

Juin 2022



Auteurs



Andrea Bättscher
Associé, droit fiscal



René Schreiber
Associé, droit fiscal



Dr. Lorenz Raess
Collaborateur Corporate M&A

Nouvelle circulaire 5a concernant restructurations - un aperçu

La circulaire n° 5 de 2004 (C 5 - Restructurations) de l'Administration fédérale des contributions (AFC) a été remaniée après 18 ans et remplacée par la nouvelle circulaire n° 5a (C 5a), qui est entrée en vigueur le 1er février 2022. Elle règle au niveau fédéral les conséquences fiscales des restructurations d'entreprises de personnes et de personnes morales.

Outre diverses modifications rédactionnelles, les arrêts pertinents du Tribunal fédéral rendus depuis 2004 et les adaptations de la pratique de l'AFC ont été intégrés. En outre, la C 5a reflète les modifications légales de la réforme fiscale II (2009) ainsi que la loi fédérale relative à la réforme fiscale et au financement de l'AVS (RFFA), entrée en vigueur en janvier 2020. Le présent *Legal Compass* donne un aperçu des principales modifications et des conséquences pratiques.

1. Champ d'application de la circulaire C 5a

La C 5a concrétise au niveau fédéral les conséquences fiscales des restructurations. Bien que la C 5a ne soit pas contraignante pour les impôts cantonaux, la plupart des administrations fiscales cantonales s'en inspirent fortement.

2. Un aperçu des principaux changements

Alors que la C 5 ne mentionnait qu'en marge que les "restructurations" englobaient également celles qui ne relèvent pas de la loi sur la fusion (LFus), la C 5a le précise désormais sans ambiguïté. En outre, la distinction entre anciennes et nouvelles participations est désormais abandonnée.

Les modifications sélectionnées sont décrites plus en détail ci-après. Il s'agit des restructurations partiellement neutres sur le plan fiscal (2.1), de la fusion (2.2), de la scission (2.3) et du démembrement de participations (2.4).

2.1 Restructurations partiellement neutres sur le plan fiscal

2.1.1 Transfert de réserves latentes dans le cadre d'une restructuration

En ce qui concerne **l'impôt sur le revenu**, la nouvelle règle est qu'en cas de restructuration qui n'est pas totalement neutre sur le plan fiscal, la différence entre les valeurs imposables sur le revenu avant et après la restructuration est imposée. Ainsi, dans ce cas, les réserves latentes non divulguées restent exonérées d'impôt.

Sont réservés ici les faits qualifiés pour l'imposition partielle des participations dans la fortune commerciale des personnes physiques. De tels revenus et bénéfices provenant de l'aliénation de droits de participation sont imposables à hauteur de 70%, après déduction des charges imputables, si les droits de participation représentent au moins 10% du capital-actions ou du capital social d'une société de

capitaux. L'imposition partielle du gain provenant de l'aliénation nécessite une durée de détention des droits de participation aliénés d'au moins un an.

Il en va de même pour **l'impôt sur le bénéfice** lorsque, dans le cadre d'une restructuration, des réserves latentes sur certains actifs ne sont pas transférées de manière totalement neutre sur le plan fiscal, en ce sens que les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice sont augmentées à une valeur inférieure à la valeur vénale. Dans ce cas également, la différence entre les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice avant et après la restructuration est en principe soumise à l'impôt sur le bénéfice auprès de la société transférante, les réserves latentes transférées qui n'ont pas été divulguées n'étant pas imposées.

Les deux modifications sont saluées par les conseillers fiscaux, car jusqu'à présent, les restructurations partiellement neutres sur le plan fiscal étaient acceptées tacitement par l'AFC, alors que les cantons avaient des avis divergents à cet égard. Des règles claires ont été fixées à ce sujet, du moins au niveau fédéral, et la plupart des administrations fiscales les adopteront probablement pour les impôts cantonaux et communaux.

2.1.2 Restructurations d'entreprises de personnes et transfert d'une entreprise ou partie d'entreprise à une personne morale

Le cas le plus fréquent concerne ici la transformation d'une entreprise de personnes en une société de capitaux (SA, Sàrl), qui se fait soit par un apport en nature dans la nouvelle société de capitaux à créer, soit par un transfert de patrimoine selon la LFus.

En principe, le transfert d'une exploitation/partie d'exploitation à une personne morale dont les droits de participation se trouvent dans la fortune privée peut être effectué sans incidence fiscale, pour autant que (i) l'assujettissement à l'impôt en Suisse soit maintenu, (ii) les valeurs jusque-là déterminantes pour l'impôt sur le revenu soient reprises, (iii) la fortune commerciale transférée soit une exploitation ou une partie d'exploitation et (iv) les droits de participation à la société reprenante ne soient pas aliénés pendant les 5 ans suivant le transfert (délai de blocage).

