</sup>.

## *ii. L'apport par une société sœur*

L'apport à une société sœur constitue un autre cas d'apport indirect fréquent en pratique. Tandis qu'en matière d'impôt anticipé c'est la théorie du bénéficiaire direct qui s'applique, les autorités fiscales appliquent là aussi en principe la théorie du triangle en matière d'impôts directs<sup>110</sup>.

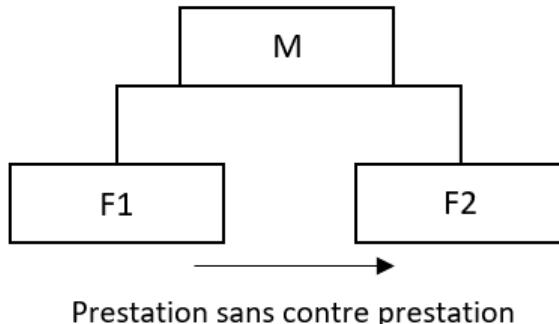
---

<sup>107</sup> ATF 149 II 158, c. 4.1.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Du même avis OESTERHELT/SCHREIBER, p. 415.

<sup>110</sup> Sous réserve de rares exceptions dont il ne sera pas traité ici.



Dans l'exemple ci-dessus, en vertu de la théorie du triangle, l'administration fiscale considéra que F1 a fait dans un premier temps une distribution de dividende à M (soumise à impôt sur le bénéfice, avec application de la réduction pour participation) et que M apporte ensuite cette distribution à F2. L'apport de capital de M à F2 n'est pas soumis à l'impôt sur le bénéfice chez F2 par application de l'art. 60 let. a LIFD<sup>111</sup>.

Selon la pratique de l'AFC, basée sur l'interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD présentée dans le précédent chapitre, aucune RAC ne peut être revendiquée au niveau de F2, que ce soit pour l'impôt anticipé ou pour les impôts directs<sup>112</sup>.

Avec la doctrine, nous sommes également de l'avis que, bien qu'il ne traite pas directement d'un cas d'apport entre sociétés sœurs, l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral doit pousser les administrations fiscales à faire évoluer leur pratique en matière d'impôt direct, en permettant aux contribuables détenant leurs parts en fortune privée d'obtenir la restitution de tels apports en franchises d'impôt sur le revenu sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD<sup>113</sup>.

Ceci pour les raisons présentées en détail dans le précédent chapitre, et notamment en vertu du fait que l'ATF 149 II 158 semble favoriser une interprétation extensive de l'art. 20 al. 3 LIFD. Il convient donc là aussi de retenir que toute contribution faite à une société qui ne découle pas d'un bénéfice réalisé est susceptible de qualifier de RAC pour les impôts directs, indépendamment d'une comptabilisation comme apport de capital dans le bilan de la société.

## F. Les restructurations

Les restructurations constituent une thématique importante en matière d'apport dissimulé puisque, selon les art. 19 et 61 LIFD, l'une des conditions *sine qua non* à la réalisation d'une restructuration en neutralité fiscale est que les actifs soient transférés entre sociétés à la valeur comptable (valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice). Par conséquent, en présence de réserves latentes sur les actifs transférés, une

<sup>111</sup> BRÜLISAUER/STOCKER, art. 60 LIFD N 11 et 65.

<sup>112</sup> Circulaire n° 29, ch. 3.2.

<sup>113</sup> Du même avis OESTERHELT/SCHREIBER, p. 415 ; DANON/MALEK, p 515 ; CODONI/ASPESI, NF 3, p. 144.

restructuration impliquant un transfert d'actif par l'actionnaire donnera systématiquement lieu à un apport dissimulé de capital<sup>114</sup>.

Se pose dès lors la question de savoir si et dans quelle mesure le remboursement de cet apport en franchise d'impôt peut être revendiqué ultérieurement par l'actionnaire si ce dernier est une personne physique détenant les parts en fortune privée.

Dans sa communication, l'AFC a tenté de clarifier ce point en indiquant que l'application de l'ATF 149 II 158 ne devait pas « *donner lieu à des cas de sous-imposition [...] en particulier [dans] les cas de restructuration (art. 19 al. 1 let. b et art. 61 LIFD)* »<sup>115</sup>.

Cette réserve est à notre sens fondée mais les limites qu'elle pose méritent néanmoins d'être étudiées dans trois cas de restructuration que sont la transformation d'une raison individuelle en société anonyme (chap. i), la scission « d'ancien droit » (chap. ii), le transfert d'actifs à une filiale en neutralité fiscale (chap. iii), qui sont toutes des opérations impliquant un apport dissimulé de capital<sup>116</sup>. Enfin, nous reviendrons sur la possibilité de transférer un apport dissimulé entre sociétés dans le contexte d'une restructuration, qui a été admise par l'AFC dans sa publication (chap. iv)<sup>117</sup>.

