

Conséquences fiscales de la réforme du droit de la société anonyme

Michael Nordin, Tabea Elmer, Roland Wild

Key Take-aways

- 1.** En cas d'utilisation d'une marge de fluctuation du capital (MFC), seule l'augmentation nette du capital (montant net résiduel) à l'échéance est soumise au droit de timbre d'émission.
- 2.** Lors de la formation de réserves issues d'apports de capital dans le cadre de la MFC, la règle du montant net résiduel s'applique aussi. Cette situation n'est pas attrayante pour les sociétés non cotées, mais elle est corrigée par la pratique.
- 3.** Désormais, les fonds propres peuvent être gérés dans une monnaie étrangère autorisée. Pour les impôts, le capital propre et le bénéfice imposables doivent encore être convertis en francs suisses.

1 Introduction

La réforme du droit de la société anonyme est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Parmi les nouvelles dispositions, certaines entraînent des conséquences fiscales, lesquelles sont présentées dans cette newsletter.

Un aperçu des nouveautés en matière de droit des sociétés et des conséquences de la réforme du droit de la société anonyme se trouvent dans nos newsletters [d'octobre 2020](#), [d'octobre 2022](#) et de [décembre 2022](#).

2 La marge de fluctuation du capital ("MFC")

La MFC donne au conseil d'administration la **possibilité de réduire ou d'augmenter de manière flexible le capital-actions** de la société jusqu'à **50% pendant cinq ans au maximum**. Ainsi, la MFC représente une combinaison de l'augmentation autorisée du capital, déjà connue, et de la réduction autorisée du capital, qui implique des conséquences en matière de droit de timbre d'émission et d'impôt anticipé.

L'introduction de la marge de fluctuation du capital offre des possibilités d'aménagement fiscal.

2.1 Droit de timbre d'émission

Les augmentations de capital sont en principe soumises au droit de timbre d'émission de 1%. Afin que chaque augmentation de capital à l'intérieur de la MFC ne déclenche pas un droit de timbre d'émission, on procède à la détermination d'un **montant net résiduel**. Par conséquent, **seule l'augmentation nette du capital** (c'est-à-dire la différence positive entre les entrées et les sorties dans le cadre de la MFC) est soumise au **droit de timbre d'émission** à l'échéance de la MFC.

Ainsi, en comparaison avec les possibilités d'augmentation de capital applicables jusqu'à présent, l'introduction de la MFC entraîne à la fois un **report du droit de timbre d'émission pouvant aller jusqu'à cinq ans** et une **possibilité de compensation avec d'éventuelles sorties de fonds** pendant la durée de la MFC.

2.2 Réserves issues d'apports de capital

Les réserves issues d'apports de capital sont importantes tant du point de vue de l'impôt sur le revenu que de l'impôt anticipé, car elles peuvent être **remboursées sans conséquences en matière d'impôt sur le revenu ou d'impôt anticipé**. Comme pour le droit de timbre d'émission, la formation de réserves issues d'apports de capital dans le cadre de la MFC

est soumise à la règle du **montant net résiduel**, ce qui signifie deux choses : d'une part, conformément au texte de la loi, l'augmentation des réserves d'apport de capital **n'a lieu que dans la mesure où les réserves issues d'apports de capital constituées dans le cadre d'une MFC dépassent les remboursements de réserves dans le cadre de ladite MFC**. D'autre part, la modification des réserves issues d'apports de capital n'est confirmée par l'AFC **qu'au terme** de la MFC. Cette confirmation différée a pour effet qu'un remboursement des réserves issues d'apports de capital exonéré de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé n'est possible qu'une fois que l'AFC a reconnu la qualification de ces réserves.