La C 5a précise ce qui suit en ce qui concerne l'imposition partielle: Le transfert d'une (partie d') exploitation à une personne morale dont les droits de participation se trouvent dans la fortune commerciale d'une personne physique ou d'une entreprise de personnes transférante entraîne en principe, lors du transfert à une participation qualifiante (imposition partielle) au niveau fédéral, une réalisation à hauteur de 30% des réserves latentes transférées. Une telle opération constitue toutefois une restructuration dans le cadre de laquelle toutes les réserves latentes transférées ne sont pas imposées, pour autant que le délai de blocage (iv) susmentionné soit respecté.

En ce qui concerne ce délai de blocage, la vente d'un seul droit de participation constitue déjà une violation du délai de blocage et entraîne un rappel d'impôt proportionnel sur les réserves transférées. La question de savoir si l'intention d'aliéner existait déjà au moment de la transformation ou si elle n'est intervenue qu'ultérieurement n'est pas importante du point de vue fiscal.

2.2 Fusion

En principe, la société reprenante peut faire valoir, lors du calcul du bénéfice net imposable, les pertes des années précédentes de la société transférante qui n'ont pas encore été prises en compte. Se référant à divers arrêts du Tribunal fédéral rendus dans l'intervalle, le C 5a précise désormais qu'une reprise des pertes des années précédentes est exclue si, d'un point de vue dynamique, il n'y a pas de raisons économiques de procéder à une fusion ou s'il y a évasion fiscale. C'est notamment le cas lorsque la société transférante a déjà été liquidée économiquement ou mise sous forme liquide (manteau d'action).

2.3 Scission

De manière très générale, on parle de scission lorsqu'une société transfère une partie de son patrimoine à une autre société. La LFus fait la distinction entre (i) une scission par division, c'est-à-dire que l'ensemble du patrimoine est transféré et que la société transférante est radiée, ou (ii) une scission par séparation, c'est-à-dire que seules des parties du patrimoine ont été transférées à une autre société. D'un

point de vue fiscal, cette distinction n'est pas importante, seul l'impact économique de la réorganisation l'est.

2.3.1 Reprise obligatoire des pertes des années précédentes

Jusqu'à présent, il était possible, lors d'une scission, de transférer à la société reprenante les pertes des années précédentes relatives à une exploitation ou à une partie d'exploitation. Désormais, il y a une obligation à cet égard. Il existe toutefois une exception en cas d'évasion fiscale, par exemple lorsque l'exploitation (partielle) cesse immédiatement après la scission. Dans un tel cas, le transfert des pertes des années précédentes est exclu.

2.3.2 Scission de holding

En ce qui concerne les sociétés holding, le simple fait de détenir et de gérer des titres servant uniquement à investir sa propre fortune ne constitue jamais une exploitation, même si la fortune est importante. Dans le cas d'une société holding, l'exigence d'exploitation peut exister au niveau de la société holding ("exploitation holding"), ou au niveau des sociétés actives auxquelles la société holding participe ("exploitation opérationnelle"). Selon l'arrêt du Tribunal fédéral rendu en 2019 sur cette thématique, il y a exploitation opérationnelle lorsque le taux de participation est supérieur à 50% des voix dans une société active. Selon le principe de transparence, une seule participation de ce type remplit déjà l'exigence d'une exploitation opérationnelle.

2.3.3 Allocation de la valeur ajoutée créée par l'entreprise

En ce qui concerne la plus-value créée par l'entreprise elle-même, la C 5a précise que la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice de la plus-value créée par l'entreprise elle-même au moment de la scission doit impérativement être répartie entre les (sous-)exploitations restantes et transférées. Pour le calcul des plus-values des différentes (sous-)exploitations, il convient d'appliquer la méthode d'évaluation choisie au début de l'assujettissement.

Cette réglementation s'applique également par analogie en cas (i) de démembrement d'exploitations (partielles) et d'éléments des actifs immobilisés de l'exploitation à une filiale ainsi que (ii) de transfert de valeurs patrimoniales entre sociétés suisses du groupe.

2.4 Démembrement

On parle d'un démembrement lorsqu'une société transfère des actifs à une société dans laquelle elle détient une nouvelle participation ou une participation existante.

2.4.1 Démembrement d'exploitations (partielles) et d'éléments de l'actif immobilisé

Le sujet en soi reste inchangée, tout comme la définition de la filiale. Une telle société est une société dans laquelle la société transférante détient une participation d'au moins 20%. En outre, le démembrement peut également être effectué vers un établissement stable suisse d'une filiale étrangère. Dans ce cas, il faut toutefois s'assurer que les réserves latentes transférées continuent d'être attribuées sans restriction à la Suisse pour l'imposition.

2.4.2 Démembrement de participations

Est considéré comme démembrement de participations le transfert de droits de participation d'au moins 10% dans une société de capitaux à une filiale suisse ou étrangère. Désormais, une société dans laquelle la société transférante détient au moins 10% (i) du capital ou (ii) des bénéfices et des réserves est définie comme une filiale. La C 5a précise qu'un démembrement de participations ne représente qu'un échange de participations et qu'il ne peut donc pas y avoir de réalisation fiscale. Par conséquent, il n'y a en principe pas de restructuration.

En ce qui concerne le transfert de réserves latentes sur des participations à une filiale, la règle est désormais qu'un décompte à ce sujet ne peut avoir lieu que si:

- (nouveau) les droits de participation transférés représentent moins de 10% (auparavant 20%) et la participation à la société reprenante représente au moins 10% (auparavant 20%) du capital ou il existe un droit d'au moins 10% au bénéfice et aux réserves de l'autre société; ou

- (comme avant) si les droits de participation transférés sont inscrits au bilan de la société reprenante à une valeur supérieure à l'ancienne valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice.

La C 5a précise ainsi que si les droits de participation transférés sont inscrits au bilan d'une filiale étrangère à une valeur supérieure à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice, la réévaluation indirecte dans la société mère n'est enregistrée fiscalement que lors d'un éventuel rapatriement des droits de participation en Suisse.

L'abaissement du seuil de participation de 20% à 10% suit une pratique de longue date des autorités fiscales, ce qui est très positif.

3. Conclusion et perspectives

La majorité des nouveautés de la C 5a sont tout à fait réjouissantes du point de vue des entreprises concernées et étaient attendues depuis longtemps après 18 ans. Les adaptations apportent plus de sécurité juridique et de planification aux entreprises concernées.

Enfin, il convient de souligner que l'obtention préalable d'un ruling fiscal reste indispensable, car c'est la seule manière de clarifier de manière contraignante l'évaluation fiscale d'une restructuration prévue. Nous nous ferons un plaisir de répondre à vos questions sur les conséquences fiscales des restructurations.

Votre contact pour le droit fiscal



Andrea Bättscher, Associé
Expert Fiscal diplômé, MLaw

T: +41 22 818 45 00
andrea.baetscher@eversheds-sutherland.ch



René Schreiber, Associé
Avocat, Expert Fiscal diplômé

T: +41 31 328 75 75
rene.schreiber@eversheds-sutherland.ch

eversheds-sutherland.ch

Cette publication est à jour à la date mentionnée en première page. Les informations contenues dans ce document sont uniquement destinées à des fins d'information et ne peuvent remplacer un conseil juridique approprié. Eversheds Sutherland SA, dont le siège social est à Zurich (Suisse), ne peut assumer aucune responsabilité pour les actions entreprises sur la base des informations contenues dans ce document.

© Eversheds Sutherland 2022. Tous droits réservés. Eversheds Sutherland est un fournisseur mondial de services juridiques, qui fournit ses services par diverses entités juridiques distinctes. Eversheds Sutherland est le nom et la marque sous laquelle les membres d'Eversheds Sutherland Limited (Eversheds Sutherland (International) LLP et Eversheds Sutherland (US) LLP) et les entreprises contrôlées, gérées ou associées ainsi que les membres de Eversheds Sutherland (Europe) Limited (ci-après individuellement comme « société Eversheds Sutherland » et ensemble « les entreprises Eversheds Sutherland ») fournissent des services juridiques ou autres à des clients dans le monde entier. Les entreprises Eversheds Sutherland fonctionnent sous leur dénomination et sont conduites conformément à leurs dispositions officielles et statutaires respectives. L'utilisation du nom Eversheds Sutherland est seulement la description et ne signifie pas que les entreprises Eversheds Sutherland forment une entreprise ou font partie d'une unité juridique mondiale. Le contrat de mandat entre le client et l'étude mandatée est décisif en ce qui concerne la responsabilité de la prestation de divers services à un client. Eversheds Sutherland SA, avec domicile à Zürich (Suisse), est membre de Eversheds Sutherland (Europe) Ltd.