### *i. La transformation d'une société de personnes en société anonyme*

Selon l'art. 19 al. 1 let. b LIFD, une société de personnes peut être transformée en société de capitaux en neutralité fiscale, à condition notamment que les éléments transférés soient repris à la valeur fiscalement déterminante par l'entité reprenante. La neutralité fiscale est révoquée dans l'hypothèse où l'actionnaire aliène les parts de la société reprenante dans les cinq ans suivant le transfert pour une valeur supérieure à la valeur fiscalement déterminante du capital propre transféré (art. 19 al. 2 LIFD). En cas d'aliénation partielle des parts, une imposition proportionnelle a lieu<sup>118</sup>.

Ainsi, si l'on exclut les cas, rares en pratique, où la société de personnes n'a aucune réserve latente, une transformation sera systématiquement constitutive d'un apport dissimulé de capital à hauteur de la différence entre la valeur vénale et la valeur comptable du patrimoine transféré.

La question de savoir si l'actionnaire est ensuite susceptible de réclamer le remboursement de cet apport dissimulé en franchise d'impôt sur le revenu doit être tranchée à la lumière de la première restriction posée par l'AFC dans sa prise de position, selon laquelle l'application de l'ATF 149 II 158 ne doit pas conduire à une sous imposition<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 137.

<sup>115</sup> AFC, Apports dissimulés, 1<sup>ère</sup> puce.

<sup>116</sup> Sauf si le patrimoine transféré ne comporte aucune réserve latente, ce qui sera rare en pratique.

<sup>117</sup> AFC, Apports dissimulés, 2<sup>e</sup> puce.

<sup>118</sup> Circulaire n° 5a, ch. 3.2.2.4.

<sup>119</sup> AFC, Apports dissimulés, 1<sup>er</sup> puce.

Ainsi, l'actionnaire ne pourra se prévaloir de l'art. 20 al. 3 LIFD s'agissant des réserves latentes transférées lors d'une telle transformation que dans l'hypothèse où lesdites réserves ont fait l'objet d'une imposition ultérieure pour cause de violation du délai de blocage prévu par l'art. 19 al. 2 LIFD<sup>120</sup>. Ceci dans la mesure où les réserves auront alors déjà été frappées de l'impôt sur le revenu auprès de l'indépendant devenu actionnaire, de sorte qu'une nouvelle imposition au moment où les réserves sont distribuées par la société ne se justifierait pas.

Au contraire, dans le cas où le délai de 5 ans a été respecté, l'actionnaire ne saurait se prévaloir d'un remboursement non imposable de l'apport dissimulé en invoquant l'art. 20 al. 3 LIFD car cela conduirait à une sous imposition<sup>121</sup>.

La présence d'un apport dissimulé pourrait également être revendiquée dans l'hypothèse où la neutralité fiscale de l'opération était d'emblée niée (par exemple faute d'exploitation).

### *ii. La scission d'ancien droit*

Les art. 29 ss LFus prévoient, depuis leur entrée en vigueur au début des années 2000, une procédure permettant de procéder à la scission d'une société, de façon symétrique ou asymétrique, à travers un seul acte juridique.

En pratique, cette procédure est toutefois rarement utilisée, notamment en raison de la responsabilité solidaire qu'elle induit (art. 47 LFus) et des lourdeurs administratives qu'elle implique (cf. art. 36 ss LFus).

Ainsi, la façon la plus fréquente de procéder à une scission consiste à employer le processus qui était utilisé avant l'entrée en vigueur de la LFus (scission dite d'ancien droit) qui se décompose en trois étapes :

1. La société transférante constitue une filiale ;
2. La société transférante apporte une partie de son patrimoine à la filiale nouvellement constituée ;
3. La société transférante distribue les parts de la filiale à ses actionnaires.

Un tel procédé est reconnu comme étant neutre fiscalement si les conditions prévues par l'art. 61 al. 1 let. b LIFD sont respectées, ceci dans la mesure où le procédé de droit civil employé n'est pas déterminant pour juger de la neutralité d'une scission en droit fiscal<sup>122</sup>.

L'une des conditions à respecter est que les actifs doivent être transférés à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice, comme le prévoit l'art. 61 al. 1 LIFD. Comme

---

<sup>120</sup> Ceci correspond à la position défendue par la majorité de la doctrine, cf. p.ex. ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slides 6 à 8 ; OESTERHELT/SCHREIBER, p. 416 ; CODONI/ASPESI, NF 3, p. 141. Sont en revanche d'un avis contraire DANON/MALEK, p. 514, qui estiment qu'un remboursement en franchise d'impôt sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD est possible dans tous les cas car il convient de se placer du point de vue de la société distributrice. Cette approche n'est néanmoins pas celle qui a été retenue en pratique.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Circulaire n° 5a, ch. 4.3.1.

dans le contexte d'une transformation de société de personnes en société de capitaux, l'opération impliquera la réalisation d'un apport dissimulé de capital si le patrimoine transféré comprend des réserves latentes. Ceci dans la mesure où l'étape 2 implique le transfert d'actifs à une filiale par son actionnaire.

Dans tous les cas où la neutralité fiscale de la scission est reconnue, il est selon nous exclu qu'un actionnaire détenant les parts en fortune privée se prévale ultérieurement d'un remboursement de l'apport dissimulé en neutralité fiscale sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD<sup>123</sup>. Ceci pour deux raisons étayées ci-après.

D'une part, le droit fiscal appréhende l'opération comme une scission, et non comme un transfert de patrimoine à une filiale suivi d'une distribution des actions à l'actionnaire, ce qui explique notamment le fait que le délai de blocage prévu par l'art. 61 al. 2 LIFD en cas de transfert à une filiale n'est pas applicable, et que le dividende perçu lors de la distribution des actions n'est pas imposable dans le chef de l'actionnaire<sup>124</sup>.

Au regard de cette qualification dont se prévaut l'actionnaire, il serait contradictoire que ce dernier invoque ensuite qu'un apport dissimulé de capital a été consenti à une filiale. D'autre part, comme cela est le cas dans le contexte de la transformation d'une société de personne en société de capitaux, accepter que la distribution de l'apport dissimulé puisse intervenir en neutralité fiscale aboutirait à un cas de sous-imposition puisque l'on donnerait à l'actionnaire le droit de se voir rembourser en franchise d'impôt sur le revenu des réserves latentes que la société a créées dans le contexte de son activité commerciale, et qui ne résultent donc nullement d'un apport provenant du patrimoine de l'actionnaire.

En revanche, dans l'hypothèse où la neutralité de la scission n'est pas acceptée, l'actionnaire est susceptible de se prévaloir d'un apport dissimulé sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD, si et dans la mesure où l'absence de neutralité de l'opération a donné lieu à une imposition dans le chef de l'actionnaire<sup>125</sup>.

Cette dernière réserve est importante, puisque selon la pratique de l'AFC, il est possible qu'une scission ne soit pas neutre fiscalement, et génère donc le prélèvement de l'impôt sur le bénéfice auprès d'une voire des deux sociétés participant à la scission, sans toutefois générer de dividende imposable auprès de l'actionnaire. Ceci dans la mesure où l'administration fiscale est susceptible d'appliquer à titre exceptionnel la théorie du triangle modifiée à l'actionnaire qui signe une déclaration de revers par laquelle il s'engage à ne pas aliéner les actions de la société bénéficiaire<sup>126</sup> dans un délai de 5 ans. Dans cette hypothèse, il est renoncé au prélèvement de l'impôt sur revenu (dividende) au niveau de l'actionnaire aussi longtemps qu'il n'aliène pas les

<sup>123</sup> Ceci correspond à la position défendue la majorité doctrine, cf. p.ex. ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slides 17 à 19 ; OESTERHELT/SCHREIBER, p. 416.

<sup>124</sup> Dans le même sens : OESTERHELT/SCHREIBER, p. 416.

<sup>125</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 142.

<sup>126</sup> À savoir les actions de la société pour laquelle la scission n'est pas neutre. Lorsque la condition qui fait défaut est l'absence de continuité de l'exploitation, c'est la société qui ne poursuit pas l'exploitation qui est qualifiée de « société bénéficiaire » au sens de cette pratique.

actions de la société bénéficiaire au cours des 5 ans suivant la scission dont la neutralité fiscale n'a pas été reconnue<sup>127</sup>.

Ainsi, en cas de scission non neutre, il convient de distinguer entre les hypothèses suivantes :

- Soit l'actionnaire signe une déclaration de revers par laquelle la théorie du triangle modifiée peut être appliquée, auquel cas aucune imposition n'a lieu à son niveau, avec pour conséquence qu'aucun apport dissimulé ne peut être revendiqué sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD.
- Soit la théorie du triangle modifiée n'est pas appliquée, p.ex. parce qu'il s'agit d'une opération de scission-vente aboutissant à une violation du délai de blocage, auquel cas il sera possible à l'avenir de se prévaloir du remboursement de l'apport dissimulé de capital consenti lors de la seconde opération de la scission d'ancien droit<sup>128</sup>.

### ***iii. Le transfert d'actifs à une filiale***

Selon l'art. 61 al. 1 let. d et al. 2 LIFD, une société mère peut transférer à sa filiale en neutralité fiscale une exploitation, partie distincte d'exploitation, ou un actif issu de l'exploitation, à condition notamment que le transfert soit effectué à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et qu'un délai de blocage de 5 ans soit respecté.

Comme dans les cas de restructuration présentés sous chap. i et ii, l'opération sera constitutive d'un apport dissimulé de capital si et dans la mesure où le patrimoine transféré comporte des réserves latentes, soit dans la grande majorité des cas.

Dans ce cas, nous préconisons une approche similaire aux deux précédents cas, selon laquelle des réserves issues d'un apport dissimulé ne peuvent être revendiquées ultérieurement que si le délai de blocage a été violé avec pour conséquence qu'une imposition a eu lieu au niveau de la société mère transférante<sup>129</sup>. Si au contraire le délai de blocage a été respecté, la réalisation des réserves latentes sur le patrimoine transféré se manifestera au niveau de la filiale, de sorte qu'aucun apport dissimulé ne pourra être revendiqué par un acquéreur futur de la filiale<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Circulaire n° 5a , ch 4.3.3.3.

<sup>128</sup> Du même avis : ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slide 21, qui relèvent toutefois qu'il n'est pas encore clair si les Administrations fiscales se rallieront à ce point de vue.

<sup>129</sup> ZITTER/HEUBERGER, slide 16 selon lesquels cela correspond à la pratique qui s'est développée.

<sup>130</sup> Dans ce sens, la position exprimée par STRAHM dans OESTERHELT/STRAHM, ISIS 2024, slide 10 ; d'un avis contraire OESTERHELT/OPEL, p. 23 ; ZITTER/HEUBERGER, slide 15 selon lesquels la pratique n'est pas encore claire.

#### **iv. Le transfert d'un apport dissimulé**

Dans sa communication, l'AFC a précisé qu'un apport dissimulé de capital consenti à une société pouvait être transmis à une autre société dans le contexte d'une restructuration<sup>131</sup>.

Cela signifie qu'en cas de fusion entre deux sociétés sœurs ou indépendantes, l'apport sera conservé dans l'entité reprenante, ce qui pose relativement peu de difficultés en pratique.

En revanche en cas de fusion *upstream* (absorption de la fille par la mère) ou *downstream* (absorption de la mère par la fille), la prise en compte de l'apport dissimulé ne doit pas conduire à l'octroi d'un avantage imposable en faveur des actionnaires sous forme d'augmentation de RAC (ou valeur nominale des actions)<sup>132</sup>. Cela signifie en pratique :

- Qu'en cas de fusion *upstream*, une reprise par la mère d'un apport dissimulé consenti à la filiale absorbée est exclue, puisque cela mettrait les actionnaires au bénéfice d'une augmentation de RAC sujette à l'impôt sur le revenu au moment de l'opération<sup>133</sup>.

*Exemple : Fille SA (absorbée) a bénéficié d'un apport dissimulé de capital de 200 et de CA/RAC à hauteur de 200. Mère SA dispose elle de CA/RAC à hauteur de 300.*

*Si l'on permettait la prise en compte chez Mère SA des CA/RAC ouverts et/ou dissimulés existant au niveau de Fille SA, les actionnaires de Mère SA seraient imposés à hauteur de 400 (augmentation gratuite de CA/RAC). Ceci exclu par conséquent la prise en compte l'apport dissimulé dans le contexte d'une fusion upstream.*

- En cas de fusion *downstream*, l'existence d'apport dissimulé chez la mère société mère absorbée doit permettre d'augmenter le montant du capital nominal et des RAC pouvant être maintenu au sein de la filiale lorsque cette dernière dispose d'un solde de capital nominal et RAC supérieur à celui de la société mère<sup>134</sup>.

*Exemple : Mère SA (absorbée) dispose de CA/RAC à hauteur de 300 et a bénéficié d'un apport dissimulé de 100. Fille SA (absorbante) de CA/RAC à hauteur de 700. Selon la Circulaire 5a, les CA/RAC de la filiale seraient réduites de 400, et seraient donc de 300 post-fusion, afin que l'opération ne génère pas de conséquence fiscale au niveau des actionnaires.*

---

<sup>131</sup> AFC, Apports dissimulés, 2<sup>e</sup> puce.

<sup>132</sup> Circulaire n° 5a, ch. 4.1.2.3.2.

<sup>133</sup> Cf. Circulaire n° 5a, ch. 4.1.5.2.1 et 4.1.2.3.2.

<sup>134</sup> Conformément à ce qui prévaut pour des RAC comptabilisées ouvertement, cf. Circulaire n° 5a, ch. 4.1.6.3.

*Néanmoins, vu l'ATF 149 II 158 l'existence d'un apport dissimulé chez Mère SA doit selon nous permettre de maintenir un montant de CA/RAC de 400 chez Fille SA (à savoir 300 de CA/RAC de Mère SA, auxquels est ajouté l'apport dissimulé de 100).*

Dans les opérations horizontales (scission, transfert de patrimoine), l'apport dissimulé est susceptible d'être transféré. La question de son attribution doit à notre sens suivre le raisonnement suivant :

- Si l'apport dissimulé de capital est lié à un bien précis (p.ex. un immeuble qui a été vendu à la société pour un prix inférieur à sa valeur de marché), l'apport dissimulé suivra le sort du bien en question, sauf si une demande contraire du contribuable devait être formulée avant la restructuration, ce dernier étant libre quant à la répartition des fonds propres.
- Dans le cas contraire, l'apport dissimulé restera auprès de la société qui l'a reçue, sauf demande contraire du contribuable. Dans l'hypothèse où l'entité ayant bénéficié de l'apport ne devait pas survivre à l'opération (p.ex. scission de A.SA en B.SA et C.SA), une attribution au *pro rata* de la valeur comptable des actifs serait appliquée, là aussi sauf demande contraire préalable à l'opération.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas de restructuration, nous relèverons que le transfert d'un apport dissimulé n'est pas envisageable lorsqu'une filiale est liquidée dans sa société mère. Ainsi, si A.SA détient B.SA, société ayant reçu un apport dissimulé de capital par le passé, et que B.SA est liquidée, il n'y a pas de transfert de l'apport dissimulé, même si c'est A.SA qui reçoit l'entier des actifs de B.SA<sup>135</sup>. Ceci est cohérent avec le fait que le même traitement fiscal aurait été appliqué si les comptes de B.SA faisaient état d'un apport ouvert de capital important : ce dernier n'aurait pas pu être comptabilisé comme tel chez A.SA après la liquidation de B. SA.

## G. Les autres questions

### i. *La renonciation à une prestation imposable*

Comme déjà relevé, dans sa communication, l'AFC affirme à juste titre que l'application de l'ATF 149 II 158 ne doit pas conduire à une sous-imposition.

Cela implique selon nous qu'un contribuable ne peut se prévaloir d'un apport dissimulé de capital dans un cas où l'actionnaire aurait renoncé à percevoir de la société un flux financier qui aurait été sujet à l'impôt sur le revenu s'il n'y avait pas renoncé. Il en irait par exemple ainsi du cas où l'actionnaire accorde un prêt non rémunéré à la société ou de celui où il serait sous-rémunéré pour une activité qu'il effectue pour le compte de cette dernière (p.ex. en percevant un salaire inférieur au marché).

---

<sup>135</sup> ZITTER/HEUBERGER, IFF 2024, slides 9 à 12.

Admettre l'existence d'un apport dissimulé en franchise d'impôt dans de tels cas aboutirait à une sous-imposition de l'actionnaire qui percevrait en franchise d'impôt (remboursement de RAC selon l'art. 20 al. 3 LIFD) un flux financier qui aurait dû être soumis à l'impôt sur le revenu (intérêt ou salaire dans les exemples).

### *ii. L'assainissement*

Selon la pratique de l'AFC, confirmée par un arrêt du Tribunal fédéral<sup>136</sup>, lorsqu'un actionnaire assainit une société présentant un bilan déficitaire et se prévaut d'une exonération du droit de timbre d'émission sur la base des art. 6 let. k et 12 LT, la société ne peut se prévaloir de RAC<sup>137</sup>. En d'autres termes, la société doit choisir entre compenser les pertes au bilan et ainsi bénéficier d'une exonération du droit de timbre d'émission (sans que l'existence de RAC ne puisse être reconnue) ou comptabiliser l'apport de capital dans un poste séparé du bilan et pouvoir faire reconnaître des RAC (sans que l'apport ne soit exonéré du droit de timbre d'émission).

Dans la première hypothèse, où l'exonération du droit de timbre d'émission est invoquée, l'actionnaire réalise de fait un apport dissimulé de capital puisque l'apport qu'il réalise en vue d'assainir la société n'est pas comptabilisé au bilan.

Certains auteurs sont de l'avis que l'ATF 149 II 158 permet désormais à l'actionnaire personne physique détenant les parts en fortune privée de se prévaloir d'une restitution de l'apport en franchise d'impôt sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD<sup>138</sup>.

Bien que nous n'approuvions pas la solution retenue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 149 II 462, nous ne pouvons pas nous rallier à cette position dans la mesure où une telle pratique permettrait de contourner les conditions jurisprudentielles posées pour obtenir une exonération du droit de timbre d'émission<sup>139</sup>. Or, comme l'a soulevé l'AFC à juste titre, l'application de l'ATF 149 II 158 ne saurait conduire à des cas de sous-imposition, ce qui serait le cas si l'on admettait un remboursement d'un apport de capital ayant bénéficié d'une exonération d'impôt lors d'un assainissement.

### *iii. Les opérations sur actions propres de la société*

De l'avis de certains auteurs, le fait que la société rachète ses droits de participations en-dessous de leur valeur vénale constituerait un apport dissimulé de capital (p.ex. si la société rachète en vue de leur annulation des actions à la valeur nominale)<sup>140</sup>. Si l'on admettait ce point de vue, l'actionnaire serait légitimé à se prévaloir d'un

---

<sup>136</sup> ATF 149 II 462.

<sup>137</sup> L'arrêt ne portait que sur les conditions d'application de l'art. 6 let. k LT, vu l'impossibilité pour l'AFC de recourir au Tribunal fédéral sur une question liée à une remise d'impôt, tel que l'est l'art. 12 LT. Néanmoins, l'AFC a par la suite annoncé, à notre sens à juste titre, que la jurisprudence du Tribunal fédéral serait applicable aussi bien à l'art. 6 let. k LT qu'à l'art. 12 LT, cf. OESTERHELT/TSCHAN, IFF 2024, slide 7 ss et notamment 12.

<sup>138</sup> DANON/MALEK, p. 515 s. : notons néanmoins que cette position a été exprimée avant le rendu de l'ATF 149 II 462.

<sup>139</sup> Dans le même sens : CODONI/ASPESI, NF 3, p. 138.

<sup>140</sup> HEUBERGER/FISLER, IFF 2025, slide 52.

remboursement ultérieur de cet apport de capital en franchise d'impôt sur le revenu en invoquant la jurisprudence en matière d'apport dissimulé de capital.

Conformément à la pratique de l'AFC, nous sommes néanmoins de l'avis qu'une telle opération n'a pas pour effet d'enrichir la société mais bien les autres actionnaires dont le droit aux réserves de la société augmente<sup>141</sup>. Preuve en est que si l'actionnaire à 100% d'une société (détenant par hypothèse 100 actions lui donnant droit à l'entier des réserves accumulées par la société) procède à une telle opération en revendant à la société 10 actions à la valeur nominale, il a toujours droit à l'entier du produit de liquidation de la société même s'il ne détient plus que 90 actions.

Partant, il est selon nous exclu qu'un rachat des propres actions par une société génère un apport dissimulé de capital dont le remboursement pourrait être réclamé par l'actionnaire en franchise d'impôt sur le revenu.

La jurisprudence a retenu qu'en cas de revente d'actions propres par la société, le différentiel positif entre le prix de revente aux actionnaires et la valeur comptable des actions propres est assimilé à un apport de capital pour les impôts directs, de sorte qu'il n'est pas soumis à l'impôt sur le bénéfice en application de l'art. 60 let. a LIFD<sup>142</sup>.

Consécutivement à cet arrêt, l'AFC a communiqué qu'elle ne reconnaîtrait pas de RAC au sens du droit fiscal dans ce type d'opération, et ce indépendamment de la façon dont la société la comptabilise<sup>143</sup>. Bien que la communication de l'AFC soit postérieure au rendu de l'ATF 149 II 158, la conclusion qu'elle tire est selon nous erronée au niveau des impôts directs<sup>144</sup>.

En effet, comme déjà mentionné plus haut, l'arrêt du Tribunal fédéral doit conduire à une interprétation large de l'art. 20 al. 3 LIFD, selon laquelle toute part des fonds propres ne provenant pas d'un bénéfice réalisé par la société est susceptible d'être distribuée en franchise d'impôt sur le bénéfice. Partant de ce postulat, il n'existe aucune raison d'imposer la distribution d'un apport de capital dont la société a bénéficié en vendant ses actions propres, l'opération consistant à vendre les propres droits de participation étant indéniablement assimilable à du financement (et non à une activité commerciale)<sup>145</sup>.