La règle du montant net résiduel a été **introduite en ayant à l'esprit les sociétés cotées** et n'est sur le principe pas contestée. En effet, sans cela, les sociétés cotées auraient pu faire bénéficier leurs actionnaires d'avantages fiscaux en ouvrant une 2^{ème} ligne de négoce pour la réduction du capital ou le rachat des actions à annuler. Ainsi, les actionnaires suisses qui détiennent leurs actions dans leur fortune privée auraient pu continuer à les vendre sur la 1^{ère} ligne de négoce et réaliser ainsi un gain en capital privé exonéré d'impôt (alors que la vente sur la 2^{ème} ligne de négoce aurait en principe entraîné les conséquences d'une liquidation partielle directe en termes d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé). Pour les actionnaires suisses auxquels s'applique le principe de la valeur comptable (personnes morales et particuliers qui détiennent les actions dans leur fortune commerciale), les conséquences fiscales d'une telle liquidation partielle directe sont généralement moindres, dans la mesure où seule la différence entre la valeur comptable et le prix de rachat est soumise à l'impôt sur le revenu ou sur le bénéfice, et ces contribuables peuvent dans certains cas bénéficier d'un allègement supplémentaire (p. ex. réduction pour participations ou imposition partielle). Les actionnaires étrangers – du moins ceux qui offrent leurs actions sur la 2^{ème} ligne de négoce – seront régulièrement légitimés à demander le remboursement intégral de l'impôt anticipé. Les actionnaires suisses appliquant le principe de la valeur comptable ainsi que les actionnaires étrangers bénéficiant d'un droit intégral au remboursement de l'impôt anticipé peuvent donc vendre leurs actions sur la 2^{ème} ligne de négoce sans conséquence fiscale importante. **Sans la règle du montant net résiduel**, les actionnaires de sociétés cotées auraient pu bénéficier de ces **conséquences fiscales différentes entre la 1^{ère} et la 2^{ème} ligne de négoce**. En particulier, la société n'aurait pas à rembourser les réserves issues d'apports de capital pour accorder un avantage fiscal aux actionnaires qui offrent leurs actions sur la 1^{ère} ligne de négoce. Parallèlement, l'augmentation du capital aurait permis de créer de nouvelles réserves issues d'apports de capital remboursables en franchise d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé.

La règle du **montant net résiduel**, tout à fait utile pour les sociétés cotées afin d'éviter des abus, n'est **pas nécessaire pour les sociétés non cotées**, puisque ces dernières ne peuvent de toute façon pas ouvrir de 2^{ème} ligne de négoce. Les réductions du capital déclenchent toujours les conséquences en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé d'une liquidation partielle directe, si et dans la mesure où la réduction du capital a lieu à charge d'autres réserves. Au contraire, la règle du montant net résiduel entraîne un **désavantage fiscal** pour les **sociétés non cotées**, car les ré-

erves issues d'apports de capital formées pendant l'application de la MFC ne sont confirmées par le fisc qu'au terme de la MFC. Cela a pour conséquence qu'une augmentation des réserves issues d'apports de capital effectuée dans le cadre de la MFC n'est pas reconnue en cas de réduction simultanée du capital, bien que la réduction du capital ait constitué une liquidation partielle imposable. Pour corriger cet effet indésirable, l'AFC précise dans sa **Circulaire n° 29c** publiée le 23 décembre 2022 que les autres réserves non remboursées par le biais d'une 2^{ème} ligne de négoce et reversés par les détenteurs de parts peuvent être créditées aux réserves issues d'apports de **capital en plus du montant net résiduel à l'échéance de la MFC**. Sans cet allègement, la MFC resterait pour des raisons fiscales sans doute lettre morte pour les sociétés non cotées.

Enfin, il convient de noter que, conformément à la Circulaire n° 29c susmentionnée, **les réserves issues d'apports de capital ou les réserves issues d'apports de capital étrangères remboursées** dans le cadre de la MFC et **reversées** par les actionnaires peuvent également être créditées aux réserves issues d'apport de capital en plus du montant net résiduel provenant de la MFC.

Il faut tenir compte des différences entre les sociétés cotées et non cotées.

3 Autres nouveautés

3.1 Capital-actions en monnaie étrangère

Jusqu'à présent, la comptabilité pouvait être tenue en francs suisses ou dans la monnaie essentielle à l'activité commerciale, dite **monnaie fonctionnelle**. Si une monnaie fonctionnelle avait été choisie, les comptes annuels devaient néanmoins être convertis en francs suisses, c'est-à-dire dans la **monnaie de présentation**, à des fins fiscales, ce qui entraînait inévitablement des **écarts de conversion**.

Avec l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la société anonyme, il est désormais possible de gérer le **capital-actions** dans une **monnaie étrangère définie comme autorisée** par le Conseil fédéral (actuellement euro, livre sterling, dollar américain et yen). Comme les **réserves issues d'apports de capital** sont traitées fiscalement de la même manière que le capital-actions ou le capital social, elles peuvent **désormais également** être gérées dans la monnaie étrangère autorisée choisie et être confirmées par l'AFC.