#### **iv. La réalisation de l'apport dissimulé au niveau de la société**

Comme nous l'avons vu sous chap. I.B.ii, selon la pratique de l'AFC, confirmée par plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, la société qui reçoit un apport dissimulé de capital n'est susceptible de le révéler comptablement sans incidence au niveau de l'impôt sur

---

<sup>141</sup> OESTERHELT/TSCHAN, IFF 2024, slides 22 s. , qui traitent d'un cas où la société émet des actions dans le contexte d'un prêt convertible portant un taux d'intérêt de 12% et conclut à une absence de prestation appréciable en argent faute d'appauvrissement de la société. *Mutatis mutandis*, l'on en déduit que la société n'est pas enrichie si elle rachète ses propres actions en-dessous de leur valeur vénale car elle n'est pas enrichie.

<sup>142</sup> ATF 150 II 369, c. 5.3.

<sup>143</sup> AFC, Communication n° 22 ; OESTERHELT/TSCHAN, IFF 2024, S. 3 et 4.

<sup>144</sup> Du même avis : STEFAN OESTERHELT, cf. OESTERHELT/TSCHAN, IFF 2024, S. 4.

<sup>145</sup> Comme cela ressort clairement du raisonnement du Tribunal fédéral dans l'ATF 150 II 369.

le bénéfice (art. 60 let. a LIFD), que si la réévaluation intervient dans les comptes relatifs à l'exercice durant lequel l'apport dissimulé a été consenti. Passé ce délai, la réévaluation de l'actif sera qualifiée de réalisation systématique générant un bénéfice imposable pour la société<sup>146</sup>.

Bien que cet arrêt soit fortement critiqué en doctrine<sup>147</sup>, à notre sens à juste titre, l'ATF 149 II 158 ne constitue pas un revirement de jurisprudence sur le sujet. En effet, l'arrêt porte uniquement sur l'imposition de l'apport dissimulé au niveau du contribuable sur la base de l'art. 20 al. 3 LIFD et ne permet donc pas d'en déduire de conséquence dans l'application de l'art. 60 let. a LIFD.

Le traitement différencié que cela induit, à savoir une imposition chez la société mais une exonération chez l'actionnaire, peut se justifier par le fait que la société aurait été en mesure d'activer immédiatement l'apport à sa valeur vénale si elle souhaitait se prévaloir de l'art. 60 let. a LIFD. Tandis que l'actionnaire ne saurait subir de conséquence fiscale négative du fait de l'absence de comptabilisation de l'apport par la société qui est une entité indépendante, comme le relève le Tribunal fédéral<sup>148</sup>.

#### **v. La compensation**

Selon la position défendue sous chap. IV.C.ii, la restitution d'un apport dissimulé de capital en franchise d'impôt sur le revenu peut intervenir à tout moment pendant la durée de vie de la société. Ceci afin d'assurer une égalité de traitement avec la restitution d'apports ouverts.

Comme nous l'avons également vu plus haut, l'apport dissimulé de capital est l'inverse d'une prestation appréciable en argent : dans le premier cas la société reçoit un avantage sans verser de contre prestation correspondante, tandis que dans le second c'est l'actionnaire qui bénéficie d'un tel avantage (chap. IV)<sup>149</sup>.

Se pose dès lors la question de la possibilité pour un actionnaire qui aurait consenti un apport dissimulé de capital tout en percevant une distribution dissimulée de bénéfice de la part de la même société de se prévaloir d'une compensation de ces deux opérations. Ceci afin d'éviter les conséquences qu'impliquent une distribution dissimulée de bénéfice au niveau de l'impôt sur le revenu.

Exemple : En 20\_N+5, C rachète de B.SA un immeuble pour 1'000 alors que ce dernier a une valeur vénale de 1'400. Comme Mme A. dans l'ATF 149 II 158, au cours de ces dernières années, il avait néanmoins systématiquement amorti personnellement la

<sup>146</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 135 qui relèvent que dans le canton du Tessin la jurisprudence est interprétée de façon plus extensive dans la mesure où une réévaluation est possible aussi longtemps que les comptes de l'année de l'apport n'ont pas été approuvés.

<sup>147</sup> P.ex. DANON/MALEK, p. 507 ; DANON, art. 60 LIFD N 46 ; HEUBERGER, p. 305.

<sup>148</sup> D'un autre avis : DANON/MALEK, p. 516 selon qui le rendu de l'arrêt devrait pousser l'AFC à revoir sa pratique sur le sujet par soucis de cohérence.

<sup>149</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 138.

*dette hypothécaire liée à l'immeuble, alors même qu'il incombaît à la société de le faire, pour un montant total de 200.*

*Si l'on n'admet aucune compensation, C réalise un revenu imposable de 400 en 20\_N+5 et pourra ultérieurement (à savoir lors de la liquidation de la société selon la pratique de l'AFC) se prévaloir de la restitution de l'apport dissimulé de 200. Au contraire, si l'on admet la compensation, C réalise un revenu imposable de 200 en 20\_N+5 et il ne subsiste plus d'apport dissimulé susceptible d'être distribué en franchise d'impôt.*

Selon les principes généraux du droit fiscal, chaque opération réalisée par une société avec un proche est à évaluer séparément pour déterminer si elle a été conclue à la valeur de marché ou s'il y a lieu d'imputer à l'actionnaire une prestation appréciable en argent<sup>150</sup>. L'application stricte de ce principe s'opposerait à toute forme de compensation.

Néanmoins, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet une telle compensation si deux conditions cumulatives sont remplies. D'une part il doit y avoir un lien direct entre les opérations dont la compensation est invoquée de sorte que l'une n'aurait pas été conclue sans l'autre, et d'autre part les deux opérations doivent avoir eu lieu durant la même période fiscale<sup>151</sup>. Faute de lien entre les deux opérations (et d'identité entre les périodes fiscales), une telle compensation ne serait pas possible dans l'exemple présenté ci-dessus.

Cette jurisprudence n'est à notre sens pas remise en cause par l'ATF 149 II 158 et continuera à s'appliquer en pratique, ce qui implique que l'actionnaire ne pourra se prévaloir d'une compensation que de façon restrictive.

## Conclusion

À travers l'ATF 149 II 158, le Tribunal fédéral a permis explicitement au contribuable détenant les parts d'une société dans sa fortune privée de récupérer en franchise d'impôt sur le revenu un apport dissimulé de capital consenti par lui-même ou un précédent actionnaire de la société.

Pour déterminer si un actionnaire est susceptible de se prévaloir de cette disposition, deux critères d'analyse sont clés. Premièrement, il convient de vérifier si la société a, au cours de son existence, bénéficié d'avantages appréciables en argent non comptabilisés comme apport de capital, provenant de détenteurs de parts (directs ou indirects). Deuxièmement, il faut s'assurer que la restitution de l'apport dissimulé en franchise d'impôt n'aboutisse pas à une sous imposition dans les mains de l'actionnaire.

---

<sup>150</sup> CODONI/ASPESI, NF 3, p. 138.

<sup>151</sup> Jamais admis dans un cas concret : ATF 144 II 427, c. 6.4.1 (lien de causalité nié entre un prêt accordé à des conditions favorables par l'actionnaire et des participations rachetées pour un prix trop bas à la société) ; ATF 113 Ib 23, c. 4c (absence d'identité entre les périodes fiscales).

Dans l'hypothèse où les réponses à ces deux questions sont positives, l'administration fiscale doit selon nous reconnaître une restitution de l'apport consenti en franchise d'impôt sur le revenu.

Comme nous l'avons vu dans les développements qui précèdent, l'interprétation que propose l'AFC de l'ATF 149 II 158 doit être approuvée sur un certain nombre de points, mais est encore trop restrictive pour aboutir à une pratique qui respecte les deux conditions précitées, et par là-même la capacité contributive des détenteurs de parts.

À ce titre, la possibilité de n'invoquer la restitution qu'en cas de liquidation de la société est une restriction particulièrement discutable. De plus, l'actionnaire effectuant un apport de titres susceptible de tomber sous le coup des dispositions sur la transposition devrait pouvoir invoquer l'existence d'apports dissimulés pour appliquer une valeur de transfert supérieure au montant du capital-actions et des RAC de la société apportée ou vendue. Les cas d'apports indirects devraient également être reconnus comme étant éligibles à une restitution en franchise d'impôt sur le revenu, tout comme le différentiel positif obtenu par une société qui vend les actions propres qu'elle détient.

Enfin, les cas de restructuration dans lesquels l'existence d'un apport dissimulé pourrait être revendiqué n'ont pas été définis par l'AFC, de sorte que les conclusions tirées dans ce type de cas proviennent essentiellement de spéculations des auteurs qui se sont penchés sur la question. Vu l'importance que pourrait avoir ce sujet au regard des nombreuses restructurations opérées chaque année, il serait à notre sens souhaitable que l'AFC clarifie ce point, par exemple à travers une actualisation de la Circulaire n° 29c, une pratique uniformisée au niveau national étant grandement souhaitable.