Lors de la première conversion du capital-actions ou des réserves issues d'apports de capital en monnaie fonctionnelle, la conversion doit être effectuée au cours en vigueur à la date de conversion (au début de l'exercice comptable). Les différences qui apparaissent lors de la **conversion des**

réserves issues d'apports de capital par rapport au taux de conversion historique utilisé lors de la formation des réserves issues d'apport de capital n'ont pas d'incidence sur l'impôt sur le bénéfice. En conséquence, ces écarts de conversion doivent être imputés ou crédités dans le bilan commercial au bénéfice/perte reporté(e) ou aux réserves libres issues du bénéfice, **sans incidence sur le résultat**. Les augmentations et remboursements futurs des réserves issues d'apports de capital doivent être convertis au cours du jour. Celles-ci ne sont confirmées par l'AFC que dans la monnaie étrangère autorisée utilisée.

Les fonds propres dans une monnaie étrangère bénéficient de simplifications fiscales.

En conclusion, malgré la possibilité de tenir les comptes annuels dans une monnaie étrangère, les **impôts** doivent **toujours être payés en francs suisses**. Par conséquent, le bénéfice imposable doit être converti au taux de change moyen de la période fiscale et le capital propre imposable doit être converti au taux de change en vigueur à la fin de la période fiscale. Il n'est donc plus nécessaire de présenter l'ensemble des comptes en francs suisses lorsque les comptes annuels sont établis en monnaie étrangères.

3.2 Actions propres

L'acquisition d'actions propres **n'a pas de conséquences directes en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé**, pour autant qu'elle ne soit **pas effectuée en vue d'une réduction du capital et dans les limites de 10% ou 20%** mentionnées à l'art. 659 CO, et qu'elle ne dépasse pas les **durées maximales** de détention de six ans (ou de deux ans en cas d'acquisition liée à des restrictions à la transmissibilité).

Avec l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la société anonyme, il pourrait désormais être autorisé, du point de vue du droit de la société anonyme, de **dépasser les limites connues jusqu'à présent**, à condition que les rachats et les ventes d'actions propres jusqu'à 50% au maximum soient effectués dans le cadre d'une MFC et **dans un délai de deux ans**. Jusqu'à présent, il n'existe toutefois pas de doctrine uniforme ni de pratique établie à ce sujet. En outre, on peut se demander si un éventuel dépassement de ces limites serait également accepté d'un point de vue fiscal, raison pour laquelle il convient d'attendre et de suivre le développement futur.

Une possibilité de rachat jusqu'à 50% de ses propres actions dans le cadre d'une MFC serait toutefois bienvenue, car elle pourrait offrir des possibilités d'aménagement intéressantes (p. ex. en relation avec une planification de la succession). **Pour l'instant**, il convient toutefois de **continuer à respecter les limites connues de 10% ou 20%**.

3.3 Dividendes intermédiaires

Des **dividendes intermédiaires** peuvent désormais être distribués **à partir du bénéfice courant**, par exemple à partir de la réalisation de bénéfices extraordinaires. Il en résulte des possibilités de distributions accélérées.

Un tel **dividende intermédiaire est soumis à l'impôt anticipé** par analogie avec la réglementation actuelle. Etant donné que, selon la pratique de l'AFC, la formation de réserves issues d'apports de capital n'est confirmée qu'après la présentation d'un bilan annuel, une distribution d'un dividende intermédiaire exempté d'impôt anticipé prélevée sur les réserves issues d'apports de capital formées au cours de la même année ne sera vraisemblablement pas possible, même selon les pratiques publiées tout récemment.

4 Conclusions

La MFC ainsi que la possibilité de gérer le capital-actions et les réserves issues d'apports de capital dans une monnaie étrangère sont des nouveautés réjouissantes également du point de vue fiscal et offrent des possibilités d'aménagement intéressantes. Il convient de continuer à observer les développements et les adaptations de la pratique administrative encore jeune qui, par nature, peuvent survenir au cours des premières années suivant l'entrée en vigueur.



Dr. Jean-Frédéric Maraia
Associé Genève
jean-frederic.maraia@swlegal.ch



Pietro Sansonetti
Associé Genève
pietro.sansonetti@swlegal.ch



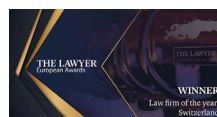
Dr. Michael Nordin
Associé Zurich
michael.nordin@swlegal.ch



Roland Wild
Senior Associate Zurich
roland.wild@swlegal.ch

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

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

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

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg