

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	97 (1978)
<b>Artikel:</b>	L'influence du droit fiscal sur le droit commercial : inégalités et distorsions des lois d'impôts helvétiques
<b>Autor:</b>	Reymond, Jacques-André
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-895823">https://doi.org/10.5169/seals-895823</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 30.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# L'influence du droit fiscal sur le droit commercial

Inégalités et distorsions des lois d'impôts helvétiques

Rapport présenté par JACQUES-ANDRÉ REYMOND

Chargé de cours à l'Université de Genève

Avocat au Barreau de Genève



## Table des matières

Abréviations . . . . .	281
Introduction . . . . .	283
Première partie:	
<b>Nature et origine des distorsions fiscales</b>	285
<i>Chapitre premier. – Généralités</i>	
A. Les différents types de distorsions . . . . .	286
1. Les distorsions primaires ou l'économie d'impôt . . . . .	286
2. Les distorsions secondaires ou l'évasion fiscale . . . . .	288
B. Les principales sources de distorsions . . . . .	290
1. La double imposition économique . . . . .	291
2. La notion de revenu et le traitement des gains en capital . . . . .	292
3. Autres causes de distorsions . . . . .	294
a) Les disparités entre les lois cantonales . . . . .	294
b) La double imposition internationale . . . . .	295
c) Causes diverses . . . . .	295
C. Conclusions . . . . .	296
<i>Chapitre II. – La création des entreprises</i>	
A. Le choix de la forme juridique . . . . .	298
1. Société de capitaux ou entreprise sans personnalité juridique . . . . .	298
a) L'impôt sur le revenu et l'impôt sur le rendement . . . . .	299
b) L'incidence de la double imposition . . . . .	300
c) L'incidence du régime des gains en capital . . . . .	301
2. Société commerciale ou société coopérative . . . . .	302
B. La constitution et la localisation des sociétés à buts spéciaux . . . . .	306
1. Les sociétés holding et les sociétés de domiciliation . . . . .	306
2. Les sociétés immobilières . . . . .	309
3. Les sociétés exerçant une activité fiduciaire . . . . .	310
4. Le choix du siège . . . . .	312
C. Le choix des moyens de financement . . . . .	315
1. Distorsions du droit fiscal interne . . . . .	315
2. Distorsions du droit fiscal international . . . . .	316
D. Conclusions . . . . .	317

<i>Chapitre III.</i> – Les revenus et distributions des entreprises	319
A. Le revenu des personnes physiques . . . . .	319
1. Revenus fictifs et non réalisés . . . . .	319
2. Revenus périodiques et gains en capital . . . . .	322
a) Revenus et gains immobiliers . . . . .	323
b) Autres revenus et gains en capital . . . . .	327
3. Différents types de gains en capital . . . . .	329
a) Imposition des gains à caractère commercial . . . . .	330
b) Imposition cantonale des gains immobiliers . . . . .	333
c) Imposition des plus-values mobilières . . . . .	335
B. Le bénéfice des personnes morales . . . . .	336
C. Les déductions sur le revenu et le bénéfice . . . . .	339
1. Amortissements et provisions . . . . .	340
2. Autres déductions . . . . .	346
D. Les distributions de bénéfices et le problème des dividendes cachés . . . . .	349
1. Motivation et nature juridique des dividendes cachés . . . . .	350
2. La jurisprudence du Tribunal fédéral . . . . .	354
E. Conclusions . . . . .	363
<i>Chapitre IV.</i> – Le financement, la restructuration et la liquidation des entreprises	365
A. Le financement et l'assainissement des sociétés . . . . .	365
1. Apports en capital, agios et versements à fonds perdus . . . . .	366
2. Créances, obligations et bons de jouissance . . . . .	369
3. Le problème des actions gratuites . . . . .	371
4. Bénéfices d'assainissement . . . . .	375
B. L'expansion des entreprises: succursales et filiales . . . . .	377
1. Généralités . . . . .	377
2. Le statut des sociétés mères et filiales . . . . .	378
C. La liquidation et l'aliénation des entreprises . . . . .	381
1. Entreprises individuelles et sociétés de personnes . . . . .	382
2. Personnes morales . . . . .	385
D. Les transformations, scissions et fusions d'entreprises . . . . .	387
1. Transformations et scissions . . . . .	388
2. Fusions et absorptions . . . . .	392
E. Conclusions . . . . .	395
Deuxième partie:	
<b>La neutralité fiscale et l'application des lois</b>	398
<i>Chapitre premier.</i> L'interprétation extensive	401
A. L'interprétation des notions de droit civil . . . . .	402
B. L'interprétation extensive de notions fiscales et de termes courants . . . . .	409
C. L'imposition selon la capacité contributive . . . . .	413
1. Notion et portée du principe de la capacité contributive . . . . .	413
a) Son application en faveur du contribuable . . . . .	413
b) Son rôle dans l'interprétation des lois . . . . .	415
2. La théorie du rendement minimum . . . . .	417
a) Le rendement minimum des sociétés holding et financières . . . . .	418
b) Le rendement minimum des sociétés immobilières . . . . .	418
D. Conclusions . . . . .	420

L'influence du droit fiscal sur le droit commercial	279
<i>Chapitre II. – La réalité économique</i>	422
A. Introduction . . . . .	422
B. La réalité économique proprement dite . . . . .	424
1. La nature juridique de l'évasion fiscale . . . . .	424
a) Généralités . . . . .	424
b) Les thèses en présence . . . . .	428
c) Le critère de la «forme inutile» . . . . .	430
d) Validité et portée des clauses générales . . . . .	431
2. La jurisprudence du Tribunal fédéral . . . . .	433
a) L'utilisation de sociétés holding . . . . .	436
b) Le capital dissimulé . . . . .	439
c) La transparence des personnes morales . . . . .	442
d) La transformation d'une entreprise en société anonyme . . . . .	445
e) La vente du manteau d'actions d'une société anonyme . . . . .	446
C. La réalité économique et l'article 4 Cst. . . . .	448
1. Généralités . . . . .	448
2. Les clauses d'assimilation . . . . .	450
3. La réalité économique sans évasion fiscale . . . . .	451
D. La reconnaissance des actes et institutions de droit civil – Réalité économique et réalité juridique . . . . .	455
1. Le caractère unilatéral de la conception économique . . . . .	455
2. Réalité économique et réalité juridique . . . . .	457
E. Conclusions . . . . .	459

Troisième partie:

<b>La neutralité fiscale de lege ferenda</b>	461
<i>Chapitre premier. – L'imposition des entreprises et la double imposition économique</i>	462
A. L'imposition des sociétés en droit fiscal suisse et européen . . . . .	462
1. Le point de vue helvétique . . . . .	462
a) L'impôt minimum sur les recettes brutes . . . . .	464
b) L'imposition du capital dissimulé . . . . .	466
2. Les conceptions étrangères . . . . .	468
a) Le système du double taux . . . . .	468
b) Le système de l'imputation . . . . .	470
c) Autres systèmes . . . . .	472
B. Les différents aspects et conditions d'une réforme du système helvétique . . . . .	473
1. Grandes et petites sociétés . . . . .	474
a) La situation des grandes sociétés . . . . .	474
b) La situation des petites sociétés . . . . .	475
c) Le cas des sociétés mères et filiales . . . . .	477
2. Utilité et conséquences d'une réforme . . . . .	479
a) Premières conclusions . . . . .	479
b) Conséquences du système de l'imputation . . . . .	480

<i>Chapitre II.</i> – La notion de revenu et l'imposition des gains en capital	482
A. Confusion et distorsions du système helvétique . . . . .	482
B. Solutions étrangères . . . . .	484
1. La solution du droit américain . . . . .	485
2. Le nouveau régime français . . . . .	486
a) Biens mobiliers . . . . .	487
b) Valeurs mobilières et biens immobiliers . . . . .	487
C. Justifications d'une réglementation particulière des gains en capital . . . . .	489
1. La thèse en faveur de l'exonération . . . . .	489
2. Les arguments en faveur d'un traitement spécial . . . . .	490
a) Mobilité des investissements . . . . .	490
b) Atténuation de la progressivité . . . . .	491
c) Prise en considération de l'inflation . . . . .	492
D. Nécessité et complications de l'imposition des gains en capital . . . . .	493
Conclusion . . . . .	496

## Abréviations

ACHA	Arrêté du Conseil fédéral instituant un impôt sur le chiffre d'affaires du 29 juillet 1941
Afc	Administration fédérale des contributions
AIA	Arrêté du Conseil fédéral instituant un impôt anticipé du 1 <sup>er</sup> septembre 1943
AIN	Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale du 9 décembre 1940
Anc. LT	Loi fédérale sur les droits de timbre du 4 octobre 1917
Archives	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht – Archives de droit fiscal suisse, Berne
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse – Recueil officiel, Lausanne
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCR	Commission cantonale de recours
CO	Code des Obligations (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse)
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse
IA	Impôt anticipé
ICHA	Impôt sur le chiffre d'affaires
IDN	Impôt pour la défense nationale
JT	Journal des Tribunaux, Lausanne
LC	Loi fédérale concernant le droit de timbre sur les coupons du 25 juin 1921
LCP	Loi générale (genevoise) sur les contributions publiques du 9 novembre 1887
LFFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 1 <sup>er</sup> juillet 1966
LGI	Loi d'impôt cantonale sur les gains immobiliers
LIA	Loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965
LIC	Loi d'impôt cantonale
LOCHER	K. LOCHER, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht, dans: Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil, Basel 1954ff.
LT	Loi fédérale sur les droits de timbre du 27 juin 1973
OFP	Ordinance d'exécution de la loi fédérale sur les fonds de placement du 20 janvier 1967
OIA	Ordinance d'exécution de la loi fédérale sur l'impôt anticipé du 19 décembre 1966
ORC	Ordinance sur le registre du commerce du 7 juin 1937
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal, et Revue genevoise de droit public, Lausanne/Genève
RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht – Revue de droit suisse – Rivista di diritto svizzero, Bâle

Rev. Fisc.	Steuer Revue – Revue fiscale, Berne
RLIC	Règlement d'application de la loi d'impôt cantonale
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Chancellerie fédérale, Berne
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft – La Société Anonyme Suisse, Zurich
SJ	La Semaine Judiciaire, paraissant à Genève; Revue de jurisprudence, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung – Revue Suisse de jurisprudence, Zurich
TA	Tribunal administratif
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich

## Introduction

Le droit fiscal a-t-il une influence directe, notamment au plan législatif, voire au niveau de l'interprétation des lois, sur le droit commercial? A vrai dire, le titre de ce rapport peut laisser croire qu'il est né d'un lapsus, qui en aurait inversé les termes: car si le droit fiscal est le miroir plus ou moins fidèle du droit commercial, si ce dernier constitue tout naturellement la base et la matière première des règles fiscales applicables aux entreprises (qu'il s'agisse du sujet, de l'objet ou du fait générateur de l'impôt), il est, en revanche, extrêmement rare que les concepts définis ou précisés par les lois fiscales, dans les cas où, manifestant leur indépendance, elles ne reflètent plus les notions de droit commercial, viennent influencer ce dernier et conduisent à en modifier les règles. Il arrive, certes, que la loi ou la doctrine fiscales soient invoquées et prises en compte par le législateur ou par le juge civil, qu'elles les aident ou les incitent à définir certains termes (tels l'amortissement, la provision, la réserve, etc.), mais ces cas demeurent l'exception: que le droit fiscal, par exemple, assimile la fusion d'une société ou l'affermage d'une entreprise à leur liquidation n'amène pas le législateur commercial à choisir la même solution; qu'une société, devenue «transparente», ne soit pas reconnue comme sujet fiscal ne porte pas atteinte à son existence juridique.

Mais si le droit fiscal n'a, semble-t-il, qu'une influence médiocre sur l'élaboration et l'interprétation du droit civil, il est, en revanche, le moteur d'innombrables actes juridiques et la cause fréquente d'omissions et d'abstentions, qui lui font exercer une influence indirecte déterminante sur le droit commercial. *Le rôle du droit fiscal dans la vie commerciale et l'organisation des entreprises* – tel pourrait être le sous-titre de ce rapport – est aujourd'hui considérable, et il est facile de prévoir qu'il deviendra plus important encore, au fur et à mesure de l'augmentation des charges fiscales; non seulement le poids accru de l'impôt décourage, lorsqu'il devient (ou qu'il est jugé) prohibitif, l'utilisation de cer-

taines formes juridiques, mais encore aggrave et multiplie-t-il les inégalités des lois fiscales.

L'intérêt du sujet choisi, tel qu'il vient d'être précisé, ne coïncide alors pas avec la simple énumération des cas où le droit fiscal influence les actes et décisions des entreprises, aux divers stades de leur existence. Mais dresser le catalogue des distorsions provoquées par la fiscalité peut nous permettre d'en déterminer et distinguer les causes, puis de mesurer l'importance respective de ces dernières, et, enfin, de manière plus positive, d'étudier les moyens d'atténuer ou de supprimer le rôle du droit fiscal dans la mesure où il dérègle et entrave les mécanismes du droit commercial, rend désuettées certaines de ses institutions, et crée des inégalités et impose des choix que rien ne paraît justifier.

Ces considérations, et les critiques qu'elles impliquent, montrent la voie dans laquelle nous nous sommes engagés. Si le sujet proposé était d'emblée limité à l'influence du droit fiscal sur le seul droit commercial – il est évident que la fiscalité détermine la commission ou l'omission d'actes juridiques dans tous les domaines du droit – nous l'avons encore restreint à l'étude des aspects négatifs, et souvent fortuits, du rôle de la fiscalité. Ce rapport n'examine notamment pas l'influence conjoncturelle de l'impôt (elle est d'ailleurs minime en Suisse), ni la fonction protectionniste ou expansionniste qui lui est parfois dévolue; et, de manière plus générale, il ne sera pas fait allusion aux questions soulevées par l'utilisation volontaire et prémeditée de l'impôt à des fins économiques, politiques et sociales. Enfin, avons-nous choisi de mettre l'accent sur la fiscalité directe, notamment les impôts sur le revenu et sur le bénéfice.

La première partie de notre rapport est consacrée à l'examen, d'abord général (dans un chapitre introductif), puis un peu plus détaillé, des distorsions d'origine fiscale qui se manifestent lors de la création d'une entreprise, dans le cours de son existence, et au moment où elle est dissoute ou liquidée. Dans la seconde partie, nous considérons les méthodes d'interprétation qui, dans les limites tracées par le principe de la légalité, peuvent faire échec aux abus dont les lois, souvent imprécises et incomplètes, offrent la possibilité aux contribuables. La troisième partie, enfin, est réservée à une brève analyse des réformes de structure qui, nous le pensons, rendraient notre système fiscal plus équitable et plus neutre.

## Première partie

### Nature et origine des distorsions fiscales

Idéalement, la commission ou l'omission d'un acte juridique, le choix entre des actes ou des formes juridiques économiquement comparables, ne devraient jamais être provoqués par des motifs fiscaux. Idéalement, l'impôt ne devrait jamais être prohibitif ou confiscatoire; il ne devrait jamais pénaliser ni favoriser. Cet idéal, c'est la neutralité fiscale: l'assujettissement à l'impôt est la conséquence de transactions commerciales, mais il n'en est pas le moteur et ne leur fait pas obstacle; le prélèvement des contributions publiques a pour seul but et pour seul résultat de procurer à l'Etat les ressources nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

L'influence du droit fiscal sur le droit commercial, ou, plus précisément, sur la vie des entreprises, serait négligeable si les lois d'impôt respectaient la neutralité fiscale; l'économie d'impôt serait une notion vide de sens, toute éviction fiscale serait exclue, et les fraudes elles-mêmes, souvent provoquées par l'existence d'inégalités dont les contribuables cherchent, en violant la loi, à diminuer les effets, seraient sensiblement moins nombreuses.

Il est facile de définir la neutralité de l'impôt en termes généraux, par référence aux notions d'égalité et de justice fiscales. Il est moins facile, parce que ces notions sont elles-mêmes subjectives et changeantes, d'en déterminer le contenu et d'en énumérer les conditions. Chacun, bien sûr, définit l'équité selon ses propres orientations politiques et sociales. Et si nous percevons aisément les justifications des impôts auxquels nous ne sommes pas soumis, nous sommes vite persuadés du caractère injuste de ceux que nous devons acquitter, et qui influencent alors nos décisions et nos choix.

Que la neutralité fiscale ne puisse ainsi jamais être parfaitement réalisée, qu'elle soit un idéal auquel le législateur doit tendre, mais qu'il ne peut jamais atteindre, n'exclut ni ne rend sans objet un examen critique de nos lois d'impôt. Toutes les distorsions ne sont pas inévitables, toutes les inégalités ne sont

pas subjectives. En réalité, si un système fiscal est le résultat nécessairement imparfait d'un compromis politique, sa neutralité n'en dépend pas moins dans une large mesure de sa structure technique.

Tenant compte de ces considérations, et après avoir rappelé comment et pourquoi nos lois d'impôt, à la fois, provoquent – par leur nature discriminatoire – et facilitent – par leurs lacunes – des choix «fiscaux», nous nous attacherons, dans cette première partie, à faire l'inventaire, nécessairement incomplet, des règles dont l'existence, parfois l'absence, influence la vie des affaires.

## Chapitre I

### Généralités

#### A. Les différents types de distorsions

L'influence de la fiscalité sur la vie commerciale, quelle que soit la façon dont elle s'exerce et se manifeste, trouve pratiquement toujours sa source, nous le verrons, dans les inégalités de traitement inhérentes au système en vigueur, dont les contribuables cherchent à bénéficier, ou auxquelles ils tentent d'échapper.

#### *1. Les distorsions primaires ou l'économie d'impôt*

Certaines règles fiscales, de manière expresse et généralement délibérée, consacrent des inégalités dont les contribuables, chacun le reconnaît, sont parfaitement et indiscutablement libres de profiter, ou, au contraire, d'accepter les effets discriminatoires. L'exemple classique est celui de la double imposition économique, à laquelle sont soumises les personnes qui choisissent d'exercer leur activité par l'intermédiaire d'une société commerciale, mais dont les entreprises individuelles et les sociétés de personnes évitent la charge.

Selon la conception traditionnelle, généralement acceptée en doctrine et en jurisprudence, le choix de la forme fiscalement la plus favorable, dans ce genre de situation, s'il n'implique, bien entendu, aucune évasion fiscale, entraîne, en revanche, une vé-

ritable économie d'impôt; le contribuable qui crée une entreprise individuelle plutôt qu'une société anonyme, ou qui abandonne un canton pour s'établir dans un autre dont la fiscalité est plus modérée, bénéficie, dit-on, d'un avantage que la loi, certes, l'invite à saisir, qui n'a, par conséquent, rien d'abusif, mais qui n'en constitue pas moins un privilège.

Il importe, à première vue, assez peu que cette thèse soit ou non défendable, puisque les inégalités structurelles d'un système fiscal, qui, sans doute, doivent être examinées avec un esprit critique, *de lege ferenda*, ne sont jamais la source – en raison de l'évidente légalité des choix qu'elles provoquent – de contestations et de litiges au plan de l'application des lois. En réalité, lorsque l'on sait que ces inégalités sont la cause directe ou indirecte de toutes les distorsions fiscales, et si l'on songe, en outre, que la notion de l'économie d'impôt prédétermine celle de l'évasion fiscale, il apparaît beaucoup plus important, et il devient même essentiel, d'analyser les fondements et justifications de la conception traditionnelle.

C'est, à notre avis, un artifice et un illogisme de prétendre que, dans les cas où la loi n'est pas neutre, où elle offre une alternative aux contribuables, ceux d'entre eux qui empruntent la voie la moins coûteuse font une économie d'impôt. Le contribuable qui, pour des motifs fiscaux, renonce à constituer une société anonyme ne réalise manifestement aucune économie. En effet, si la forme qu'il adopte est économiquement comparable à celle qu'il évite, le caractère discriminatoire du traitement réservé à cette dernière est *ipso facto* démontré, et on ne saurait qualifier d'«avantageux» le choix de la première; si, au contraire, les voies à disposition ne mènent pas au même résultat économique, il n'existe plus aucun motif d'en comparer les coûts. Dans un cas comme dans l'autre, le contribuable qui opte pour l'institution juridique la moins défavorable ne bénéficie d'aucune épargne fiscale: c'est, en réalité, le contribuable que des considérations extérieures à la fiscalité contraignent à choisir la voie la plus onéreuse qui, soit objectivement, soit subjectivement, est la victime d'une inégalité de traitement, sans que le fait que celle-ci soit consacrée et sanctionnée par la loi puisse en changer la nature. La double imposition internationale, par exemple, est par essence injuste et discriminatoire, et celui qui parvient à l'éviter ou à en atténuer légalement les effets n'en est pas pour autant «privilégié». Il serait également insensé de parler d'«économie d'impôt» lorsque des sociétés renoncent à une concentration trop coûteuse ou qu'elles choisissent, pour se réunir, la voie de l'ab-

sorption, à l'exclusion de la fusion par création d'une société nouvelle.

## *2. Les distorsions secondaires ou l'évasion fiscale*

Les inégalités structurelles des lois fiscales ont de multiples conséquences. Non seulement incitent-elles les contribuables à utiliser, nous venons de le voir, la forme la moins onéreuse, mais encore, et surtout, amènent-elles ceux qui, au contraire, ont dû se résoudre à faire un choix défavorable à chercher par la suite tous les moyens d'en neutraliser les effets. Cette réaction ne s'exprime pas exclusivement par des fraudes, ou par des actes simulés dont les dividendes cachés (distribués sous forme d'intérêts, de salaires, etc.) offrent la meilleure illustration. Les contribuables empruntent aussi des chemins plus sinueux, que la loi paraît leur ouvrir, même si le législateur n'en avait vraisemblablement pas décelé l'existence, et dans lesquels ils s'engagent ouvertement, sans rien cacher de leurs actes, sinon, parfois, les motifs. Or, si la fraude et la simulation – quelles que soient les critiques qui peuvent être adressées à la législation qui en est indirectement la cause – ont, une fois découvertes, des conséquences fiscales et pénales évidentes, les possibilités d'intervention des autorités fiscales sont beaucoup moins certaines lorsque les contribuables recourent à des formes ou utilisent des institutions juridiques qui les avantagent, par exemple en réduisant le poids de la double imposition, ou en transformant un bénéfice imposable en un gain non taxable.

La jurisprudence actuelle part du principe que toute utilisation, sans l'autorisation expresse de la loi, d'une forme à la fois avantageuse et inusuelle (ou compliquée) constitue une tentative d'évasion fiscale, c'est-à-dire d'économie d'impôt abusive: il est anormal et immoral qu'une personne puisse bénéficier d'un traitement fiscal plus favorable que celui auquel sont soumis d'autres contribuables qui, placés dans la même situation, ont choisi une voie plus naturelle et plus coûteuse; et il est par conséquent juste et nécessaire de faire échouer ces manœuvres, soit grâce à l'interprétation extensive des règles applicables, soit par la méthode de la réalité économique, qui assimile les actes accomplis par les contribuables à ceux, plus ou moins semblables, dont la loi prévoit l'imposition.

Les vertus morales dont se pare cette conception, son potentiel démagogique, expliquent aisément, à la fois, la faveur dont elle

jouit chez certains, et le silence prudent gardé souvent par d'autres, qui, pourtant, perçoivent la fragilité de ses bases juridiques. Certes, la doctrine a-t-elle souligné, dénoncé, parfois, les dangers, les risques d'arbitraire et d'insécurité créés par des méthodes d'interprétation qui transcendent et moralisent les buts de la loi. Mais, curieusement, même les auteurs qui ont jugé ces méthodes incompatibles avec le principe de la légalité n'ont pas mis en doute qu'il existât réellement un conflit aigu, presque cornélien, entre les exigences, à leur avis prioritaires, de la sécurité du droit, de la séparation des pouvoirs, et celles de l'équité et de la justice fiscale.

Cette conception nous paraît simpliste et fragmentaire. Fondée, nous l'avons dit, sur une fausse idée de l'économie d'impôt, elle débouche inévitablement sur une notion erronée de l'évasion fiscale. Et parce qu'elle méconnaît les causes de l'influence des lois d'impôt, qu'elle en voit la source uniquement dans les imprécisions et les lacunes des textes en vigueur, elle qualifie d'«abusifs» des actes qui, s'ils visent, il est vrai, à réaliser une économie d'impôt, sont généralement motivés par le désir de bénéficier d'avantages que la loi accorde à d'autres contribuables. Or cette motivation, manifestement, n'est pas *per se* immorale, et il est, par exemple, absurde de prétendre qu'un contribuable ayant choisi d'être soumis à la double imposition économique ne puisse jamais plus, sans abus, en modérer les effets, que la loi ne lui offre plus aucun choix, et que le principe de la légalité n'est désormais applicable qu'au détriment de la morale et de l'équité.

Nous verrons encore que les autorités administratives et judiciaires se reconnaissent aujourd'hui le droit, non plus seulement de compléter ou de préciser la loi, grâce à ce que l'on pourrait appeler la méthode de l'«interprétation morale», mais encore de la contredire ou de ne pas l'appliquer. Cette évolution concerne particulièrement des cas où les contribuables obtiennent certains avantages dont le législateur n'avait peut-être pas réalisé le caractère contestable, au plan de l'égalité de traitement, mais qui découlent néanmoins clairement des textes en vigueur. Ainsi, peut-on trouver choquant qu'un spéculateur, ayant emprunté les fonds nécessaires à ses activités boursières, dont nos lois, à tort ou à raison (très vraisemblablement à tort), n'imposent pas le produit, puisse obtenir la déduction des intérêts afférents à son prêt. Mais n'est-il pas évident que la loi ne contient aucune lacune, que le contribuable ne commet aucun abus, et que, par conséquent, la déduction à laquelle il prétend ne saurait lui être refusée sans arbitraire?

Le manque de neutralité des lois fiscales provoque, on le voit, des réactions en chaîne. Les contribuables, soit que les dispositions applicables le leur permettent, soit qu'elles ne le leur interdisent pas expressément, se jugent en droit de recourir aux formes juridiques qui les désavantagent le moins, ou qui les favorisent le plus. Pour sa part, le fisc considère alors qu'il lui appartient, grâce à l'interprétation extensive, ou en invoquant la réalité économique, de supprimer ou bloquer ces voies d'«évasion». A moins que les actes des uns ne soient manifestement abusifs, ou que les décisions de l'autre ne soient manifestement arbitraires, les innombrables conflits qui naissent de ces points de vue opposés se déroulent à l'intérieur d'un territoire dont les frontières sont extrêmement difficiles à tracer: quelles limites le principe de la légalité fixe-t-il à l'interprétation des lois? Et quand ce principe doit-il à son tour céder et se soumettre aux règles de la bonne foi?

Mais, quel que soit l'intérêt de ces questions, il importe davantage encore de réaliser que la neutralité fiscale, la vraie, qui s'impose naturellement et sans contrainte, exige et presuppose des lois équitables. En comblant les lacunes et en corrigeant les imprécisions d'un système injuste, le législateur ou le juge n'aboutissent qu'à une neutralité superficielle et dangereuse: ils éliminent l'évasion fiscale, mais lui substituent la fraude.

## B. Les principales sources de distorsions

Les dispositions et structures fiscales qui influencent la vie des affaires, qui provoquent des choix ou des abstentions, sont de nature très variée et ont des effets très divers. Certaines mettent en cause le sujet de l'impôt lui-même, notamment lorsqu'une personne doit déterminer la forme juridique de ses activités commerciales. Le rôle de la fiscalité s'exerce également au niveau de l'objet de l'impôt, lorsqu'il est possible et avantageux de substituer un bien à un autre, économiquement comparable. La neutralité fiscale est compromise aussi par des règles relatives au fait générateur de l'impôt (c'est-à-dire, l'acte entraînant l'obligation contributive), lorsqu'une transaction – la constitution d'un usufruit, par exemple – apparaît plus favorable qu'une opération – telle une vente – aboutissant à un résultat similaire. D'autres dispositions, encore, concernent les conditions d'assujettissement à l'impôt, déterminant, par exemple, le choix d'un domicile ou d'un siège. Enfin, l'influence de l'impôt peut-elle être due plus simplement et plus directement à son taux ou à son montant,

lorsque la charge fiscale afférente à une transaction, ou à une série d'opérations, paraît prohibitive.

Mais si la neutralité fiscale subit beaucoup d'atteintes, sous des formes très variées, l'examen de nos lois d'impôt et de la jurisprudence révèle que l'influence du droit fiscal sur la vie commerciale a presque toujours les mêmes causes, étonnamment peu nombreuses, parmi lesquelles la double imposition économique et le traitement à la fois imprécis et discriminatoire des gains en capital jouent un rôle essentiel.

### *1. La double imposition économique*

L'imposition répétée des bénéfices distribués des sociétés commerciales, sujets fiscaux distincts des personnes qui les composent, crée de très nombreuses et très graves distorsions dans la vie des entreprises.

A l'heure où les Etats formant la Communauté européenne, les uns après les autres, adoptent le mécanisme de l'avoir fiscal, du crédit d'impôt, qui atténue ou supprime (dans la variante allemande) la double imposition, la Suisse demeure résolument fidèle au système classique<sup>1</sup>. Les législations fiscales helvétiques, en effet, ne contiennent généralement aucune disposition destinée à alléger l'imposition des dividendes, et les projets d'harmonisation récemment mis au point par diverses commissions fédérales et intercantonales n'envisagent, dans ce domaine, aucun changement par rapport à la situation actuelle. Seuls les dividendes de liquidation et les actions gratuites bénéficient dans quelques cantons d'un traitement privilégié, qui, d'ailleurs, découle de la théorie traditionnelle du revenu (la théorie de la source), et non pas de la volonté du législateur de modérer les effets de la double imposition.

Si le poids de cette double imposition décourage parfois des entrepreneurs ou des commerçants de créer une personne morale, plutôt qu'une entreprise individuelle ou une société de personnes, il joue, nous l'avons déjà relevé, un rôle plus important, encore, au niveau des relations qui s'établissent entre une société et ses actionnaires. Les fondateurs d'une personne morale, notamment d'une petite ou moyenne entreprise, dont les intérêts se confondent, n'acceptent jamais réellement la double imposition de leurs bénéfices: ils la jugent inéquitable et discriminatoire, et ils se

<sup>1</sup> A ce sujet, voir Troisième partie, I.

reconnaissent assez aisément le droit d'utiliser tous les moyens possibles de l'éviter.

C'est la double imposition qui incite les actionnaires d'une société à lui consentir des prêts, dont les intérêts sont déductibles, plutôt qu'à lui faire des apports en capital. C'est la double imposition qui convainc ces mêmes actionnaires de ne pas distribuer de dividendes, mais de disposer des réserves de leur société sous forme de prêts, dont ils déduiront les intérêts de leurs revenus personnels. C'est la double imposition qui est la seule cause des distributions cachées de dividendes, si souvent difficiles à déceler. C'est également la double imposition, en fixant un prix prohibitif à la dissolution ou à la liquidation des sociétés, qui provoque le transfert de «cadres d'actions», et qui freine ou décourage les concentrations d'entreprises.

Si le législateur helvétique est demeuré jusqu'ici complètement sourd aux critiques que suscite la double imposition, il a prêté une oreille plus attentive à celles qu'appelle – pour des raisons du même ordre – la triple imposition. Celle-ci, cependant, n'est souvent qu'imparfaitement neutralisée par les priviléges holding institués par nos lois fiscales. D'ailleurs, le fait même que la triple imposition soit éliminée ou atténuée, alors que la double imposition continue à peser de tout son poids, offre aux contribuables la possibilité de manœuvres, par l'intermédiaire de sociétés holding, qui sont la source fréquente de litiges.

## *2. La notion de revenu et le traitement des gains en capital*

L'imprécision des lois, dans ce domaine, et les inégalités qu'elles consacrent, provoquent des conflits et des distorsions innombrables.

Au plan des personnes morales, en particulier des sociétés de capitaux, la situation est apparemment simple, puisque ces contribuables n'ont qu'un seul patrimoine et que tous leurs profits, quelles qu'en soient la source et la nature, sont inclus dans leur bénéfice imposable. En réalité, la notion même de bénéfice demeure extrêmement mal définie, et quelque 80 ou 100 ans de travaux législatifs et de décisions jurisprudentielles n'ont pas permis de déterminer s'il était justifié ou aberrant d'imposer, entre autres, les primes d'émission, les versements à fonds perdus et les abandons de créances consentis par des actionnaires, ou les gains réalisés par une société qui réduit son capital ou rachète ses propres actions.

Ces difficultés apparaissent, il est vrai, dérisoires par rapport à celles auxquelles sont confrontées les personnes physiques. Non seulement faut-il, à leur niveau, faire une distinction, que la législation ne précise généralement pas, entre les revenus et les gains en capital, mais encore ceux-ci se divisent-ils en plusieurs catégories mal définies: les gains professionnels, ou réputés tels, qui sont toujours imposables; les gains réalisés sur des biens commerciaux, souvent traités différemment selon le genre ou la dimension de l'entreprise; et, enfin, les gains en capital privés, que nos lois exonèrent, à l'exclusion des bénéfices immobiliers, et, parfois, des gains sur participations.

La notion même de revenu fait l'objet de définitions légales et jurisprudentielles qui varient et se contredisent. Ainsi, la structure de nos lois fiscales exige que les actions gratuites et les excédents de liquidation des sociétés à la fois échappent et soient soumis à l'impôt: alors que le principe de la double imposition économique postule la taxation de tous les montants distribués par une société à ses actionnaires, la théorie de la source exclut l'imposition de rendements qui ne sont ni le produit d'une activité ni le fruit régulier et périodique d'une fortune.

La distinction entre un gain professionnel, lié à une activité lucrative, et un véritable gain en capital est souvent, elle aussi, la source de litiges, notamment en matière immobilière. L'enjeu de cette distinction, son caractère discriminatoire et l'imprécision des lois ont provoqué et favorisé des interprétations complètement divergentes; aujourd'hui encore, malgré une jurisprudence abondante, la frontière qui sépare les opérations privées des transactions professionnelles demeure mouvante et sinuose.

L'imprécision des notions de revenu et de gain en capital amplifie, bien entendu, les distorsions dues aux dispositions discriminatoires des lois fiscales. Le traitement d'un gain immobilier, par exemple, déjà souvent différent au plan fédéral et au plan cantonal, peut encore considérablement varier, non seulement selon la catégorie – privée, professionnelle ou commerciale – dans laquelle il doit être rangé, mais aussi, au sein d'une même catégorie, à raison de différents critères: ainsi, l'imposition, ou le taux d'imposition, d'un gain privé dépendra-t-il de la durée de possession de l'immeuble; ainsi, la taxation de certaines plus-values sera-t-elle réservée aux entreprises astreintes à tenir des livres, en vertu du droit commercial.

Si le législateur helvétique s'est refusé, jusqu'ici, à généraliser l'imposition des gains en capital<sup>2</sup>, il a tenté, en modifiant la loi,

<sup>2</sup> Cette question sera examinée plus en détail dans la Troisième partie, II.

sitions en vigueur. Ces tentatives, erratiques et sectorielles, ont souvent créé de nouvelles inégalités et de nouvelles distorsions. Ainsi, en harmonisant, par l'institution d'impôts spéciaux, le traitement des gains de liquidation des sociétés et des entreprises sans personnalité juridique, le législateur, en même temps, a désaccordé le traitement des bénéfices d'aliénation: tandis que le transfert du capital-actions d'une société commerciale demeure sans conséquence fiscale, le bénéfice réalisé lors de la vente d'une entreprise, au contraire, est désormais soumis à l'impôt.

Faut-il alors assimiler – par le biais d'un impôt spécial – le transfert d'une participation majoritaire (ou «déterminante») à la vente d'une entreprise? Il n'est nullement certain que cette solution, déjà adoptée par quelques cantons, et prévue par les derniers projets d'harmonisation fiscale, soit conforme à l'équité. Elle correspond, en effet, à une application partielle et à sens unique du système de la «transparence», au seul profit de l'Etat, et il est assez évident qu'elle accentue la discrimination dont pâtissent, en raison de la double imposition, ceux qui choisissent d'exercer leurs activités par l'intermédiaire d'une personne morale.

### *3. Autres causes de distorsions*

#### a) Les disparités entre les lois cantonales

Bien que les législations fiscales cantonales aient toutes la même structure, elles présentent néanmoins des différences qui exercent une influence notable sur la vie des affaires. Ainsi, les disparités entre les taux en vigueur (et, aussi, les avantages offerts par certains cantons aux commerces et industries s'établissant sur leur territoire) jouent un rôle parfois déterminant sur la localisation des entreprises. Ce rôle est plus décisif encore pour les sociétés holding et les sociétés de siège, généralement contrôlées par des résidents étrangers, qui bénéficient de priviléges variant considérablement d'un canton à un autre. L'harmonisation des impôts directs, que la Confédération a aujourd'hui pour tâche de réaliser, sur la base de l'article 42<sup>quinquies</sup> Cst., n'éliminera d'ailleurs pas complètement ces distorsions, puisque les cantons resteront libres de fixer les taux des impôts concernés.

Les cantons suisses utilisent la fiscalité, non seulement pour attirer sur leur territoire de nouvelles entreprises, mais aussi pour

priver celles qui y sont établies de la possibilité d'émigrer, et, en particulier, d'exporter dans d'autres cantons des réserves et plus-values qui n'ont pas encore été soumises à l'impôt. Tel est le but des *Wegzugsteuern*, qui dressent souvent devant les transferts de siège et les concentrations intercantonales des obstacles insurmontables.

### b) La double imposition internationale

La double imposition demeure – malgré l'application des traités en vigueur – une source importante de distorsions, soit de par son seul effet, soit que son action se combine avec celle de la double imposition économique ou des disparités des lois nationales. Le choix entre une succursale ou une filiale, par exemple, est assez fréquemment influencé par l'existence des impôts à la source, qui frappent les distributions d'une filiale, mais dont sont exonérés les bénéfices qu'une succursale met à disposition de son siège étranger.

De manière plus générale, les impôts à la source sur les rendements mobiliers diminuent la mobilité des investissements et perturbent la circulation des capitaux. Et dans la mesure où un Etat, ainsi qu'il est le cas pour la Suisse, attire les capitaux étrangers pour des motifs extérieurs à la fiscalité, la double imposition internationale est à l'origine de transactions et de manœuvres, destinées à l'éviter, qui se situent souvent à la frontière, si mal tracée, de l'économie d'impôt et de l'évasion fiscale.

### c) Causes diverses

Il est naturellement impossible d'établir une liste exhaustive des dispositions dont le caractère discriminatoire ou la rédaction imprécise influencent la vie économique, et nous nous sommes bornés, jusqu'ici, à mentionner celles qui sont à l'origine des plus nombreux litiges.

Les règles concernant la détermination du bénéfice net des entreprises constituent une autre source importante de distorsions et de conflits. En effet, nos lois sont, en cette matière, extrêmement laconiques. Elles ne définissent pas les notions d'«amortissement» et de «provision»; et celle d'«usage commercial», à laquelle le législateur se réfère fréquemment (voir, par exemple, les arts 22 al. 1 litt. b et 49 al. 1 litt. b et c AIN), est l'objet d'interprétations divergentes. Ainsi, les pratiques des administrations fiscales, malgré l'apparente uniformité des règles

applicables, varient considérablement, ce qui démontre d'ailleurs combien peut être illusoire l'harmonisation de lois insuffisamment précises.

Certains concepts et mécanismes du droit fiscal se fondent sur des fictions qui sont, elles aussi, la cause de distorsions. Tel est le cas, notamment, du système *praenumerando*, conformément auquel le résultat d'un exercice est présumé égal à celui de l'année qui précède. Tel est le cas, également, des *Wegzugsteuern*, déjà mentionnés, qui utilisent la fiction selon laquelle le déplacement d'une entreprise entraîne la réalisation de ses réserves. Et tel est le cas, encore, des restrictions que les lois apportent au report des pertes d'exploitation, en invoquant la soi-disante étanchéité des exercices fiscaux.

### C. Conclusions

Les inégalités, réelles ou apparentes, consacrées par les lois fiscales, déterminent la commission ou l'omission de nombreux actes juridiques; elles motivent et expliquent de nombreuses décisions et de nombreux choix. Les lacunes et l'imprécision des textes en vigueur offrent en outre aux contribuables, mis par le désir compréhensible, sinon toujours légitime, de payer le moins d'impôt possible, un vaste champ de manœuvres, où vont s'opposer, dans une lutte confuse, les armes de la légalité et celles de la bonne foi et de l'égalité de traitement.

A une époque où l'Etat, ayant maladroitement lâché la proie des droits de douane pour l'ombre d'une TVA, cherche de nouvelles ressources, les modifications apportées à des lois qui violent ou paraissent violer la neutralité fiscale visent toujours à soumettre à l'impôt les contribuables qui pouvaient en éviter la charge, et jamais à en exonérer ceux qui l'acquittent. Cette évolution est naturellement légitime lorsque la loi contient des lacunes injustifiables. Elle l'est moins, en revanche, lorsque les avantages dont bénéficient certains contribuables sont la conséquence logique du système en vigueur, et qu'ils équilibrivent les charges dont ces contribuables doivent par ailleurs supporter le poids.

La même équivoque est présente au niveau de l'application des lois: l'interprétation extensive d'une disposition d'imposition, pour autant, encore, qu'elle ne viole pas les principes de la légalité et de la sécurité du droit, n'est admissible que si l'avantage qu'elle permet d'écartier heurte la logique du système en vigueur, ou en accentue les effets distordants.

Il n'est pas naïf de penser que des lois justes et précises diminueraient sensiblement l'influence du droit fiscal sur la vie commerciale et permettraient d'éviter la plupart des litiges que fait naître l'application des lois aujourd'hui en vigueur. Certes, si le terme de «juste» qualifie un texte qui exclut toute imposition prohibitive ou contraire à l'égalité de traitement, il faut bien reconnaître, nous l'avons déjà relevé, que ces dernières notions ne répondent à aucune définition objective ou unanimement acceptée: «l'équité est un concept relatif, qui varie en fonction des circonstances politiques, sociales et économiques»<sup>3</sup>. Néanmoins, dès le moment où il apparaît que les distorsions les plus graves ont souvent les mêmes causes, et que ces dernières sont de nature partiellement, sinon essentiellement, technique, il n'est pas déraisonnable de voir dans la neutralité fiscale, non pas un mythe, mais un idéal, un but, dont nos lois, sans jamais l'atteindre, peuvent se rapprocher.

## Chapitre II

### La création des entreprises

On conçoit mal, de nos jours, qu'une entreprise soit créée sans que ses fondateurs n'en examinent au préalable le statut fiscal et ne se préoccupent des conséquences que leur participation à la nouvelle entité aura, à court ou à long terme, sur leur propre situation fiscale<sup>4</sup>. Cet examen pourra les conduire à préciser ou modifier leurs projets; il dictera parfois la forme juridique donnée à l'entreprise, plus souvent, les modalités de son financement, parfois, aussi, sa localisation, voire, même, la date de sa création et la durée de son premier exercice.

<sup>3</sup> Arrêt *Weber et consorts* du 20.6.1973, ATF 99 Ia 638, JT 1975 I, p. 291, 301.

<sup>4</sup> Sur le sujet de la planification fiscale, voir, en particulier: E. HÖHN/B. LUTZ/A. ZÜND (Hrsg.), *Steuerplanung in der Unternehmung*, Bern 1975; H. WEIDMANN, *Möglichkeiten und Grenzen der betrieblichen Steuerplanung*, Rev. Fisc. 1968, p. 58, et *Steuerliche Planung in der Unternehmung*, Rev. Fisc. 1959, p. 513; J. WEHMEYER, *Die steuerliche Planung in der Unternehmung*, Diss. Zürich 1966; M. JUNGER, *Die steuerliche Planung in der Unternehmung*, Diss. St. Gallen 1958.

### A. Le choix de la forme juridique<sup>5</sup>

#### 1. Société de capitaux ou entreprise sans personnalité juridique

La forme juridique sous laquelle s'exercent certaines activités est prédéterminée, soit par les exigences de l'éthique ou de la loi (notamment dans le domaine de professions libérales, de la banque, des fonds de placement, etc.), soit par l'importance des capitaux engagés, soit, encore, par le nombre des associés.

En l'absence de tels impératifs, celui ou ceux qui envisagent la création d'une exploitation commerciale vont pouvoir, et devoir, choisir entre la forme de l'entreprise en raison individuelle, ou de la société de personnes<sup>6</sup>, et celle de la société de capitaux. Placés devant ce choix, les uns se laisseront guider par des considérations fiscales, et l'incidence de la double imposition économique les éloignera généralement de la forme corporative; les autres adopteront, au contraire, cette dernière, même s'ils la jugent plus coûteuse, notamment afin de limiter leur responsabilité, de bénéficier de l'anonymat, ou de faciliter, le jour venu, le partage de leur succession.

Ainsi que nous l'avons souligné, déjà, les contribuables qui, subissant l'influence de la fiscalité, créent une entreprise sans personnalité juridique ne réalisent aucune véritable économie d'impôt. En effet, si l'on admet que la société de capitaux présente des avantages qui justifient la double imposition de ses revenus, on ne peut logiquement la comparer à une forme d'en-

<sup>5</sup> E. BIRGELEN, Die Beeinträchtigung der handelsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch das Steuerrecht, Zürich 1970; M. JUNGER, Steuern und Unternehmungsform, SAG 1960, pp. 68 et 92; I. BLUMENSTEIN, Die Besteuerung der Erwerbsunternehmungen im Bundessteuerrecht, Archives 24, pp. 1 et 65; Département fédéral des finances et des douanes, Le problème de l'imposition égale et juste des entreprises (cité ci-après sous le titre de *Rapport pour la motion Piller*), Bâle 1955; Schutzorganisation für Aktiengesellschaften mit beschränkter Aktionärezahl (Familienaktiengesellschaften) in Basel, Gutachten über die Steuerverhältnisse bei Familienaktiengesellschaften – Ein Beitrag zum Problem der steuerlichen Doppelbelastung von Aktiengesellschaft und Aktionär, Zürich 1955; P. GROSHEINTZ, Probleme der steuerlichen Behandlung von Familienaktiengesellschaften und ihrer Aktionäre, Archives 21, p. 353; E. GSELL, Unternehmungsform und Steuer, ZBl 1931, p. 417.

<sup>6</sup> Les sociétés de personnes, en droit fiscal suisse, n'ont pas la qualité de contribuable. Toutefois, cette qualité est exceptionnellement reconnue aux sociétés étrangères (voir l'art. 18 al. 1 AIN, l'art. 12 LIC de Nidwald, les arts 6 et 7 LIC de Schaffhouse, les arts 4 et 18 LIC de Schwyz et l'art. 7 LIC du Valais), ainsi qu'aux sociétés dont il est malaisé de répartir les biens et les revenus (art. 4 LIC des Grisons et art. 7 LIC de Bâle-Camp.).

treprise qui, par hypothèse, n'offre précisément pas les mêmes avantages; et si la double imposition n'a pas de justification, ou, du moins, pas de justification suffisante, et que les sociétés commerciales, par conséquent, sont victimes d'une inégalité de traitement, l'idée d'une économie d'impôt – dont profiteraient ceux qui échappent à cette inégalité – est moins défendable encore.

En revanche, contrairement à ce que l'on croit souvent, il n'est pas évident que la charge fiscale supportée par les sociétés et leurs actionnaires soit effectivement ou nécessairement plus lourde, malgré la double imposition, que celle qui pèse sur les entreprises sans personnalité juridique. Il est impossible de traiter cette question ici sous tous ses aspects, mais il nous paraît utile d'en rappeler les données principales.

### a) L'impôt sur le revenu et l'impôt sur le rendement

L'assiette de l'impôt sur le revenu, auquel sont soumises les entreprises, correspond *grossost modo* à celle de l'impôt sur le rendement, prélevé chez les sociétés commerciales, même si, du moins en théorie, le calcul du bénéfice imposable est effectué selon la méthode de la soustraction (sur la base du revenu brut) chez les premières, et selon la méthode de l'addition (à partir du bénéfice comptable) chez les secondes. La disparité sans doute la plus importante<sup>7</sup> concerne la déduction des impôts directs, à laquelle les personnes physiques ne peuvent prétendre, mais qui est accordée aux sociétés, dans la moitié des cantons<sup>8</sup>.

Si l'assiette des impôts concernés est presque identique, leurs taux présentent d'assez sensibles différences. En premier lieu, les taux maxima sont souvent plus élevés chez les personnes physiques, d'autant plus que les revenus commerciaux d'un entrepreneur s'ajoutent à ses autres rendements et à ceux de sa famille<sup>9</sup>. En second lieu, les taux des deux impôts n'ont pas la même

<sup>7</sup> Sous réserve, bien entendu, du régime des gains en capital.

<sup>8</sup> Notamment dans les cantons romands (sauf celui du Valais), en Argovie, dans les deux Bâle, à Lucerne, St-Gall et Schaffhouse. La solution contraire n'est pas jugée arbitraire; voir l'arrêt *X. AG* du 15.9.1971, ATF 97 I 784, JT 1973 I, p. 127 (résumé).

<sup>9</sup> Cette tendance s'accentue, à l'heure actuelle, en raison de l'introduction des impôts sur la richesse. Ainsi, et c'est significatif, les contribuables qui contestaient la constitutionnalité du nouvel impôt bâlois ont pu affirmer qu'il contraignait «pratiquement le titulaire d'une maison de commerce individuelle ou l'associé d'une société de personnes de haut rendement à transformer leur entreprise en personne morale» (arrêt *Weber et consorts* du 20.6.1973, note 3 ci-dessus, JT 1975 I, p. 290, 298).

progressivité, celui de l'impôt sur le revenu variant en fonction du montant imposable (voire de l'état civil du contribuable), celui de l'impôt sur le rendement, comme son nom l'indique, en fonction du rapport existant entre le bénéfice de la société et le montant de ses fonds propres<sup>10</sup>. Ces disparités rendent difficile la comparaison du statut fiscal des entreprises et des sociétés, particulièrement si l'on cherche à formuler des conclusions d'ensemble. Il est, toutefois, probablement juste d'affirmer que, dans la plupart des cantons, et à bénéfice égal (pour autant qu'il soit relativement important), une société est soumise à des impôts moins élevés qu'une entreprise individuelle<sup>11</sup>.

### b) L'incidence de la double imposition

La comparaison du statut des sociétés et des entreprises devient plus difficile, encore, si l'on cherche à déterminer, ce qui est naturellement essentiel, l'incidence de la double imposition économique, sans omettre d'en distinguer le poids effectif et le poids potentiel, et en tenant compte des moyens (admissibles et discutables) d'en éviter la charge. Ces questions peuvent être illustrées par l'exemple suivant. Un entrepreneur marié, domicilié dans le canton (et en Ville) de Genève, qui déclare une fortune commerciale de Fr. 1 000 000.–, et un revenu d'activité de Fr. 150 000.–, acquitte, en chiffres ronds, un impôt total de Fr. 42 000.–<sup>12</sup>. Or, si ce même contribuable exerçait son activité par l'intermédiaire d'une société anonyme, qui lui versait un salaire de Fr. 50 000.– (réduisant ainsi son bénéfice à Fr. 100 000.–), et lui distribuait le solde de ses profits sous forme de dividendes, la charge totale s'élèverait à Fr. 53 000.–<sup>13</sup>.

Il est assez évident, cependant, que ces chiffres n'ont qu'une signification relative. Ainsi, au cas où la société ne distribuait aucun dividende, les impôts dus se monteraient seulement à Fr. 21 000.–; et, dans l'hypothèse, peut-être plus vraisemblable,

<sup>10</sup> L'impôt sur le rendement défavorise, en particulier, les jeunes sociétés, qui n'ont pas encore eu le temps de constituer des réserves importantes.

<sup>11</sup> Voir, à ce sujet, le Rapport pour la motion Piller, pp. 19 et ss.

<sup>12</sup> Le contribuable, par hypothèse, n'a pas d'autres revenus ni d'autre fortune imposables; aucune déduction personnelle n'a par ailleurs été prise en compte et la charge des assurances sociales n'est pas incluse dans les montants d'impôt mentionnés.

<sup>13</sup> Cette charge comprend les impôts sur le rendement et les fonds propres de la société ainsi que les impôts sur le revenu et la fortune de l'actionnaire. En outre, le bénéfice de la société a été réduit du montant des impôts directs.

où la société, sans déclarer de dividendes, versait à l'entrepreneur un salaire de Fr. 100 000.–, ces impôts s'élèveraient à Fr. 32 000.–. En d'autres termes, l'incidence de la double imposition peut être sensiblement atténuée, soit provisoirement, par la constitution de réserves, soit définitivement, en accroissant les charges de la société.

Ces possibilités d'économie d'impôt, cependant, n'exercent probablement sur le choix de la forme juridique de nouvelles entreprises qu'une influence restreinte, alors qu'elles joueront, on le sait, un rôle déterminant sur les rapports qu'une société, une fois constituée, établira avec ses actionnaires. En effet, si les membres d'une société existante n'ont rien à perdre en cotoyant – au risque de la franchir – la frontière de l'évasion fiscale, les fondateurs d'une entreprise vont hésiter, au moment d'en choisir la forme, à prendre en considération les avantages d'une épargne plus ou moins incertaine.

### c) L'incidence du régime des gains en capital

La comparaison du statut fiscal des personnes morales et des entreprises exige encore de tenir compte du régime qui leur est applicable en cas de vente ou de liquidation. Alors que la liquidation d'une société est une catastrophe fiscale, puisqu'elle entraîne, chez la société, l'imposition de ses plus-values, et, chez l'actionnaire, celle de tous les montants qui lui reviennent (à l'exception du remboursement de son apport nominal), la liquidation d'une entreprise ne déclenche, dans le pire des cas, qu'une seule imposition. Toutefois, l'hypothèse de la liquidation est assez théorique. Il est rare qu'une société prospère soit liquidée, sauf dans le cadre d'une concentration, et la disparition d'un commerce en difficulté n'aura généralement pas de conséquences fiscales<sup>14</sup>.

Les fondateurs d'une entreprise se préoccupent vraisemblablement davantage du traitement des gains qui résulteraient de la cession, directe ou indirecte, de leur patrimoine commercial. Le régime actuel des gains en capital favorise ici les personnes morales: le bénéfice réalisé lors de la vente du capital-actions d'une société commerciale est, en effet, exonéré d'impôt, dans la grande majorité des cantons, alors que les plus-values afférentes à la cession d'une entreprise sont presque toujours imposables<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> A ce sujet, voir ci-dessous IV C et D.

<sup>15</sup> Voir ci-dessous III A 3.

## *2. Société commerciale ou société coopérative*

Le droit civil n'offre pas, et le législateur n'entendait pas d'ailleurs offrir, aux fondateurs d'une personne morale un véritable choix entre la forme de la société commerciale et celle de la société coopérative. Plusieurs des règles applicables à cette dernière, en particulier l'impérative égalité des associés, au plan du droit de vote (art. 885 CO), la nature juridique des parts sociales (art. 853 al. 3 CO), et les restrictions mises à la distribution de dividendes (art. 859 al. 3 CO), la rendent généralement impropre à jouer le rôle d'une société anonyme. Il est, par conséquent, peu vraisemblable que la forme de la coopérative soit adoptée ou écartée pour des raisons fiscales, quels que puissent être les avantages ou les inconvénients du régime auquel cette société est soumise.

L'imposition des coopératives soulève d'autres problèmes, qui, bien qu'ils sortent du cadre de ce chapitre, méritent un bref examen<sup>16</sup>. En effet, si la fiscalité n'influence guère, ici, les actes juridiques des contribuables, elle provoque des inégalités qui, sans être nécessairement injustifiées, faussent le jeu de la concurrence. Ces problèmes sont liés au caractère particulier des activités, des buts, et de la capacité contributive des coopératives. Celles d'entre elles qui demeurent fidèles à leur type, notamment les sociétés agricoles, les coopératives de crédit et d'habitation, nouent d'étroites relations d'affaires avec leurs associés. Les transactions qui en résultent, cependant, ne sont pas effectuées *at arm's length*; elles ont, tout au contraire, pour objet d'avantagez les sociétaires, non pas, d'ailleurs, aux fins de faire une économie d'impôt, mais parce que la coopérative traditionnelle a précisément pour but, conformément à la loi (art. 828 CO), de favoriser par une action commune les intérêts économiques de ses membres. Bien entendu, ces sociétés sans but lucratif, qui abandonnent à leurs associés les profits qu'elles pourraient réaliser, évitent pratiquement toute imposition: grâce à des dividendes cachés, mais juridiquement justifiés, elles deviennent fiscalement «transparentes».

Les coopératives qui, s'étant abâtardies, sont devenues, les unes, des sociétés commerciales (c'est le cas de la Banque Populaire Suisse), les autres, des fondations d'entreprise (telles les

<sup>16</sup> Concernant la fiscalité des coopératives, voir P. FORSTMOSER, Die Genossenschaft, Berner Kommentar, Band VII, 4. Abteilung, pp. 130 et ss (une bibliographie détaillée figure aux pp. 130 à 132).

grandes coopératives de consommation), se trouvent dans une situation un peu différente. En ouvrant leurs portes au public, elles ont, à des degrés divers, trouvé une vocation de profit. Néanmoins, leurs bénéfices demeurent souvent modestes, sinon en chiffres absolus, en tout cas par rapport au volume de leurs affaires et à leur capacité concurrentielle.

On conçoit qu'il soit alors difficile d'établir un régime fiscal qui puisse être équitablement appliqué à toutes les coopératives, et qui ne leur procure pas d'avantages indus par rapport aux autres entreprises. A vrai dire, ce problème paraît presque insoluble, non seulement au plan technique, mais aussi sous l'angle de la justice et de l'égalité fiscales. Qui peut, et comment, en effet, décider s'il est raisonnable ou choquant que des sociétés ne recherchant pas le profit, ou, du moins, le rendement, et qui se prévalent d'une fonction sociale, d'un but d'entraide, supportent une charge fiscale inférieure à celle à laquelle sont soumises d'autres personnes morales, dont le potentiel économique est équivalent, mais qui réalisent des bénéfices, ou qui ont un rendement, plus élevés?

La diversité des régimes cantonaux révèle d'ailleurs les difficultés qu'éprouve le législateur à pondérer de manière équitable l'imposition de sociétés qui, si elles exercent fréquemment les mêmes activités et, par conséquent, se font concurrence, ne poursuivent pas les mêmes buts.

Plusieurs cantons, dont le nombre va toutefois en diminuant, ont choisi de favoriser les sociétés coopératives, parfois sans égard à leur but, plus souvent en réservant les priviléges institués par la loi aux seules sociétés d'entraide (*Selbsthilfegenossenschaften*)<sup>17</sup>. Ces priviléges sont de nature variée. Certains cantons soumettent les coopératives à l'impôt sur le bénéfice, mais sur la base d'un barème spécial<sup>18</sup> ou à un taux particulier<sup>19</sup>. Le canton de Zoug offre aux sociétés d'entraide la possibilité d'opter, soit pour

<sup>17</sup> Les cantons dont la loi fait une distinction entre les coopératives d'entraide et les coopératives à but lucratif (*Erwerbsgenossenschaften*) sont ceux d'Appenzell Rh. Int., de Fribourg, Glaris, Obwald, Soleure, Vaud et Zoug. Par ailleurs, la loi tessinoise exonère d'impôt les coopératives d'entraide agricoles (art. 15 LIC).

<sup>18</sup> C'est le cas à Genève (art. 73 LCP) et dans le canton de Vaud, pour les sociétés d'entraide (art. 56 LIC). A Neuchâtel, les coopératives paient l'impôt sur le bénéfice aux taux de l'impôt sur le revenu (art. 67 LIC).

<sup>19</sup> Notamment à Glaris (art. 45 LIC), pour les sociétés sans exploitation commerciale, et dans les cantons de Thurgovie (art. 54 LIC) et du Valais (art. 89 LIC), pour toutes les coopératives.

le régime des sociétés commerciales, soit pour celui des personnes physiques<sup>20</sup>. Enfin, plusieurs lois cantonales soumettent les coopératives d'entraide<sup>21</sup>, ou, parfois, l'ensemble des sociétés coopératives<sup>22</sup>, aux dispositions régissant les personnes physiques.

Cependant, l'essor des grandes sociétés de consommation a conduit à un réexamen, politique et juridique, du statut des coopératives. La doctrine a critiqué la distinction faite entre les sociétés d'entraide et les coopératives à but lucratif<sup>23</sup>, et, de manière plus générale, le principe même d'un régime privilégié, du moins sous la forme traditionnelle<sup>24</sup>. Ainsi s'explique la tendance actuelle d'appliquer à la coopérative, quel que soit son but, les règles auxquelles sont soumises les sociétés commerciales<sup>25</sup>.

Mais l'assimilation des coopératives, soit aux personnes physiques, soit, comme on le préfère aujourd'hui, aux sociétés commerciales n'est, au mieux, qu'un embryon de solution: il est bien évident qu'un impôt sur le bénéfice et le rendement ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement (du moins au plan concurrentiel) de personnes morales dont certaines ne recherchent précisément ni le bénéfice ni le rendement. Quel que soit le système en vigueur, le statut réel des coopératives dépend principalement du traitement réservé aux avantages que ces sociétés accordent à leurs associés, voire même à des tiers. Or, ce problème est très difficile à résoudre. Faut-il, en effet, considérer les ristournes<sup>26</sup>,

<sup>20</sup> Arts 39 et 40 LIC.

<sup>21</sup> Il s'agit du canton d'Appenzell Rh. Int. (arts 45 et 53 LIC), dans lequel toutes les personnes morales ont la possibilité d'être assimilées à des personnes physiques, ainsi que des cantons de Fribourg (art. 86 LIC), d'Obwald (art. 73 LIC), et de Soleure (art. 62 LIC).

<sup>22</sup> Ceci, à Nidwald (? art. 36 LIC), à Uri (art. 48 LIC) et à Schwyz (art. 41 LIC). Ce système (comme d'ailleurs celui de Genève et de Neuchâtel) a un caractère équivoque et n'implique pas nécessairement un privilège; en effet, les sociétés dont le bénéfice est important mais qui ont un faible rendement ne trouvent aucun avantage à acquitter l'impôt sur le revenu.

<sup>23</sup> Cette distinction n'est d'ailleurs pas toujours facile. Ainsi, certains cantons ont rangé les coopératives de consommation parmi les *Selbsthilfegenossenschaften*, d'autres, au contraire, parmi les sociétés à but lucratif; à ce sujet, voir FORSTMOSER, op. cit., note 16 ci-dessus, pp. 136 et ss.

<sup>24</sup> Les critiques de la commission Piller (op. cit., notamment pp. 51 à 56, 66 et 67, 69 et 70) sont, sans doute, celles qui ont eu le plus large écho.

<sup>25</sup> C'est le système en vigueur dans les cantons d'Argovie, de Bâle-Ville et Bâle-Camp., de Berne, des Grisons, de Lucerne, St-Gall, Schaffhouse, du Tessin et de Zurich.

<sup>26</sup> Voir l'arrêt *C.W.B.* du 10.10.1947, JT 1948 I, p. 539 (résumé), Archives 16, p. 494, RDAF 1948, p. 83, et l'arrêt *Konsumverein Davos und Umgebung* du 19.7.1922, ATF 48 I 139, JT 1923 I, p. 154, RDAF 1952, p. 61 (résumé).

les rabais<sup>27</sup>, consentis par une coopérative comme des dividendes cachés? Faut-il traiter différemment les avantages qu'une société, ayant ouvert ses portes au public, accorde à ses membres ou à des tiers<sup>28</sup>? Est-il justifié de faire une distinction entre un rabais, une véritable réduction de prix, et l'avantage équivalent dont profitent les clients d'une coopérative qui, sans faire de rabais au vrai sens du mot, se contente d'une marge bénéficiaire réduite<sup>29</sup>?

A l'heure actuelle, la Confédération et la majorité des cantons imposent les ristournes et les rabais des coopératives, dans la mesure où leur montant dépasse un certain pourcentage (variant entre 5% et 6,5%) du prix des marchandises vendues<sup>30</sup>. La commission Piller, de son côté, a suggéré que seules les ristournes, en principe, fassent l'objet d'une reprise; les rabais ne seraient imposés que chez les coopératives de consommation, afin d'assurer l'égalité de traitement de ces sociétés, et, en outre, dans les cas où ils auraient manifestement le caractère de dividendes cachés<sup>31</sup>.

Aucune de ces solutions n'est vraiment satisfaisante. La distinction entre les ristournes et les rabais est artificielle, malgré ses justifications comptables et juridiques. Qu'une société ne recherche pas un rendement élevé et fixe ses prix en conséquence, ou qu'elle accorde de véritables rabais, ne devrait pas non plus influencer son statut fiscal. En fait, la société coopérative, sous réserve de rares exceptions, n'est pas comparable aux sociétés commerciales. Sans doute, peut-on les traiter formellement de la même manière, les soumettre aux mêmes impôts: il n'en reste pas moins que ces impôts seront inévitablement calculés sur des bases différentes, parce qu'il est conforme à la nature et aux buts d'une

<sup>27</sup> Arrêt *Genossenschaft Schweizer Mustermesse* du 9.11.1946, ATF 72 I 314, JT 1947 I, p. 535 (résumé), RDAF 1947, p. 189.

<sup>28</sup> Dans l'arrêt *Konsumgenossenschaft Derendingen* du 25.2.1927, ATF 53 I 1, JT 1927 I, p. 433, RDAF 1952, p. 61 (résumé), le Tribunal fédéral a jugé qu'il était arbitraire d'imposer les ristournes qu'une coopérative accordait aussi bien aux tiers qu'à ses membres. Il a, en revanche, admis, dans l'arrêt *Konsumgenossenschaft Reichenbach und Umgebung* du 2.4.1958, ATF 84 I 98, JT 1959 I, p. 348, que seules les ristournes versées aux membres fussent imposées.

<sup>29</sup> Voir les arrêts mentionnés dans la note 260 ci-dessous.

<sup>30</sup> Dans l'arrêt *S. du 8.5.1953*, ATF 79 I 166, Archives 22, p. 486, RDAF 1955, p. 24, le Tribunal fédéral avait relevé qu'il n'existe pas de raison d'étendre aux sociétés anonymes l'exonération des ristournes que la pratique reconnaissait généralement aux coopératives. En réalité, d'assez nombreuses lois cantonales admettent la déduction des rabais et des ristournes sans égard au type des sociétés qui les accordent.

<sup>31</sup> Op. cit., pp. 135 et ss.

coopérative de réaliser des bénéfices et d'avoir un rendement moins élevés qu'une société commerciale.

Ces réflexions font d'ailleurs douter du bien-fondé de l'impôt minimum sur le chiffre d'affaires que plusieurs cantons ont institué au cours des deux dernières décennies, en vue d'équilibrer les charges fiscales des sociétés d'entraide et des sociétés commerciales<sup>32</sup>. Du moins, devrait-on reconnaître qu'en évaluant la capacité contributive des personnes morales, non plus sur la base de leurs résultats, mais en fonction de leur potentiel économique et de leur rôle concurrentiel, le législateur, à tort ou à raison, a utilisé la fiscalité à des fins de politique économique, ou, alors, qu'il a perdu de vue, comme la commission Piller en son temps, qu'il existe une différence fondamentale entre une société commerciale qui, motivée par le désir de faire une économie d'impôt, cherche à réduire le montant de son bénéfice imposable, et une société coopérative qui, de manière naturelle et légitime, réalise un bénéfice modeste.

## B. La constitution et la localisation des sociétés à buts spéciaux

Nous avons évoqué, jusqu'ici, la situation et les motivations des fondateurs de véritables entreprises. Toutes les sociétés de capitaux, cependant, n'exploitent pas un commerce ou une industrie. Certaines ont pour but d'acquérir et d'administrer, parfois fiduciairement, des biens mobiliers ou immobiliers; d'autres sont créées à seule fin de servir de prête-nom à ceux qui les contrôlent, ou, encore, d'être le relais d'opérations commerciales ou financières qui se traitent, en réalité, entre leurs actionnaires et des tiers. La fiscalité, indiscutablement, exerce sur ces diverses sociétés une influence prépondérante, soit qu'elle en provoque la fondation, soit qu'elle en détermine la localisation.

### 1. *Les sociétés holding et les sociétés de domiciliation*<sup>33</sup>

Le terme de «holding», dans le langage courant, et même en langage fiscal, qualifie des personnes morales de caractère très

<sup>32</sup> Concernant l'impôt minimum, voir ci-dessous Troisième partie, I A 1, litt. a.

<sup>33</sup> Ces sociétés font l'objet d'une littérature assez abondante. Parmi les plus récents ouvrages, on pourra, notamment, consulter: W. EGGER, Die Besteuerung

varié. Une première catégorie, la plus typique, est formée des sociétés administrant des participations au vrai sens du mot, c'est-à-dire des titres représentatifs du capital d'autres entreprises. Ces sociétés de participation (*Beteiligungsgesellschaften*)<sup>34</sup> peuvent, à leur tour, être divisées en plusieurs catégories, notamment en sociétés de contrôle, d'une part, et en sociétés de portefeuille, d'autre part.

Les sociétés de contrôle (*Kontrollgesellschaften*) permettent de contrôler, et de réunir au sein d'une seule corporation, les différentes entités et activités d'une entreprise, ou d'un groupe d'entreprises. En tant qu'instruments de restructuration, de concentration et de coopération d'entreprises, ces sociétés – même si la fiscalité n'est souvent pas étrangère à leur création et à leur localisation – jouent un rôle économique important. Par ailleurs, les avantages fiscaux dont elles bénéficient, que ce soit en leur qualité de sociétés holding<sup>35</sup>, ou à raison des participations qu'elles administrent (privilège holding)<sup>36</sup>, ne suscitent guère de critiques, puisqu'ils ont pour objet d'éviter une triple imposition prohibitive.

Ces mêmes avantages, avec la même justification, sont accordés aux sociétés de portefeuille<sup>37</sup>, créées par des personnes physiques, aux fins de leur confier l'administration d'un patrimoine mobilier (constitué d'actions et de parts sociales). Toutefois, la raison d'être économique d'une société de portefeuille est beaucoup moins évidente que celle d'une société de contrôle. Il est plus vraisemblable que son fondateur obéisse à des motivations exclusivement fiscales, soit qu'il désire utiliser sa société au pla-

der Holdinggesellschaft, Zürich 1976; R. OESCH, Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Zürich 1976; P. STALDER, Die Besteuerung der Basisgesellschaften in der Schweiz (unter besonderer Berücksichtigung der Domizil- und Hilfsgesellschaften), Diss. St. Gallen 1970; J.-P. LEU, Les revenus fiscalement privilégiés des holdings et autres sociétés de base, Genève 1968; W. ALTORFER, Die Besteuerung der Holding-, Beteiligungs- und Domizilgesellschaften in der Schweiz, Rev. Fisc. 1966, p. 496.

<sup>34</sup> Certains auteurs utilisent ce terme pour décrire les sociétés mixtes, exerçant, à la fois, une activité commerciale ou industrielle et une activité holding.

<sup>35</sup> Tous les cantons, sans exception, exonèrent, en effet, de l'impôt sur le bénéfice les sociétés qui ont pour activité principale ou prépondérante l'administration de participations. L'AIN, en revanche, n'accorde à ces sociétés, en tant que telles, aucun régime de faveur.

<sup>36</sup> Voir ci-dessous IV B 2.

<sup>37</sup> Sauf à Neuchâtel et au Tessin, dont la loi (arts 68 et 86) exige que les participations des holdings remplissent certaines conditions (pourcentage de 20% ou valeur de Fr. 1 ou 2 millions au minimum).

cement anonyme de capitaux non déclarés, soit qu'elle lui permette d'accumuler et réinvestir des revenus en franchise (provisoire) d'impôt, soit, surtout, s'agissant d'un résident étranger, qu'elle lui offre la possibilité d'obtenir le remboursement des impôts à la source – suisses et étrangers – gavant les rendements de ses valeurs mobilières.

La famille des holdings inclut, encore, les sociétés dites «de domicile» ou «de domiciliation» (*base companies*), c'est-à-dire, d'une part, des sociétés dont les «participations» ne consistent pas, ou pas seulement, en actions, mais en créances et en biens immatériels (brevets, marques, etc.), et, d'autre part, des sociétés dites «de facturation», qui, agissant à titre d'agents ou de représentantes exclusives de leurs actionnaires, généralement des sociétés étrangères, vont leur permettre de réaliser en Suisse une partie de leurs bénéfices. Les premières de ces sociétés bénéficient parfois des dispositions applicables aux holdings<sup>38</sup>, soit parce que le terme de «participation» est défini de manière extensive, soit parce que l'administration de vraies participations demeure leur activité «principale» ou «prépondérante», au sens des lois en vigueur<sup>39</sup>. Plus souvent, elles invoqueront les priviléges que la grande majorité des cantons accordent aux sociétés qui ont leur siège mais n'exercent aucune activité sur le territoire cantonal<sup>40</sup>. L'application de ces mêmes priviléges aux sociétés de facturation est plus discutable, *de lege lata*, puisqu'elles exercent une activité commerciale; les pratiques cantonales ne sont d'ailleurs pas uniformes, en cette matière, et les sociétés de base se sont naturellement concentrées dans les cantons les plus tolérants<sup>41</sup>.

Il est assez évident que les exonérations accordées aux sociétés de domicile, pour des profits qui ne sont pas soumis à une triple imposition économique, n'ont aucune justification convaincante.

<sup>38</sup> Voir note 35 ci-dessus.

<sup>39</sup> Ces termes ne sont pas définis, sauf par les lois de St-Gall (art. 76), de Schaffhouse (art. 55), et du Tessin (art. 86), qui prévoient que 75% ou 80% au moins des revenus (ou des actifs) de la société doivent provenir (ou être formés) de participations. A ce sujet, voir l'arrêt *L. Holding AG* du 7.10.1970, Archives 41, p. 64.

<sup>40</sup> Seules les lois d'Appenzell Rh. Int., Argovie, de Nidwald et Zurich n'accordent aucun privilège aux sociétés de siège.

<sup>41</sup> Les lois et pratiques cantonales divergent également concernant la question de savoir si une société de domicile doit être contrôlée par des non-résidents. Si tel n'est pas le cas, le canton concerné encourage l'évasion fiscale de ses propres citoyens; et dans l'hypothèse inverse, le principe de l'égalité de traitement n'est évidemment plus respecté.

Certes, si ces sociétés – qui restent assujetties aux impôts fédéraux – ne choisissent pas la Suisse uniquement pour des raisons fiscales, elles n'en sont pas moins des entités artificielles, sans utilité économique, qui ne sont créées qu'en raison des priviléges dont elles bénéficient.

## 2. *Les sociétés immobilières*<sup>42</sup>

De nombreuses sociétés anonymes qui, selon leurs statuts, se sont assignées le but commercial d'acheter, gérer et vendre des biens immobiliers, sont en réalité destinées, plus passivement, à acquérir et conserver la propriété d'un ou plusieurs immeubles déterminés, qu'elles administrent dans l'intérêt de leurs actionnaires.

Ces sociétés ont, en particulier, permis à des non-résidents d'investir dans des biens immobiliers (locaux ou étrangers), et de manière anonyme, les fonds qu'ils avaient déposés en Suisse. Même en dehors de toute fraude, les sociétés immobilières ont longtemps présenté des avantages fiscaux qui compensaient largement les inconvénients (souvent, d'ailleurs, théoriques ou potentiels) de la double imposition économique: elles offraient, en effet, aux contribuables la possibilité de transformer leurs actifs immobiliers en biens mobiliers, c'est-à-dire en actions, qu'ils pourraient désormais aliéner sans être soumis aux droits et impôts spéciaux qui frappent la propriété foncière.

La spéculation à laquelle cette propriété a donné lieu, après la seconde guerre, en a terni l'image, et la société immobilière, dont, en outre, l'anonymat favorisait l'accaparement du sol national par des résidents étrangers, a été l'objet de très vives critiques. *Eine geduldete Gesetzumgehung*: ainsi l'a dénommée le professeur JÄGGI<sup>43</sup>, jugeant qu'elle n'avait aucun but légitime et que ses fondateurs, en utilisant le droit de la société anonyme, éludaient les règles du droit civil.

Il n'est donc guère étonnant que la société immobilière, peu à peu, ait été privée de ses avantages fiscaux et qu'elle ne présente plus aujourd'hui, de ce point de vue, aucun intérêt. Si son existence même est rarement mise en cause<sup>44</sup>, ses titres, en revanche,

<sup>42</sup> CH. BRASSEL, *Steuerprobleme der Immobilienaktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1966; O. BOURGEOIS, *Le statut fiscal des sociétés immobilières dans les cantons de Vaud et de Genève*, thèse Lausanne 1964; P. JÄGGI, *Die Immobilien-Aktiengesellschaft*, SAG 1974, p. 145.

<sup>43</sup> Op. cit., p. 149.

<sup>44</sup> Voir ci-dessous Deuxième partie, II B 2, litt. c.

sont devenus – légalement ou jurisprudentiellement – «transparents», «immobiliers», ce qui a permis d'en soumettre le transfert aux droits de mutation, ainsi qu'aux impôts spéciaux sur les gains en capital<sup>45</sup>. D'autre part, l'institution d'impôts fonciers minimums<sup>46</sup>, et l'application du concept dit de la «sous-capitalisation», ou du «capital dissimulé», développé par la jurisprudence<sup>47</sup> et de plus en plus souvent adopté par le législateur<sup>48</sup>, ont considérablement limité les possibilités des sociétés immobilières et de leurs actionnaires d'alléger le poids de la double imposition économique et internationale. Plus récemment, enfin, le fisc s'est reconnu le droit, fondé sur la théorie du «rendement minimum»<sup>49</sup>, d'attribuer un bénéfice aux sociétés qui n'en déclarent point, et qui éluderaient, selon cette théorie, l'imposition à laquelle leur but lucratif les prédestine.

L'imposition des sociétés immobilières provoque encore de nombreux litiges, particulièrement lorsque les interventions du fisc n'ont pas de base légale. En revanche, on conçoit mal, aujourd'hui, que la fiscalité puisse déterminer un contribuable avisé à effectuer des placements immobiliers par l'intermédiaire d'une société anonyme.

### *3. Les sociétés exerçant une activité fiduciaire<sup>50</sup>*

Le transfert de fonds, de valeurs mobilières, ou de biens immobiliers à une société, qui en devient propriétaire fiduciaire, apparaît souvent aux contribuables comme une solution presque miraculeuse, qui va leur permettre, à la fois, de bénéficier de l'anonymat, puisque la société sera, vis-à-vis des tiers, seule propriétaire des biens dont elle assurera la gestion, et d'éviter le poids de la double imposition économique et internationale<sup>51</sup>, puisque ces

<sup>45</sup> Concernant l'assimilation jurisprudentielle des actions d'une société immobilière à un bien immobilier, voir, notamment, ci-dessous Deuxième partie, II C.

<sup>46</sup> Au sujet de ces impôts, voir ci-dessous Troisième partie, I A 1, litt. b.

<sup>47</sup> Voir ci-dessous Deuxième partie, II B 2, litt. B.

<sup>48</sup> Voir ci-dessous Troisième partie, I A 1, litt. B.

<sup>49</sup> Concernant cette théorie, voir ci-dessous Deuxième partie, II C.

<sup>50</sup> Voir R. DAGON, Besteuerung im Falle von Treuhandverhältnissen und verwandten Tatbeständen (einschliesslich des angelsächsischen Trusts), SJZ 1965, pp. 101 et 120.

<sup>51</sup> Bien entendu, la création d'un rapport fiduciaire est sans intérêt pour un contribuable résidant à l'étranger, qui transfère des valeurs mobilières à une société suisse précisément afin d'obtenir le remboursement de l'impôt anticipé ou d'impôts à la source prélevés par des Etats avec lesquels la Suisse a conclu une convention de double imposition.

biens et leurs revenus ne seront normalement imposés qu'en mains du fiduciant. «Le contrat de fiducie», ainsi que l'a confirmé le Tribunal fédéral, «est un rapport juridique reconnu par le droit fiscal»<sup>52</sup>, et il est incontestable que de nombreuses relations fiduciaires sont établies de manière parfaitement légitime, lorsqu'une société remplit les fonctions de *trustee*, dans le cadre d'un contrat de droit anglo-saxon<sup>53</sup>, ou lorsqu'une personne, sans obtenir d'avantage fiscal, utilise la fiducie afin de demeurer anonyme<sup>54</sup>.

La fiscalité, cependant, est à l'origine de non moins nombreux rapports fiduciaires, qui posent alors les délicats problèmes caractérisant les transactions faites dans un but d'économie d'impôt. Le Tribunal fédéral, à juste titre, a toujours exigé des contribuables invoquant un rapport fiduciaire qu'ils ne se bornent pas à en alléguer, mais qu'ils en démontrent l'existence, particulièrement si le fiduciant, seul imposable, est domicilié à l'étranger<sup>55</sup>; de son côté, l'Administration fédérale requiert des contribuables la production d'une convention en la forme écrite, qui mentionne la véritable identité du fiduciant<sup>56</sup>. Ce problème de preuve n'a toutefois qu'une importance secondaire. Beaucoup plus fondamentale est la question de savoir quelle doit être la position du fisc dans les cas, relativement fréquents, où le fiduciant a des liens particuliers avec son fiduciaire, ou, s'il s'agit de prêts, avec le tiers auquel les fonds sont destinés. Lorsque, ainsi qu'il arrive, le fiduciant et le «tiers» sont en réalité une seule et même personne, il paraît évident que la fiducie ne doit pas déployer d'effet<sup>57</sup>. Faut-il aussi adopter cette solution lorsqu'un contribuable crée une

<sup>52</sup> Arrêt *P.Z.* du 1.4.1966, Archives 35, p. 430, RDAF 1967, p. 146, 147. Voir, aussi, l'arrêt *X.* du 19.3.1975, Archives 45, p. 336, où le Tribunal fédéral a reconnu le caractère fiduciaire d'un transfert d'immeubles entre époux.

<sup>53</sup> A ce sujet, voir l'arrêt *E.Sch-K.* du 18.11.1949, RDAF 1950, p. 77.

<sup>54</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *S. AG* du 3.3.1954, ATF 80 I 19, JT 1955 I, p. 26, RDAF 1956, p. 20.

<sup>55</sup> Arrêt *Dr. V.* du 16.5.1975, Archives 45, p. 121; arrêt *P.Z.* du 1.4.1966, note 52 ci-dessus; arrêt *X. SA* du 29.6.1956, Archives 25, p. 376, RDAF 1957, p. 301; arrêt *Balmer* du 29.4.1953, RDAF 1954, p. 6.

<sup>56</sup> Notice de l'Afc intitulée «rapports fiduciaires», datée d'octobre 1967. Une autre notice, du 31 mai 1965, concerne les prêts fiduciaires consentis par les banques.

<sup>57</sup> Voir l'arrêt *Dr. V.* du 16.5.1975, note 55 ci-dessus. Il arrive aussi que le fisc présume et reconnaise l'existence d'un rapport fiduciaire qui n'a pas été invoqué: tel est le cas lorsque le tiers bénéficiaire est une société contrôlée par le fiduciant et que le seul but du détournement fiduciaire (généralement par l'intermédiaire d'une banque) est d'échapper au reproche, fondé sur la théorie du capital dissimulé, d'un financement insolite.

société, ou utilise une société qu'il contrôle, aux fins de lui transférer et de lui faire gérer des biens ou des fonds dont elle aura la propriété fiduciaire? Bien que certaines décisions administratives ou judiciaires laissent effectivement penser que toute fiducie établie entre un actionnaire et sa société est *ipso facto* insolite<sup>58</sup>, il est notoire que le fisc a toléré ce genre de construction juridique, notamment lorsque l'actionnaire-fiduciant était domicilié à l'étranger, et pour autant que l'activité de la société fût équitablement rémunérée<sup>59</sup>.

A vrai dire, il ne semble pas que l'existence de liens entre le fiduciant et le fiduciaire doive jouer un rôle déterminant, car on ne voit guère pourquoi il serait interdit à un contribuable de faire remplir à sa propre société des tâches qu'il pourrait légitimement et facilement confier, avec les mêmes avantages, à une société contrôlée par des tiers. Mais, quelle que soit la solution donnée à ce problème, il importe aussi de voir que l'utilisation de la fiducie a assez rarement comme motivation principale le désir d'échapper, en évitant la double imposition, les impôts helvétiques. Plus souvent, en fait, les sociétés exerçant une activité fiduciaire servent avant tout à préserver l'anonymat de contribuables étrangers, facilitant, il faut bien le reconnaître, le placement et la circulation de fonds non déclarés, dont les revenus, finalement, ne sont imposés nulle part.

#### *4. Le choix du siège*

Il est relativement rare que la fiscalité détermine la localisation d'une entreprise commerciale ou industrielle, en particulier lorsque celle-ci est créée par des résidents suisses. Sans doute, les exonérations temporaires offertes aux nouvelles entreprises par de nombreux cantons<sup>60</sup>, ou la modestie des prétentions fiscales

<sup>58</sup> Décision de l'Afc du 29. 4. 1965, Archives 34, p. 206, RDAF 1966, p. 70; arrêt *X. SA* du 26. 2. 1965, Archives 34, p. 104, RDAF 1966, p. 31; décision de l'Afc du 31. 8. 1964, Archives 33, p. 326, RDAF 1965, p. 61; arrêt *X. SA* du 29. 6. 1956, note 55 ci-dessus.

<sup>59</sup> Certains cantons, toutefois, ne reconnaissent pas la fiducie immobilière. Par ailleurs, l'Afc refuse, en principe, de tenir compte des rapports fiduciaires qui visent, non pas à l'administration de biens, mais à la réalisation d'opérations commerciales (par exemple, lorsqu'une société est chargée d'acheter et de vendre des biens, en son nom, mais pour le compte de son actionnaire).

<sup>60</sup> Il s'agit des cantons d'Appenzell Rh. Ext. et Rh. Int. (art. 17 LIC), Bâle-Camp. (art. 17 LIC), Berne (art. 24 LIC), Fribourg (art. 22 LIC), Glaris (art. 16 LIC),

de certaines communes, peuvent-elles inciter des contribuables à s'y établir. Il est toutefois vraisemblable que ces priviléges n'ont qu'une influence limitée: si l'on peut imaginer, par exemple, qu'un contribuable genevois décide d'exercer son activité dans le canton de Vaud, en raison des exemptions qui lui seraient accordées, on conçoit mal que ces mêmes exemptions dictent le choix d'un entrepreneur domicilié en Argovie ou à Zurich. Quant à fixer son siège statutaire dans un lieu différent de celui de son administration, une société commerciale ou industrielle n'y trouve guère d'avantage. En effet, seul est alors en jeu le préciput, rémunération forfaitaire de l'activité de gestion, qui, conformément aux règles de double imposition intercantonale, est attribué au canton de siège, les bénéfices de la société étant, pour le reste, répartis entre les cantons où elle maintient des établissements stables<sup>61</sup>. Bien que la question du siège fictif n'ait ainsi guère d'importance, pour ce type de société, le Tribunal fédéral a eu, à quelques reprises, l'occasion d'examiner – généralement sous l'angle de l'article 46 alinéa 2 Cst. – la portée d'un siège de pure forme. Il a conclu qu'un tel siège, même s'il était valable en droit civil (art. 56 CC), ne créait aucun domicile fiscal, et que le montant du préciput devait être attribué au canton où la société avait sa direction effective, sans d'ailleurs qu'il importât qu'elle ait ou non choisi le lieu de son siège statutaire pour des motifs fiscaux<sup>62</sup>.

La situation des sociétés qui n'exploitent pas un commerce ou une industrie, qui n'ont pas d'établissement, est complètement différente, puisque, d'une part, tous les profits qu'elles réalisent (sous réserve des bénéfices immobiliers) sont imposables au lieu de leur siège, et que, d'autre part, ces sociétés sont souvent créées en raison même des priviléges qui leur sont accordés. La localisa-

Grisons (art. 175 LIC), Lucerne (art. 95 LIC), Neuchâtel (art. 18 LIC), Nidwald (art. 6 LIC), Obwald (arts 19 et 62 LIC), St-Gall (art. 18 LIC), Schaffhouse (art. 177 LIC), Schwyz (art. 6 LIC), Soleure (art. 28<sup>bis</sup> LIC), Tessin (loi du 1. 2. 1951), Uri (art. 5 LIC), Valais (art. 298 LIC), et Vaud (art. 15 LIC). Typiquement, les dispositions en vigueur autorisent le Conseil d'Etat du canton concerné à exonérer d'impôt les nouvelles entreprises, pour une durée maximum de dix ans.

<sup>61</sup> Le canton de siège peut encore bénéficier des participations et de leurs revenus.

<sup>62</sup> Arrêt *G.* du 21. 9. 1972, RDAF 1975, p. 5 (le problème du siège fictif se posait au niveau intercommunal); arrêt *X. SA* du 3. 7. 1968, Archives 38, p. 149, RDAF 1969, p. 113 (résumé); arrêt *A.X.* du 22. 5. 1968, Archives 37, p. 526 (siège fictif d'une société en nom collectif); arrêt *AG Elektrizitätswerk Maienfeld* du 3. 6. 1959, Archives 29, p. 324, RDAF 1960, p. 245 (résumé); arrêt *AG «Colombus»* du 27. 6. 1919, ATF 45 I 190, JT 1919 I, p. 654.

tion d'une société de domicile, en particulier, revêt pour ses fondateurs une importance primordiale. Et si, dans ce contexte, il serait faux d'affirmer que le choix de la Suisse est toujours et exclusivement dicté par des considérations fiscales, il est, en revanche, indéniable que le choix du canton de siège a rarement des motivations d'un autre ordre: les sociétés de facturation se sont ainsi concentrées, nous l'avons déjà noté, dans quelques cantons qui les exonèrent de tout impôt sur le bénéfice, et qui sont seuls à profiter<sup>63</sup> de la réputation de paradis fiscal qu'ils font au pays tout entier.

Les distorsions liées à la localisation totalement artificielle des sociétés de domicile, aussi critiquables soient-elles, provoquent peu de litiges. Sans doute, un grand nombre de ces sociétés ont leur siège statutaire dans un canton, alors qu'elles sont administrées dans un autre. Mais cette situation est généralement tolérée, en partie par courtoisie intercantonale, en partie par réalisme (les *base companies* quitteraient simplement la Suisse si leur statut était mis en cause), et, aussi, parce que ces sociétés ont souvent leur direction effective à l'étranger, et que le siège de l'administration suisse, composée d'hommes de paille, n'est pas moins fictif que leur siège statutaire.

A l'inverse, la Suisse abrite l'administration ou la direction effective de sociétés qui ont leur siège dans un paradis fiscal, notamment au Liechtenstein et à Panama. Conformément au droit civil<sup>64</sup>, et en vertu d'ailleurs de la plupart de nos lois fiscales, ces sociétés pourraient être soumises à un assujettissement illimité, ou limité, dans le canton d'où elles sont effectivement dirigées<sup>65</sup>. Il serait certainement souhaitable, au plan d'une bonne justice fiscale, que ces dispositions fussent plus souvent appliquées, en particulier aux sociétés contrôlées par des contribuables helvétiques. Mais encore faudrait-il que le fisc connaisse, ce qui n'est pas toujours le cas, l'existence de ces sociétés, ou, ce qui lui est plus difficile encore, l'identité de leurs actionnaires.

L'examen de la jurisprudence révèle que les quelques conflits provoqués par la localisation de personnes morales n'exploitant

<sup>63</sup> Bien entendu, la Confédération est la première, bien qu'indirecte, bénéficiaire de la présence des sociétés de siège, auxquelles elle n'accorde aucun privilège.

<sup>64</sup> L'article 56 CC n'est pas applicable aux sociétés étrangères, dont le siège est réputé se trouver au lieu de leur administration effective; voir l'arrêt *Vernet et consorts* du 9.5.1950, ATF 76 I 150.

<sup>65</sup> En effet, dans tous les cantons (sauf celui de Vaud), le siège de la direction effective est assimilé par la loi au siège statutaire ou considéré comme un établissement stable.

pas d'industrie concernent uniquement des fondations<sup>66</sup>, des sociétés immobilières, dont les revenus sont de toute manière imposables au lieu de situation de leurs biens<sup>67</sup>, et des sociétés de portefeuille dont les actionnaires sont domiciliés en Suisse<sup>68</sup>. On peut, sans doute, trouver paradoxal – mais la fiscalité internationale ne craint ni le paradoxe ni l'hypocrisie – que les personnes morales dont la réalité du siège statutaire est contestée ne soient précisément pas celles qui en ont choisi le lieu principalement ou exclusivement pour des raisons fiscales.

### C. Le choix des moyens de financement

Toute entreprise qui se développe et s'agrandit se trouve, un jour ou l'autre, dans l'obligation de trouver de nouveaux capitaux et, qu'elle fasse appel à ses associés ou à des tiers, de choisir entre les différents moyens de financement que le droit commercial réglemente ou tolère<sup>69</sup>. Cependant, déjà au moment où une entreprise est créée, ses fondateurs doivent et peuvent en choisir la structure financière, et, à ce stade déjà, la fiscalité joue souvent un rôle déterminant, particulièrement si la nouvelle entité est une personne morale.

#### 1. Distorsions du droit fiscal interne

Que le créateur d'une entreprise individuelle ou les associés d'une société de personnes donnent à leur participation la forme d'un véritable apport ou celle d'un prêt n'a pas, au plan fiscal,

<sup>66</sup> Arrêt *Veraka AG* du 23.12.1959, Archives 29, p. 345, RDAF 1960, p. 244 (résumé); arrêt *Unterstützungs- und Pensionskasse für das Gesamtpersonal der Firma Ryff & Co AG* du 10.5.1929, ATF 55 I 84, JT 1930 I, p. 56; arrêt *Johannes B.-Stiftung* du 22.6.1928, ATF 54 I 301, JT 1929 I, p. 371.

<sup>67</sup> Arrêt *X.* du 25.5.1966, RDAF 1967, p. 297 (cas d'une société mixte holding et immobilière); arrêt *M. AG* du 16.5.1962, Archives 32, p. 174, RDAF 1964, p. 275; arrêt *P. SA* du 20.9.1961, Archives 29, p. 342, RDAF 1962, p. 165; arrêt *Bau und Bodenwert AG* du 7.3.1956, Archives 26, p. 142, RDAF 1957, p. 173 (résumé); voir, aussi, les remarques du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Walter* du 18.2.1959, ATF 85 I 91, JT 1959 I, p. 557, 563.

<sup>68</sup> Arrêt *A.* du 21.10.1964, Archives 34, p. 310, RDAF 1966, p. 277 (résumé); arrêt *AG für Unternehmungen der Textilindustrie* du 17.5.1924, ATF 50 I 100, JT 1925 I, p. 281.

<sup>69</sup> Voir ci-dessous IV A.

très grande importance; tout au plus, la structure adoptée pourra-t-elle déterminer, dans les relations intercantonales, le lieu d'imposition des rendements – bénéfices ou intérêts – afférents aux capitaux apportés<sup>70</sup>. Pour les fondateurs d'une personne morale, au contraire, ce choix initial a une importance majeure: la création d'une société à capital minimum, financée par des prêts, constitue, on le sait, le moyen probablement le plus fréquemment utilisé d'alléger le poids de la double imposition économique.

Peu de questions, en droit fiscal suisse, ont d'ailleurs provoqué, et provoquent, encore, autant de controverses et de litiges que ce problème du «capital dissimulé». L'Administration, puis les tribunaux, et, enfin, le législateur ont vu dans la sous-capitalisation des personnes morales une forme d'évasion fiscale, sans doute trop naturelle et trop usuelle pour être «insolite», mais néanmoins abusive<sup>71</sup>. Si la théorie du capital dissimulé – qu'elle soit jurisprudentielle ou qu'elle ait reçu la sanction du législateur – vise avant tout les sociétés immobilières, ce n'est pas dû seulement au fait que ces sociétés sont traditionnellement sous-capitalisées, ou à la vulnérabilité politique de la propriété immobilière, mais aussi à des considérations de politique fiscale intercantonale. En effet, de très nombreuses sociétés immobilières qui ont leur siège et dont les actifs sont situés dans un canton sont contrôlées par des personnes domiciliées dans un autre canton; or, en raison de leur sous-capitalisation, ces sociétés ne réalisent pratiquement aucun bénéfice, et la seule matière imposable engendrée par leur activité, c'est-à-dire les intérêts afférents au capital dissimulé, s'évade vers le canton de domicile des actionnaires-créanciers.

## *2. Distorsions du droit fiscal international*

La possibilité d'atténuer la double imposition économique ne constitue pas l'unique attrait de la société à capital minimum. Elle permet aussi, en Suisse, d'éviter la charge de l'impôt à la source, dont les intérêts sont exempts. En cumulant ces avan-

<sup>70</sup> En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les intérêts sont attribués au canton de domicile de l'associé, alors que les bénéfices commerciaux sont soumis à la souveraineté du canton où l'entreprise a son siège.

<sup>71</sup> Cette question est examinée plus en détail dans la Deuxième partie, II B 2, litt. b, ainsi que dans la Troisième partie, I A 1, litt. b.

tages, les sociétés créées par des résidents étrangers, notamment les sociétés holding et de domicile, ont pu échapper aux seuls impôts auxquels elles étaient normalement soumises (l'IDN et l'impôt anticipé), tout en bénéficiant – et c'était là un privilège que ne leur offraient pas les paradis fiscaux traditionnels – des dispositions des traités en vigueur.

Les réactions provoquées par ces distorsions sont bien connues. Cédant à la pression internationale, le Conseil fédéral a adopté, en 1962, des dispositions obligeant les sociétés contrôlées par des résidents étrangers, si elles veulent obtenir l'application des conventions, à réaliser un bénéfice au moins égal à 50% de leurs revenus privilégiés, et à déclarer un dividende qui ne soit pas inférieur à 25% de ces revenus<sup>72</sup>. D'autre part, conformément aux conventions conclues avec l'Allemagne, la France et l'Italie, les sociétés exonérées d'impôts cantonaux n'ont pas droit au remboursement des impôts à la source prélevés par ces trois pays sur les intérêts et les redevances. Enfin, plusieurs Etats étrangers, tels les Etats-Unis et l'Allemagne, ont pris eux-mêmes des mesures destinées à limiter les avantages que leurs résidents trouvaient à constituer, en Suisse ou ailleurs, des sociétés de domicile.

#### D. Conclusions

En pratique, le choix de la forme juridique des entreprises est le plus souvent imposé ou dicté par des motifs extérieurs à la fiscalité. Néanmoins, d'assez nombreux contribuables (notamment, des artisans et des petits commerçants), qui préféreraient adopter une forme corporative, constituent une entreprise individuelle ou une société de personnes dans le but d'échapper à la double imposition économique. A l'inverse, mais plus rarement, certains contribuables créent une société afin de bénéficier des avantages que la structure de notre système fiscal, lorsqu'on le considère sous ses divers aspects, offre aux personnes morales. Dans un cas

<sup>72</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 14 décembre 1962 instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions, RS 672.202; ce texte est complété par une circulaire de l'Afc du 31 décembre 1962. Les mesures prises ne touchent pas les sociétés de facturation; néanmoins, l'Administration fédérale exige, aujourd'hui, que les montants versés par ces sociétés à leurs actionnaires, sous forme d'intérêts, de commissions, etc., n'excèdent pas le 50% de leur bénéfice.

comme dans l'autre, la neutralité de l'impôt est compromise, peut-être définitivement: qu'une société, en effet, soit fondée *en dépit* des inconvénients, ou à cause des avantages potentiels, de son statut fiscal, celui-ci porte le germe des multiples conflits qui vont inévitablement naître de la volonté de la société et de ses associés d'éviter la double imposition de leurs revenus. Ces distorsions se manifestent d'ailleurs déjà au moment où une société est créée, lorsque ses fondateurs en choisissent la structure financière.

La forme de la coopérative est rarement adoptée en raison des avantages fiscaux dont la font bénéficier certaines législations. Mais si ces avantages n'influencent guère les actes juridiques des contribuables, ils peuvent avoir des effets économiques et sociaux importants, dans la mesure où ils favorisent le développement des coopératives (particulièrement de consommation) au détriment des petites entreprises. Assez naturellement, la position du législateur, en ce domaine plus politique que fiscal, est souvent ambiguë et contradictoire. D'un côté, il n'est guère équitable d'imposer lourdement les bénéfices des coopératives, sous le prétexte qu'elles n'en font pas beaucoup (par rapport à leur chiffre d'affaires), surtout si elles affectent les profits qu'elles réalisent à des buts idéaux; et il est difficile, aussi, d'appliquer la théorie classique des dividendes cachés à des sociétés qui, conformément à la loi, se proposent, non pas de faire des bénéfices importants, mais de favoriser les intérêts de leurs membres. D'un autre côté, la volonté du législateur de rétablir l'équilibre des forces concurrentielles justifie, peut-être, qu'il ne tienne pas seulement compte de la capacité contributive des entreprises, au vrai sens du terme, mais aussi de leur puissance économique.

On chercherait en vain à concilier le régime des sociétés à but spécial, mélange de favorisation et de pénalisation fiscales, avec les principes généraux et les structures du système en vigueur, et, que l'on approuve ou que l'on déplore les motivations et les solutions du législateur, on ne saurait, en tout cas, sans hypocrisie, en dissimuler la nature profondément politique. Si les priviléges accordés aux sociétés holding visent à atténuer les effets de la triple imposition (sans qu'il existe d'ailleurs des raisons très pertinentes de distinguer la double de la triple imposition économique), ils ont, avant tout, pour but d'attirer en Suisse, ou dans un canton déterminé, qui cherche à augmenter ses recettes fiscales, des sociétés dont le siège est manifestement fictif et l'existence artificielle. Quant à la société immobilière, dont les actions sont transformées en immeubles et les créances en capital, le traite-

ment qui lui est réservé (par l'intermédiaire d'impôts spéciaux ou grâce à la fiction d'un rendement minimum) s'explique, à la fois, par la vulnérabilité politique de la propriété immobilière, et par la volonté des cantons d'éviter la fuite, hors de leurs frontières, d'une matière imposable traditionnellement soumise à leur souveraineté exclusive.

## Chapitre III

### **Les revenus et distributions des entreprises**

#### **A. Le revenu des personnes physiques**

Nos lois fiscales, encore marquées par le système de taxation cédulaire qui a précédé, dans l'histoire de l'impôt, l'imposition globale du revenu, établissent entre différentes catégories de rendements – notamment entre les revenus périodiques et les gains en capital – des distinctions dont l'arbitraire et l'imprécision provoquent de nombreux litiges et de nombreuses distorsions. Par ailleurs, la structure du système fiscal en vigueur, voire, parfois, des considérations purement politiques, conduisent le législateur ou les tribunaux à assimiler à des revenus des avantages qui n'enrichissent manifestement pas leurs bénéficiaires ou qui n'en augmentent pas la capacité contributive.

#### *1. Revenus fictifs et non réalisés*

Le revenu locatif attribué au propriétaire foncier qui utilise son propre immeuble comme logement, ou qui en garde la libre disposition<sup>73</sup>, est l'exemple classique d'un rendement fictif dont l'imposition est politiquement motivée. Plus souvent, l'imposition de revenus fictifs est la conséquence à la fois arbitraire et nécessaire du système en vigueur. Les dividendes de liquidation, par exemple, dans la mesure où le prix d'acquisition des titres annulés est supérieur à leur valeur nominale, constituent un ren-

<sup>73</sup> Voir, notamment, l'arrêt *Ott* du 20.7.1973, ATF 99 Ia 344, dans lequel le Tribunal fédéral justifie l'imposition de la valeur locative par le fait que le propriétaire d'un immeuble peut déduire ses frais d'entretien et intérêts passifs.

dement qui, pour être fictif, n'en est pas moins logiquement imposable dans le cadre d'un système fiscal fondé sur la double imposition économique et l'exonération des gains mobiliers; et cette imposition implique, à son tour, celle des actions gratuites, dont l'émission diminue le montant des dividendes qui pourront être un jour distribués aux actionnaires<sup>74</sup>. La fondation d'une société holding, à laquelle un contribuable fait apport du capital-actions d'une autre société, crée une situation du même type: ici encore, il est logique – ce qui ne signifie pas qu'il soit *de lege lata* admissible<sup>75</sup> – d'imposer à titre de revenu le montant de la différence entre les prestations de la holding et la valeur nominale des titres apportés.

Revenus fictifs ou revenus non réalisés, les deux notions, souvent, se confondent; chaque fois, en fait, que l'on impose un rendement potentiel qui, lorsqu'il sera réellement réalisé, échappera à l'impôt. Ainsi s'explique, notamment, la taxation, conformément à la loi<sup>76</sup> ou à la jurisprudence<sup>77</sup>, des «gains» résultant du transfert d'éléments de la fortune commerciale dans la fortune privée, et ainsi s'expliquent également, sans qu'ils soient pour autant justifiés, les *Wegzugsteuern* institués par plusieurs lois cantonales.

Le législateur et le fisc se montrent naturellement plus tolérants lorsque les droits potentiels de l'Etat sont garantis. Si les gains afférents à l'échange de biens immobiliers de même valeur sont généralement imposés, de nombreux échanges, qui n'offrent aucun avantage monétaire à leurs auteurs et n'accroissent pas leur capacité contributive, bénéficient, légalement ou jurispru-

<sup>74</sup> Les arrêts *W.S.* du 29.3.1968, Archives 38, p. 163, et *Furrer* du 17.9.1964, ATF 90 I 258, JT 1965 I, p. 516 (résumé), Archives 33, p. 485, RDAF 1965, p. 288, offrent un autre exemple de revenu fictif: un contribuable avait acquis des obligations à un prix tenant compte du montant d'intérêts arriérés; le Tribunal fédéral n'a pas admis que ceux-ci fussent exonérés d'impôt lors de leur paiement subséquent, notant qu'il appartenait au contribuable «en discutant le prix d'achat à convenir, de tenir compte de la charge fiscale» (RDAF 1965, p. 290). En revanche, dans l'arrêt *Jaenike* du 11.2.1953, ATF 79 I 9, JT 1954 I, p. 343 (résumé), le Tribunal fédéral a jugé arbitraire, en matière d'impôt sur les gains en capital, que le prix d'acquisition de titres bloqués, pendant la guerre, et qui, de ce fait, avaient bénéficié d'un disagio pour le calcul de l'impôt sur la fortune, soit diminué du montant de ce disagio.

<sup>75</sup> Voir ci-dessous Deuxième partie, II B 2, litt. a.

<sup>76</sup> A l'heure actuelle, toutes les lois cantonales (sauf celle de Neuchâtel) prévoient expressément l'imposition des plus-values réputées réalisées lorsque des actifs passent de la fortune commerciale d'un contribuable dans sa fortune privée.

<sup>77</sup> Voir ci-dessous Deuxième partie, I B (au sujet de l'IDN).

dentiellement, d'un régime de faveur. Tel est le cas, en particulier, des échanges de biens et de titres consécutifs à des fusions et transformations d'entreprises. Par ailleurs, la théorie du «remplacement»<sup>78</sup>, qui a été appliquée dans la pratique<sup>79</sup> avant d'être formulée dans quelques lois cantonales<sup>80</sup>, permet d'exonérer des gains qui sont indubitablement réalisés, mais dont le produit est utilisé à l'acquisition de biens similaires à ceux que le contribuable a aliénés ou dont il a été dépossédé.

Ces divers exemples révèlent qu'il n'existe, en droit fiscal suisse, aucune définition générale et uniforme de la notion de réalisation, et si, dans ce contexte, le principe de l'imposition selon la capacité contributive est souvent jugé déterminant, il ne joue, en fait, plus guère de rôle dès le moment où son application priverait le fisc d'une recette qu'il pouvait normalement escompter. On conçoit que le législateur, motivé par le désir de protéger les intérêts de l'Etat, ou d'éviter des inégalités et des distorsions, ait recours à des fictions et soumette à l'impôt des revenus non réalisés. Il est, en revanche, beaucoup moins évident que les autorités administratives et judiciaires puissent, sans violer le principe de la légalité, se fonder sur des considérations du même ordre.

Nos lois, ne définissant ni la notion de revenu ni le concept de la réalisation, ne précisent naturellement pas non plus le moment

<sup>78</sup> H. HEROLD, Die Wiederanlage von Liegenschaftsgewinnen des Unternehmers, Archives 39, p. 137; P. FOLLIET, De l'imposition du produit d'activité à but lucratif à celle des bénéfices involontaires, dans: Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, No 15, Genève 1962, p. 73; J.-M. RIVIER, Réinvestissement en franchise d'impôt des bénéfices en capital obtenus par une entreprise astreinte à tenir des livres, RDAF 1962, p. 289; CL. BRELAZ, Imposition des gains en capital dans les cas d'incendie, d'expropriation ou d'autres réalisations nécessitées par des circonstances particulières, RDAF 1957, p. 229.

<sup>79</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *S.Y. AG* du 4.3.1977, Archives 46, p. 390. La théorie du remplacement a été développée assez récemment, ainsi que le démontrent de plus anciennes décisions, dans lesquelles l'imposition de gains involontaires a été confirmée; voir les arrêts *Kuoni* du 11.7.1956 et *Perraudin* du 8.5.1955, RDAF 1973, p. 11 (résumé), ainsi que l'arrêt *Société S.* du 4.5.1951, RDAF 1951, p. 233. Aujourd'hui, encore, le fisc ne commet pas d'arbitraire s'il refuse (la loi étant muette) de tenir compte d'un remplacement; voir l'arrêt *X.* du 31.10.1973, Archives 42, p. 625.

<sup>80</sup> Actuellement, des clauses de remplacement, au plan commercial, sont contenues dans les lois d'Argovie, de Bâle-Camp., de Lucerne, Neuchâtel, St-Gall, Schaffhouse, Soleure, du Tessin, de Thurgovie et du Valais, ainsi que (mais uniquement pour les immeubles) dans celle de Bâle-Ville. Il est, par ailleurs, fréquent que le remplacement soit prévu en matière de gains immobiliers; à ce sujet, voir l'arrêt *X.* du 27.3.1968, Archives 37, p. 519, et l'arrêt *X.* du 29.11.1965, Archives 35, p. 494.

où un revenu doit être, ou peut être, considéré comme «réalisé». Or, ce problème est important, particulièrement dans le cadre d'un système de taxation mixte, *praenumerando* et *postnumerando*, conformément auquel certains revenus ne sont jamais imposés, alors que d'autres, au contraire, servent de base à deux, voire trois ou quatre impôts annuels. La jurisprudence, en cette matière, n'a pas fixé de règle uniforme. Le critère de base, dérivé du principe de l'imposition selon la capacité contributive, est celui de la «prétention ferme» à l'obtention d'un revenu<sup>81</sup>. Toutefois, les contribuables qui tiennent une comptabilité jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation, et, dans la mesure où ils ne modifient pas leur méthode de comptabilisation d'une année à l'autre, le fisc admettra que la date de réalisation ne coïncide pas avec la naissance d'une prétention ferme, mais qu'elle la précède<sup>82</sup> ou la suive<sup>83</sup>. Quant aux autres contribuables, on considère généralement qu'ils réalisent leurs revenus seulement au moment où ils peuvent effectivement en disposer<sup>84</sup>.

## 2. Revenus périodiques et gains en capital

L'interprétation systématique de nos lois fiscales démontre, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, que «tout revenu qui n'est pas expressément exempté» est soumis à l'impôt<sup>85</sup>. Mais cette interprétation démontre aussi que la notion de revenu n'inclut pas, sauf exception, les gains en capital: seuls sont imposables les rendements qui ont une source, c'est-à-dire, un «moyen qui pro-

<sup>81</sup> Voir, notamment, l'arrêt *H.V.* du 23.12.1970, Archives 41, p.34, RDAF 1973, p.325 (résumé), et l'arrêt *T.G.* du 5.10.1951, Archives 20, p.246, RDAF 1952, p.20.

<sup>82</sup> Arrêt *Dr. H.E.* du 20.9.1957, Archives 26, p.336, RDAF 1959, p.70.

<sup>83</sup> Les contribuables exerçant une profession libérale, par exemple, peuvent comptabiliser leurs revenus au moment où ils les encaissent plutôt qu'à celui où ils les facturent; voir l'arrêt *A.F.K.* du 7.10.1966, ATF 92 I 288, Archives 36, p.31, RDAF 1969, p.16. Voir, aussi, l'arrêt *X.* du 7.3.1947, ATF 73 I 135, JT 1947 I, p.632 (résumé), Archives 16, p.84, RDAF 1947, p.309 (résumé), ainsi que l'arrêt *E.S.* du 12.3.1971, Archives 41, p.128, RDAF 1973, p.326 (résumé), concernant le cas particulier d'un revenu compensé par une provision, dont le contribuable prétend plus tard qu'elle n'était pas justifiée et ne saurait être imposée au moment où elle est dissoute.

<sup>84</sup> Arrêt *H.F.* du 17.9.1964, Archives 33, p.485, RDAF 1965, p.288 (cas d'intérêts arriérés); arrêt *Sch-K.* du 24.4.1940, Archives 9, p.80 (cas d'une gratification).

<sup>85</sup> Arrêt *D.S.* du 21.2.1975, Archives 43, p.581, RDAF 1976, p.233, 234.

cure au contribuable une recette, par opposition à la fortune qu'il possède déjà »<sup>86</sup>. Le Tribunal fédéral a ainsi défini le revenu (au sens de l'art. 21 AIN) comme «la somme des biens économiques qu'un sujet fiscal reçoit pendant un certain espace de temps, la période de calcul, et qui sont à sa disposition pour subvenir à ses besoins personnels, pour satisfaire aux besoins de son économie courante, sans que la fortune doive être diminuée»<sup>87</sup>.

Cette distinction capitale, dont le législateur ne précise jamais les critères, entre revenus et gains en capital, est à l'origine de nombreux litiges, non seulement parce que la nature de divers rendements est objectivement malaisée à déterminer, mais aussi parce que les contribuables, assez naturellement, succombent souvent à la tentation de donner à leurs revenus, actuels ou potentiels, la forme ou l'apparence de gains privilégiés. Les conflits qui surgissent, pour la plupart, concernent des transferts, des ventes, de biens appartenant à la fortune privée, généralement non comptabilisée, des contribuables, c'est-à-dire, des transactions dont le produit a, en principe, le caractère d'un gain en capital, mais qui, selon la jurisprudence, peut trouver une source, lui conférant la nature d'un revenu, dans l'activité lucrative exercée par son bénéficiaire. La propriété immobilière, faut-il le dire, est, sinon seule en cause, ici, du moins la première visée.

### a) Revenus et gains immobiliers

Il va de soi qu'une personne qui, en qualité d'agent immobilier, de régisseur, etc., fait métier d'acquérir et vendre des biens fonciers<sup>88</sup> est imposable à raison des profits que lui procure son activité. En revanche, il n'est pas facile de déterminer si un contribuable effectuant des opérations immobilières indépendamment de son activité professionnelle, ou à titre accessoire et occasionnel, agit «simplement dans l'administration de sa fortune ou en profitant d'une occasion qui s'est présentée fortuitement à lui», ou s'il agit, au contraire, «systématiquement et avec l'intention d'obtenir un gain»<sup>89</sup>. Si cette distinction, dans un système

<sup>86</sup> Arrêt *R.G.* du 23.9.1960, ATF 86 I 233, JT 1961 I, p. 461 (résumé), Archives 29, p. 382, RDAF 1961, p. 204.

<sup>87</sup> Arrêt *R.H.* du 3.2.1967, Archives 36, p. 474, RDAF 1970, p. 15, 17.

<sup>88</sup> Ou des droits qui peuvent être assimilés à des biens immobiliers; voir, par exemple, l'arrêt *W.R.* du 15.2.1967, Archives 36, p. 478 (concernant la cession d'un droit d'emption).

<sup>89</sup> Arrêt *Hoirs X.* du 29.1.1971, ATF 97 I 167, 173, JT 1974 I, p. 9 (résumé). Cette jurisprudence, comme la plupart de celles mentionnées dans les pages qui suivent, concerne l'art. 21 al. 1 litt. a AIN.

qui soumet les gains en capital et les revenus à un traitement différencié, peut difficilement être évitée, il est inévitable, aussi, qu'elle suscite des litiges, et que les autorités chargées d'appliquer la loi soient confrontées à de nombreux cas limites, où l'activité déployée par les contribuables est à la frontière du «commerce professionnel» et de l'«administration privée»<sup>90</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, le caractère professionnel de transactions immobilières peut résulter de trois circonstances: «de la fréquence des achats et des ventes», de leur «relation avec une autre activité lucrative», ou d'«une intense activité exercée en vue de mettre un terrain en valeur, en l'aménageant et en y construisant»<sup>91</sup>. Le premier de ces critères est assez rarement invoqué, en pratique, sinon à titre accessoire<sup>92</sup>; d'ailleurs, sa validité est douteuse, *de lege lata*, car si des transactions multiples ont généralement un caractère spéculatif, elles ne présupposent pas nécessairement une activité qui sorte du cadre de l'administration – qui peut être spéculative<sup>93</sup> – d'un patrimoine privé.

Des jurisprudences beaucoup plus nombreuses se fondent sur l'existence d'un lien entre les opérations litigieuses et l'activité professionnelle principale, d'architecte<sup>94</sup>, d'entrepreneur ou

<sup>90</sup> Cette distinction entre une activité de simple administration et une activité lucrative peut également être déterminante au niveau d'une société de personnes. Cependant, dès le moment où une telle société est réputée avoir un but lucratif, tous ses associés, même ceux qui demeurent complètement passifs, sont soumis à l'impôt (cf. art. 18 al. 2 AIN). À ce sujet, voir l'arrêt *K.* du 23.10.1970, ATF 96 I 655, JT 1974 I, p. 5 (résumé), Archives 40, p. 346, RDAF 1973, p. 321; l'arrêt *M.* du 17.4.1970, Archives 40, p. 255; l'arrêt *R.S.* du 11.2.1970, Archives 40, p. 243; l'arrêt *A.* du 4.11.1966, Archives 36, p. 280, RDAF 1969, p. 282; et, aussi, dans un cadre un peu différent, l'arrêt *X. und Mitbeteilige* du 7.12.1962, ATF 88 I 297, JT 1963 I, p. 542, Archives 32, p. 27, RDAF 1964, p. 166.

<sup>91</sup> Arrêt *Höirs X.* du 29.1.1971, note 89 ci-dessus, ATF 97 I 174.

<sup>92</sup> Parmi les quelques jurisprudences où le critère de la fréquence et du but spéculatif a joué un rôle déterminant, voir l'arrêt *A.D.* du 6.2.1970, Archives 39, p. 265; l'arrêt *B.F.* du 24.4.1964, Archives 33, p. 269, RDAF 1965, p. 124; l'arrêt *R.* du 20.9.1963, Archives 33, p. 273, RDAF 1965, p. 185; l'arrêt *L.S.* du 16.12.1960, Archives 30, p. 128, RDAF 1962, p. 202; l'arrêt *H.T.* du 5.11.1954, Archives 23, p. 275, RDAF 1955, p. 233; l'arrêt *Dame E.* du 21.10.1949, RDAF 1950, p. 178.

<sup>93</sup> Le Tribunal fédéral l'a expressément admis dans l'arrêt *O.H.* du 28.3.1958, Archives 27, p. 174, RDAF 1959, p. 141. Mais dans l'arrêt *C.A.* du 8.5.1970, Archives 39, p. 267, c'est manifestement le caractère spéculatif du gain qui en a seul provoqué l'imposition; voir, aussi, l'arrêt *B.C.* du 8.5.1970, Archives 39, p. 270.

<sup>94</sup> Arrêt *L.C.* du 27.6.1975, Archives 44, p. 286, RDAF 1976, p. 375; arrêt *W.* du 28.1.1972, Archives 42, p. 551, RDAF 1975, p. 6 (résumé); arrêt *H.S.* du

d'artisan<sup>95</sup>, de notaire<sup>96</sup>, ou de financier<sup>97</sup>, du contribuable en cause. Il ne suffit pas, en principe, que ce dernier exerce une profession qui touche au domaine immobilier<sup>98</sup>, mais il faut aussi que chacune des transactions imposées soit en relation avec cette profession, soit directement, si le contribuable, avant ou après la vente, participe à des travaux de construction sur l'immeuble concerné, ou s'en réserve la gérance, soit indirectement, s'il utilise des fonds empruntés, ou s'il comptabilise et amortit les biens qu'il acquiert ou, encore, s'il en affecte le produit à des buts professionnels. A vrai dire, la pertinence de ces liens indirects n'est pas évidente, et tout au plus peuvent-ils, dans certains cas, faire présumer de l'existence d'un lien direct potentiel, c'est-à-dire de l'intention du contribuable, jugée suffisante par le Tribunal fédéral<sup>99</sup>, d'acquérir un immeuble à des fins professionnelles. D'ailleurs, d'une manière plus générale, le critère de la «relation avec une autre activité lucrative» n'apparaît pas convaincant. L'architecte, l'entrepreneur, qui achète des terrains en vue de fournir du travail à son bureau ou à son entreprise révèle précisément par cette intention qu'il se propose, non pas de réaliser un gain immobilier, mais de bénéficier, grâce à son activité, d'un revenu professionnel; par conséquent, si les terrains acquis font certainement partie de sa fortune commerciale, circonstance justifiant, le cas échéant, une imposition fondée sur l'article 21 ali-

4.7.1969, Archives 39, p. 99; arrêt *X.* du 6.5.1966, Archives 36, p. 112; arrêt *C.* du 12.7.1963, Archives 33, p. 36, RDAF 1964, p. 247; arrêt *J.Z.* du 24.11.1961, Archives 30, p. 371, RDAF 1963, p. 77; arrêt *P.Z.* du 15.9.1961, Archives 30, p. 457, RDAF 1963, p. 74; arrêt *E.D.* du 21.9.1956, ATF 82 I 171, JT 1957 I, p. 276 (résumé), Archives 25, p. 240, RDAF 1957, p. 286.

<sup>95</sup> Arrêt *F.B.* du 5.10.1973, Archives 42, p. 547, RDAF 1975, p. 232; arrêt *G.* du 5.11.1970, Archives 40, p. 389, RDAF 1973, p. 322 (résumé); arrêt *X.* du 18.2.1966, ATF 92 I 121, JT 1966 I, p. 583 (résumé), Archives 36, p. 25, RDAF 1968, p. 185; arrêt *K.S.B.* du 9.10.1959, Archives 28, p. 337, RDAF 1960, p. 317; arrêt *A.-M.* du 27.1.1950, Archives 19, p. 13, RDAF 1951, p. 229.

<sup>96</sup> Arrêt *Hoirs X.* du 29.1.1971, note 89 ci-dessus.

<sup>97</sup> Arrêt *A.B.* du 3.2.1967, Archives 36, p. 432, RDAF 1970, p. 24.

<sup>98</sup> Il n'est pas inconcevable, bien au contraire, qu'un commerçant d'immeubles place ses économies dans des biens fonciers. Mais, à moins qu'il n'aliène une propriété de famille, il évitera difficilement l'imposition de ses gains en capital; voir l'arrêt *J.M.* du 12.7.1963, Archives 33, p. 42, RDAF 1964, p. 253.

<sup>99</sup> A ce sujet, voir les arrêts *C.* du 12.7.1963, et *P.Z.* du 15.9.1961, note 94 ci-dessus. Cette opinion, à notre avis, est erronée: l'intention du contribuable peut suffire à faire entrer un immeuble dans sa fortune commerciale, mais elle ne saurait tenir lieu d'activité lucrative.

néa 1 litt. d AIN, il est douteux que la litt. a du même article puisse être appliquée à bon droit.

Le troisième critère mentionné par le Tribunal fédéral, soit l'activité exercée en vue de mettre un terrain en valeur, est le seul qui soit clairement compatible avec le texte de l'article 21 alinéa 1 litt. a, ou des dispositions cantonales correspondantes. Il est pourtant rarement invoqué, et les arrêts où il joue un rôle déterminant<sup>100</sup> sont difficilement conciliables avec les quelques décisions aux termes desquelles le Tribunal fédéral, donnant raison aux contribuables, n'a pas considéré qu'ils avaient exercé une activité lucrative. Ainsi, alors que, dans l'arrêt *Stucki*, le directeur d'une entreprise textile a été imposé à raison des gains afférents à un terrain qu'il avait fait diviser en parcelles et fait vendre par des intermédiaires, le Tribunal fédéral a jugé dans d'autres arrêts que ni le morcellement d'un immeuble et l'utilisation des services d'agents immobiliers<sup>101</sup>, ni la comptabilisation de l'immeuble<sup>102</sup>, ni, même (et l'on revient au premier critère du commerce professionnel), la fréquence des transactions<sup>103</sup>, ne démontraient l'existence d'une activité lucrative<sup>104</sup>.

Il est, en conclusion, indéniable que le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence immobilière fondée sur l'article 21 alinéa 1 litt. a AIN, a été influencé par des considérations d'ordre politique, et qu'il a voulu soumettre à l'impôt, en dépit de l'absence d'une base légale claire, d'une part, les gains immobiliers à caractère spéculatif, et, d'autre part, les bénéfices réalisés par des contribuables – exerçant une profession libérale ou artisanale – auxquels l'article 21 alinéa 1 litt. d AIN n'était pas applicable. Mais il n'est pas moins vrai que la structure de notre système fiscal le prédestine aux litiges, tant il est vain de vouloir découvrir des

<sup>100</sup> Voir l'arrêt *L.R.* du 26.3.1976, Archives 45, p. 468; l'arrêt *H.V.* du 23.12.1970, note 81 ci-dessus; l'arrêt *F.M.* du 21.3.1969, Archives 38, p. 393, RDAF 1971, p. 297; l'arrêt *X.* du 6.5.1966, Archives 35, p. 457, RDAF 1967, p. 316; et l'arrêt *Stucki* du 28.6.1963, ATF 89 I 281, Archives 33, p. 33, RDAF 1964, p. 245.

<sup>101</sup> Arrêt *H.* du 23.10.1970, ATF 96 I 663, JT 1974 I, p. 6 (résumé), Archives 40, p. 385, RDAF 1973, p. 322 (résumé); arrêt *E.H.* du 26.5.1967, ATF 93 I 285, JT 1968 I, p. 590 (résumé), Archives 37, p. 151, RDAF 1970, p. 73; arrêt *O.H.* du 28.3.1958, note 93 ci-dessus.

<sup>102</sup> Arrêt *P.S.* du 14.6.1968, ATF 94 I 464, JT 1969 I, p. 594 (résumé), Archives 38, p. 309, RDAF 1972, p. 26.

<sup>103</sup> Arrêt *X.* du 4.12.1970, ATF 96 I 667, JT 1974 I, p. 8 (résumé), Archives 40, p. 327, RDAF 1973, p. 323 (résumé).

<sup>104</sup> L'origine privée des fonds utilisés paraît avoir joué un rôle déterminant dans ces divers arrêts.

critères précis de distinction entre la simple administration d'une fortune, qui nécessite une certaine activité, parfois spéculative, et l'exercice d'une véritable activité lucrative.

### b) Autres revenus et gains en capital

Le caractère d'opportunité des décisions que nous venons de passer en revue est particulièrement bien démontré par le fait que le Tribunal fédéral s'est jusqu'ici refusé, sans que rien dans l'article 21 alinéa 1 litt. a AIN ne justifiât une telle distinction, à assimiler à une activité lucrative la spéculation à laquelle donnent lieu les valeurs mobilières, l'or, les antiquités, les matières premières, etc., quelles que soient l'origine des fonds utilisés par les contribuables, la fréquence de leurs transactions, ou la profession qu'ils exercent<sup>105</sup>. Cette discrimination, manifestement contraire aux principes de la légalité et de l'égalité de traitement, a d'ailleurs conduit à ce qui nous a toujours paru le plus joli exemple d'absurdité de la jurisprudence fédérale: il s'agit de l'imposition des gains afférents aux actions de sociétés immobilières, que le Tribunal fédéral ne peut fonder directement sur l'article 21 alinéa 1 litt.a, en raison de l'arbitraire distinction qu'il fait lui-même entre les gains immobiliers et mobiliers, mais qu'il justifie en assimilant d'une manière qui n'est pas moins arbitraire, à défaut de base légale, les titres de ces sociétés à des biens immobiliers<sup>106</sup>!

Hors du domaine immobilier, la notion d'activité lucrative suscite beaucoup moins de litiges. L'existence d'un revenu a, notamment, été admise, à juste titre, dans les cas d'un peintre qui, après avoir cessé d'exercer son art, poursuivait la vente de ses œuvres<sup>107</sup>, d'un commerçant exproprié auquel l'Etat avait accordé une indemnité pour cessation d'activité<sup>108</sup>, d'un employé

<sup>105</sup> On trouve une allusion (est-elle annonciatrice d'un changement de jurisprudence?) à cette différence de traitement dans l'arrêt *Hoirs X.* du 29.1.1971, note 89 ci-dessus. Voir aussi, au plan des impôts cantonaux, l'arrêt *Dr. X.* du 9.9.1976, ATF 102 Ia 238.

<sup>106</sup> Arrêt *L.C.* du 27.6.1975, note 94 ci-dessus; arrêt *Hoirs X.* du 29.1.1971, note 89 ci-dessus.

<sup>107</sup> Arrêt *N.N.* du 28.4.1967, ATF 93 I 181, JT 1967 I, p. 579 (résumé), Archives 37, p. 114, RDAF 1970, p. 70. Beaucoup plus discutable apparaît l'arrêt *Altman* du 29.10.1975, ATF 101 Ia 210, JT 1977 I, p. 23, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé (sous l'angle de l'arbitraire) qu'un menuisier à la retraite qui se faisait construire une maison bénéficiait d'un revenu en effectuant lui-même une partie des travaux.

<sup>108</sup> Arrêt *H.* du 8.12.1961, ATF 87 I 384, JT 1962 I, p. 573 (résumé), Archives 31, p. 24, RDAF 1963, p. 79.

qui, en prenant sa retraite, avait bénéficié d'un capital versé par une institution de prévoyance<sup>109</sup>, et, encore, de contribuables auxquels une indemnité avait été payée en échange de leur renonciation à participer à une société en commandite<sup>110</sup> ou à fabriquer certains biens<sup>111</sup>. En revanche, le Tribunal fédéral a qualifié de gain en capital le montant dont la veuve d'un conseiller financier avait bénéficié en cédant certains droits (aux rendements d'un consortium), liés à l'activité lucrative de son mari, mais qui n'avaient au moment du décès qu'une valeur potentielle<sup>112</sup>.

La distinction entre un revenu de fortune et un gain en capital est souvent moins aisée. Ainsi, la nature des actions gratuites et des dividendes de liquidation, qui ont été qualifiés, tour à tour, de rendements fictifs, de revenus de la fortune mobilière, ou de bénéfices en capital, demeure controversée<sup>113</sup>. Des conflits surgissent également lorsqu'il s'agit de caractériser les rendements, soit de biens dont les propriétaires concèdent la jouissance à des tiers en vertu de contrats (de *leasing*, de licence, de bail, etc.) économiquement similaires, soit de biens qui sont transférés en pleine propriété, mais dont le prix est acquitté au moyen de versements périodiques. Concernant les premiers, le Tribunal fédéral a, notamment, considéré comme des revenus de la fortune immobilière les redevances afférentes à un droit de superficie<sup>114</sup>, et le loyer, acquitté par un seul paiement, d'un bail de trente-cinq ans<sup>115</sup>, alors qu'il a jugé, à plusieurs reprises, que le bénéfice réalisé par la concession du droit d'exploiter une gravière avait la nature d'un gain en capital<sup>116</sup>. Quant au second type de transac-

<sup>109</sup> Arrêt *B.* du 28.5.1948, ATF 74 I 183, JT 1948 I, p. 617 (résumé), RDAF 1948, p. 187. La même solution a été donnée dans le cas d'un versement effectué à la veuve d'un employé décédé, le Tribunal fédéral ayant admis qu'il ne s'agissait ni d'un héritage ni d'une donation; voir l'arrêt *Witwe O.* du 26.11.1948, ATF 74 I 398, JT 1949 I, p. 190 (résumé), RDAF 1949, p. 24.

<sup>110</sup> Arrêt *X.* du 1.10.1965, ATF 91 I 348, JT 1966 I, p. 579 (résumé), Archives 35, p. 290.

<sup>111</sup> Arrêt *Rossé* du 9.11.1945, ATF 71 I 444, RDAF 1946, p. 80.

<sup>112</sup> Arrêt *D.S.* du 21.2.1975, note 85 ci-dessus.

<sup>113</sup> Voir ci-dessous IV A 3 et C 2.

<sup>114</sup> Arrêt *C.* du 19.6.1964, ATF 90 I 252, JT 1965 I, p. 514 (résumé), Archives 33, p. 478, RDAF 1965, p. 292.

<sup>115</sup> Arrêt *R.H.* du 3.2.1967, note 87 ci-dessus; cette même affaire a fait l'objet d'une décision de la Chambre de droit public, publiée dans Archives 37, p. 225.

<sup>116</sup> Arrêt *A.W.* du 28.1.1972, ATF 98 Ib 133, Archives 41, p. 444, RDAF 1974, p. 29; arrêt *B.* du 22.9.1966, ATF 92 I 489, JT 1967 I, p. 578 (résumé), Archives 36, p. 141, RDAF 1969, p. 19; arrêt *R.G.* du 23.9.1960, ATF 86 I 233, JT 1961 I, p. 46 (résumé), Archives 29, p. 382, RDAF 1961, p. 204.

tions, il peut être illustré par les remises de commerces effectuées contre le versement de rentes viagères; il n'apparaît pas équitable que ces rentes soient traitées comme des revenus<sup>117</sup>, du moins dans les cas où l'aliénateur n'aurait pas été soumis à l'impôt (à défaut, par exemple, d'être astreint à tenir des livres) s'il avait vendu son commerce en réalisant un gain en capital, et il serait sans doute plus juste d'admettre que la différence entre la valeur capitalisée de la rente et la valeur comptable de l'entreprise constituât précisément un gain en capital, dont le montant serait imposé ou exonéré à ce titre<sup>118</sup>.

### *3. Différents types de gains en capital<sup>119</sup>*

Tous les gains en capital des personnes physiques, on le sait, ne sont pas exonérés. Nos lois fiscales, en effet, soumettent en géné-

<sup>117</sup> En matière d'IDN, les rentes viagères sont imposées mais elles bénéficient, selon la pratique de l'Afc, des dispositions de l'art. 21<sup>bis</sup> AIN.

<sup>118</sup> Voir CL. MOSSU, Problèmes en matière d'impôt pour la défense nationale résultant de la remise d'un commerce contre le versement d'une rente viagère, Archives 41, p. 1. Des problèmes similaires se posent au sujet des montants dont bénéficie un employé cessant son activité lucrative; à Genève, par exemple, le contribuable a généralement avantage à recevoir une indemnité en capital (cf. art. 21<sup>bis</sup> litt. e LCP) plutôt qu'une rente.

<sup>119</sup> G. STEINMANN, Das Grundstück als Gegenstand des Geschäftsvermögens im Wehrsteuerrecht, Archives 46, p. 561; P. E. OCHSNER, Die Besteuerung der Grundstücksgewinne in der Schweiz, Zürich 1976; F. ZUPPINGER, La notion de «gains en capital», rapport national suisse pour le XXX<sup>e</sup> Congrès international de droit financier et fiscal, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXIb, IFA, Rotterdam 1976, p. 407; M. P. OESCH, Die steuerliche Behandlung der Wertzuwachsgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen, Bern 1975; O. COURVOISIER, Relations entre l'impôt sur le revenu et l'impôt spécial frappant les gains immobiliers, thèse Lausanne 1974; E. DAVID, Die st. gallische Beteiligungsgewinnsteuer, Bern 1974; M. DORMOND, L'imposition des gains en capital sur la fortune immobilière privée, thèse Lausanne 1974; P. BÖCKLI, Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, Archives 42, p. 369; F. CAGIANUT, Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne nach sanktgallischen Steuerrecht, Archives 42, p. 433; E. KÄNZIG, Die steuerrechtliche Behandlung der Veräusserung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen, dans: Festschrift für I. Blumenstein, Archives 34, p. 87; U. M. DIETLER, Die Grundstücksgewinnsteuer in den Kantonen, Diss. Zürich 1964; CH. THALMANN, Die Abgrenzung von Privat- und Geschäftsvermögen in der neueren schweizerischen Rechtsprechung, Archives 33, p. 81; W. ALTORFER, Geschäftsvermögen und Privatvermögen im Einkommenssteuerrecht, Diss. St. Gallen 1959; E. HÖHN, Die Besteuerung der privaten Gewinne, Diss. Zürich 1955; M. ROCHAT, L'imposition de la plus-value immobilière en Suisse, thèse Lausanne 1953; F. REYRENN, Le bénéfice en capital, RDAF 1946, p. 1.

ral à l'impôt les gains réalisés lors de la vente d'actifs appartenant à la fortune commerciale des contribuables (ou de certains d'entre eux) ainsi que les gains immobiliers. Quant aux bénéfices en capital afférents à des biens mobiliers privés, seuls quelques cantons en prévoient l'imposition, la limitant parfois aux gains sur participations.

### a) Imposition des gains à caractère commercial

La réglementation des lois helvétiques n'est pas uniforme. L'AIN (art. 21 al. 1 litt. d) et, sauf erreur, deux lois cantonales seulement<sup>120</sup>, font une distinction entre les contribuables astreints à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce et de tenir des livres, dont les gains sont imposables, et les contribuables n'ayant pas cette obligation (il s'agit, notamment, des personnes exerçant une profession libérale et des artisans), qui, au contraire, ne sont pas soumis à l'impôt. Les autres lois cantonales prévoient l'imposition de ces bénéfices - parfois sur la base de dispositions spéciales<sup>121</sup> – chez toutes les entreprises, ou, du moins, chez toutes celles qui sont exploitées en la forme commerciale<sup>122</sup>. En matière d>IDN, lorsqu'une personne a l'obligation, conformément au droit civil (arts 552, 594, 934 et 957 CO, et 52 et ss ORC), de s'inscrire au registre du commerce et de tenir des livres<sup>123</sup>, le fait qu'elle ne soit pas inscrite ou n'ait pas de compta-

<sup>120</sup> Celles d'Appenzell Rh. Ext. (art. 20 LIC) et de Zoug (art. 17 LIC). Voir, aussi, l'art. 23 litt. c de la LIC d'Obwald (dont la portée paraît, cependant, limitée par l'art. 22 al. 1 litt. b LIC).

<sup>121</sup> Ceci, en particulier, pour les bénéfices immobiliers (voir ci-dessous litt. b).

<sup>122</sup> Les dispositions en vigueur, pour la plupart, ne mentionnent pas clairement si l'impôt est dû par toutes les entreprises, tous les contribuables indépendants, ou seulement par ceux qui, par obligation ou par choix, tiennent une comptabilité. Les lois de Schwyz (art. 19 al. 1 litt. e) et de Neuchâtel (art. 23 al. 2 litt. 1) précisent toutefois que seules sont imposables les entreprises astreintes à tenir des livres *et* celles qui en tiennent effectivement. D'autres lois, telle celle de Bâle-Ville (art. 38 litt. c LIC), font mention des entreprises exploitées en la forme commerciale.

<sup>123</sup> Rappelons que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est pas absolument exclu qu'une personne exerçant une profession libérale ait l'obligation de s'inscrire (voir l'arrêt *L.C.* du 27. 6. 1975, note 94 ci-dessus), ou qu'elle soit réputée exploiter une entreprise (voir l'arrêt *Degagne generale di O. & di T.* du 13. 9. 1961, Archives 31, p. 528, RDAF 1973, p. 12, citant un arrêt *Gaberel* du 19. 2. 1958). A noter, aussi, qu'une entreprise dont le chiffre d'affaires est trop bas pour l'astreindre à l'inscription peut néanmoins avoir cette obligation si son exploitation est liée à celle d'une autre entreprise; voir l'arrêt *S.* du 19. 2. 1971, Archives 41, p. 111, RDAF 1973, p. 325 (résumé), et l'arrêt *A.P.*

bilité ne lui permet naturellement pas d'échapper à l'impôt<sup>124</sup>; inversement, le fait de s'inscrire volontairement (art. 934 CO) et de tenir des livres n'entraîne pas d'imposition<sup>125</sup>, même si le contribuable, en raison de son inscription volontaire, a l'obligation légale d'avoir une comptabilité<sup>126</sup>.

L'article 21 alinéa 1 litt. d AIN et les dispositions plus ou moins similaires des lois cantonales donnent une base légale, c'est là leur but, à la taxation des bénéfices afférents à la réalisation de biens dont l'entreprise contribuable ne fait pas le commerce et dont la vente, par conséquent, n'exige pas, n'implique pas, en principe, d'activité lucrative<sup>127</sup>. Cependant, compte tenu de la définition extensive de la notion d'activité lucrative adoptée, nous l'avons vu, par le Tribunal fédéral (afin de justifier l'imposition des gains immobiliers des contribuables qui ne sont pas astreints à l'inscription), il n'est pas rare qu'un bénéfice puisse être imposé en vertu, à la fois, de l'article 21 alinéa 1 litt. a et de l'article 21 alinéa 1 litt. d AIN, dont les conditions d'application se superposent et se confondent.

Conformément à la jurisprudence, «l'on doit voir dans le fait qu'un bien a été acquis pour servir à l'exploitation commerciale et sert effectivement à ces fins le critère le plus déterminant pour attribuer cette valeur patrimoniale à la fortune commerciale»<sup>128</sup>. Il en résulte assez logiquement, ainsi que le Tribunal fédéral l'admet depuis 1966<sup>129</sup>, qu'un bien servant, en même temps, à des fins commerciales et privées doit être attribué, sur la base des surfaces utilisées<sup>130</sup>, en partie à la fortune commerciale et en

du 25.1.1952, ATF 78 I 63, JT 1952 I, p. 601, Archives 21, p. 75, RDAF 1953, p. 271 (résumé).

<sup>124</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *K.S.* du 19.12.1952, ATF 78 I 431, Archives 21, p. 430, RDAF 1953, p. 271 (résumé).

<sup>125</sup> Arrêt *L.C.* du 27.6.1975, note 94 ci-dessus.

<sup>126</sup> Arrêt *Zesiger* du 8.5.1953, ATF 79 I 57, JT 1954 I, p. 348 (résumé), Archives 22, p. 23, RDAF 1954, p. 77.

<sup>127</sup> En d'autres termes, les bénéfices réalisés ne sont pas des bénéfices d'exploitation au vrai sens du terme, mais des bénéfices extraordinaires obtenus dans l'exploitation de l'entreprise. Voir, toutefois, sur ce point, les arrêts *Witchi*, *Brodbeck* et *Zimmermann*, résumés dans RDAF 1952, p. 17.

<sup>128</sup> Arrêt *P.S.* du 14.6.1968, note 102 ci-dessus, RDAF 1972, p. 28.

<sup>129</sup> Arrêt *Schatzmann* du 18.2.1966, ATF 92 I 49, JT 1966 I, p. 581 (résumé), Archives 35, p. 304, RDAF 1967, p. 247.

<sup>130</sup> Arrêt *K.W.H.* du 20.3.1970, Archives 40, p. 339, RDAF 1973, p. 380. Concernant ces problèmes de répartition, voir, encore, l'arrêt *F.T.R.* du 4.12.1970, Archives 41, p. 28, RDAF 1973, p. 325 (résumé), et l'arrêt *B.S.* du 25.2.1972, Archives 41, p. 504, RDAF 1974, p. 182, 186 (partage sur la base des valeurs locatives).

partie à la fortune privée du contribuable. Il en résulte, aussi, que les gains afférents à des biens fonciers – la jurisprudence rendue sous l'article 21 alinéa 1 litt. d AIN concerne d'ailleurs presque exclusivement des immeubles – dont le contribuable avait la disposition sans être inscrit comme propriétaire au registre foncier, ont pu lui être imputés, sinon lorsqu'il était l'époux du propriétaire<sup>131</sup>, du moins dans les cas où il était associé d'une société de personnes à laquelle ses membres, ou l'un d'entre eux, sans exiger de loyer, donnaient la jouissance d'un immeuble<sup>132</sup>.

Mais si le critère de l'utilisation, généralement lié à celui de la comptabilisation, a joué, en effet, un rôle décisif dans plusieurs arrêts<sup>133</sup>, la jurisprudence, dans son ensemble, apparaît confuse et contradictoire. Certaines décisions se fondent principalement, comme dans le cadre de l'article 21 alinéa 1 litt. a AIN, sur l'existence d'un lien entre l'opération litigieuse et la profession du contribuable<sup>134</sup>. Dans d'autres arrêts, c'est le critère de la comptabilisation, dont le Tribunal fédéral a par ailleurs souvent noté qu'il ne convenait pas de lui donner trop de poids<sup>135</sup>, qui prend

<sup>131</sup> Arrêt *Pictet* du 23. 5. 1969, ATF 95 I 169, JT 1969 I, p. 596 (résumé), Archives 32, p. 94, RDAF 1964, p. 124; arrêt *M. St.-L.* du 3. 10. 1958, Archives 27, 1958 I, p. 328 (résumé), Archives 27, p. 37, RDAF 1959, p. 130; voir, aussi, l'arrêt *Witwe M.B.* du 26. 9. 1969, Archives 39, p. 93 (concernant un immeuble dont la contribuable et sa fille avaient la propriété commune). Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la solution contraire n'était pas arbitraire; voir l'arrêt *Isler* du 7. 6. 1962, RDAF 1973, p. 14 (résumé).

<sup>132</sup> Arrêt *H.M.* du 23. 6. 1967, ATF 93 I 362, JT 1968 I, p. 593 (résumé), Archives 37, p. 155, RDAF 1970, p. 191; arrêt *Hoirs A.L.* du 7. 12. 1962, Archives 32, p. 94, RDAF 1964, p. 124; arrêt *M.St-L.* du 3. 10. 1958, Archives 27, p. 330, RDAF 1959, p. 229; arrêt *D.-Erben* du 21. 5. 1958, Archives 27, p. 474, RDAF 1973, p. 14 (résumé). En revanche, si l'immeuble est loué à la société, il demeure en principe dans la fortune privée de l'associé propriétaire; voir l'arrêt *Hertig* du 3. 12. 1954, ATF 80 I 417, JT 1956 I, p. 306. Il en va de même si une hoirie donne un immeuble en location à l'un des co-héritiers; voir l'arrêt *Erben des K.B.* du 26. 9. 1969, Archives 39, p. 170.

<sup>133</sup> Arrêt *Hoirs Z.* du 12. 9. 1967, Archives 37, p. 206, RDAF 1970, p. 184; arrêt *Hoirs G.S.* du 4. 6. 1965, ATF 91 I 290, JT 1966 I, p. 579 (résumé), Archives 34, p. 153, RDAF 1967, p. 200; arrêt *M.St-L.* du 3. 10. 1958, note 132 ci-dessus; arrêts *Banholzer* du 13. 11. 1947 et *Rudolf* du 16. 5. 1951, RDAF 1954, p. 5 (résumés).

<sup>134</sup> Ce critère est déterminant dans l'arrêt *Hoirs X.* du 29. 1. 1971, note 89 ci-dessus, et il joue un rôle important dans l'arrêt *K.* du 12. 11. 1976, Archives 46, p. 112; dans l'arrêt *L.C.* du 27. 6. 1975, note 94 ci-dessus, ainsi que dans l'arrêt *Erben des K.B.* du 26. 9. 1969, note 132 ci-dessus.

<sup>135</sup> Par exemple, dans l'arrêt *P.S.* du 14. 6. 1968, note 102 ci-dessus; dans l'arrêt *Hoirs A.L.* du 7. 12. 1962, note 132 ci-dessus; et encore, dans l'arrêt *O.H.* du 28. 3. 1958, note 93 ci-dessus.

une importance primordiale<sup>136</sup>. Enfin, dans un cas, au moins, le seul fait que l'immeuble aliéné avait servi de gage à des dettes commerciales a justifié l'imposition du gain réalisé<sup>137</sup>.

### b) Imposition cantonale des gains immobiliers

Conformément à l'AIN, les gains immobiliers qui ne résultent pas d'une activité lucrative (art. 21 al. 1 litt. a) et qui ne sont pas obtenus dans l'exploitation d'une entreprise astreinte à tenir des livres (art. 21 al. 1 litt. d) échappent à toute imposition. Aucun canton n'a adopté ce système qui trouve, ou prétend trouver, ses justifications dans la théorie de la source et dans les avantages (notamment en matière d'amortissements) dont bénéficient les entreprises auxquelles la loi fait l'obligation d'avoir une comptabilité commerciale. Au plan cantonal, les bénéfices immobiliers sont toujours imposables, quelle que soit leur origine, qu'ils soient privés ou commerciaux, et sans égard, dans ce dernier cas, à la taille ou au genre de l'entreprise qui les réalise. Cependant, si cette taxation généralisée atténue l'intensité des conflits pouvant surgir entre les contribuables et le fisc, et l'intérêt de ce dernier à des interprétations extensives, elle n'en provoque pas moins distorsions et litiges. Typiquement, en effet, tous les gains ne sont pas soumis au même traitement, et il n'est souvent pas facile de déterminer avec précision le champ d'application des diverses dispositions en vigueur.

La réglementation prévue par les cantons suisses, soit dans le cadre de leur loi d'impôt générale, soit aux termes d'une loi spéciale<sup>138</sup> (du moins pour certains gains), ne saurait être ici décrite en détail. Le plus souvent, les bénéfices en capital immobiliers sont imposés normalement, ou sont, en tout cas, assimilés aux plus-values mobilières lorsqu'ils sont réalisés dans l'exploitation d'une entreprise, et seuls les gains privés sont soumis à des dispositions particulières. Ces dernières, typiquement, prévoient

<sup>136</sup> «... ce qui est surtout déterminant pour l'attribution des immeubles à la fortune commerciale ou à la fortune privée, c'est la volonté du propriétaire de l'exploitation telle qu'elle s'exprime dans la manière dont l'objet a été comptabilisé» (arrêt *L.C.* du 27. 6. 1975, note 94 ci-dessus, RDAF 1976, p. 380). Voir, aussi, l'arrêt *M.A.* du 28. 4. 1967, Archives 37, p. 110, RDAF 1970, p. 67.

<sup>137</sup> Arrêt *J.S.* du 17. 3. 1967, ATF 93 I 354, JT 1968 I, p. 591 (résumé), Archives 37, p. 38, RDAF 1970, p. 63.

<sup>138</sup> Dans les cantons d'Appenzell Rh. Int., d'Argovie, de Glaris, Lucerne, Neuchâtel, Nidwald, du Tessin, d'Uri et de Zoug (impôt communal).

un impôt progressif (qui peut être l'impôt sur le revenu), dont le taux est, cependant, réduit pour les gains à long terme, et augmenté pour les gains à court terme<sup>139</sup>. Dans quelques cantons, l'impôt sur les gains immobiliers est prélevé à un taux purement dégressif, en fonction des années de possession<sup>140</sup>, et, dans quelques autres cantons, les plus-values immobilières sont soumises à l'impôt sur le revenu, sans augmentation ni réduction, mais sur la base d'une taxation séparée<sup>141</sup>.

La double distinction faite par nos lois fiscales, d'une part, entre les gains privés et commerciaux, et, d'autre part, entre les gains mobiliers et immobiliers, connaît diverses exceptions. Ainsi, le canton de Soleure soumet tous les gains en capital, mobiliers et immobiliers, à l'impôt sur le revenu<sup>142</sup>. Par ailleurs, il est assez fréquent que les gains immobiliers à caractère commercial soient assujettis, en partie, à l'impôt sur le revenu, pour la part du gain résultant d'amortissements, et à l'impôt spécial, pour le solde du bénéfice<sup>143</sup>. Enfin, peut-on mentionner la réglementation particulière du canton de Zoug, où les bénéfices immobiliers à caractère commercial supportent, à la fois, l'impôt cantonal et l'impôt communal, ou, plus exactement (le premier impôt étant déductible du second), le plus élevé des deux.

Si l'imposition des gains en capital, y compris les gains privés, a des justifications évidentes, la discrimination faite à l'encontre des bénéfices immobiliers, lorsqu'ils sont seuls imposables, n'a aucune base solide. Les plus-values mobilières, comme les plus-values immobilières, peuvent être spéculatives et «imméritées»; les unes comme les autres augmentent la capacité contributive de leurs bénéficiaires, et le fait – souvent cité – que les gains immobiliers aient leur source dans l'activité (de planification et de

<sup>139</sup> Les notions de «long terme» et de «court terme» varient considérablement d'un canton à un autre. Certaines lois ne prévoient un allègement, voire une exonération, que pour les gains afférents à des immeubles détenus pendant huit, dix, quinze, ou vingt-cinq ans (Lucerne, Grisons, Nidwald, Valais); de même, si «court terme» correspond généralement à une durée de quatre à six ans, celle-ci est parfois réduite à deux ou trois ans (Appenzell Rh. Int., Grisons, Thurgovie et Zurich).

<sup>140</sup> C'est la solution adoptée par les cantons d'Argovie, de Fribourg, Genève et Neuchâtel. Dans le canton de Vaud, l'impôt est prélevé à un taux invariable.

<sup>141</sup> Tel est, notamment, le cas à Bâle-Ville et St-Gall.

<sup>142</sup> Les gains immobiliers à court terme sont toutefois soumis à un impôt complémentaire.

<sup>143</sup> Ce système est en vigueur à Schwyz (art. 19 al. 1 litt. e LIC), au Tessin (art. 18 al. 2 LIC), en Thurgovie (art. 15 al. 2 lit. b LIC), à Uri (art. 21 al. 1 litt. e LIC), à Zoug (art. 17 ch. 4 LIC), et à Zurich (art. 22 LIC).

développement) de la collectivité publique ne suffit pas, pensons-nous, à justifier une telle inégalité de traitement<sup>144</sup>.

### c) Imposition des plus-values mobilières

L'imposition des gains mobiliers n'est prévue, à l'heure actuelle, que par neuf des cantons suisses<sup>145</sup>. Berne n'impose que les gains afférents à des papiers-valeurs ou parts sociales détenus pendant une durée n'excédant pas 10 ans<sup>146</sup>. En Thurgovie et aux Grisons, tous les gains mobiliers, respectivement jusqu'à sept et dix ans, sont soumis à l'impôt sur le revenu<sup>147</sup>. A Bâle-Ville et Bâle-Campagne, qui imposent également tous les gains mobiliers<sup>148</sup>, la durée de possession des biens alinéénés ne joue aucun rôle, tandis que la loi soleuroise prévoit une réduction (par rapport à l'impôt sur le revenu) pour les gains à plus de cinq ans. Enfin, les cantons de Saint-Gall, du Tessin, et du Valais prévoient l'imposition des seuls gains sur participations (actions et parts sociales) dites «déterminantes», dont le pourcentage doit atteindre 20% à Saint-Gall et au Tessin, et 15% en Valais<sup>149</sup>.

Cet impôt sur les gains de participations, le *Beteiligungsge-winnsteuer*, constitue la dernière en date des «découvertes» du législateur fiscal helvétique, la plus récente des réactions que lui suggère, de temps à autre, la présence, dans le système qu'il a adopté, d'inégalités de traitement et de lacunes, et qui l'ont amené, au fil des ans, à consacrer l'imposition spéciale des gains immobiliers et des liquidations d'entreprises, le *Wegzugsteuer*, l'impôt minimum, l'imposition du capital dissimulé, et l'impôt sur la richesse. L'impôt sur les gains de participations prétend ainsi réaliser l'égalité de traitement des actionnaires majoritaires et des entrepreneurs individuels, et, en même temps, combler la lacune qui permet aux premiers de différer, pratiquement sans limite, les effets de la double imposition économique à laquelle le législateur a voulu les soumettre. Mais il est aussi facile de voir

<sup>144</sup> Voir ci-dessous Troisième partie, II.

<sup>145</sup> Bâle-Camp. (arts 37 et ss LIC), Bâle-Ville (arts 55 et ss LIC), Berne (arts 77 et ss LIC), Grisons (arts 19 et ss LIC), St-Gall (arts 34 et ss LIC), Soleure (arts 35 et ss LIC), Tessin (arts 40 et ss LIC), Thurgovie (arts 38 et ss LIC), et Valais (arts 34 et ss LIC). D'autre part, la loi de Nidwald (art. 14 ch. 6) prévoit expressément l'imposition des gains spéculatifs.

<sup>146</sup> Le taux de l'impôt est celui de l'impôt sur le revenu, majoré de 40%.

<sup>147</sup> Ils font cependant l'objet en Thurgovie d'une taxation séparée.

<sup>148</sup> L'imposition est effectuée aux taux de l'impôt sur le revenu.

<sup>149</sup> Ces gains sont taxés séparément, aux taux de l'impôt sur le revenu.

que cet impôt crée de nouvelles inégalités et de nouvelles distorsions, en défavorisant l'actionnaire-commerçant par rapport à l'actionnaire-spécialiste (ou investisseur), et en provoquant une triple imposition des réserves sociales que l'acquéreur d'une participation «rachète» à son cocontractant et qui lui seront un jour distribuées<sup>150</sup>.

L'imposition des gains mobiliers, comme celle des gains immobiliers, soulève divers problèmes. Elle exige, notamment, ce qui n'est pas toujours aisément déterminer la base de calcul de l'impôt<sup>151</sup>. Et elle exige, ou devrait exiger, aussi, de définir la notion de réalisation; dans ce contexte, toutefois, le Tribunal fédéral, invoquant la souveraineté fiscale des cantons, admet qu'ils instituent des impôts sur la plus-value (les *Mehrwertsteuern*), c'est-à-dire, des contributions frappant des augmentations de valeur non réalisées<sup>152</sup>. Si cette question, pour l'heure, n'a guère d'importance, car les impôts sur la plus-value sont rares, elle n'en touche pas moins aux fondements mêmes de notre système fiscal; et il est inquiétant de penser que le législateur cantonal a d'ores et déjà la possibilité d'écartier, par un simple artifice terminologique, l'application du principe de l'imposition selon la capacité contributive, et de donner ainsi une base légale, *a priori* valable, à des impôts qui, tels les *Wegzugsteuern*, ne prennent en considération que l'intérêt fiscal de l'Etat.

## B. Le bénéfice des personnes morales

La notion de bénéfice est beaucoup plus simple à définir que ne l'est celle de revenu. Une personne morale, en effet, n'a qu'un

<sup>150</sup> Ces réserves auront, en effet, été alors imposées (i) au niveau de la société, à titre de bénéfice, (ii) en mains de l'aliénateur, à titre de gain en capital et, enfin, (iii) chez l'acquéreur, à titre de dividende.

<sup>151</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Baselgia* du 12.3.1969, ATF 95 I 130, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé arbitraire une disposition prévoyant que le prix d'acquisition des biens imposables fut réputé égal au montant (inférieur au véritable prix d'acquisition) pris en considération pour l'impôt sur la fortune; voir aussi l'arrêt *X. und Y.* du 21.10.1959, ATF 85 I 217, où le Tribunal fédéral n'a pas admis que la valeur d'acquisition d'actions héritées fût fixée sur la base du prix d'achat payé par le *de cuius* (au lieu de leur valeur au jour du décès); et, encore, l'arrêt *Jaenike* du 11.2.1953, note 74 ci-dessus.

<sup>152</sup> Arrêt *X.* du 27.1.1971, ATF 97 I 14, 22 à 24, JT 1972 I, p. 603 (résumé); arrêt *X.* du 13.11.1963, ATF 89 I 358, JT 1964 I, p. 614 (résumé); arrêt *X.* du 10.5.1957, ATF 83 I 136, JT 1958 I, p. 322 (résumé); arrêt *Messner* du 5.11.1952, ATF 78 I 417, JT 1953 I, p. 108.

seul patrimoine, et l'assiette de l'impôt auquel elle est soumise inclut tous les rendements qu'elle réalise, toutes les augmentations de fortune dont elle bénéficie, sans égard à leur nature ou à leur source<sup>153</sup>. En d'autres termes, une société n'a jamais, à côté de son patrimoine commercial, une fortune privée dont les revenus seraient soumis à des règles particulières, et tous ses bénéfices, sous réserve de rares exceptions, sont assujettis au même impôt<sup>154</sup>. Le caractère commercial du patrimoine d'une personne morale est d'ailleurs indépendant de ses buts et de ses activités, et il n'est pas modifié par le fait qu'elle n'exploite pas d'entreprise, mais se borne à administrer des titres ou des immeubles<sup>155</sup>.

Qu'une société n'ait qu'un seul patrimoine et que tous ses rendements aient par définition un caractère commercial ne signifie pas que la détermination de son bénéfice brut ne fasse jamais l'objet de contestations et de litiges. Ceux-ci sont, au contraire, innombrables, trouvant, pour la plupart, leur origine dans les transactions que les sociétés effectuent avec leurs actionnaires, et dans les rapports financiers qui les unissent. Si, dans ce contexte, les distorsions provoquées par les dividendes cachés jouent naturellement un rôle de premier plan<sup>156</sup>, il faut aussi mentionner les problèmes soulevés par la qualification, souvent malaisée, des avantages dont les actionnaires font bénéficier leur société, notamment à titre d'agio, de versements à fonds perdus, ou d'abandons de créance<sup>157</sup>.

Une personne morale, comme le propriétaire d'une entreprise, jouit d'un certain pouvoir d'appréciation dans la manière dont elle comptabilise ses opérations, sans qu'il lui soit loisible, bien entendu, de déterminer arbitrairement si, et quand, un rende-

<sup>153</sup> Arrêt *B. SA* du 29.5.1953, Archives 22, p. 188, RDAF 1954, p. 80; arrêt *Assicuratrice Italiana SA* du 14.5.1952, RDAF 1954, p. 7 (résumé). Il en résulte aussi que le fisc, de son côté, ne saurait contester l'amortissement d'actifs, sous le prétexte qu'ils ne sont pas utilisés dans l'exploitation de la société: voir l'arrêt *B. & Cie* du 7.7.1949, ATF 75 I 232, JT 1950 I, p. 183.

<sup>154</sup> Dans le canton de Zurich, par exemple, les personnes morales, comme les personnes physiques, sont sujets de l'impôt spécial sur les gains immobiliers (arts 45 al. 2 et 154 et ss LIC). L'assujettissement à titre exceptionnel d'une société commerciale à un impôt spécial, ou aux dispositions applicables aux personnes physiques, est prévu par plusieurs lois cantonales, telles celles d'Appenzell Rh. Int. (art. 45 al. 4 LIC), de Genève (art. 64 LCP), Neuchâtel (art. 57 al. 2 LIC), Soleure (arts 71 à 73 LIC), et du Tessin (art. 67 LIC).

<sup>155</sup> Arrêt *B. SA* du 13.6.1956, Archives 26, p. 244, RDAF 1973, p. 14 (résumé).

<sup>156</sup> Voir ci-dessous D.

<sup>157</sup> Ces problèmes sont examinés plus loin sous IV A.

ment est effectivement réalisé<sup>158</sup>. Cependant, la notion de réalisation est aussi mal définie en matière de bénéfices qu'elle l'est en matière de revenus; il existe ainsi, en doctrine et dans la pratique, de profondes divergences de vue au sujet du traitement qui – si la loi ne le précise pas – doit être réservé, par exemple, aux échanges de biens, et aux plus-values de sociétés dissoutes ou liquidées lors de concentrations, de scissions ou de transformations<sup>159</sup>.

Les dispositions de nos lois fiscales qui, sans bonne raison, fixent des limites très strictes à la déduction des pertes reportées<sup>160</sup> sont, comme toutes les règles inéquitables, la cause de distorsions. A cet égard, si une société n'est pas en droit d'effectuer des compensations artificielles entre les résultats de plusieurs exercices<sup>161</sup>, le Tribunal fédéral ne voit pas d'évasion fiscale dans le fait qu'un contribuable réévalue un actif (tel un immeuble ou des titres) et crée ainsi un bénéfice qui lui permette d'«utiliser» des pertes reportées avant qu'elles ne soient plus déductibles<sup>162</sup>. C'est là, il faut le souligner, un des très rares exemples de véritable économie d'impôt à laquelle le Tribunal fédéral n'oppose pas, en tout cas à l'heure actuelle, la théorie de la réalité économique.

Une société, nous l'avons noté, n'a, en principe, qu'une seule sorte de bénéfice, qui inclut aussi bien ses profits d'exploitation que ses rendements extraordinaires. Il arrive, toutefois, que ces derniers soient exonérés, ou, plus précisément, qu'ils échappent à

<sup>158</sup> Il n'est pas admis, non plus, qu'une société modifie son mode de comptabilisation, s'il en résulte un accroissement notable des charges afférentes à un exercice; voir l'arrêt *SI C.* du 16.10.1953, RDAF 1954, p. 90.

<sup>159</sup> A ce sujet, voir ci-dessous IV D.

<sup>160</sup> Les lois les plus libérales, celles de St-Gall (art. 72 litt. c) et de Thurgovie (art. 49 litt. b), prévoient un report de cinq ans. Quatre cantons (Berne, Fribourg, Grisons et Neuchâtel) ne permettent, semble-t-il, aucune déduction des pertes encourues lors de précédents exercices.

<sup>161</sup> Arrêt *A. AG* du 22.9.1966, Archives 36, p. 145, RDAF 1969, p. 221; arrêt *X. SA* du 18.9.1959, Archives 28, p. 389, RDAF 1960, p. 211. Concernant ces problèmes, voir F. CAGIANUT, Bedeutung der kaufmännischen Buchhaltung und Bilanz im Steuerrecht mit besonderer Berücksichtigung der Bilanzkorrekturen, Archives 37, p. 137; voir, aussi, l'arrêt *SIC* du 18.10.1968, Archives 38, p. 443, RDAF 1971, p. 301, qui illustre les rapports existant entre le bilan fiscal et le bilan commercial d'une entreprise.

<sup>162</sup> Arrêt *X. SA* du 8.6.1973, ATF 99 Ib 367, Archives 42, p. 601; arrêt *Noverrasca* du 15.5.1968, RDAF 1973, p. 86 (la compensation avec des pertes qui n'étaient plus déductibles n'a, en revanche, pas été admise); arrêt *Z. AG* du 28.4.1961, Archives 30, p. 188, RDAF 1963, p. 115 (où la possibilité d'un abus de droit a été évoquée).

la «double imposition» qui résulte, sous l'AIN et diverses lois cantonales, de l'application du système *postnumerando* pour la période fiscale pendant laquelle une société est créée. En effet, ce système, qui peut d'ailleurs inciter une société à prévoir un premier exercice très bref, au cours duquel aucun bénéfice ne sera réalisé<sup>163</sup>, a normalement pour conséquence qu'un rendement extraordinaire<sup>164</sup>, obtenu dans la première période de taxation, soit imposé pendant celle-ci et serve également de base à l'impôt de la seconde période, lorsque le système *praenumerando* entre en vigueur. Le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'une application littérale de l'article 58 alinéa 4 AIN conduirait à un résultat inéquitable et qu'un bénéfice extraordinaire, ou une charge exceptionnelle, ne devait être pris en considération qu'une seule fois<sup>165</sup>.

### C. Les déductions sur le revenu et le bénéfice

L'arrêt *SI A. AG* du 1<sup>er</sup> juin 1962<sup>166</sup> illustre la nature variée des manipulations auxquelles une entreprise peut avoir recours en

<sup>163</sup> Il est, toutefois, exigé que ce premier exercice offre «une base suffisante pour déterminer un rendement normal»; arrêt *X. SA* du 28.4.1972, ATF 98 I<sup>b</sup> 325, Archives 41, p. 399, RDAF 1974, p. 34, 36. Lorsque la loi s'en tient au système *praenumerando*, une société a généralement avantage, au contraire, à prolonger la durée de son premier exercice; à Genève, par exemple, une société constituée le 1<sup>er</sup> octobre 1977, dont le premier exercice court jusqu'au 31 mars 1979, ne paiera aucun impôt sur le bénéfice avant 1980.

<sup>164</sup> Un bénéfice peut être qualifié d'extraordinaire lorsqu'il n'est pas réalisé dans l'exploitation de l'entreprise et que la transaction qui l'a fait naître est sans rapport avec le but de cette entreprise; voir les arrêts *SA C.* du 15.6.1973, Archives 43, p. 405 et Archives 43, p. 44, RDAF 1975, p. 313, ainsi que l'arrêt *D. SA* du 3.5.1963, Archives 32, p. 413, RDAF 1964, p. 236. En revanche, le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt *X. AG* du 30.6.1976, ATF 102 I<sup>a</sup> 220, que des gains élevés dus à la conjoncture ne constituaient pas des bénéfices extraordinaires.

<sup>165</sup> Arrêt *J. AG* du 5.4.1974, Archives 43, p. 127, RDAF 1975, p. 242; arrêt *M. AG* du 3.5.1968, ATF 94 I 146, JT 1968 I, p. 597 (résumé), Archives 38, p. 238, RDAF 1971, p. 106; arrêt *R.S. du 9.2.1968*, Archives 37, p. 453 (dans le cadre d'une entreprise individuelle); arrêt *S. SA* du 12.12.1958, ATF 84 I 140, JT 1959 I, p. 343 (résumé), Archives 28, p. 208, RDAF 1960, p. 141; arrêt *M. & Cie SA* du 7.7.1950, JT 1950 I, p. 535. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas admis qu'il soit fait abstraction du résultat de la première année d'activité, pour le calcul de l'impôt de la seconde année, dans le cas d'une société qui avait modifié son but à la fin de la première année, et dont les bénéfices avaient alors considérablement diminué; voir l'arrêt *W. AG* du 24.1.1977, Archives 46, p. 258.

<sup>166</sup> Archives 31, p. 318, RDAF 1963, p. 191.

vue de diminuer son bénéfice: désirant vendre l'immeuble dont elle était propriétaire, la SI A. l'avait, au préalable, réévalué d'un montant (normalement imposable) qu'elle avait immédiatement compensé par la création d'un passif hypothécaire fictif; par ailleurs, elle avait débité son compte de pertes et profits d'une commission de courtage payée à un trust du Liechtenstein auquel elle était liée; enfin, prétendait-elle que son bénéfice de vente devait être encore réduit du montant d'amortissements qu'elle avait, disait-elle, mais sans le démontrer, passés antérieurement et qui n'avaient pas été acceptés par le fisc.

Comme le montre cet exemple, parmi les différents moyens, licites ou illicites, dont dispose une entreprise afin de limiter le montant de son bénéfice imposable, les uns conduisent à l'appauvrir effectivement, alors que d'autres entraînent la constitution de réserves latentes. Une société qui omet de comptabiliser un rendement, ou qui, de toute autre manière, accorde des avantages indus à ses actionnaires ou à des tiers, soustrait définitivement au fisc l'impôt afférent au bénéfice qu'elle dissimule. En revanche, et ce sont les hypothèses qui nous intéressent ici, en passant des amortissements exagérés, en créant des provisions injustifiées, ou en comptabilisant un passif inexistant, une entreprise n'est pas économiquement appauvrie, et les réserves ainsi créées, aussi longtemps qu'elles ne servent pas à compenser des pertes, demeurent potentiellement imposables. D'ailleurs, si les dividendes cachés, moyen classique de réduire l'imposition des petites sociétés, ont presque toujours des motivations fiscales, les amortissements et provisions, qui permettent à toutes les entreprises, mais particulièrement aux grandes sociétés, d'alléger la charge de l'impôt, sont souvent justifiées, en tout cas en partie, par des considérations économiques.

### *1. Amortissements et provisions<sup>167</sup>*

Alors que l'amortissement concrétise, on le sait, une dépréciation effective et permanente, qui peut être matérielle (lorsqu'un bien

<sup>167</sup> On consultera, notamment, TH. LENHARD, *Abschreibungen und Rückstellungen im schweizerischen Steuerrecht*, Bern 1969; L. SCHMIDLIN, *Das Prinzip der Periodizität in der Gewinnbesteuerung*, Diss. St. Gallen 1956; ID., *Die steuerliche Zulässigkeit von Rückstellungen*, SAG 1958–59, p. 23; ID., *Das Prinzip der Periodizität bei den steuerlichen Abschreibungen*, SAG 1956–57, pp. 134 et 162; H. MEYER, *La notion de provision*, RDAF 1955, p. 209; E. IS-

a vieilli) ou économique (lorsqu'un actif ne répond plus aux besoins de l'entreprise qui le possède)<sup>168</sup>, la provision, maladroitement désignée sous le nom de «réserve d'amortissement» par l'AIN (art. 22 al. 1 litt. b), doit servir à «parer à un risque actuel de pertes imminentes»<sup>169</sup>. Toutes nos lois fiscales, à l'heure actuelle, autorisent expressément les personnes physiques et morales à procéder aux amortissements, et, sauf rare exception<sup>170</sup>, à constituer les provisions, que justifient l'usage et les circonstances.

Si les personnes morales, qui n'ont qu'un seul patrimoine, sont, en principe, habilitées à amortir tous leurs actifs<sup>171</sup>, les personnes physiques, en revanche, doivent démontrer que les biens dépréciés font partie de leur fortune commerciale. On retrouve ici, par conséquent, le problème que soulève – et la confusion<sup>172</sup> qui

LER, Die steuerliche Behandlung von Rückstellungen, SAG 1954–55, p. 130; A. VONTobel, Die Rückstellungen und ihre steuerliche Behandlung, Diss. Zürich 1953; F. FUNK, Abschreibungen, Rückstellungen und Reserven, SAG 1948–49, p. 57; M. IMBODEN, Abschreibungen, Rückstellungen und Reservebildungen nach der neueren Bundesgerichtspraxis, Unternehmung und Steuern, Zürich 1947; O. BOSSHARDT, Über die «Realität der Abschreibung» im Steuerrecht, SAG 1940–41, p. 43.

<sup>168</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *SI X.* du 29.6.1962, Archives 31, p. 434, RDAF 1963, p. 247, et l'arrêt *W.H.* du 24.10.1947, RDAF 1948, p. 186. La dépréciation économique d'un bien peut avoir un caractère purement subjectif; voir l'arrêt *Nordostschweizerische Kraftwerke AG* du 17.3.1949, ATF 75 I 16, JT 1950 I, p. 44, RDAF 1952, p. 64 (résumé).

<sup>169</sup> Arrêt *A.C.* du 21.12.1962, Archives 32, p. 266, RDAF 1964, p. 112, 113. Le Tribunal fédéral a fait une analyse détaillée des distinctions existant entre les notions d'amortissement, de provision et de réserve dans l'arrêt *Brauerei L.* du 15.7.1949, ATF 75 I 255, JT 1950 I, p. 150 (résumé), RDAF 1950, p. 214.

<sup>170</sup> A Genève, la constitution de provisions – que la loi ne mentionne pas – est autorisée depuis 1970, lorsque la Cour de Justice a admis que le législateur les avait implicitement prévues; voir l'arrêt *B.* du 10.4.1970, Revue genevoise de droit public 1970, p. 265.

<sup>171</sup> Dans l'arrêt *B. & Cie* du 7.7.1949, ATF 75 I 232, JT 1950 I, p. 183, RDAF 1952, p. 63, le Tribunal fédéral a jugé arbitraire que le fisc refusât un amortissement sous prétexte que l'actif amorti ne servait pas à l'exploitation de la société contribuable. Bien entendu, l'amortissement d'actifs fictifs est toujours exclu; voir l'arrêt *SA X.* du 10.7.1945, RDAF 1946, p. 21, ainsi que les arrêts cités dans les notes 183 et 264 ci-dessous.

<sup>172</sup> Comparer, par exemple, l'arrêt *A.* du 21.5.1965, ATF 91 I 284, JT 1966 I, p. 578 (résumé), Archives 34, p. 254, RDAF 1966, p. 116, concernant l'affermage d'un navire (dont l'amortissement a été admis), et l'arrêt *Vatter* du 13.3.1953, ATF 79 I 62, JT 1954 I, p. 349 (résumé), concernant l'affermage d'un immeuble (dont l'amortissement a été refusé). Voir, aussi, l'arrêt *W.H.* du 2.3.1962, Archives 31, p. 137, RDAF 1963, p. 255, relatif à l'amortissement d'une créance.

caractérise – l'imposition des gains en capital. Curieusement, cependant, ce problème ne se pose pas nécessairement dans les mêmes termes. En effet, bien que la déduction des amortissements soit la contrepartie logique de l'imposition des bénéfices en capital à laquelle sont soumis les commerçants, certaines lois ne les font pas toujours coïncider; tel est le cas, en particulier, de l'AIN, qui, nous l'avons vu, n'assujettit à l'impôt que les gains des entreprises astreintes à tenir des livres (conformément à l'art. 21 al. 1 litt. d), tandis qu'il admet l'amortissement des biens de toute «exploitation gérée en la forme commerciale» (au sens de l'art. 22 al. 1 litt. b). Comme une entreprise peut être gérée en cette forme sans être astreinte à tenir des livres<sup>173</sup>, certains contribuables, notamment ceux qui exercent une activité artisanale ou une profession libérale, jouissent illogiquement du droit d'amortir des biens dont l'aliénation ou la réévaluation (art. 21 al. 1 litt. f AIN) n'entraînent aucun bénéfice imposable<sup>174</sup>.

Il est évident que le montant exact de la dépréciation d'un bien est impossible à déterminer, et il est exclu, dans ce domaine, d'exiger du législateur qu'il établisse des normes très précises: ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, «... le jugement à porter sur un amortissement est surtout affaire d'appréciation»<sup>175</sup>. Les taux d'amortissement, généralement fixés par voie de règlement ou de circulaire<sup>176</sup>, ont, par conséquent, un caractère forfaitaire, solution qui n'a rien d'arbitraire<sup>177</sup>, du moins dans la mesure où

<sup>173</sup> Dans l'arrêt *A.* du 21.5.1965, note précédente, le Tribunal fédéral a défini l'exploitation gérée en la forme commerciale comme «l'exercice à titre indépendant et professionnel, soit d'une activité commerciale proprement dite (achat, fabrication et vente de marchandises), soit d'une autre activité à l'aide de certaines méthodes commerciales (engagement d'un capital et tenue d'une comptabilité), en tout cas lorsqu'elle a pour but la réalisation d'un profit» (RDAF 1966, p. 117).

<sup>174</sup> Dans certains cantons, nous l'avons dit (voir ci-dessus note 143), les gains résultant d'amortissements sont assimilés à des revenus professionnels. A Genève (art. 21 litt. g LCP), la loi exclut l'amortissement d'éléments incorporels, chez les personnes physiques, afin de tenir compte du fait que l'impôt spécial sur les bénéfices en capital n'est pas dû par les contribuables qui ont exploité leur entreprise pendant quinze ans ou davantage (concernant l'amortissement du goodwill sous l'AIN, voir l'arrêt *H.S.-R.* du 21.3.1947, JT 1948 I, p. 27 [résumé], Archives 16, p. 34).

<sup>175</sup> Arrêt *K. AG* du 21.12.1950, Archives 19, p. 336, RDAF 1951, p. 291, 292.

<sup>176</sup> En matière d'IDN, les règles applicables ont fait l'objet d'une circulaire du 20 décembre 1951, publiée dans Archives 21, p. 272.

<sup>177</sup> Arrêt *Elektrizitätswerke Davos AG* du 3.2.1919, ATF 45 I 1, JT 1919 I, p. 344, RDAF 1952, p. 62 (résumé).

les contribuables demeurent habilités à démontrer – ils supportent inévitablement le fardeau de la preuve – que la dévalorisation d'un actif ou d'un autre, en raison de circonstances particulières, est supérieure à la normale. Les taux forfaitaires sont essentiellement les mêmes dans tous les cantons et il est universellement admis, au plan des méthodes, que les amortissements peuvent être calculés, soit sur la valeur d'acquisition des biens (amortissements linéaires) soit, à un taux deux fois plus élevé, sur leur valeur comptable (amortissements dégressifs)<sup>178</sup>. Quant à la présentation comptable des amortissements, les contribuables ont le choix de les porter directement en diminution des actifs concernés ou de les passer dans un compte figurant au passif<sup>179</sup>; ils n'ont, par ailleurs, aucune obligation, lorsque des amortissements excessifs font l'objet d'une reprise, d'adapter leur bilan commercial aux exigences du fisc ou d'établir un bilan fiscal séparé<sup>180</sup>.

Malgré la similitude des textes légaux et l'harmonisation des taux, les pratiques cantonales en matière d'amortissements sont loin d'être uniformes. Les disparités les plus marquées concernent l'application du principe de la périodicité, qui subordonne la licéité d'un amortissement à l'existence d'une dépréciation qui ne doit pas seulement être effective et permanente mais qui, aussi, doit s'être produite au cours de l'exercice pendant lequel l'amortissement est passé<sup>181</sup>. Sans doute, ce principe connaît-il des ex-

<sup>178</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *A.* du 17.7.1952, ATF 78 I 253, JT 1953 I, p. 120, Archives 21, p. 435, RDAF 1953, p. 272.

<sup>179</sup> Voir l'arrêt *Hotelgesellschaft Seiler* du 21.2.1947, ATF 73 I 62, JT 1947 I, p. 535 (résumé). Le fisc ne saurait sans arbitraire assimiler un tel compte à une réserve; arrêt *Gesellschaft des Aare- und Emmenkanals* du 11.12.1920, ATF 46 I 391, JT 1921 I, p. 339, RDAF 1952, p. 62 (résumé). Un contribuable qui n'est pas astreint à tenir une comptabilité ou, du moins, une comptabilité en partie double (voir l'arrêt *Milchverwertungs-Genossenschaft Wohlenschwil* du 23.11.1962, ATF 88 I 273, JT 1963 I, p. 541) doit, en principe, présenter une tabelle d'amortissements.

<sup>180</sup> L'Administration n'est, par conséquent, pas en droit de calculer les amortissements ultérieurs sur la base des valeurs comptables figurant au bilan commercial, sans tenir compte des reprises auxquelles elle a procédé: Arrêt *A.* du 17.7.1952, note 178 ci-dessus; de même, ces reprises doivent-elles être prises en considération pour déterminer le montant du gain réalisé lors de l'aliénation des biens amortis: arrêt *R. AG* du 13.7.1948, Archives 17, p. 35, JT 1949 I, p. 124 (résumé).

<sup>181</sup> Ceci dans le but d'éviter que les contribuables puissent effectuer des compensations entre les résultats de plusieurs exercices. Enoncé dans de nombreuses décisions, le principe de la périodicité a été posé dans les arrêts *Bernische Kraftwerke AG* et *Baugesellschaft Brückfeld AG* du 24.9.1936, ATF 62 I 148

ceptions, au niveau des cantons, comme au niveau fédéral, notamment lorsqu'une entreprise entend «ratrapper» des amortissements auxquels sa situation financière l'avait contrainte de renoncer<sup>182</sup>, ou lorsqu'il apparaît qu'en raison de facteurs imprévus les amortissements comptabilisés jusqu'alors n'avaient pas été suffisants<sup>183</sup>. Quelques cantons, cependant, vont beaucoup plus loin. Argovie et Zurich, par exemple, ont adopté le système de l'«amortissement accéléré» (*System der Sofortabschreibung*), conformément auquel les biens, ou certains biens, d'une entreprise peuvent être immédiatement amortis jusqu'à leur valeur résiduelle – qui varie selon la nature des actifs. D'autres cantons (Saint-Gall, Grisons, Thurgovie, etc.) utilisent le système de l'«escompte» (*System der Einmalerledigung*), sorte de compromis entre le système classique et le système accéléré, aux termes duquel les amortissements exagérés font l'objet d'une reprise, qui ne peut être réactivée et amortie, mais dont le montant est limité à un pourcentage déterminé (variant, là encore, selon la nature des actifs) des amortissements contestés<sup>184</sup>.

Le principe de la réalité des amortissements donne également lieu à des interprétations divergentes. Ainsi, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les immeubles urbains d'habitation et

et 154, ainsi que dans l'arrêt *L.R. et Co.* du 20.9.1946, RDAF 1947, p. 23. Naturellement, si un amortissement exagéré n'a pas fait l'objet d'une reprise, le contribuable ne saurait prétendre, au moment où il dissout la réserve latente qu'il avait créée par son amortissement, que le bénéfice réalisé doit échapper à l'impôt, sous prétexte qu'il n'a pas été imposé au moment où il aurait dû l'être; voir l'arrêt *W.* du 10.10.1947, JT 1948 I, p. 349, Archives 16, p. 283, RDAF 1948, p. 178, et (dans le cas d'une provision) l'arrêt *E.S.* du 12.3.1971, Archives 41, p. 128, RDAF 1973, p. 326 (résumé).

<sup>182</sup> Cette éventualité est parfois expressément prévue par la loi; tel est le cas, par exemple, en Argovie, à Berne et à St-Gall.

<sup>183</sup> Ainsi, dans l'arrêt *Chemin de fer F.-O.* du 7.6.1946, JT 1948 I, p. 27 (résumé), Archives 15, p. 216, RDAF 1947, p. 14, le Tribunal fédéral a jugé qu'une société était en droit de déduire les amortissements supplémentaires que des prescriptions de droit public l'obligeaient à passer, avec effet rétroactif. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas considéré que la solution contraire fut arbitraire; arrêt *Compagnie du chemin de fer de Viège à Zermatt et consorts* du 5.3.1945, RDAF 1945, p. 224. Par ailleurs, le fait qu'un actif ait été acquis à un prix supérieur à sa valeur vénale ne justifie pas un amortissement extraordinaire, car on ne saurait admettre, ainsi que nous l'avons déjà noté, qu'un actif fictif soit amorti; voir les arrêts *Bernische Kraftwerke AG* et *Baugesellschaft Brückfeld AG* du 24.9.1936, note 181 ci-dessus, l'arrêt *Ludwig von Roll'schen Eisenwerke* du 26.4.1937, ATF 63 I 79, et l'arrêt *Nordostschweizerische Kraftwerke AG* du 1.10.1952, RDAF 1954, p. 6 (résumé).

<sup>184</sup> Concernant ces systèmes d'amortissements, voir LENHARD, op. cit., note 167 ci-dessus, notamment pp. 162 et ss, et 194 et ss.

de commerce normalement entretenus ne se déprécient généralement pas<sup>185</sup> – ce qui est manifestement inexact – et, se déprécieraient-ils, leur amortissement serait encore subordonné à une diminution de l'état locatif<sup>186</sup> et à la condition que la dévalorisation intervenue ne soit pas compensée par une augmentation de la valeur du terrain<sup>187</sup>. Concernant cette dernière condition, le Tribunal fédéral ne considère pas que la compensation d'une moins-value (sur les bâtiments) avec une plus-value (sur le terrain) implique l'imposition d'un bénéfice non réalisé; à son avis, constructions et terrain forment une unité économique, qu'ils fassent ou non l'objet de comptes distincts, et le contribuable qui invoque la dépréciation d'un immeuble procède lui-même à une nouvelle estimation et, le cas échéant, à une réévaluation de son bien. Cette jurisprudence est cependant très controversée et elle n'est qu'irrégulièrement appliquée<sup>188</sup>.

Les conditions d'amortissement des titres et créances sont également mal déterminées. Au plan de l'impôt fédéral, les titres cotés peuvent être inscrits à leur valeur en bourse (cf. art. 667 al. 1 CO), si bien qu'une baisse de cours est automatiquement prise en compte; quant aux autres participations, leur amortissement est admis si le contribuable démontre que les circonstances le justifient<sup>189</sup>, par exemple (c'est aujourd'hui un cas fréquent), à la suite d'une modification des parités monétaires<sup>190</sup>. Ces règles

<sup>185</sup> Voir les arrêts *Banque populaire valaisanne* du 30.9.1948 et *Pellissier SA* du 7.10.1953, RDAF 1954, p. 6 (résumés).

<sup>186</sup> Arrêt *Baugesellschaft Brieg* du 28.1.1950, RDAF 1952, p. 63 (résumé).

<sup>187</sup> Arrêt *SI X.* du 29.6.1962, note 168 ci-dessus; arrêt *X.* du 23.9.1960, ATF 86 I 235, JT 1961 I, p. 462; arrêt *Société coopérative de constructions urbaines* du 1.11.1957, JT 1958 I, p. 500.

<sup>188</sup> A Zurich, par exemple, l'amortissement des immeubles locatifs a été admis dès 1960 (arrêt du Tribunal administratif du 25.10.1960), et de nombreux cantons ont depuis lors modifié leur pratique, aussi bien pour l'IDN que pour l'impôt cantonal. Genève, en revanche, s'en tient à la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais autorise les sociétés immobilières à constituer des provisions.

<sup>189</sup> Arrêt *E. SA* du 28.3.1958, ATF 84 I 71, JT 1959 I, p. 340 (résumé), Archives 27, p. 43, RDAF 1960, p. 18; arrêt *P. SA* du 6.5.1949, RDAF 1950, p. 15; arrêt *X. AG* du 25.6.1948, RDAF 1949, p. 30; arrêt *AG C.* du 14.5.1948, JT 1948 I, p. 573 (résumé), Archives 16, p. 486. S'agissant de sociétés immobilières, aucun amortissement ne sera autorisé si la dépréciation intervenue est compensée par une augmentation de la valeur des terrains; voir l'arrêt *P. SA* du 7.12.1962, Archives 32, p. 151, RDAF 1964, p. 119.

<sup>190</sup> Voir la notice de l'Afc du 18 avril 1972, Archives 40, p. 501, sur les conséquences fiscales du changement de parité des monnaies. Bien entendu, les créances et participations ne sont pas les seuls actifs dont la valeur peut être modifiée par les variations de parité.

ne sont toutefois pas appliquées dans tous les cantons. C'est ainsi qu'à Genève la baisse de valeur d'un titre coté en bourse n'est pas considérée comme une dépréciation effective et durable; que l'amortissement d'une participation est subordonné à l'insolvabilité de la société filiale<sup>191</sup>; et que seules les créances, à l'exclusion des titres, peuvent être amorties à raison d'un changement de parité monétaire<sup>192</sup>.

Les provisions sont destinées à parer, nous l'avons vu, à des risques, spéciaux ou généraux<sup>193</sup>, de pertes imminentes, et elles doivent être dissoutes dès la disparition des risques qui en justifiaient l'existence<sup>194</sup>; en d'autres termes, les provisions ne sont pas faites pour couvrir de futures dépenses d'exploitation<sup>195</sup>, ni pour équilibrer les résultats des divers exercices d'une entreprise<sup>196</sup>. En pratique, cependant, la situation est bien différente. Comme les «réserves d'amortissement» tiennent compte de risques dont la date de réalisation est incertaine, elles permettent précisément aux entreprises d'effectuer des compensations entre plusieurs exercices, d'atténuer ainsi la progressivité de l'impôt, et, en cas de pertes, de bénéficier, soit d'un *carry forward* d'une durée dépassant les normes en vigueur, soit, même, d'un *carry back* dont nos lois, pour la plupart, ne prévoient pas la possibilité. Enfin, faut-il mentionner, dans ce contexte, l'abattement de 33 $\frac{1}{3}\%$  du prix des stocks de marchandises, qui est en fait une véritable réserve, mais dont les autorités fiscales, pour des motifs de politique économique, admettent néanmoins la déduction.

## 2. Autres déductions

En règle générale, un contribuable est en droit de déduire tous les frais généraux nécessaires à l'acquisition de son revenu (personne physique) ou autorisés par l'usage commercial (personne

<sup>191</sup> Voir, par exemple, les arrêts de la CCR du 17.5.1973, RDAF 1973, p. 351, et du 13.4.1967, RDAF 1967, p. 208.

<sup>192</sup> Arrêt de la CCR du 12.11.1959, RDAF 1960, p. 29.

<sup>193</sup> Notamment, les risques de pertes sur débiteurs qui, selon la pratique en vigueur, peuvent faire l'objet d'une provision de 5% (débiteurs suisses) ou de 10% (débiteurs étrangers); voir l'arrêt *X. Bank AG* du 2.6.1971, Archives 42, p. 346, 353, et l'arrêt *A.C.* du 21.12.1962, note 169 ci-dessus.

<sup>194</sup> Arrêt *AG Baugeschäft Trippel* du 13.7.1948, ATF 74 I 193, 200, JT 1948 I, p. 617 (résumé).

<sup>195</sup> Arrêt *J. AG* du 12.7.1963, Archives 32, p. 477, RDAF 1964, p. 296, 302.

<sup>196</sup> Voir, en particulier, l'arrêt *X. SA* du 18.9.1959, note 161 ci-dessus.

morale), à l'exclusion, notamment<sup>197</sup>, des dépenses qui ne concernent pas l'exercice en cours<sup>198</sup>, et de celles qui, liées à la construction ou à l'acquisition d'un bien, en augmentent la valeur: ainsi, le Tribunal fédéral n'a pas admis qu'une société déduise les frais de montage d'une installation<sup>199</sup>, ou les frais de remplacement d'une machine affectée d'un vice de construction<sup>200</sup>; de même, un contribuable n'est pas autorisé à défalquer l'annuité qu'il acquitte en vue du rachat d'un goodwill<sup>201</sup>, ni les divers frais (honoraires d'architecte, impôts spéciaux, etc.) entraînés par la construction ou la transformation d'un immeuble<sup>202</sup>.

S'il n'est souvent pas facile de distinguer les frais d'acquisition d'un revenu des frais d'acquisition d'un actif, il est plus malaisé, encore, de tracer la frontière qui sépare les véritables frais généraux des dépenses dont le règlement profite, en réalité, personnellement au propriétaire de l'entreprise<sup>203</sup>, voire, peut-être, à des tiers. Inévitablement, l'activité professionnelle d'un contribuable déborde sur la sphère de sa vie privée<sup>204</sup>, et inévitablement, aussi, les contribuables indépendants vont-ils parfois céder à la tentation de faire passer comme frais généraux des dépenses d'établissement et d'entretien dont la loi n'autorise pas la déduc-

<sup>197</sup> C'est-à-dire, en plus des dépenses (tels, souvent, les impôts) dont la loi exclut expressément la déduction.

<sup>198</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Société immobilière C.* du 16.10.1953, RDAF 1954, p. 90.

<sup>199</sup> Arrêt *T.S. SA* du 19.12.1949, Archives 18, p. 528, RDAF 1951, p. 172.

<sup>200</sup> Arrêt *Aebi & Cie* du 5.2.1937, RDAF 1952, p. 18 (résumé).

<sup>201</sup> Arrêt *Studer* du 22.12.1937, RDAF 1952, p. 19 (résumé), voir, aussi, l'arrêt *Zanello* du 19.9.1951, RDAF 1954, p. 4.

<sup>202</sup> Arrêt *B. SA* du 23.12.1949, RDAF 1951, p. 10, et *T.S. SA* du 19.12.1949, note 199 ci-dessus. Concernant le cas particulier d'un contribuable qui rénove un immeuble peu après l'avoir acquis, voir l'arrêt *X.* du 30.9.1977, ATF 103 Ib 197, et l'arrêt *X.* du 15.6.1973, ATF 99 Ib 362. Il arrive que le contribuable puisse, à son choix, soit activer une dépense, soit la passer par frais généraux; tel est le cas des intérêts intercalaires ou d'intérêts assimilables à des intérêts intercalaires; voir l'arrêt *SIC* du 18.10.1968, note 161 ci-dessus, et, aussi, l'arrêt *SI X.* du 26.2.1975, ATF 101 Ia 26, JT 1977 I, p. 475, dans lequel le Tribunal a précisé et distingué les notions d'activation et de réévaluation.

<sup>203</sup> Les amendes fiscales, par exemple, sont considérées comme des dépenses privées; voir l'arrêt *W.* du 13.6.1947, JT 1948 I, p. 351 (résumé), Archives 16, p. 287, et l'arrêt *Johann B.-A.* du 31.5.1946, RDAF 1947, p. 27.

<sup>204</sup> Les frais de représentation, en particulier, ont souvent le double caractère de frais généraux et de frais d'entretien; voir l'arrêt *X. et Y.* du 26.9.1974, Archives 44, p. 52, RDAF 1976, p. 185.

tion. Ces problèmes, il faut le souligner, sont sans solution. Des dispositions légales plus précises pourraient, certes, diminuer le nombre des litiges et les possibilités d'évasion, mais non point créer une parfaite neutralité.

Les actionnaires d'une petite société et les dirigeants d'une grande société ont naturellement, eux aussi, intérêt, davantage, même, que le propriétaire d'une entreprise, à inclure dans leurs frais d'exploitation des dépenses qui les concernent personnellement. Mais ils courrent un risque plus grand, puisqu'ils s'exposent, en raison de la double imposition économique, non seulement à ce que ces dépenses soient ajoutées au bénéfice de leur société, mais aussi à ce que les prestations de cette dernière soient assimilées à des dividendes ou des tantièmes imposables<sup>205</sup>.

Quant aux avantages concédés gratuitement à des tiers, nos lois fiscales en autorisent expressément la déduction lorsqu'ils répondent à des buts de prévoyance ou d'utilité publique<sup>206</sup>. Mais d'autres attributions, encore, peuvent être déductibles, soit qu'elles n'aient pas un caractère purement gratuit<sup>207</sup>, soit qu'elles entrent dans la très large catégorie des frais publicitaires et de représentation, soit que, d'une manière ou d'une autre, l'usage commercial permette de les justifier<sup>208</sup>. Dans ce contexte, il est

<sup>205</sup> Il va de soi qu'une entreprise individuelle ne distribue jamais de dividendes cachés. Certaines prestations, toutefois, ne s'en distinguent guère: ainsi, lorsqu'un contribuable verse à des membres de sa famille ou à des proches, des salaires exagérés, il n'obtient pas seulement la déduction de montants qui ne seraient normalement pas déductibles, mais, encore, évite-t-il, le cas échéant, la charge des droits de donation auxquelles ces sommes pourraient être soumises; voir l'arrêt *J.R.* du 7.7.1961, Archives 30, p. 289, RDAF 1963, p. 125; l'arrêt *Robert E.* du 10.12.1948, RDAF 1949, p. 74; et l'arrêt *M.* du 3.6.1949, ATF 75 I 181, JT 1950 I, p. 30 (résumé).

<sup>206</sup> Voir, par exemple, les arts. 22 al.1 lit.f. et 49 al.2 AIN.

<sup>207</sup> Que l'on songe, par exemple, aux pots-de-vin, dont la déduction est généralement admise: arrêt *E. SA* du 25.10.1946, Archives 15, p. 219, RDAF 1947, p. 18; ou aux «ristournes» que de nombreuses entreprises sont pratiquement obligées de concéder à leurs clients: arrêt *H.* du 27.12.1957, Archives 27, p. 102; le Tribunal fédéral considère ainsi, assez cyniquement, que la déduction de prestations illicites ou immorales n'est pas contraire à l'usage commercial; dans ce contexte, voir, aussi, l'arrêt *Szpiro* du 19.12.1951, RDAF 1954, p. 5 (résumé), concernant la restitution d'un bénéfice illicite, et l'arrêt *X.* du 6.10.1944, ATF 70 I 250, JT 1945 I, p. 602.

<sup>208</sup> Ainsi, dans les arrêts *Migros* du 3.7.1946, RDAF 1952, p. 19 (résumé), et du 12.4.1946, RDAF 1947, p. 86, le Tribunal fédéral a jugé arbitraire le refus du fisc d'admettre la déduction, à titre de frais de réclame, des dépenses afférentes à l'édition d'un journal destiné à attirer l'attention des lecteurs sur les activités de la société contribuable.

assez évident que la situation, d'une part, des entreprises et des petites sociétés, et, d'autre part, des grandes sociétés n'est pas exactement la même. En effet, les prestations d'une grande société à une institution de prévoyance, par exemple, ou à des œuvres charitables, sont, peut-on dire par définition, faites dans l'intérêt social; cela suffit à les rendre conformes à l'usage commercial, sans qu'il importe de connaître les motivations – altruistes ou publicitaires – des dirigeants de la société<sup>209</sup>. Au contraire, dans le cadre d'une entreprise ou d'une petite société, il est indispensable, et souvent difficile, sinon impossible, de déterminer si les prestations faites sont justifiées par l'intérêt social, ou s'il s'agit de contributions personnelles dont la prise en charge par l'entreprise répond à des considérations fiscales<sup>210</sup>.

#### **D. Les distributions de bénéfices et le problème des dividendes cachés<sup>211</sup>**

Ni le fait ni la forme d'une distribution de bénéfices ne revêtent grande importance au niveau des entreprises individuelles et des sociétés de personnes. Il en va, bien sûr, tout autrement chez les personnes morales, dont les profits déclarés supportent, au moins potentiellement, le poids de la double imposition économique et souvent, aussi, celui de la double imposition internationale. Les sociétés et leurs actionnaires ont, par conséquent, un intérêt évi-

<sup>209</sup> Telle n'est cependant pas la position du Tribunal fédéral. Il a, par exemple, admis qu'en l'absence d'une disposition légale, une société pouvait déduire ses versements à une caisse de pension si elle s'était engagée à les effectuer, tandis que des prestations volontaires ne seraient pas déductibles; arrêt *Société de Banque Suisse* du 3.10.1946, ATF 72 I 155, JT 1947 I, p. 622, RDAF 1952, p. 62 (résumé).

<sup>210</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Hänni* du 4.11.1960, ATF 86 I 289, JT 1961 I, p. 464 (résumé), Archives 30, p. 85, RDAF 1962, p. 206, ainsi que l'arrêt *Coopérative du b. de Fribourg* du 3.10.1963, Archives 33, p. 110, RDAF 1973, p. 85 (résumé), concernant les versements d'une coopérative à un fonds de prévoyance dont seuls les sociétaires étaient bénéficiaires.

<sup>211</sup> R.-J. PRYM, *Verdeckte Gewinnausschüttung – Ein steuerrechtlicher Vergleich zwischen Deutschland und der Schweiz*, Bern 1976; CH. DE MESTRAL, *La notion de prestation appréciable en argent en matière de droit de timbre sur les coupons et d'impôt anticipé*, thèse Lausanne 1966; M. IMBODEN, *Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen*, Archives 31, p. 177; H.G. HUBER, *Die Besteuerung der Gewinnausschüttungen juristischer Personen*, Diss. Zürich 1954; M. WIDMER, *Die verdeckte Gewinnausschüttung durch Verrechnung zu niedriger Verkaufspreise*, Archives 20, p. 113; A. PESTALOZZI, *Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht*, Diss. Zürich 1947.

dent, soit à éviter toute répartition de dividendes, soit à donner à ceux-ci une forme qui en dissimule la vraie nature. Les contribuables et le fisc, dans ce domaine privilégié de distorsions et de litiges, font d'ailleurs assaut d'ingéniosité et de constructions insolites: alors que la volonté des premiers d'échapper aux conséquences d'un système qu'ils jugent inéquitable les entraîne souvent, par des voies détournées, jusqu'à la soustraction et la fraude, les autorités fiscales, de leur côté, en voulant assurer l'égalité de traitement et préserver les intérêts financiers de l'Etat, sont amenées à défendre des thèses auxquelles la loi ou le bon sens ne prêtent guère d'appui.

Contrairement à d'autres combinaisons d'évasion fiscale, dont l'examen fait l'objet de la seconde partie de ce rapport, les dividendes cachés soulèvent relativement peu de questions de principe et d'interprétation. Il n'existe ici aucune zone d'économie d'impôt légale, dont il faudrait tracer les frontières. Quelles que soient les critiques que suscite, *de lege ferenda*, la double imposition, le fisc a manifestement le droit et le devoir, même lorsque la loi ne les consacre pas expressément, de faire abstraction d'écritures comptables volontairement erronées ou de rapports contractuels dissimulant des prestations sans cause<sup>212</sup>. Ainsi, les innombrables conflits auxquels donnent lieu, et donneront toujours lieu, les dividendes cachés ne concernent généralement pas leur traitement fiscal, mais les conditions ou la preuve de leur existence et l'estimation de leur montant.

### *1. Motivations et nature juridique des dividendes cachés*

La distribution dissimulée de bénéfices (*die verdeckte Gewinnausschüttung*) peut être définie comme l'octroi par une société à l'un de ses actionnaires, soit directement, soit indirectement (lorsque le bénéficiaire immédiat du dividende est un tiers), d'un avantage monétaire ou appréciable en argent que la société, en raison du rapport de participation qui la lie à son actionnaire, concède gratuitement, mais sous une forme qui lui permet – ou lui permettra ultérieurement – d'en déduire le montant de son bénéfice imposable.

Si les distributions de dividendes cachés sont exceptionnellement motivées par des considérations extérieures à la fiscalité,

<sup>212</sup> Toutes les lois cantonales, à l'heure actuelle, prévoient expressément, sous une forme ou une autre, la reprise, à titre de bénéfice, des dividendes cachés.

soit qu'une société veuille avantager un actionnaire majoritaire, soit que l'actionnaire d'une société confonde le patrimoine social et son propre patrimoine, elles sont plus souvent faites dans le but de réaliser une économie d'impôt, en particulier d'échapper à la double imposition économique, ou, à la fois, d'éviter celle-ci et la charge des impôts à la source. Il arrive aussi, nous l'avons vu plus haut, qu'un actionnaire fasse supporter par sa société des frais qui le concernent personnellement; il s'agit alors, non plus d'éviter la double imposition, mais d'obtenir la déduction de dépenses que l'actionnaire lui-même ne serait pas en droit de déduire. Enfin, dans les cas où le bénéficiaire du dividende a la possibilité de concrétiser sans payer d'impôt – par exemple, en revendant un bien que sa société lui a cédé à un prix de faveur – l'avantage qui lui a été accordé, la distribution dissimulée conduit à l'exonération totale d'un rendement dont la loi voudrait pourtant qu'il soit imposé deux fois.

Le point commun et la condition objective de tous les dividendes cachés est l'appauvrissement de la société distributrice, au profit, direct ou indirect, d'un ou de plusieurs actionnaires. En principe, cet appauvrissement coïncide avec une diminution immédiate du bénéfice de la société, soit que l'avantage qu'elle concède augmente ses frais généraux, soit qu'il réduise le montant de ses recettes. Toutefois, dans l'hypothèse où la société fait l'acquisition d'un bien à un prix supérieur à sa valeur vénale, ou lorsqu'elle consent un prêt à une personne insolvable, la comptabilisation d'un actif fictif lui évite provisoirement la réalisation d'une perte: celle-ci n'interviendra qu'au moment où le bien surévalué sera amorti ou vendu.

Le fait qu'un dividende caché appauvrisse la société qui le distribue ne signifie pas nécessairement que l'actionnaire auquel il profite soit économiquement enrichi; au contraire, si la société n'est pas obérée, le patrimoine de l'actionnaire ne subit aucun changement, puisque la valeur de ses titres diminue du montant de l'avantage qui lui est consenti<sup>213</sup>. Bien entendu, la réalisation par l'actionnaire d'une économie d'impôt personnelle n'est pas non plus une condition ou une caractéristique des dividendes cachés. En règle générale, la prestation qui lui est faite (sous forme d'intérêts, de salaire, etc.) est soumise à l'impôt, et ce n'est que dans les cas où la transaction à laquelle il est partie lui per-

<sup>213</sup> Ceci vaut aussi pour les véritables dividendes, ainsi que pour les actions gratuites; cette absence d'enrichissement constitue naturellement le fondement des critiques que suscite la double imposition.

met, soit d'éviter la charge d'impôts à la source, soit de transformer un dividende en un gain en capital, soit, encore, de camoufler une donation, qu'il bénéficie lui-même d'un avantage fiscal.

Pour des raisons évidentes, les distributions déguisées sont particulièrement fréquentes chez les personnes morales dont les associés ont le contrôle effectif, notamment les sociétés de famille, les filiales et les sociétés à but spécial (telles les holdings et les sociétés immobilières). Dans ce contexte, il est immatériel, chacun l'admet, aujourd'hui, qu'un actionnaire bénéficie d'une prestation gratuite pour des motifs liés à la fiscalité ou à raison d'autres considérations: l'intention de réaliser une économie d'impôt n'est manifestement pas une condition ni de l'existence ni de l'imposition d'un dividende caché. En revanche, la question de savoir si les parties doivent être conscientes de l'appauvrissement de la société qu'elles administrent ou contrôlent, si, en d'autres termes, il entre dans la notion de dividende caché un élément subjectif, mérite d'être examinée de plus près.

Au plan du droit commercial, les dividendes trouvent leur fondement dans un droit légal de l'actionnaire (art. 660 al. 1 CO), qui a le caractère d'un droit acquis, à la fois absolu, quant à son principe (art. 646 CO), et relatif, quant aux prétentions qu'un actionnaire peut faire valoir sur les bénéfices annuels de sa société (arts 663 et 664 CO). Seuls les dividendes résultant d'une décision de l'assemblée générale sont des «dividendes au sens légal du mot»<sup>214</sup>, dividendes qui, d'ailleurs, peuvent être indus – par exemple, si la société n'a pas de profits disponibles – et soumis alors aux dispositions de l'article 678 CO. Les autres avantages dont bénéficient gratuitement les actionnaires sont considérés comme des prestations sans cause, dont la société appauvrie peut obtenir la restitution aux conditions prévues par les articles 62 et ss CO<sup>215</sup>.

Il est assez évident que la légalité ou l'illégalité d'une prestation joue peu de rôle en droit fiscal, et le fait qu'une société bénéficie ou non d'une créance en restitution contre son actionnaire indûment avantage n'est pas déterminant non plus. Ceci est vrai, en tout cas, pour les prestations gratuites intentionnelles, de loin les plus nombreuses, qui sont effectuées par une société, soit sur la base d'un contrat (de prêt, de travail, de bail, etc.) dissimulant une attribution sans cause, soit, plus simplement, en vertu

<sup>214</sup> Arrêt *Pinget c/Lasserre et hoirs Gans* du 11.2.1941, SJ 1941, p. 263, 268.

<sup>215</sup> Voir F. BÜRGI, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Zürich 1957, pp. 204 et 205.

d'un accord secret, conformément auquel la société, par exemple, accepte de prendre à sa charge des frais concernant son actionnaire, ou d'abandonner à ce dernier, sans la comptabiliser, une recette à laquelle elle a droit. Dans ce genre de circonstances, il faut admettre que le dividende caché a un caractère irrévocable et ne saurait être annulé grâce au remboursement par l'actionnaire des sommes dont il avait été enrichi<sup>216</sup>. En revanche, dans l'hypothèse où un avantage indu est accordé par erreur, il n'existe aucune bonne raison de s'écarter des solutions du droit civil; en d'autres termes, la prestation faite ne peut être assimilée à un dividende, et imposée à ce titre, que si – et au moment où – la société découvrant son erreur et disposant d'une action en restitution renonce à faire valoir ses droits.

Si l'imposition d'un dividende caché est ainsi effectivement subordonnée à l'existence d'un élément intentionnel, suffit-il alors que l'une des parties, ou faut-il que les deux parties concernées, la société et l'actionnaire, soient conscientes de concéder ou d'obtenir un avantage injustifié? La nécessité d'une véritable «convention de dividendes» paraît évidente lorsque le fisc invoque une simulation (art. 18 CO) et, par suite, la nullité, partielle ou totale, d'un contrat (de travail, de vente, etc.) passé entre la société et son actionnaire; en effet, conformément aux règles du droit civil, dont, ici encore, il n'existe, en principe, aucune bonne raison de s'écarter, un contrat n'est simulé que «lorsque le déclarant et le destinataire admettent tous deux que la déclaration est sans valeur»<sup>217</sup>. Il est, toutefois, concevable que seule l'une des parties ait connaissance de l'avantage octroyé, mais que le fisc soit néanmoins en droit d'admettre l'existence d'un dividende caché. Si, par exemple, une société est administrée par des hommes de paille, agissant selon les instructions des actionnaires, il est tout à fait possible que les premiers exécutent un contrat avec les seconds sans réaliser l'inégalité des prestations convenues; l'imposition d'un bénéfice dissimulé, dans de telles circonstances, est indubitablement justifiée, non pas, d'ailleurs, à raison de la négligence des administrateurs – qui ne saurait, à notre avis, suffire – mais parce que les actionnaires peuvent être considérés comme les vrais administrateurs de la société, ou, du moins, comme les auteurs médiats de la distribution déguisée.

<sup>216</sup> A ce sujet, voir 2 ci-dessous, notes 225 à 228.

<sup>217</sup> A. von TUHR, Partie générale du Code fédéral des Obligations, 1<sup>er</sup> volume, Lausanne 1929, p. 246.

## 2. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Interprétant l'AIN (art. 49 al. 1 litt. b), l'AIA (art. 4 al. 1 litt. a), puis la LIA (art. 4) et son ordonnance (art. 20 al. 1), ou, encore, la défunte LC (art. 5 al. 2), le Tribunal fédéral a admis qu'il y avait «une répartition dissimulée de bénéfice lorsqu'une société fournit à un actionnaire ou à une personne le touchant de près une prestation sans contreprestation équivalente, lorsque cette prestation n'aurait pas été faite à un tiers dans des circonstances analogues et que les organes sociaux étaient à même d'en constater le caractère particulier»<sup>218</sup>. Bien que le Tribunal fédéral ait parfois ajouté à ces trois conditions celle d'une intention d'éviter l'impôt<sup>219</sup>, il a, dès 1956, définitivement renoncé à faire dépendre l'existence d'une distribution déguisée d'une tentative d'évasion fiscale<sup>220</sup>. Le concept des dividendes cachés, fondé sur la reconnaissance de la véritable nature juridique de prestations dont les parties dissimulent le caractère gratuit, n'a effectivement aucun rapport avec la théorie de la réalité économique, examinée dans la seconde partie de cette étude, et qui est, elle, intimement liée au problème de l'évasion fiscale, puisque seule cette dernière peut donner au fisc, non plus en tenant compte de la vraie nature juridique d'une transaction, mais, au contraire, en en faisant abstraction, le droit d'imposer certains rendements<sup>221</sup>.

La définition qui vient d'être mentionnée et les conditions qui la composent ont été précisées au fil d'une très abondante jurisprudence. Concernant la prestation imposable, le Tribunal fédéral a, notamment, jugé qu'il n'était pas nécessaire qu'elle eût un caractère monétaire<sup>222</sup> ni qu'elle enrichissât l'actionnaire avantage<sup>223</sup>, et qu'elle pouvait diminuer aussi bien le bénéfice que la

<sup>218</sup> Arrêt *X. SA* du 26.2.1975, Archives 44, p. 299, RDAF 1976, p. 245, 247.

<sup>219</sup> Par exemple, dans l'arrêt *Frères Z. AG* du 2.10.1953, Archives 22, p. 388, RDAF 1954, p. 244; voir, aussi, l'arrêt *N.S.L. AG* du 25.6.1948, ATF 74 I 296, JT 1949 I, p. 55, RDAF 1949, p. 27.

<sup>220</sup> Voir l'arrêt *X. AG* du 13.7.1956, ATF 82 I 288, JT 1957 I, p. 264 (résumé), Archives 25, p. 433.

<sup>221</sup> Ainsi, lorsque le fisc, conformément à la théorie de la sous-capitalisation, assimile à des dividendes les intérêts versés par une société à son actionnaire, il ne prétend pas que le prêt de ce dernier est simulé, mais il le juge abusif, en raison des motivations fiscales qui en ont déterminé l'octroi.

<sup>222</sup> Arrêt *F., Société financière SA* du 8.10.1965, Archives 35, p. 206, RDAF 1966, p. 303.

<sup>223</sup> Ibid., RDAF 1966, p. 305; voir, aussi, l'arrêt *Société immobilière S.* du 21.10.1949, Archives 19, p. 293, RDAF 1951, p. 188, 191. Selon l'Afc, si la

fortune de la société<sup>224</sup>. Quant à l'éventuelle contreprestation de l'actionnaire, elle n'est prise en compte que si elle est effectuée ou comptabilisée simultanément avec l'avantage qu'elle prétend rémunérer. Ainsi, la société qui débite tardivement son actionnaire des intérêts afférents au prêt qu'elle lui a consenti<sup>225</sup>, qui comptabilise une recette seulement au moment où le fisc juge qu'elle devait lui revenir<sup>226</sup>, ou qui bénéficie ultérieurement, à son tour, d'une attribution gratuite<sup>227</sup>, n'en est pas moins soumise à l'impôt à raison de ses propres prestations: celles-ci conservent le caractère de dividendes cachés, alors que les avantages concédés par l'actionnaire sont considérés comme des avances à fonds perdus<sup>228</sup>.

La condition selon laquelle le bénéficiaire de la prestation doit être un actionnaire ou une personne le touchant de près soulève des problèmes plus délicats et plus intéressants. Tout d'abord, peut-on se demander si l'actionnaire avantagé doit nécessairement détenir une participation majoritaire. A ce sujet, le Tribunal fédéral a parfois jugé qu'une participation minoritaire, de 25% par exemple, n'était pas suffisante<sup>229</sup>, alors qu'il a admis, dans d'autres cas, qu'une distribution déguisée n'était nullement exclue par le fait que l'actionnaire ne détenait que 45% ou 50%

prestation effectuée n'a pas la même valeur pour l'actionnaire que pour la société, c'est le point de vue de cette dernière qui est déterminant: décision du 30.11.1951, Archives 20, p. 360, RDAF 1953, p. 124 (concernant la distribution d'avoirs bloqués que les actionnaires avaient la possibilité de négocier à un meilleur cours que celui offert à leur société).

<sup>224</sup> Arrêt *V. SA* du 1.6.1956, Archives 25, p. 183, RDAF 1957, p. 244, 247. Le fait que la société n'ait pas de bénéfice n'exclut nullement que la prestation indue soit soumise à l'impôt à la source: voir l'arrêt *A.* du 8.10.1954, Archives 24, p. 54, RDAF 1955, p. 270, 273.

<sup>225</sup> Décision *C. SA* de l'Afc du 28.5.1958, Archives 28, p. 117, RDAF 1960, p. 94.

<sup>226</sup> Arrêt *X. SA* du 26.2.1975, note 218 ci-dessus.

<sup>227</sup> Arrêt *X. AG* du 13.9.1974, Archives 44, p. 384, RDAF 1977, p. 226. Il en va d'ailleurs de même si la prestation de l'actionnaire est antérieure à celle de la société: voir l'arrêt *L. SA* du 19.6.1970, Archives 39, p. 447, RDAF 1972, p. 106, ainsi que la décision *P. SA* de l'Afc du 19.4.1963, Archives 32, p. 507, RDAF 1965, p. 14.

<sup>228</sup> Arrêt *SI B.* du 19.9.1953, Archives 22, p. 527, RDAF 1954, p. 141. Voir, toutefois, l'arrêt *Société immobilière S.* du 21.10.1949, note 223 ci-dessus, où le Tribunal fédéral n'a pas exclu la possibilité d'une restitution de l'impôt à la source.

<sup>229</sup> Arrêt *W. SA* du 8.5.1964, Archives 33, p. 159, RDAF 1965, p. 56; arrêt *N.S.L. AG* du 25.6.1948, note 219 ci-dessus. Voir, encore, l'arrêt *X. SA* du 29.11.1946, RDAF 1947, p. 189 (résumé).

des actions<sup>230</sup>. En réalité, le pourcentage de la participation n'a manifestement aucune importance, mais il doit, en revanche, obligatoirement exister un lien de causalité entre la qualité d'actionnaire du bénéficiaire et l'avantage qui lui est gratuitement accordé; ainsi, est-il bien certain que si tous les actionnaires d'une société décidaient en commun de s'octroyer des prestations indues, même celle attribuée au porteur d'une seule action serait considérée à bon droit comme un dividende caché.

La question de savoir si un tiers peut être le bénéficiaire d'une distribution déguisée est un peu plus malaisée à résoudre. Conformément à la jurisprudence et, parfois, selon la loi, un tiers touchant de près un actionnaire est assimilé à ce dernier. Ce concept, du «tiers touchant de près» un actionnaire, défini de manière toujours plus extensive<sup>231</sup>, est, à notre avis, complètement inutile, et son utilisation révèle une confusion entre les notions de bénéficiaire direct et bénéficiaire indirect, et, d'une manière plus générale, entre des problèmes de principe et de preuve. Logiquement, en effet, un tiers ne peut jamais être le véritable bénéficiaire d'un dividende caché. Lorsqu'une personne, telle une institution charitable ou de prévoyance, reçoit d'une société une prestation gratuite sans l'intervention des actionnaires, l'avantage accordé n'est pas une distribution déguisée, et s'il est concevable qu'il fasse l'objet d'une reprise en matière d'impôt sur le bénéfice, pour n'être pas justifié par l'usage commercial<sup>232</sup>, il est, ou devrait être, en revanche, exclu qu'il soit soumis à l'impôt à la source<sup>233</sup>. Si, au contraire, la prestation de la société au tiers est faite à l'instigation ou, en tout cas, dans l'intérêt d'un actionnaire, ce dernier seul bénéficie d'un dividende, d'autant mieux caché qu'il est versé directement, généra-

<sup>230</sup> Arrêt *A. AG* du 28.9.1962, Archives 33, p. 209, RDAF 1965, p. 192; arrêt *Société A.* du 21.10.1955, Archives 24, p. 332, RDAF 1956, p. 311. Voir, aussi, la décision de l'Afc du 18.11.1955, Archives 24, p. 330, RDAF 1956, p. 306.

<sup>231</sup> Voir, notamment, le récent arrêt *A. AG* du 17.9.1976, Archives 45, p. 595.

<sup>232</sup> Voir, ci-dessus 2. Il n'est naturellement pas toujours facile de distinguer une attribution directe à un tiers d'une prestation indirecte, dont un actionnaire est le véritable bénéficiaire: voir, par exemple, l'arrêt *Société coopérative S.* du 18.5.1951, Archives 22, p. 531, RDAF 1955, p. 182, l'arrêt *Coopérative du b. de Fribourg* du 3.10.1963, note 210 ci-dessus, et l'arrêt *SI X. SA de la CCR Vaud* du 7.11.1957, RDAF 1959, p. 243.

<sup>233</sup> Dans l'arrêt *E. AG* du 21.12.1956, Archives 25, p. 498, RDAF 1958, p. 77, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la prestation faite à un tiers dominant contractuellement la société distributrice pouvait constituer un dividende caché.

lement sur la base d'une stipulation pour autrui, au tiers concerné. Les rapports unissant le véritable bénéficiaire – l'actionnaire – et le bénéficiaire apparent – le tiers – sont naturellement de nature très diverse; il arrive, notamment, que le premier accorde au second un crédit ou lui rembourse une dette<sup>234</sup>, qu'il lui fasse une donation<sup>235</sup> ou un apport<sup>236</sup>, ou, même, qu'il lui distribue un dividende caché<sup>237</sup>. Enfin, peut-on noter, dans ce contexte, que le fait que le tiers soit un ancien actionnaire ne justifie pas une construction ou un traitement particulier: là encore, l'actionnaire actuel est le seul bénéficiaire possible du dividende<sup>238</sup>, à moins, ainsi qu'on le verra un peu plus loin, que la prestation litigieuse ne soit antérieure au transfert des actions.

La preuve de l'existence d'une distribution déguisée est rarement facile à rapporter et, si un nombre incalculable de dividen-

<sup>234</sup> Le tiers, dans ce genre de cas, peut n'avoir aucun lien personnel particulier avec l'actionnaire (comme dans l'arrêt *SA X.* du 17.2.1956, Archives 24, p. 502, RDAF 1957, p. 314, ou dans la décision *SI P.* de l'Afc du 14.7.1955, Archives 25, p. 46, RDAF 1957, p. 260), ou, au contraire, peut être son parent (voir, par exemple, l'arrêt *X. AG* du 23.1.1974, Archives 44, p. 549, et l'arrêt *S.* du 29.3.1956, Archives 25, p. 189, RDAF 1957, p. 252) ou son associé (arrêt *J. et H.* du 17.2.1956, Archives 25, p. 153, RDAF 1957, p. 240).

<sup>235</sup> Voir, en particulier, l'arrêt *J. Veillon* du 27.1.1965, Archives 35, p. 212, où l'actionnaire principal d'une société avait abandonné des droits de souscription à son fils; voir, aussi, l'arrêt *C. SA* du 20.5.1949, Archives 19, p. 53, RDAF 1951, p. 82, où une société avait payé, en qualité de caution, une dette de l'épouse de l'actionnaire, et l'arrêt *SA B.* du 13.7.1956, Archives 25, p. 179, RDAF 1957, p. 133, concernant la clause bénéficiaire (en faveur des héritiers de l'actionnaire) d'une assurance-vie contractée par la société.

<sup>236</sup> Si une société prend à sa charge les dépenses d'une autre société ayant le même actionnaire, il faut admettre que ce dernier, véritable bénéficiaire du dividende, en stipule le paiement, à titre d'apport, à la seconde société; voir l'arrêt *A. SA* du 9.6.1950, Archives 20, p. 106, RDAF 1952, p. 32, et l'arrêt *Société immobilière S.* du 21.10.1949, note 223 ci-dessus.

<sup>237</sup> En effet, si le bénéficiaire apparent de la prestation est la société mère de l'actionnaire, la prestation gratuite peut constituer un double dividende caché, le premier avantageant l'actionnaire de la société appauvrie, et, le second, la société mère. En revanche, il serait exclu de voir un dividende caché dans la prestation d'une société mère à sa filiale.

<sup>238</sup> Ainsi, lorsqu'un actionnaire, en vendant ses titres, convient avec l'acheteur que la société lui versera une rente, celle-ci constitue une prestation dissimulée au bénéfice de l'acquéreur, et non pas en faveur de l'ancien actionnaire. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs bien vu dans l'arrêt *H. SA* du 9.5.1969, ATF 95 I 174, JT 1969, p. 597 (résumé), Archives 38, p. 450, RDAF 1971, p. 226; en revanche, l'arrêt *E.B.* du 24.11.1950, RDAF 1951, p. 225, soulèvent un problème du même genre, apparaît extrêmement confus. A ce sujet, voir, encore, l'arrêt *B. et C.* du 14.11.1952, Archives 23, p. 42, RDAF 1955, p. 178.

des cachés échappent à l'impôt, des litiges également nombreux surviennent en raison d'impositions fondées sur des présomptions dont les contribuables contestent la force probante. En effet, le fisc, souvent, peut seulement démontrer l'existence d'une disproportion entre les prestations des parties, et, sur cette base, il présume, ainsi qu'on le voit dans beaucoup d'arrêts<sup>239</sup>, que l'actionnaire est le bénéficiaire de l'avantage accordé<sup>240</sup>, que la prestation en cause n'aurait pas été effectuée en faveur d'un tiers, et que les organes de la société devaient s'en rendre compte. Dans d'autres cas, les difficultés de preuve ne concernent pas la personne du bénéficiaire, mais la nature de la transaction litigieuse, la société prétendant, par exemple, contrairement à l'opinion du fisc, avoir agi à titre fiduciaire<sup>241</sup>, ou avoir accordé un prêt (et non pas distribué un dividende) à ses actionnaires<sup>242</sup>, ou avoir payé des frais la concernant réellement<sup>243</sup>.

En raison de ces problèmes de preuve, mais aussi à cause de la position ambiguë du Tribunal fédéral concernant la question de

<sup>239</sup> Par exemple, dans l'arrêt *X. SA* du 26.2.1975, note 218 ci-dessus, concernant des redevances non comptabilisées auxquelles, selon le fisc, la société avait renoncé parce que son cocontractant était vraisemblablement une personne touchant de près les actionnaires; l'arrêt *SA C.* du 15.6.1973, note 164 ci-dessus, relatif à une commission de courtage dont le bénéficiaire était inconnu; l'arrêt *M. et S.* du 15.3.1963, Archives 32, p. 102, RDAF 1963, p. 317, où un établissement du Liechtenstein a été présumé être sous le contrôle de l'actionnaire; les arrêts *G.* du 17.12.1954, Archives 24, p. 148, RDAF 1956, p. 23; *SA G.* du 22.12.1953, Archives 22, p. 409, RDAF 1955, p. 176, et *A.* du 21.3.1952, Archives 21, p. 381, RDAF 1954, p. 19, concernant tous trois des prêts sans intérêt accordés à la société par des personnes inconnues; et l'arrêt *Société Immobilière L.* du 10.7.1951, Archives 21, p. 337, RDAF 1953, p. 121, où la contribuable versait des intérêts jugés exagérés à un créancier anonyme.

<sup>240</sup> Il arrive aussi, à l'inverse, que la personne du bénéficiaire, lié à l'actionnaire, fasse présumer l'octroi d'un avantage indu.

<sup>241</sup> Arrêt *SA X.* du 22.3.1974, Archives 43, p. 238, RDAF 1975, p. 307; arrêt *M. SA* du 7.2.1964, Archives 33, p. 104, RDAF 1965, p. 5; arrêt *SA X.* du 29.6.1956, note 55 ci-dessus; arrêt *G. SA* du 15.7.1955, Archives 24, p. 378, RDAF 1956, p. 307. Dans l'arrêt *Aktiengesellschaft Sch.* du 11.7.1947, JT 1949 I, p. 123 (résumé), Archives 16, p. 511, c'est l'actionnaire, auquel sa société avait remboursé des pertes qu'il avait subies, qui prétendait avoir agi à titre fiduciaire.

<sup>242</sup> Arrêt *B. et C.* du 14.11.1952, note 238 ci-dessus. Dans l'arrêt *Société Immobilière B.* du 30.11.1956, Archives 26, p. 89, RDAF 1958, p. 124, l'Afc avait présumé que des fonds soi-disant en caisse avaient en fait été mis à disposition de l'actionnaire.

<sup>243</sup> Arrêt *SI A. AG* du 1.6.1962, note 166 ci-dessus (concernant une commission versée à un trust du Liechtenstein); arrêt *SA O.* du 29.5.1953, RDAF 1954, p. 138 (relatif à une dédite prise en charge par la société contribuable).

savoir si un dividende caché a nécessairement un caractère bilatéral et intentionnel<sup>244</sup>, les sanctions qui doivent s'attacher aux distributions dissimulées sont extrêmement mal déterminées. Si le Tribunal fédéral a pu dire que celui qui négligeait de satisfaire à l'obligation de déclarer une telle distribution se rendait «coupable d'une soustraction d'impôt»<sup>245</sup>, seuls, en pratique, les dividendes cachés les plus flagrants ou les plus astucieusement dissimulés sont sanctionnés d'une amende<sup>246</sup>. Logiquement, pourtant, un dividende indu implique toujours une soustraction; le salaire versé à un actionnaire, par exemple, est soit justifié, et il ne peut y avoir alors ni reprise ni sanction, soit exagéré, et il est évident qu'il est payé sur la base d'un contrat simulé, cachant une «convention de dividendes», dont l'exécution constitue obligatoirement une infraction à la loi fiscale<sup>247</sup>.

L'examen de la jurisprudence révèle la très grande diversité des dividendes cachés. Les plus nombreux entraînent une diminution immédiate du bénéfice de la société qui les distribue. Cette première catégorie inclut, notamment, les loyers trop élevés ou insuffisants payés ou encaissés par une société<sup>248</sup>, les redevances indûment consenties à un actionnaire<sup>249</sup>, les commissions et ris-

<sup>244</sup> Le Tribunal ne s'est jamais prononcé très clairement à ce sujet; toutefois, en exigeant des organes de la société seulement qu'ils aient été «à même de constater le caractère particulier» de la prestation effectuée, il paraît admettre la possibilité de dividendes cachés involontaires.

<sup>245</sup> Arrêt *B. AG* du 21.10.1955, Archives 24, p. 287, RDAF 1956, p. 191; dans cette affaire, le fisc ne contestait pas, comme il est souvent le cas, l'existence d'un prétendu rapport fiduciaire, mais, au contraire, reprochait à la société contribuable d'avoir comptabilisé des biens fiduciaires, balancés, au passif, par une créance (fictive) sur laquelle elle payait des intérêts.

<sup>246</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Z.* du 3.7.1970, Archives 40, p. 157, RDAF 1973, p. 167; l'arrêt *H. SA* du 3.7.1970, Archives 40, p. 107, RDAF 1973, p. 176; l'arrêt *M. et S.* du 15.3.1963, note 239 ci-dessus; l'arrêt *Société Immobilière B.* du 30.11.1956, note 242 ci-dessus; et, encore, l'arrêt *I. AG* du 16.10.1953, Archives 22, p. 255, RDAF 1955, p. 75.

<sup>247</sup> Une infraction qui est généralement intentionnelle, mais qui peut être commise par négligence (si la simulation a des motifs extérieurs à la fiscalité).

<sup>248</sup> Arrêt *Société Immobilière X.* du 18.9.1959, ATF 85 I 253, JT 1960 I, p. 374 (résumé), Archives 28, p. 395, RDAF 1961, p. 82; arrêt *Société Immobilière S.* du 21.10.1949, note 223 ci-dessus. Dans l'arrêt *Frères Z. AG* du 2.10.1953, note 219 ci-dessus, et l'arrêt *Société coopérative Z.* du 2.2.1951, Archives 20, p. 527, RDAF 1953, p. 178, les loyers fixés ont été jugés raisonnables.

<sup>249</sup> Décision *X. S. à r.l. de l'Afc* du 30.6.1965, Archives 34, p. 211, RDAF 1966, p. 68; arrêt *M. AG* du 2.3.1962, Archives 31, p. 141, RDAF 1963, p. 134; arrêt *J. AG* du 12.7.1963, note 196 ci-dessus.

tournes versées sans contrepartie<sup>250</sup>, les innombrables cas de salaires ou de tantièmes exagérés<sup>251</sup>, et les intérêts injustifiés<sup>252</sup>. Cette catégorie comprend, encore, les sommes (redevances, bénéfices de vente, prestations d'assurance, etc.) qu'une société omet de comptabiliser<sup>253</sup>, s'en justifiant parfois, nous l'avons vu, en invoquant l'existence d'un rapport fiduciaire<sup>254</sup>, ou les montants qu'elle comptabilise mais retransfère à ses actionnaires à divers titres, sans réellement dissimuler qu'il s'agit de bénéfices<sup>255</sup>. Enfin, toujours dans le même cadre, faut-il citer les diverses déductions auxquelles prétend une société à raison de ver-

<sup>250</sup> Arrêt *SA C.* du 15.6.1973, note 164 ci-dessus; arrêt *M. SA* du 5.11.1965, Archives 35, p. 241, RDAF 1966, p. 301; arrêt *E. SA* du 15.2.1963, Archives 32, p. 500, RDAF 1965, p. 18; arrêt *SI A. AG* du 1.6.1962, note 166 ci-dessus.

<sup>251</sup> Décision *X. S. à r.l.* de l'Afc du 13.10.1961, Archives 30, p. 478, RDAF 1962, p. 25; arrêt *SA X.* du 18.2.1955, Archives 23, p. 532, RDAF 1956, p. 81; décision de l'Afc du 18.11.1955, note 230 ci-dessus; arrêt *Société anonyme C.* du 21.3.1951, Archives 20, p. 532, RDAF 1953, p. 78; arrêt *R.* du 12.11.1948, RDAF 1949, p. 303; arrêt *B. AG* du 27.6.1947, RDAF 1948, p. 25; arrêt *SA X.* du 30.5.1947, JT 1948 I, p. 314 (résumé), Archives 16, p. 304, RDAF 1948, p. 142; arrêt *SA W.* du 27.9.1946, ATF 72 I 184, JT 1947 I, p. 439, Archives 15, p. 245; voir, encore, l'arrêt *Tavannes Watch Co. SA* du 28.6.1946, RDAF 1947, p. 20, citant diverses décisions antérieures, et l'arrêt *Société pour l'industrie de l'aluminium* du 19.2.1932, ATF 58 I 1, JT 1933 I, p. 514, RDAF 1952, p. 61 (résumé). Pour un cas de salaire réputé admissible, voir l'arrêt *N.S.L. AG* du 25.6.1948, note 219 ci-dessus.

<sup>252</sup> Arrêt *A. AG* du 17.9.1976, note 231 ci-dessus; arrêt *B. AG* du 21.10.1955, note 245 ci-dessus (intérêts versés sur une créance fictive); arrêt *Société Immobilière L.* du 10.7.1951, note 239 ci-dessus.

<sup>253</sup> Voir l'arrêt *X. SA* du 26.2.1975, note 218 ci-dessus, et l'arrêt *H.* du 12.2.1971, Archives 41, p. 317, RDAF 1974, p. 102; les arrêts *Z. et H. SA* du 3.7.1970, note 246 ci-dessus; l'arrêt *Riba AG* du 3.6.1970, RDAF 1973, p. 85 (résumé); l'arrêt *M. und Z.* du 3.5.1968, SAG 1970, p. 199; l'arrêt *SA B.* du 13.7.1956, note 235 ci-dessus; l'arrêt *J. et H.* du 17.2.1956, note 234 ci-dessus; et l'arrêt *I. AG* du 16.10.1953, note 246 ci-dessus.

<sup>254</sup> Voir les arrêts cités dans la note 241 ci-dessus.

<sup>255</sup> Ces cas constituent, peut-être, l'exception confirmant la règle selon laquelle tout dividende caché implique une soustraction. Ainsi, dans l'arrêt *S.* du 8.5.1953, ATF 79 I 166, JT 1954 I, p. 26, Archives 22, p. 486, RDAF 1955, p. 24, les actionnaires bénéficiaient de ristournes calculées sur la base de leur chiffre d'affaires avec la société; or, si la notion fiscale de «dividende», du moins dans le cadre d'une société anonyme, inclut assez logiquement les ristournes, dont l'imposition était *in casu* justifiée, l'accord des parties n'impliquait aucune simulation. Voir, aussi, l'arrêt *SI X. SA de la CCR Vaud* du 7.11.1957, note 232 ci-dessus, où la contribuable se prévalait du fait que ses distributions étaient faites dans un but d'utilité publique, et l'arrêt *R. und Konkursmasse* du 28.3.1947, JT 1947 I, p. 631 (résumé), Archives 16, p. 124, RDAF 1948, p. 199.

sements à des tiers, mais dont ses actionnaires sont les véritables bénéficiaires<sup>256</sup>.

Une société qui cède ou vend des titres<sup>257</sup>, des immeubles<sup>258</sup>, ou d'autres actifs<sup>259</sup> à ses actionnaires pour un prix insuffisant, voire à titre gratuit, diminue immédiatement, comme dans les cas précédents, le montant de son bénéfice imposable, et il en va de même, encore, lorsque des biens acquis à un prix surfait sont revendus au cours du même exercice<sup>260</sup>. En revanche, si une société acquitte un montant exagéré pour un bien qu'elle con-

<sup>256</sup> Arrêt *H. SA* du 9. 5. 1969, note 238 ci-dessus (rente versée à l'ancien actionnaire); arrêt *Coopérative du b. de Fribourg* du 3. 10. 1963, note 210 ci-dessus (attributions à un fonds de prévoyance); arrêt *SA X.* du 17. 2. 1956, Archives 24, p. 502, RDAF 1957, p. 314 (prise en charge de frais de déblocage de titres); décision *SI P. de l'Afc* du 14. 7. 1955, note 234 ci-dessus (paiement d'une commission due par les actionnaires); arrêt *SA M. et Cie* du 13. 11. 1953, RDAF 1954, p. 135 (règlement d'une somme qu'un actionnaire a été condamné à payer); arrêt *SA O.* du 29. 5. 1953, note 243 ci-dessus (prise en charge d'une dette due par l'actionnaire); arrêt *B. et C.* du 14. 11. 1952, note 238 ci-dessus (paiement du prix des parts sociales des anciens associés); arrêt *Société coopérative S.* du 18. 5. 1951, note 232 ci-dessus (mise à disposition d'un actionnaire du capital nécessaire à la constitution d'une fondation); arrêt *P. et Z. GmbH* du 21. 11. 1947, JT 1949 I, p. 123 (résumé), Archives 17, p. 64, RDAF 1948, p. 315 (prise en charge de dettes d'actionnaires).

<sup>257</sup> Arrêt *SI S. SA* du 6. 12. 1974, Archives 45, p. 106, RDAF 1977, p. 241; arrêt *SA X.* du 22. 3. 1974, note 241 ci-dessus; arrêt *F.* du 30. 4. 1971, Archives 40, p. 512, RDAF 1973, p. 27; arrêt *L. SA* du 19. 6. 1970, Archives 39, p. 447, RDAF 1972, p. 106; arrêt *M. et S.* du 15. 3. 1963, note 239 ci-dessus; arrêt *X. SA* du 12. 5. 1961, RDAF 1962, p. 12 (concernant une opération d'achat et de vente purement fictive); arrêt *SA R.* du 26. 9. 1947, JT 1949 I, p. 121 (résumé), Archives 17, p. 59, RDAF 1948, p. 312.

<sup>258</sup> Arrêt *X. AG* du 13. 9. 1974, note 227 ci-dessus; arrêt *X. AG* du 23. 1. 1974, note 234 ci-dessus; arrêt *S.* du 29. 3. 1956, note 234 ci-dessus; arrêt *B. SA* du 29. 5. 1953, note 153 ci-dessus. Dans l'arrêt *W. SA* du 8. 5. 1964, note 229 ci-dessus, le Tribunal fédéral a admis que le prix convenu était raisonnable.

<sup>259</sup> Par exemple, des droits de souscription: arrêt *J. Veillon* du 27. 1. 1965, note 235 ci-dessus, arrêt *Société A. AG* du 28. 9. 1962, note 230 ci-dessus, et arrêt *V. SA* du 1. 6. 1956, note 224 ci-dessus. Voir, aussi, l'arrêt *X. AG* du 13. 7. 1956, note 220 ci-dessus, concernant la vente de courant électrique; l'arrêt *Migros* du 3. 7. 1946, note 209 ci-dessus, relatif à la distribution gratuite d'un ouvrage littéraire aux membres de la société; et l'arrêt *Forster AG* du 5. 10. 1948, JT 1949 I, p. 411 (cession d'une police d'assurance). Dans l'arrêt *I. AG* du 11. 12. 1957, Archives 27, p. 341, le Tribunal fédéral a jugé peu vraisemblable que la vente de marchandises au prix du marché puisse dissimuler une distribution de bénéfice.

<sup>260</sup> Arrêt *Käsereigenossenschaft X.* du 23. 1. 1974, Archives 44, p. 328; arrêt *Société de laiteries X.* du 13. 7. 1962, Archives 31, p. 487, RDAF 1964, p. 56; et arrêt *Käsereigenossenschaft Murten* du 26. 10. 1945, ATF 71 I 412, JT 1946 I, p. 569 (achats de lait par une société coopérative à ses membres).

serve dans son patrimoine et comptabilise à sa valeur d'acquisition, elle devient alors titulaire d'un actif fictif (non amortissable) dont l'inscription à son bilan lui évite provisoirement d'encourir une perte<sup>261</sup>. Une situation similaire résulte, ou peut résulter, de l'octroi d'un prêt par une société à un actionnaire. S'il est incontestable, et s'il a été jugé à maintes reprises, que dans les cas où la société n'exigeait pas d'intérêt, ou demandait un intérêt trop faible, l'actionnaire-débiteur bénéficiait d'une prestation impossible<sup>262</sup>, la question de savoir quels sont les droits du fisc lorsque la société amortit ultérieurement sa créance, en invoquant l'insolvabilité de son actionnaire<sup>263</sup>, est plus difficile à résoudre. Lorsque cette insolvabilité est antérieure au prêt, et que la société en avait connaissance, il est manifeste que sa créance a, et avait dès l'origine, un caractère fictif, qui exclut tout amortissement fiscal<sup>264</sup>, et le seul problème consiste à déterminer la date de la distribution déguisée: intervient-elle au moment où le prêt est consenti, ou à la date à laquelle il est amorti? Le Tribunal fédéral a adopté la seconde solution, vraisemblablement afin d'éviter que les sociétés contribuables puissent trop souvent se mettre au bénéfice d'une taxation passée en force (en l'absence de soustraction) ou de la prescription<sup>265</sup>, mais cette prise de position l'a

<sup>261</sup> Arrêt *I. SA* du 25.3.1974, Archives 44, p. 304; arrêt *G. SA* du 15.3.1963, Archives 32, p. 323, RDAF 1964, p. 171; et arrêt *SA X.* du 30.1.1948, ATF 74 I 61, JT 1948 I, p. 443, RDAF 1948, p. 70 (concernant tous trois des titres). Cette circonstance n'empêche naturellement pas le prélèvement immédiat de l'impôt à la source; voir l'arrêt *E. SA* du 28.5.1948, RDAF 1949, p. 201.

<sup>262</sup> Arrêt *F., Société financière SA* du 8.10.1965, note 222 ci-dessus; arrêt *A.* du 8.12.1961, RDAF 1962, p. 29; décision *C. SA* de l'Afc du 28.5.1958, note 225 ci-dessus; arrêt *Société Immobilière B.* du 30.11.1956, note 242 ci-dessus; arrêt *Société A.* du 21.10.1955, note 230 ci-dessus; arrêt *G.* du 17.12.1954, note 239 ci-dessus; arrêt *A.* du 8.10.1954, note 224 ci-dessus; arrêt *SI B.* du 19.9.1953, note 228 ci-dessus; arrêt *W.* du 20.4.1951, Archives 20, p. 359, RDAF 1953, p. 80.

<sup>263</sup> Il appartient naturellement à la société de démontrer l'insolvabilité de son actionnaire; voir les arrêts *C. et S. SA* du 25.2.1949, RDAF 1950, p. 86, et RDAF 1949, p. 194.

<sup>264</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *A.* du 21.3.1952, note 239 ci-dessus; l'arrêt *Bouton Helvetia AG* du 16.5.1951, RDAF 1954, p. 7 (résumé); et l'arrêt *R.* du 29.10.1948, RDAF 1949, p. 232.

<sup>265</sup> Arrêt *G.* du 29.1.1954, Archives 22, p. 529, RDAF 1955, p. 187; voir, aussi, l'arrêt *Société Immobilière M.* du 24.11.1950, Archives 20, p. 523, RDAF 1953, p. 128, où la société contribuable prétendait que le prêt amorti avait été comptabilisé par erreur et qu'il s'agissait en fait d'une distribution de bénéfice, qui ne pouvait plus être imposée en raison de la prescription.

placé dans un évident embarras lorsqu'il a voulu justifier la reprise d'un amortissement passé *après* que l'actionnaire-débiteur avait aliéné ses titres<sup>266</sup>. Si, au contraire, l'insolvabilité de l'actionnaire est postérieure à l'octroi du prêt, la situation est complètement différente. La créance de la société n'est, en effet, nullement fictive, et, contrairement à ce que le Tribunal fédéral a laissé entendre dans l'une de ses décisions, le concept du dividende caché ne permet pas, dans un tel cas, d'en contester l'amortissement<sup>267</sup>. Seule, alors, la théorie de la réalité économique pourrait éventuellement justifier une reprise, par exemple, si le prêt était sans rapport avec le but de la société et s'il avait été accordé sans garantie et sans prévoir d'intérêt.

#### E. Conclusions

Ce long, trop long, chapitre, fait l'inventaire des multiples et, souvent, insolubles difficultés soulevées par l'application des règles essentielles de notre système fiscal, manteau d'arlequin rapiécé et troué, dans lequel il paraît vain de vouloir discerner le fil d'une pensée logique, d'une philosophie cohérente, permettant d'éclairer et de compléter les dispositions qui en constituent la trame. Aujourd'hui, comme il y a trente ans, l'objet des impôts directs: le revenu, et leur fait générateur: la réalisation de ce revenu, répondent à des définitions confuses et contradictoires, dont l'application conduit, selon les cas, à l'imposition d'avantages fictifs ou à l'exonération de véritables rendements.

Certes, les priviléges dont bénéficient traditionnellement les gains en capital sont peu à peu éliminés, mais de manière désordonnée et au prix de nouvelles inégalités et de nouvelles distorsions. La propriété immobilière a été la première et principale cible de cette évolution, non pas qu'il se justifiait objectivement de lui réservier un traitement particulier, mais parce qu'elle offrait une matière imposable facile à saisir, et parce que la pénurie de logements et la spéculation foncière de l'après-guerre la rendaient politiquement vulnérable. Il est d'ailleurs manifeste que cette politisation du problème immobilier a eu des effets au ni-

<sup>266</sup> Voir l'arrêt *Z. AG* du 28.4.1961, note 162 ci-dessus. En fait, il lui aurait suffit de confirmer, s'agissant de l>IDN, qu'un actif fictif ne peut être amorti.

<sup>267</sup> Arrêt *I. AG* du 7.10.1966, Archives 36, p. 275, RDAF 1969, p. 278; voir, aussi, la décision de l'Afc du 29.12.1955, Archives 25, p. 48, RDAF 1957, p. 317.

veau administratif et judiciaire, ainsi que le démontre la jurisprudence relative à l'article 21 alinéa 1 litt. a et d AIN, ou l'assimilation, sans base légale, des titres de sociétés à des biens immobiliers, ou, encore, la caution si facilement donnée par les tribunaux aux théories de la sous-capitalisation et du rendement minimum.

Il est complètement exclu d'assurer la neutralité d'un système conjugant la double imposition des revenus des participations et l'exonération des bénéfices réalisés lors du transfert de ces biens. Il en résulte inévitablement des distorsions, des tentatives d'évasion, qui, à leur tour, vont convaincre le législateur et les autorités chargées d'appliquer la loi d'élargir les notions de dividende, de distribution et d'excédent de liquidation, jusqu'à y inclure des revenus fictifs ou non réalisés (les actions gratuites en sont un exemple), voire, même, en passant – selon les mots du professeur KÄNZIG – de la conception économique à la réalité fiscale, certains gains en capital purement potentiels ou imaginaires.

La structure du système en vigueur crée, encore, d'irrémediables inégalités entre le régime fiscal des raisons individuelles et des sociétés de personnes et celui des personnes morales. L'exonération autrefois accordée, du moins dans quelques cantons, aux bénéfices obtenus par l'aliénation des biens commerciaux d'une entreprise était, à première vue, peu compatible avec l'imposition (potentiellement, la double imposition) des bénéfices en capital réalisés par une société. Mais le législateur, en soumettant à l'impôt les plus-values des entreprises, a dépassé son but et créé une nouvelle inégalité de traitement, cette fois au profit des sociétés et de leurs actionnaires dont les titres peuvent être aliénés en franchise d'impôt; d'où l'institution, aujourd'hui, du *Beteiligungsgewinnsteuer*, qui pallie cette discrimination, mais au prix d'une triple imposition du revenu des sociétés.

Les grandes sociétés sont naturellement beaucoup moins sensibles aux distorsions du régime en vigueur. Par ailleurs, le rôle primordial qu'elles jouent dans l'économie nationale leur confère une influence politique, directe ou indirecte, qui leur assure un traitement dont les modalités (légales ou administratives) prennent largement en compte les exigences de la neutralité fiscale. La réalité économique, que seul, dit-on, le fisc peut invoquer, a soudain un caractère bilatéral. Tel est le cas, nous le verrons, pour le statut des sociétés mères et filiales, ou en matière de concentration d'entreprises, et c'est vrai aussi, nous l'avons vu dans ce chapitre, du régime des amortissements et provisions, qui permet aux sociétés de constituer d'importantes réserves latentes, certes potentiellement imposables, mais dont on sait bien

qu'elles ne seront jamais dissoutes, sinon pour compenser des pertes.

L'imposition des dividendes cachés, de ces faux salaires, de ces soi-disant intérêts, de ces prétendues redevances, dont la double imposition provoque – sans l'excuser – la distribution, ne soulève pas, ou peu, de problèmes de principe, et il n'est nullement nécessaire, pour la justifier, de recourir à la réalité économique ou à l'interprétation extensive des dispositions applicables. Mais le pouvoir d'appréciation qui doit nécessairement être reconnu à l'administration d'une société, lorsqu'elle conclut un contrat, et la difficulté de déterminer avec précision le juste prix d'un bien ou d'un service, sans parler des possibilités de camouflage dont disposent les sociétés et leurs actionnaires, contribuent à créer une situation équivoque; en effet, ou bien le fisc se borne à reprendre et sanctionner les dividendes cachés les plus flagrants, ou bien il remet en cause systématiquement les rapports contractuels que nouent les sociétés avec les personnes qui les contrôlent, mais en renonçant, dès le moment où l'illégalité d'une prestation n'est pas évidente, aux sanctions prévues par la loi. La première solution est injuste et la seconde sacrifie la sécurité et le respect du droit à l'intérêt financier de l'Etat. Le malheur est qu'il n'en existe vraisemblablement pas de meilleure.

## Chapitre IV

### **Le financement, la restructuration et la liquidation des entreprises**

#### **A. Le financement et l'assainissement des sociétés**

Une société commerciale, particulièrement si elle est placée sous le contrôle effectif de ses actionnaires ou associés, noue avec ces derniers, au cours de son existence, bien d'autres liens et rapports financiers que ceux qui sont établis au moment de sa fondation, puis lors de la distribution, licite ou dissimulée, de ses bénéfices. Une société fait appel à ses membres, notamment, lorsque le développement de ses activités ou les aléas de la conjoncture lui commandent de trouver de nouveaux moyens de financement.

Or, la fiscalité, ici encore, joue un rôle important, parfois prédominant, soit qu'elle fasse obstacle à certaines transactions, soit qu'elle impose des choix, soit que l'imprécision et les lacunes de la loi incitent les contribuables à employer des formes qui les avantagent et dont le fisc considère l'utilisation abusive.

### *1. Apports en capital, agios et versements à fonds perdus<sup>268</sup>*

A moins qu'elle ne recoure à l'emprunt, une société peut bénéficier de fonds nouveaux, d'une part, en augmentant son capital social, avec ou sans agio, et, d'autre part, grâce à des apports ou des versements à fonds perdus. Parmi ces modes de financement, l'augmentation de capital sans prime d'émission est manifestement le plus avantageux. En effet, si les actions ont l'inconvénient, par rapport aux créances, d'être soumises au droit d'émission, et de créer une source de rendements qui seront imposés deux fois, du moins la société dispose-t-elle de fonds qui ne sont pas eux-mêmes considérés comme un bénéfice, et qu'elle pourra rembourser – en réduisant son capital ou lors de sa liquidation – sans qu'ils soient assimilés à des dividendes.

Les autres formes d'apport sont fiscalement désastreuses. Ainsi, les primes d'émission, souvent indispensables pour assurer l'égalité de traitement entre actionnaires, sont rendues pratiquement inutilisables par le droit fiscal, sans d'ailleurs que la structure du système en vigueur l'exige ou le justifie. Si l'agio, qu'il

<sup>268</sup> D. YERSIN, *Apports et retraits de capital propre, et bénéfice imposable*, Lausanne 1977; E. SCHÄRRER, *Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär*, Archives 43, p. 273; W. WÜRTH, *Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften*, Diss. Zürich 1973; E. KÄNZIG, *Steuerbarer Ertrag und steuerfreie Kapitaleinlagen bei Kapitalgesellschaften*, Archives 39, p. 81; id., *Die Sacheinlage nach Aktien- und nach Steuerrecht*, SAG 1966, p. 161; id., *Erhöhung und Herabsetzung des Unternehmungskapitals und ihre steuerlichen Folgen*, ZBI 1965, pp. 465 et 489; E. HÖHN, *Die Besteuerung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilsinhaber*, Archives 38, p. 41; A. EGLI, *Finanzierungen und Steuern in der Aktiengesellschaft*, Zürich 1967; E. FUNK, *Die Agiofinanzierung in der Schweiz in steuerrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht*, Diss. Zürich 1963; H. FLÜGE, *Die Besteuerung des sog. «Agiogewinnes» und der aus den Agiore serven gewährten Barausschüttungen, Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen*, SAG 1960–61, pp. 89, 119 et 144; H. HAUSER, *Die Besteuerung von Aktiengesellschaften für Agio-Einnahmen aus Überpari-Emissionen nach Schweizerischem Recht*, SAG 1961–62, p. 33.

soit payé en espèces ou en nature, et qu'il soit ou non comptabilisé, est logiquement assujetti au droit d'émission<sup>269</sup>, il n'y a, en revanche, rien de logique dans l'imposition à laquelle il est soumis, à titre de bénéfice, dans quelques cantons suisses, soit que la loi la prévoie expressément<sup>270</sup>, soit qu'elle ne l'interdise pas<sup>271</sup>. L'imposition de l'agio est discutable, déjà, en raison du fait que la valeur de la contreprestation de la société, c'est-à-dire, des titres qu'elle émet, est équivalente à celle des montants qu'elle encaisse ou des actifs qui lui sont apportés, et que le bénéfice réalisé a un caractère purement comptable; cette imposition est surtout injustifiée, ainsi que la doctrine presque unanime l'admet aujourd'hui, parce que l'agio n'est pas réellement un bénéfice, mais un apport, qui accroît les moyens financiers de la société sans en modifier le rendement<sup>272</sup>. Il est, par conséquent, aussi peu sensé de qualifier les primes d'émission de bénéfice qu'il le serait de prétendre qu'un dividende, parce qu'il appauvrit la société qui le distribue, doit être considéré comme une perte. Le Tribunal fédéral ne conteste plus cette argumentation, ainsi que le montre sa jurisprudence récente en matière d'IDN<sup>273</sup>, mais il s'est refusé,

<sup>269</sup> Art. 8 al. 1 litt. a LT; voir, par exemple, l'arrêt *X. SA* du 9.12.1974, Archives 44, p. 396, RDAF 1977, p. 231; l'arrêt *F. GmbH* du 31.5.1968, ATF 94 I 151, JT 1968 I, p. 599 (résumé), Archives 37, p. 162, RDAF 1968, p. 289; l'arrêt *SA G.* du 5.4.1952, Archives 21, p. 332, RDAF 1953, p. 181; et l'arrêt *SA E.* du 9.5.1947, JT 1948 I, p. 313 (résumé), Archives 16, p. 249. A juste titre, la loi en vigueur – contrairement à l'anc. LT – exonère du droit d'émission la transformation d'une réserve d'agio en capital (art. 6 al. 1 litt. d LT).

<sup>270</sup> Appenzell Rh. Int. (art. 47 litt. d LIC), Genève (art. 66 litt. b LCP), Valais (art. 81 al. 1 litt. c LIC), Vaud (art. 54 litt. e LIC).

<sup>271</sup> De nombreuses lois cantonales prévoient l'imposition des attributions aux réserves, sans préciser quel doit être le traitement des primes d'émission. L'agio est expressément exonéré dans les cantons d'Argovie (art. 11 litt. a LIC sur les sociétés), de Bâle-Camp. (art. 53 al. 2 LIC), des Grisons (art. 53 litt. b LIC), de Neuchâtel (art. 58 litt. d LIC), de Schaffhouse (art. 45 litt. a LIC), et du Tessin (art. 68 litt. a LIC).

<sup>272</sup> Comme le relève KÄNZIG, *Steuerbarer Ertrag...*, op. cit., note 268 ci-dessus, p. 91, l'actionnaire, de son côté, ne doit pas comptabiliser l'agio comme une dépense, mais il doit l'inclure dans le prix d'acquisition de ses titres.

<sup>273</sup> Voir l'arrêt *SA X.* du 19.5.1972, ATF 98 Ib 404, Archives 42, p. 265, RDAF 1975, p. 17; le Tribunal fédéral a jugé que l'agio n'était pas imposable, mais que si une société comptabilisait un montant supérieur à la valeur de l'apport, elle procérait alors à une revalorisation d'actifs qui devait être soumise à l'impôt. Précédemment, notamment dans l'arrêt *Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiterverband* du 29.10.1948, ATF 74 I 384, 395, et dans l'arrêt *Betonstrassen AG* du 28.9.1945, ATF 71 I 397, le Tribunal fédéral avait considéré que l'agio, ou d'autres prestations gratuites, devaient être inclus dans le rendement d'une personne morale.

jusqu'ici, à déclarer arbitraires les dispositions cantonales qui prévoient l'imposition de l'agio, ou les décisions qui, sans base légale expresse, le soumettent à l'impôt<sup>274</sup>.

Les primes d'émission ne sont pas la seule forme d'apports gratuits dont bénéficient les sociétés commerciales. Certains avantages leur sont concédés indépendamment d'une augmentation de capital, ou, en tout cas, sans constituer expressément la rémunération d'actions nouvelles. Parmi ces apports, les uns sont effectués ouvertement, à titre complètement gratuit (souvent dans le cadre d'un assainissement)<sup>275</sup>, alors que d'autres se dissimulent derrière des transactions volontairement et intentionnellement déséquilibrées, qui, au lieu de celer, comme nous l'avons vu plus haut, un dividende, favorisant l'actionnaire, cachent une «convention d'apport», avantageant la société: celle-ci, par exemple, va acquérir des titres pour un prix inférieur à leur valeur vénale<sup>276</sup>, ou elle exercera les droits de souscription de ses associés<sup>277</sup>, ou, encore, laissera acquitter par ses actionnaires des frais qui seraient normalement à sa charge<sup>278</sup>. Le traitement fiscal de ces divers apports est, en principe, le même que celui de l'agio, c'est-à-dire qu'ils sont soumis au droit d'émission<sup>279</sup> et sont assimilés, dans certains cantons, à un rendement impo-  
sable<sup>280</sup>.

<sup>274</sup> Arrêt *SKA* du 29.5.1974, Archives 44, p. 337 (concernant la loi du canton d'Obwald); voir, aussi, l'arrêt *Union de Banques Suisses* du 8.6.1955, ATF 81 I 212, JT 1956 I, p. 87, RDAF 1956, p. 54 (dans le cadre de l'art. 46 al. 2 Cst.), et, encore, l'arrêt *Société pour l'Industrie de l'Aluminium* du 19.2.1932, note 251 ci-dessus.

<sup>275</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Betonstrassen AG* du 28.9.1945, note 273 ci-dessus.

<sup>276</sup> Arrêt *A.* du 25.2.1972, ATF 98 Ib 140, JT 1976 I, p. 9, Archives 43, p. 337, RDAF 1975, p. 91; arrêt *U. S. à r.l.* du 11.6.1971, ATF 97 I 438, JT 1974 I, p. 16 (résumé), Archives 41, p. 49, RDAF 1973, p. 252. Dans l'arrêt *SA immobilière M.* du 24.3.1950, ATF 76 I 53, Archives 19, p. 289, RDAF 1951, p. 75, le prix convenu a été jugé raisonnable.

<sup>277</sup> Arrêt *F. GmbH* du 31.5.1968, note 269 ci-dessus.

<sup>278</sup> Arrêt *SI B.* du 19.9.1953, note 228 ci-dessus.

<sup>279</sup> Voir les arrêts cités dans la note 269 ci-dessus, ainsi que l'arrêt *X. und Y.* du 26.3.1976, Archives 45, p. 114, et l'arrêt *Genossenschaft Y.* du 21.3.1947, JT 1949 I, p. 121 (résumé), Archives 16, p. 501. Conformément à l'anc. LT (art. 21), le droit n'était dû que si les actionnaires effectuaient des versements proportionnels à leurs participations; voir l'arrêt *M.-Immobilien AG* du 24.3.1950, ATF 76 I 53, JT 1950 I, p. 531.

<sup>280</sup> Si l'apport gratuit n'est pas comptabilisé, il en résulte la création d'une réserve latente qui sera imposée (également dans le cadre de l'AIN) lorsque l'actif en cause sera revalorisé ou vendu.

L'exonération des apports gratuits, au sein de la société qui en bénéficie, ne suffit d'ailleurs pas à assurer la neutralité de l'impôt. En effet, lorsque ces apports, ou leur contrevaleur, sont redistribués ou remboursés aux actionnaires, ils sont traités comme des dividendes et, par conséquent, amputés de l'impôt anticipé – sauf en cas de restitution d'actifs aux actionnaires qui les avaient apportés<sup>281</sup> – avant d'être soumis, en mains des actionnaires, à l'impôt sur le revenu. L'imposition de l'agio est, peut-être, moins critiquable au niveau des actionnaires qu'à celui des sociétés. Elle n'en est pas moins discriminatoire, puisque le remboursement du capital social n'a, lui, aucune incidence fiscale, et on ne saurait prétendre qu'elle fût commandée sans autre par notre système de double imposition économique, qui, s'il postule la taxation répétée des bénéfices d'une société, n'exige pas que des réserves constituées au moyen d'apports – qui ne sont précisément pas des bénéfices – soient assimilées à des dividendes.

## 2. *Créances, obligations et bons de jouissance*<sup>282</sup>

L'emprunt constitue sans nul doute, au plan fiscal, le mode de financement le plus favorable, et parmi les diverses formes de créances, les simples prêts, qui ne sont pas incorporés dans un titre, présentent les plus grands avantages: ils sont, en effet, exonérés du droit d'émission (l'anc. LT y soumettait les prêts supérieurs à deux ans)<sup>283</sup>; les intérêts qui les rémunèrent sont déduc-

<sup>281</sup> On se souvient que si dans l'arrêt *F. GmbH* du 31. 5. 1968, note 269 ci-dessus, le Tribunal fédéral avait jugé que le remboursement de l'agio n'était pas soumis à l'impôt anticipé, le refus de l'Afc d'appliquer cette jurisprudence (voir la note de R. PFUND, Archives 37, p. 176, RDAF 1968, p. 300) l'a conduit à faire volte-face, trois ans plus tard, dans l'arrêt *U. S. à r.l.* du 11. 6. 1971, note 276 ci-dessus, et à n'exonérer que les seules restitutions *in specie*.

<sup>282</sup> M. ESCHER, Die Besteuerung der Wandelanleihe im schweizerischen Recht, Zürich 1971; W. STUDER, Steuerrechtliche Probleme bei Partizipationsscheinen (PS), Archives 41, p. 355; P. LENZ, Genussscheine und Nebenleistungen bei der GmbH sowie deren steuerliche Folgen, SAG 1969, p. 89; M. PICHON, Emission et remboursement de bons de jouissance, Rev. Fisc. 1968, p. 527; M. L. CATALAN, Der Genussschein und seine Besteuerung – Die Abgabepflicht nach schweizerischem Wehrsteuerrecht, Bern 1964; ID., Die Bezugsansprüche des Genussscheines und ihre wehrsteuerliche Behandlung, Archives 30, p. 65; ID., Die Behandlung des Genussscheines in der Einkommenssteuer der natürlichen Person nach Wehrsteuerbeschluss, Archives 26, p. 385.

<sup>283</sup> Cette réglementation provoquait d'ailleurs certaines distorsions: voir, par exemple, l'arrêt *Commune de M. et consorts* du 2. 2. 1962, Archives 30, p. 525, RDAF 1962, p. 301, où les parties avaient simulé un prêt à court terme.

tibles du bénéfice de la société débitrice et, contrairement aux rendements d'obligations, échappent à l'impôt anticipé; et leur remboursement, bien entendu, n'a pas de conséquence fiscale. Il est, par conséquent, inévitable que dans la mesure où une société désireuse d'obtenir de nouvelles ressources peut choisir ou d'augmenter son capital ou de contracter une dette, elle préfère la seconde solution; et il est inévitable, aussi, et, à notre avis, parfaitement naturel, que si cette société fait appel à ses actionnaires, elle leur emprunte des sommes supérieures à celles que lui accorderaient des tiers<sup>284</sup>.

Le traitement des bons de jouissance et des bons de participation, ces créances de second rang participant aux bénéfices, soulève des problèmes particuliers. Lors de leur création, les véritables bons de jouissance, sans valeur nominale et distribués gratuitement, sont, en principe, exonérés d'impôt<sup>285</sup>, puisqu'ils n'incorporent que des droits potentiels; solution logique qui, toutefois, ouvre la porte à des manœuvres d'évasion fiscale, notamment, la distribution de bons de jouissance à des tiers (une filiale, par exemple, en accordera aux actionnaires de la société mère), auxquels la société débitrice pourra ainsi répartir une partie de ses bénéfices (en échappant, dans l'exemple qui vient d'être cité, à la triple imposition économique). Quant aux bons de participation, qui ont une valeur nominale, leur émission a les mêmes conséquences que la création d'actions nouvelles, tant au plan des droits de timbre<sup>286</sup> qu'en matière d'impôts directs<sup>287</sup>.

Les distributions dont bénéficient, après leur émission, les bons de jouissance et de participation sont naturellement assimilées à des dividendes, ceci même, s'agissant du moins de bons de jouissance, lorsque les montants répartis amortissent à due con-

<sup>284</sup> Concernant le problème de la sous-capitalisation des sociétés, voir ci-dessus II C 1, et ci-dessous Deuxième partie II B, litt. b.

<sup>285</sup> Sous réserve du droit d'émission, de trois francs par bon (art. 9 al. 1 litt. d LT). Dans l'arrêt *B. SA* du 19. 9. 1947, JT 1949 I, p. 121 (résumé), Archives 17, p. 55, RDAF 1948, p. 260, le Tribunal fédéral a assimilé à un bon de jouissance le droit conféré à une société de souscrire sans contrepartie les actions d'une autre société.

<sup>286</sup> Conformément à l'art. 8 al. 1 litt. a LT, le droit d'émission se calcule sur la valeur vénale des titres, mais au moins sur leur valeur nominale; à ce sujet, voir l'arrêt *X. SA* du 19. 12. 1969, ATF 95 I 560, JT 1974 I, p. 15 (résumé), Archives 39, p. 39, RDAF 1971, p. 28.

<sup>287</sup> Les bons de participation gratuits, comme les actions gratuites (voir 3 ci-dessous), sont soumis à l'impôt anticipé et, généralement, aux impôts sur le revenu; voir l'arrêt *Stoll* du 23. 6. 1933, ATF 59 I 47, JT 1934 I, p. 26, RDAF 1952, p. 15 (résumé).

currence la valeur de rachat fixée par les statuts<sup>288</sup>, ou lorsque les bons ont été émis dans le cadre d'un assainissement<sup>289</sup>. Le remboursement des bons peut soulever des problèmes plus délicats. Logiquement, et la logique, ici, est généralement respectée, la rédemption de bons de jouissance doit être traitée comme une répartition de bénéfices, puisque la société affecte au rachat des réserves dont notre système fiscal prévoit la double imposition, tandis que le remboursement de bons de participation ne doit être soumis à l'impôt que dans la mesure où il excède leur valeur nominale, puisque, à hauteur de cette valeur, la société s'acquitte de montants qui, soit ont été contribués par les porteurs eux-mêmes, lors de l'émission des bons, soit ont été imposés à cette époque (en cas de distribution gratuite). Il est assez évident, et il n'est pas sans intérêt de le relever, que l'exonération accordée, notamment par la LIA<sup>290</sup>, au remboursement de la valeur nominale des bons de participation – qui complète leur assimilation aux actions et parts sociales – obéit à des motifs qui justifieraient tout aussi bien l'exonération, si vigoureusement combattue par l'Afc, du remboursement des réserves d'agio.

### *3. Le problème des actions gratuites<sup>291</sup>*

Les actions gratuites ont été, et sont encore, aujourd'hui, l'objet de vives controverses et de très nombreux conflits, qui illustrent

<sup>288</sup> Voir l'arrêt *E.S.* du 10.7.1953, Archives 22, p. 164, RDAF 1954, p. 192; ainsi que l'arrêt *L.M.* du 1.3.1946, ATF 72 I 36, JT 1947 I, p. 60, Archives 14, p. 480.

<sup>289</sup> Arrêt *H.H.* du 2.7.1956, Archives 25, p. 243.

<sup>290</sup> Art. 20 al. 2 OIA. Une disposition correspondante n'existe pas dans la législation antérieure; voir, par exemple, concernant la LC, l'arrêt *Banque Populaire Suisse* du 25.1.1957, ATF 83 I 128, JT 1958 I, p. 332 (résumé), Archives 26, p. 49, RDAF 1957, p. 306; ainsi que l'arrêt *Sch.* du 13.7.1948, Archives 17, p. 540.

<sup>291</sup> A. BORKOWSKY, Zur Besteuerung von Gratis-Aktien als Einkommen des Aktionärs, Archives 40, p. 417; H. WALDKIRCH, Aktienkapital durch Verwendung von Reserven, Archives 40, p. 177; H. HEROLD, Die steuerliche Behandlung der Gratisaktien – Internationale Übersicht, Generalbericht für den Kongress der International Fiscal Association (IFA) 1966, Rev. Fisc. 1966, p. 309; H.-U. FREY, Rapport suisse au XX<sup>e</sup> Congrès International de droit financier et fiscal, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LI, Amsterdam 1966; H. FLÜGE, Gratisaktien und Liquidationsüberschüsse gemäss Art. 21 Abs. 1 litt. c *in fine* des Wehrsteuerbeschlusses, SAG 1959–60, p. 201; E. TAUGWALDER, L'imposition des actions gratuites, RDAF 1956, p. 61;

de manière particulièrement frappante les insolubles problèmes auxquels peut donner lieu un système fiscal bâti autour d'une structure à la fois artificielle – en raison de la double imposition économique, et inéquitable – du fait de l'exonération des gains en capital. L'imposition des actions gratuites, en effet, et c'est bien pourquoi les thèses qui s'affrontent à leur sujet sont irréconciliables, est, à la fois, économiquement indéfendable et fiscalement indispensable.

Il est évident qu'il est anormal de soumettre à l'impôt un revenu qui n'est pas réalisé et qui, par conséquent, n'augmente pas la capacité contributive de son bénéficiaire; et il est incontestable, aussi, que les actions gratuites, ainsi que la doctrine l'a souvent souligné, ni n'enrichissent les actionnaires qui les reçoivent, ni n'appauvrisse la société qui les distribue. Ces arguments, toutefois, ne suffisent pas à justifier l'exonération des actions gratuites. Sans doute, peut-on écarter sans autre la théorie, qui n'a pas de base très solide en droit commercial, selon laquelle les bénéficiaires d'actions gratuites reçoivent, en fait, un dividende en espèces qu'ils réinvestissent immédiatement dans de nouveaux titres; et on peut également relever, en réponse à une argumentation fréquemment développée, que si les véritables dividendes, eux non plus, n'enrichissent pas leurs bénéficiaires, ils appauvrissent effectivement, en revanche, la société débitrice. Il n'en demeure pas moins, et c'est là la seule mais déterminante justification de l'imposition des actions gratuites, que leur distribution réduit définitivement, à concurrence de leur valeur nominale, le montant de réserves dont le système en vigueur exige la double imposition; or, au niveau des personnes physiques, qui sont exonérées d'impôt tant à raison de leurs gains en capitaux que du remboursement de la valeur nominale des titres qu'elles détiennent, cette double imposition ne peut être assurée qu'en assimilant les actions gratuites à des dividendes. Si le législateur choisissait une autre solution, il ouvrirait la porte à de graves distorsions: les actionnaires d'une société pourraient, notamment, en réduire le capital, postérieurement à la distribution d'actions gratuites, et ils trouveraient, aussi, un substantiel avantage à se répartir gratuitement des actions avant de liquider leur société.

M. LÄUCHLI, *Zur Frage der Gratisaktien im Bund*, Rev. Fisc. 1956, p. 52;  
J. WACKERNAGEL, *Die Besteuerung der Gratisaktien in rechtsstaatlicher Sicht*,  
dans: *Demokratie und Rechtsstaat*, Festgabe Z. Giacometti, Zürich 1953;  
E. FOLLIET, *Les actions gratuites et le fisc*, RDS 1945, p. 227.

Le Tribunal fédéral a souvent eu l'occasion d'examiner les divers problèmes posés par les actions gratuites, d'analyser les arguments avancés en faveur de leur imposition, ou de leur exonération, et il a toujours conclu qu'elles devaient, ou pouvaient, être soumises à l'impôt à la source<sup>292</sup> et, chez les personnes physiques, à l'impôt sur le revenu<sup>293</sup>, même si elles étaient libérées avec des réserves d'agio<sup>294</sup>, et même si les actionnaires en bénéficiant avaient dû consentir antérieurement, lors d'un assainissement, à la réduction de la valeur nominale de leurs titres<sup>295</sup>. Bien que le Tribunal fédéral aurait pu se borner, s'agissant, du moins, de la LC, de l'AIA et de la LIA, ainsi que de l'AIN, à relever que l'imposition des actions gratuites était expressément ou, en tout cas, clairement prévue par la loi, et qu'elle était d'ailleurs dans la logique du système en vigueur, il a voulu, et aujourd'hui encore, prétend la justifier, sans grand succès, par divers arguments économiques et juridiques.

Dans l'arrêt *Ch.G*<sup>296</sup>, la mieux rédigée et la plus complète des décisions concernant les actions gratuites, le Tribunal fédéral a certes reconnu que l'exonération de ces titres se concevrait mal dans le cadre d'un système imposant les excédents de liquidation, et le texte assez précis de la disposition applicable, *in casu* l'article 21 alinéa 1 litt. c AIN<sup>297</sup>, lui a permis d'écartier facilement

<sup>292</sup> Arrêt *S. SA* du 19.12.1969, ATF 95 I 599, JT 1974 I, p. 12 (résumé), Archives 39, p. 46, RDAF 1971, p. 22; arrêt *Gummiwerke Richterswil AG* du 12.3.1954, ATF 80 I 35, JT 1954 I, p. 340, Archives 23, p. 482, RDAF 1956, p. 77. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé que l'augmentation gratuite de la valeur nominale d'actions devait être assimilée à la distribution de titres gratuits; voir, aussi, l'arrêt *Gesellschaft Ludwig von Roll'schen Eisenwerke AG* du 12.4.1943, ATF 69 I 37, JT 1943 I, p. 597 (résumé).

<sup>293</sup> Arrêt *Wälli* du 20.11.1970, ATF 96 I 728, JT 1974 I, p. 7 (résumé), Archives 40, p. 431, RDAF 1973, p. 323 (résumé); arrêt *C.M.* du 20.3.1964, Archives 33, p. 212, RDAF 1965, p. 248; arrêt *Dame E.M.* du 15.5.1959, ATF 85 I 115, JT 1960 I, p. 371 (résumé), Archives 28, p. 161, RDAF 1960, p. 266; arrêt *H.W.-J.* du 14.6.1957, Archives 26, p. 129; arrêt *Ch.G.* du 8.3.1957, Archives 25, p. 492, RDAF 1958, p. 128; arrêt *SA R.* du 29.3.1956, Archives 25, p. 40, RDAF 1957, p. 180; arrêt *Sz.-B.* du 26.2.1954, ATF 80 I 39, JT 1955 I, p. 88, Archives 23, p. 96, RDAF 1955, p. 134; arrêt *B.* du 8.12.1944, ATF 70 I 312, JT 1945 I, p. 535 (résumé), Archives 13, p. 511.

<sup>294</sup> Arrêt *H.K.* du 15.5.1959, Archives 28, p. 165, RDAF 1960, p. 261. En revanche, des actions gratuites créées au moyen d'une réserve pour dépréciation de la monnaie ne seraient pas imposées: voir l'arrêt *A.L.* du 6.5.1955, Archives 25, p. 85, RDAF 1957, p. 130.

<sup>295</sup> Arrêt *F.J.* du 16.3.1951, Archives 20, p. 138, RDAF 1951, p. 284.

<sup>296</sup> Arrêt du 8.3.1957, note 293 ci-dessus.

<sup>297</sup> Rappelons que cet article prévoit l'imposition de «toutes les prestations ... qui ne constituent pas un remboursement des parts au capital social existantes».

l'argument selon lequel l'avantage procuré par une action gratuite n'est pas fiscalement réalisé; néammoins, le fondement de sa jurisprudence – qui l'autorise à ne pas juger arbitraire l'assimilation, sans base légale, des actions gratuites à un revenu<sup>298</sup> – réside dans le fait que les fonds utilisés pour libérer ces actions sont prétendûment «soustraits au droit de disposition de la société»<sup>299</sup>, tandis que les actionnaires bénéficient, au lieu d'une simple expectative, de titres négociables. Cette thèse nous paraît manifestement insoutenable; économiquement, parce que les fonds incorporés au capital social restent, bien sûr, à la disposition de la société, et, juridiquement, parce que ces fonds sont en réalité soustraits au droit de disposition de l'assemblée générale, c'est-à-dire, des actionnaires<sup>300</sup>.

Le traitement des actions gratuites lorsque leur bénéficiaire est une personne morale démontre bien que l'imposition de ces titres, chez les personnes physiques, est commandée par la structure du système en vigueur, et non point par la réalité économique ou juridique. Le Tribunal fédéral admet, en effet, qu'une société, soit, comptabilise ses actions gratuites, par exemple, à concurrence de leur valeur nominale, soit, au contraire, ne passe aucune écriture et échappe, dans cette hypothèse, à toute imposition<sup>301</sup>. En d'autres mots, le Tribunal fédéral reconnaît ici, logiquement, que les actions gratuites, en principe, ne constituent pas

<sup>298</sup> Voir l'arrêt *X.* du 29. 6. 1977, ATF 103 Ia 115, dans lequel le Tribunal fédéral était confronté au problème de l'imposition (sous la loi bernoise) du bénéfice en capital réalisé lors de la vente d'actions gratuites. Quel était le *prix d'acquisition* de ces titres? Afin de parvenir à un résultat équitable, le Tribunal fédéral a été contraint de juger, illogiquement, que ce prix correspondait à la valeur vénale des actions, quand bien même elles avaient été imposées, au moment de leur distribution, à concurrence de leur valeur nominale.

Encore sous l'angle de l'article 4 Cst., voir l'arrêt *Streuli* du 9.10.1926, RDAF 1952, p. 15 (résumé).

<sup>299</sup> Arrêt *Ch.G.* du 8. 3. 1957, note 293 ci-dessus, RDAF 1958, p. 129.

<sup>300</sup> La valeur de leur participation n'est d'ailleurs pas modifiée par la distribution d'actions gratuites, et la meilleure négociabilité des titres – une division d'actions aboutirait au même résultat – ne procure aucun avantage «appréciable en argent».

<sup>301</sup> Arrêt *Société financière et hypothécaire Concordia SA* du 14. 6. 1957, ATF 83 I 191, JT 1958 I, p. 324 (résumé); arrêt *Société d'exploitation des câbles électriques SA à Cortaillod* du 21. 3. 1947, JT 1948 I, p. 31 (résumé), Archives 16, p. 49, RDAF 1947, p. 238. Voir, aussi, l'arrêt *Jura-Cementfabriken AG* du 26. 1. 1923, ATF 49 I 8, JT 1923 I, p. 429, RDAF 1952, p. 60 (résumé), dans lequel le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire, dans le cadre d'une loi (celle d'Argovie) n'imposant que les bénéfices distribués, de soumettre à l'impôt les actions gratuites.

un revenu; et si, comme il arrive, notamment, pour les titres cotés en bourse, leur distribution entraîne effectivement une augmentation de valeur de la participation du contribuable, cette plus-value n'est pas encore réalisée. Il apparaît, en revanche, moins logique de traiter les actions gratuites comme un rendement de participation, au sens de l'article 59 AIN: on voit mal comment un produit peut avoir, alternativement, la nature d'un dividende, s'il est comptabilisé, et le caractère d'une plus-value, lorsque la société renonce à le mentionner dans ses comptes<sup>302</sup>.

#### *4. Bénéfices d'assainissement<sup>303</sup>*

Lorsqu'une société rachète une partie de ses propres actions pour un prix supérieur à leur valeur nominale, elle s'en trouve appauvrie sans pourtant subir une perte<sup>304</sup>; en fait, elle procède à une liquidation partielle, et le revenu correspondant des actionnaires-vendeurs doit être assimilé à un dividende, et non pas à un gain en capital<sup>305</sup>. Si le prix des actions, au contraire, est inférieur à leur valeur nominale, la logique voudrait que le «bénéfice» réalisé par la société fût considéré comme un apport, soumis au droit de timbre, mais exonéré de l'impôt sur le rendement<sup>306</sup>; cette logique, on l'a vu plus haut, n'est pas toujours respectée, puisque certaines lois fiscales prévoient ou sont réputées prévoir, l'imposition de tous les accroissements de fortune (agio, etc.), quelle qu'en soit l'origine, dont bénéficie une personne morale.

Le fait qu'un actionnaire accepte une contrerestation d'un montant inférieur à la valeur nominale de ses titres, ou qu'il

<sup>302</sup> Voir l'arrêt *U. SA* du 15. 3. 1963, Archives 32, p. 277, RDAF 1964, p. 232; si les actions gratuites ne sont pas immédiatement comptabilisées, la plus-value que la société réalise ultérieurement ne bénéficie pas de l'article 59 AIN.

<sup>303</sup> M. EDELMANN, *Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmenssanierung*, Zürich 1976; H. SOMMER, *Die steuerliche Behandlung von Sanierungen*, Archives 36, p. 449; E. KÄNZIG, *Die Sanierung der Unternehmung und ihre Auswirkungen auf die steuerliche Gewinnermittlung*, *Wirtschaft und Recht* 1957, p. 114; F. ZWEIFEL, *Steuerliche Sanierungsprobleme*, *Rev. Fisc.* 1949, pp. 371 et 416; W. RUPPERT, *Der Sanierungsgewinn und seine steuerrechtliche Behandlung*, *SAG* 1945–46, p. 83.

<sup>304</sup> Arrêt *J. AG* du 28. 3. 1961, Archives 30, p. 180, RDAF 1963, p. 62.

<sup>305</sup> Arrêt *S.J.* du 2. 3. 1973, Archives 42, p. 319, RDAF 1975, p. 98; arrêt *X.* du 1. 4. 1960, *ATF* 86 I 42, *JT* 1961 I, p. 458 (résumé); arrêt *B.* du 1. 11. 1957, *ATF* 83 I 285, *JT* 1958 I, p. 326 (résumé), Archives 26, p. 289.

<sup>306</sup> Voir l'arrêt *Société financière pour l'industrie au Mexique SA* du 28. 5. 1936, *ATF* 62 I 99.

consente, même, à ne pas être rémunéré du tout, est généralement le signe que sa société se trouve en difficultés financières et se propose d'affecter le bénéfice comptable résultant du rachat et de l'annulation d'une partie de son capital-actions à des amortissements extraordinaire ou à la couverture de pertes d'exploitation. Dans la mesure où ce «bénéfice», malgré son caractère d'apport, est assimilé à un rendement imposable, et où les pertes qu'il doit compenser ne sont plus déductibles, la société est contrainte d'acquitter, à moins que le fisc ne lui accorde un régime de faveur<sup>307</sup>, des impôts dont le prélèvement illustre le degré d'imperfection auquel peuvent atteindre nos lois fiscales, qui non seulement imposent des bénéfices fictifs, mais encore n'admettent pas qu'ils soient diminués du montant de pertes réellement encourues.

Si l'assainissement d'une société sert parfois de prétexte à des transactions destinées à éluder l'impôt<sup>308</sup>, il comporte surtout – qu'il soit accompli par une réduction de capital, des abandons de créance<sup>309</sup> ou des versements à fonds perdus – des incidences fiscales potentielles défavorables. En effet, comme l'agio, et comme les apports dissimulés, les versements et les autres avantages dont une société bénéficie lors de son assainissement lui sont, en principe, définitivement acquis, et leur remboursement ultérieur aux actionnaires ou aux créanciers les ayant accordés constitue, aux yeux du fisc, une distribution de dividende<sup>310</sup>. Il est ainsi évident qu'il est de loin préférable pour ces contribuables de postposer leurs créances, plutôt que d'y renoncer, ou d'obtenir des bons de participation, dont le remboursement est

<sup>307</sup> L'Administration admet généralement que les bénéfices d'assainissement soient passés par un compte spécial et soient utilisés à des amortissements ou à la couverture de pertes. D'autre part, la loi de plusieurs cantons (Grisons, Schaffhouse, Soleure, Valais, etc.) permet de compenser des pertes qui ne seraient normalement plus déductibles avec des gains d'assainissement. Quant au droit de timbre, la LT (art. 12) prévoit la possibilité d'un sursis à la perception ou d'une remise du droit; pour un cas d'application (sous l'ancien droit), voir la décision de l'Afc du 29. 8. 1955, Archives 24, p. 244, RDAF 1956, p. 249.

<sup>308</sup> SOMMER, op. cit., note 303 ci-dessus, p. 452, propose ainsi l'exemple d'une filiale qui, sans motif suffisant, renoncerait à une créance contre sa société mère; voir l'arrêt *H. AG* du 26. 5. 1950, Archives 19, p. 226.

<sup>309</sup> Il est important de relever que si le créancier n'est pas actionnaire, la société n'obtient pas un apport mais réalise un véritable bénéfice, dont l'imposition n'est pas en soi critiquable et dont la redistribution ultérieure, elle aussi, est logiquement imposable.

<sup>310</sup> En matière d'IA, toutefois, la loi prévoit la possibilité d'une remise (art. 18 LIA).

exonéré, plutôt que des bons de jouissance, dont la rédemption sera soumise à l'impôt<sup>311</sup>.

## B. L'expansion des entreprises: succursales et filiales

### 1. Généralités

L'expansion territoriale d'une entreprise peut intervenir – sous réserve des cas de rachats ou de concentrations – soit par l'établissement d'une succursale, soit par la constitution d'une société filiale; choix classique, auquel de nombreux contribuables se trouvent confrontés, un jour ou l'autre, et dont on imagine mal qu'il soit fait sans égard à ses conséquences fiscales. C'est d'ailleurs là un domaine où l'impôt, s'il n'est pas neutre, ne provoque aucun litige. En d'autres termes, la création d'une succursale, plutôt que d'une filiale, ou, au contraire, la fondation d'une nouvelle société, n'est jamais réputée insolite et abusive, même si l'entreprise qui s'agrandit obéit exclusivement, pour faire son choix, à des considérations fiscales.

A première vue, l'établissement d'une succursale présente, par rapport à la fondation d'une personne morale, d'importants avantages. Tout d'abord, n'entraîne-t-elle, cela va de soi, aucune double, ou triple, imposition économique, puisque les profits d'une succursale sont automatiquement *acquis*, sans devoir être *distribués*, à l'entreprise dont elle fait partie. En second lieu, et pour le même motif, les bénéfices d'une succursale établie à l'étranger, peuvent être rapatriés sans être amputés d'une retenue à la source<sup>312</sup>. Enfin, les règles jurisprudentielles fondées sur l'article 46 Cst., et, au niveau international, les dispositions des conventions fiscales évitent, en principe, que le revenu d'une succursale soit imposé, à la fois, par l'Etat où elle est située et par celui où l'entreprise a son siège.

<sup>311</sup> Voir l'arrêt *Banque Populaire Suisse* du 25.1.1957, note 290 ci-dessus, et l'arrêt *W.K.* du 18.3.1955, Archives 24, p. 29. Bien entendu, si des bons de participation (ou des actions) sont distribués plus tard gratuitement aux actionnaires ayant pris part à l'assainissement, ils sont inévitablement soumis à l'impôt; voir, par exemple, l'arrêt *F.J.* du 16.3.1951, Archives 20, p. 138, RDAF 1951, p. 284, et l'arrêt *A.* du 24.11.1950, Archives 20, p. 397, RDAF 1953, p. 81.

<sup>312</sup> Sauf, toutefois, en France, qui assimile les revenus d'un établissement stable aux dividendes distribués par une société filiale.

En dépit de ses avantages, la forme de la succursale n'est pas la plus souvent choisie. La préférence accordée aux filiales tient à divers motifs, fiscaux et commerciaux, et, notamment, au fait que la double imposition économique des profits d'une société filiale est généralement atténuée, voire complètement supprimée, soit par les priviléges holding en vigueur, soit par la distribution de dividendes cachés ou d'autres manœuvres d'évasion fiscale. Ces derniers moyens permettent d'ailleurs d'échapper en même temps à la double imposition internationale, déjà réduite, dans bien des cas, par les dispositions des conventions internationales et certains mécanismes (de crédit d'impôt, de consolidation, etc.) prévus par le droit de l'Etat où la société mère a son siège. D'autre part, dans l'optique d'éventuelles opérations de concentration ou de scission, la création d'une filiale, dont les titres peuvent être facilement aliénés ou échangés, présente d'évidents avantages. Et il est certain, aussi, que l'indépendance d'une société filiale, sujet de droit de l'Etat où elle est implantée, lui permet fréquemment de bénéficier de priviléges commerciaux ou d'une position concurrentielle qu'une succursale ne serait pas en mesure, ou en droit, d'obtenir. Enfin, par crainte d'espionnage économique ou pour d'autres motifs, une entreprise préfère très souvent, on le sait, ne pas avoir à consolider, et, par conséquent, à dévoiler les résultats de ses activités à l'étranger, ou, au contraire, à communiquer et publier, hors de son Etat de siège, le bilan de son activité locale. Pour toutes ces raisons, la filiale est incontestablement le véhicule usuel d'expansion territoriale, la succursale étant surtout réservée au développement d'activités dans des pays avec lesquels l'Etat de siège n'a pas conclu de convention fiscale.

## *2. Le statut des sociétés mères et filiales<sup>313</sup>*

Une société commerciale, en créant une ou plusieurs filiales, devient, selon la terminologie la plus courante, une «société mixte»,

<sup>313</sup> Voir les ouvrages mentionnés plus haut, II B 1, note 33; on peut également consulter: TH. FAIST, Beteiligungsgesellschaften und Holdinggesellschaften in den Entwürfen der Koordinationskommission vom 3. 8. 1973 zu harmonisierten Steuergesetzen, Rev. Fisc. 1974, p. 412; M. ZWEIFEL, Holdinggesellschaft und Konzern, Diss. Zürich 1973; H. MASSHARDT, Besteuerung der Holding- und Beteiligungsgesellschaften in der Schweiz, Archives 36, p. 353; J. WUEST, Die Besteuerung der Konzerne in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1959; H. ROHNER, Neue Lösungen zur Besteuerung von Beteiligungen bei Industrie- und Handelsgesellschaften, SAG 1956–57, p. 57.

et, en même temps, par rapport à ces filiales, une «société mère». Contrairement aux holdings (de contrôle ou de portefeuille), les sociétés mixtes ne bénéficient pas, en tant que telles, de priviléges fiscaux; en revanche, la plupart de nos lois d'impôt accordent aux rendements de participations, quels que soient les buts et les activités de la société actionnaire, un régime de faveur atténuant la triple imposition à laquelle ces rendements sont normalement soumis. Traditionnellement, l'impôt d'une société mixte était réduit dans une proportion correspondant au rapport entre le rendement de ses participations – d'un pourcentage de 20% au moins, ou d'une valeur de un ou deux millions de francs au minimum – et son bénéfice *brut* total<sup>314</sup>. A l'heure actuelle, le revenu des participations, plus logiquement et plus avantageusement, est mis en rapport avec le bénéfice *net* de la société contribuable<sup>315</sup>. Enfin, quatre cantons n'accordent aucun privilège aux sociétés mixtes<sup>316</sup>.

L'institution du privilège holding trouve son fondement principal dans la volonté du législateur d'atténuer le poids de la triple imposition économique<sup>317</sup>; preuve en est, notamment, que seuls les rendements de participations, à l'exclusion des gains en capital réalisés lors de la vente des titres privilégiés, bénéficient d'une réduction d'impôt. Cette volonté n'est pas, en soi, critiquable, encore que l'on puisse diverger d'opinion à ce sujet, mais il est bien difficile de voir pourquoi les arguments justifiant, dit-on, la double imposition économique – en particulier, le fait que les sociétés ont une capacité contributive propre – deviendraient soudainement sans valeur lorsque l'actionnaire d'une société est une personne morale. Le législateur l'a-t-il perçu, et faut-il voir là la raison pour laquelle il n'a pas voulu alléger la triple imposition *per se*, en application du principe *non bis in idem*, mais a exigé que les participations privilégiées remplissent certaines conditions (de pourcentage ou de valeur)? Si oui, il n'aura évité un illogisme que pour tomber dans un autre.

<sup>314</sup> C'est encore le régime en vigueur au niveau fédéral (art. 59 AIN), ainsi que dans les cantons de Bâle-Ville, Berne, Grisons, Neuchâtel, Nidwald, Schwyz et Vaud. Concernant le régime fédéral (notamment la détermination du revenu brut), voir la circulaire de l'Afc du 31.7.1967, Archives 36, p. 19, et l'arrêt *X. SA* du 19.9.1975, Archives 44, p. 486, RDAF 1977, p. 97.

<sup>315</sup> Ce système a été adopté, avec quelques variantes, par les cantons d'Appenzell Rh. Ext. et Rh. Int., Argovie, Bâle-Camp., Fribourg, Glaris, Lucerne, St-Gall, Schaffhouse, Soleure, Tessin, Thurgovie, Valais et Zoug.

<sup>316</sup> Il s'agit des cantons de Genève, Obwald, Uri et Zurich.

<sup>317</sup> Voir l'arrêt *X. SA* du 19.9.1975, note 314 ci-dessus, RDAF 1977, p. 97.

L'idée d'exiger qu'une participation corresponde à un pourcentage déterminé du capital social de la société filiale résulte d'une vision économique des groupes de sociétés. Selon cette conception, une filiale apparaît, malgré sa personnalité juridique, comme une succursale de la société mère, comme une créature sans réelle indépendance, dont les profits, avant même d'être distribués, appartiennent à son actionnaire: l'octroi d'un privilège holding n'est alors qu'une application, partielle et particulière, de la théorie de la transparence fiscale. Mais il est manifeste que cette théorie n'est défendable que si la société mère a le contrôle effectif de sa filiale et peut exercer dans son assemblée générale la majorité (ou, peut-être, le 50%, dans le cadre d'une *joint venture*) des droits de vote attachés à l'ensemble de ses titres. Le pourcentage de 20% exigé par nos lois est purement arbitraire, et la condition alternative d'une participation atteignant un montant relativement important est moins pertinente encore<sup>318</sup>. D'ailleurs, même si l'on voulait défendre le système en vigueur, par exemple, pour des motifs de politique économique, il resterait à démontrer pourquoi il n'est applicable qu'aux seules personnes morales.

Les contradictions, les inégalités de traitement inhérentes au *Schachtelprivileg* de nos lois fiscales s'expliquent, sans doute, par le fait que ce régime est le résultat d'un compromis politique. D'un côté, le principe d'un allègement de la triple imposition économique était assez facilement accepté, en tout cas plus aisément que l'idée d'exonérer les dividendes des personnes physiques, qui se heurte généralement à l'argument selon lequel il serait choquant et inéquitable de favoriser les revenus du capital par rapport aux produits du travail. Mais, d'un autre côté, le privilège institué, pour être acceptable, ne devait pas priver l'Etat de ressources trop importantes, et il était, par conséquent, nécessaire d'en soumettre l'application à diverses conditions plus ou moins arbitrairement choisies.

La politique, encore, explique la coexistence, à première vue si surprenante, dans de nombreuses lois cantonales, des priviléges limités accordés aux sociétés mixtes et des avantages exorbitants dont bénéficient les pures holdings, qui non seulement échappent à toute triple imposition, sans égard à la valeur ou au pourcentage de leurs participations, mais dont les gains en capital, et

<sup>318</sup> Certes, une participation de 20% ou de deux millions de francs fait présumer de l'intérêt de la société mère dans les activités de sa filiale; il ne s'agit plus d'un simple investissement. Mais ce fait justifie-t-il un régime de faveur?

même d'autres rendements, sont exonérés d'impôt. Certes, a-t-on voulu parfois justifier ces priviléges par le fait que les pures holdings ne coûtaient rien à l'Etat<sup>319</sup>, mais l'argument est faible, car les sociétés mixtes, dans la mesure où leurs revenus proviennent de participations, ne mettent pas davantage à contribution les services de l'Etat. En réalité, comme le régime de l'impôt à forfait, le régime d'exonération des holdings – dont notre pays n'a d'ailleurs nullement le monopole – est fondé sur des considérations de politique économique et financière; on ne saurait, nous l'avons dit, déjà, lui trouver d'autres justifications.

### C. La liquidation et l'aliénation des entreprises<sup>320</sup>

Dernier avatar d'une entreprise, la liquidation devrait, en bonne logique, clore l'examen, auquel ce chapitre est consacré, des événements qui peuvent affecter l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie. Il se justifie, toutefois, d'aborder les problèmes de liquidation avant de voir ceux que soulèvent la transformation, la réunion, ou la division d'entreprises et de sociétés; en effet, ces opérations de concentration ou de scission, comme la liquidation, entraînent la disparition d'un ou plusieurs contribuables, la dissolution de patrimoines – et le traitement fiscal des unes et de l'autre, bien qu'il soit parfois différent, repose généralement sur les mêmes principes et les mêmes dispositions.

<sup>319</sup> A ce sujet, voir R. OESCH, Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Zürich 1976, pp. 88 et ss. Dans l'arrêt *H. AG* du 9.9.1965, Archives 35, p. 404, RDAF 1973, p. 88 (résumé), le Tribunal fédéral n'a fait allusion qu'au problème de la triple imposition: le statut accordé à une société holding avait pour but d'éviter qu'elle soit désavantagée «durch eine volle Besteuerung der Vermögenswerte bei Muttergesellschaft, Tochtergesellschaft und Aktionär gegenüber anderen juristischen Personen» (Archives 35, p. 407).

<sup>320</sup> P. GURTNER, Geschäftsvermögen und Privatvermögen – Erbrechtlicher Übergang von Unternehmungen (einige steuerwirtschaftliche Überlegungen), Archives 45, p. 1; Ch. MEGRET, Zur Bemessung der besonderen Jahressteuer für juristische Personen in der Schweiz nach Art. 53 Abs. 2 Wehrsteuerbeschluss, SAG 1972, p. 93; W. ALTORFER, Geschäftsverpachtung im Wehrsteuerrecht, Rev. Fisc. 1960, p. 108; G. PHILIPPE, L'impôt de défense nationale perçu auprès des actionnaires sur les bénéfices de liquidation d'une entreprise, RDAF 1959, p. 173; H. MASSHARDT, Fragen aus dem Gebiet der Besteuerung von Liquidationsgewinnen bei der Wehrsteuer, Archives 26, p. 161, 28, p. 193 et 30, p. 1; T. NEIDHARDT, Der Begriff des Liquidationsgewinnes im schweizerischen Steuerrecht, Diss. Neuenburg 1951.

### *1. Entreprises individuelles et sociétés de personnes*

Lorsqu'une personne physique cesse son activité commerciale, elle peut, soit procéder à une véritable liquidation, c'est-à-dire, régler ses passifs et aliéner ses actifs (ou transférer certains d'entre eux dans son patrimoine privé), soit, ce qui est plus fréquent, remettre l'ensemble de son entreprise à un tiers, qui en poursuivra l'exploitation. Ces transactions entraînent souvent la réalisation de gains en capital, d'un montant correspondant à la différence entre le prix de vente (ou la valeur vénale) des biens aliénés et leur valeur comptable (ou leur prix d'acquisition). Comme ces gains ne sont pas des revenus, au sens de nos lois fiscales, puisque le contribuable se sépare de la source même de ses rendements commerciaux, leur imposition est subordonnée à l'existence de dispositions spéciales. Aujourd'hui, toutes les lois d'impôt helvétiques contiennent de telles dispositions, destinées, d'une part, à éviter que des plus-values résultant d'amortissements ou de provisions échappent définitivement à l'impôt, et, d'autre part, à harmoniser, dans une certaine mesure, le traitement fiscal des liquidations d'entreprises et de sociétés commerciales.

Au plan fédéral, l'imposition des gains de liquidation (mobilier et immobiliers), comme celle des bénéfices en capital réalisés par une entreprise dans le cours de son exploitation, est fondée sur l'article 21 alinéa 1 litt. d AIN<sup>321</sup>. Bien entendu, toutes les incertitudes et les discriminations auxquelles donne lieu, nous l'avons vu, cette disposition légale, sont également présentes dans les cas de liquidation; ici, aussi, faut-il établir si l'entreprise est astreinte à tenir des livres<sup>322</sup>, si les biens aliénés, en tout ou en

<sup>321</sup> Voir ci-dessus II A 3, litt. a.

<sup>322</sup> Arrêt X. du 31.3.1976, Archives 45, p. 579 (cas d'un ingénieur!); arrêt S. du 19.2.1971, Archives 41, p. 111, RDAF 1973, p. 325 (cas d'une boulangerie avec tea-room); arrêt E.S. du 5.6.1964, Archives 33, p. 476, RDAF 1965, p. 297 (cas d'une boulangerie avec tea-room); arrêt A.S. du 28.6.1963, ATF 89 I 281, JT 1964 I, p. 591 (résumé), Archives 32, p. 421, RDAF 1964, p. 242 (garage et station service); arrêt P.G. du 1.3.1963, Archives 32, p. 32, RDAF 1964, p. 180 (boulangerie); arrêt G.S. du 15.2.1963, Archives 32, p. 274, RDAF 1964, p. 290 (camping avec kiosque et restaurant); arrêt A.Z. du 7.2.1958, Archives 26, p. 437, RDAF 1958, p. 246 (imprimerie); arrêt F.S. du 11.5.1956, Archives 24, p. 484, RDAF 1956, p. 245 (laiterie); arrêt Sch. du 3.12.1954, RDAF 1956, p. 128 (boulangerie); arrêt K.S. du 19.12.1952, ATF 78 I 431, Archives 21, p. 430, RDAF 1953, p. 271 (restaurant); arrêt A.P. du 25.1.1952, note 123 ci-dessus (plantation maraîchère).

partie, servaient à l'exploitation<sup>323</sup>, et quelles sont les valeurs, d'acquisition<sup>324</sup> et de vente<sup>325</sup>, déterminantes pour le calcul du gain imposable.

Cependant, la remise ou la dissolution d'une entreprise soulèvent des problèmes qui leur sont propres, généralement liés à la taxation intermédiaire qu'entraîne, conformément à l'article 96 AIN, la cessation d'une activité lucrative<sup>326</sup>. Cette taxation intermédiaire, en effet, conjuguée au passage d'une imposition *praenumerando* au système *postnumerando*, devrait normalement conduire à l'exonération des gains de liquidation réalisés pendant la période de taxation en cours, et à l'imposition partielle (*prorata temporis*) des bénéfices en capital de la période de calcul. Le législateur a, certes, résolu ce problème en instituant l'impôt spécial (annuel entier) de l'article 43 AIN, mais, en même temps, il a créé une discrimination entre les derniers bénéfices d'exploitation d'une entreprise, qui échappent complètement ou partiellement à l'impôt, et les gains de liquidation, soumis à l'article 43 AIN.

S'il est parfois difficile de distinguer un bénéfice d'exploitation d'un bénéfice de liquidation – comment qualifier, par exemple, le gain afférent à la vente d'un stock de marchandises?<sup>327</sup> – il n'est

<sup>323</sup> Arrêt *F.* du 29.11.1957, note 131 ci-dessus; arrêt *H.J.-P.* du 16.11.1956, Archives 26, p. 32, RDAF 1958, p. 84. On se souvient que depuis l'arrêt *Schatzmann* du 18.2.1966, note 129 ci-dessus, le gain réalisé lors de la vente d'un bien utilisé en partie à des fins privées n'est que partiellement imposable.

<sup>324</sup> C'est, en fait, la valeur *comptable* des biens, augmentée, le cas échéant, des amortissements dont la déduction n'a pas été admise, qui sert de base au calcul du bénéfice en capital; voir l'arrêt *Hoirs A.B.* du 15.11.1963, Archives 33, p. 145, RDAF 1965, p. 118; l'arrêt *O.H.-W.* du 2.3.1956, Archives 24, p. 477, RDAF 1956, p. 202, et l'arrêt *B.* du 1.2.1946, RDAF 1946, p. 145. Toutefois, dans l'arrêt *F.* du 29.11.1957, note 131 ci-dessus, la valeur comptable n'a pas été jugée déterminante, l'actif en cause ayant été comptabilisé déjà avant d'entrer dans la fortune commerciale du contribuable.

<sup>325</sup> Si les biens de l'entreprise sont repris par l'exploitant, qui les détient désormais à titre privé, c'est leur valeur vénale qui sert à calculer le bénéfice imposable; arrêt *E.S.* du 22.3.1957, Archives 26, p. 27, RDAF 1958, p. 136; arrêt *G.* du 22.12.1953, ATF 79 I 363, JT 1954 I, p. 505, Archives 22, p. 342, RDAF 1954, p. 303; arrêt *Frau L.S.* du 24.2.1950, ATF 76 I 57, JT 1950 I, p. 511, Archives 19, p. 96, RDAF 1950, p. 272.

<sup>326</sup> Si la liquidation d'un commerce n'entraîne pas de taxation intermédiaire, par exemple parce que le contribuable reprend une autre activité indépendante, les gains de liquidation sont soumis à l'impôt ordinaire; voir l'arrêt *H.S.* du 11.6.1971, Archives 41, p. 238, RDAF 1973, p. 327 (résumé).

<sup>327</sup> Voir l'arrêt *G.H.* du 5.12.1969, Archives 39, p. 198, RDAF 1972, p. 314, où le Tribunal fédéral a jugé que le bénéfice résultant de la vente du stock

pas toujours aisé non plus de déterminer si, ou à quel moment, une entreprise a été réellement liquidée. Le Tribunal fédéral a jugé, dans ce contexte, que le transfert d'un commerce par voie de succession<sup>328</sup>, ou en vertu du droit matrimonial<sup>329</sup>, n'équivalait pas à une liquidation, ni, d'ailleurs, la transformation d'une entreprise ou d'une société de personnes en société commerciale<sup>330</sup>, dans la mesure où les valeurs comptables n'étaient pas modifiées<sup>331</sup>, et pour autant que la transformation n'eût pas pour but d'éviter l'impôt<sup>332</sup>. En revanche, la situation est moins claire lorsqu'un propriétaire d'une entreprise l'affirme à un tiers, ou lorsqu'il conserve la possession d'un bien isolé, notamment d'un immeuble, quelque temps encore après avoir cessé son activité commerciale; dans cette dernière hypothèse, le Tribunal fédéral admet généralement que la liquidation se prolonge jusqu'à l'aliénation du bien en cause, qui, par conséquent, ne passe pas dans la fortune privée du contribuable<sup>333</sup>, tandis que les conséquences d'un affermage varient en fonction des circonstances, et, semble-t-il, des intérêts du fisc<sup>334</sup>.

Toutes les lois cantonales, nous l'avons dit, prévoient l'imposition des gains de remise et de liquidation, même au niveau des

constituait, en partie, un gain d'exploitation et, en partie, un gain de liquidation. Dans l'arrêt *P.A.D.* du 23.9.1960, Archives 30, p. 91, RDAF 1962, p. 189, le bénéfice sur stock a été considéré sans autre comme un gain de liquidation.

<sup>328</sup> Arrêt *Héritiers d'A.L.* du 24.4.1970, ATF 96 I 154, JT 1974 I, p. 3 (résumé), Archives 40, p. 162, RDAF 1973, p. 172.

<sup>329</sup> Arrêt *L.* du 29.6.1956, ATF 82 I 112, JT 1957 I, p. 262 (résumé), Archives 25, p. 175, RDAF 1957, p. 182.

<sup>330</sup> Voir ci-dessous D 1. Il va de soi, en revanche, que la sortie d'un associé d'une société de personnes, même si celle-ci continue d'exister, entraîne, pour l'associé sortant, l'imposition de son éventuel bénéfice en capital; voir, par exemple, l'arrêt *W.* du 7.11.1947, ATF 73 I 398, JT 1948 I, p. 241, RDAF 1948, p. 129, et l'arrêt *T.* du 22.11.1946, JT 1947 I, p. 309, RDAF 1947, p. 143. L'impôt n'est toutefois pas dû si la société n'a aucune activité commerciale; voir l'arrêt *Kamm* du 25.3.1953, RDAF 1954, p. 4 (résumé).

<sup>331</sup> Si ces valeurs sont modifiées, l'imposition ultérieure des plus-values n'est évidemment plus garantie au fisc; voir, par exemple, l'arrêt *A.B.* du 28.4.1961, Archives 30, p. 294, RDAF 1963, p. 66 (comptabilisation d'un goodwill).

<sup>332</sup> Voir Deuxième partie, II B 2, litt. d.

<sup>333</sup> Le bénéfice est alors calculé sur la base de la valeur du bien au moment où il est vendu, solution favorisant naturellement le fisc dans une économie inflationniste; voir l'arrêt *V.K.* du 7.7.1961, Archives 30, p. 133, RDAF 1963, p. 130, et l'arrêt *A.S.-M.* du 20.12.1957, Archives 26, p. 441, RDAF 1958, p. 249.

<sup>334</sup> Voir Deuxième partie, I A.

entreprises qui ne sont pas astreintes à tenir des livres<sup>335</sup>. Pour le reste, le traitement des bénéfices de liquidation n'est pas uniforme. Quelques cantons ont introduit un impôt spécial, prélevé selon un barème dégressif<sup>336</sup>, ou à un taux moins élevé que celui de l'impôt sur le revenu<sup>337</sup>. Les autres lois cantonales assimilent les gains de liquidation aux bénéfices en capital réalisés en cours d'exploitation, en les soumettant généralement, selon le système fédéral, à une imposition séparée.

## 2. Personnes morales

Les règles applicables à la liquidation et à la remise des entreprises sont manifestement discriminatoires, puisqu'elles soumettent les plus-values commerciales (sans égard à leur origine) à une imposition à laquelle échappent les plus-values privées. Ces règles créent aussi quelques possibilités d'abus, incitant les contribuables, par exemple, à faire passer certains bénéfices de liquidation pour des revenus d'exploitation, ou à camoufler une vente sous la forme d'un affermage, ou, encore, manœuvre classique, à transformer l'entreprise qu'ils désirent aliéner en société anonyme, dont ils vendront peu après le capital-actions. L'existence de cette dernière voie d'évasion illustre bien les difficultés auxquelles se heurte le législateur lorsqu'il cherche à assurer *a posteriori* la neutralité d'un système fiscal dont les dispositions essentielles, qui en constituent l'armature, ne sont précisément pas neutres. L'imposition des gains de liquidation limite, certes, les avantages afférents au choix d'une forme d'entreprise qui n'est pas soumise à la double imposition économique, mais, en même temps, elle consacre une inégalité très marquée entre l'entrepreneur qui remet son exploitation à un tiers et l'actionnaire unique ou majoritaire d'une société qui en transfère les actions<sup>338</sup>.

<sup>335</sup> A l'exception, toutefois, des cantons d'Appenzell Rh. Ext. et de Zoug, qui ont institué une réglementation similaire à celle de l'AIN. A ce sujet, voir ci-dessus III A 3, notamment les notes 120 et 122.

<sup>336</sup> Ainsi, le taux de l'impôt genevois (arts 88 à 91A LCP) varie de 32 % à 0 %, en fonction du nombre d'années pendant lesquelles l'entreprise remise ou liquidée a été exploitée.

<sup>337</sup> Selon la loi fiscale vaudoise (art. 29 al. 1 litt. b), le taux de l'impôt de liquidation est égal au taux de l'impôt normal réduit de moitié.

<sup>338</sup> Ainsi qu'on l'a vu plus haut (III A 3, litt.c), l'impôt sur les gains de participations, institué par quelques cantons, a pour but de supprimer cette inégalité.

La conjugaison de l'exonération dont bénéficient les gains mobiliers et de la charge prohibitive qui pèse sur les personnes morales, lorsqu'elles cessent d'exister, contribue à rendre, à la fois, inutile et impossible la liquidation des sociétés, du moins des sociétés prospères. La fiscalité a ici une double et primordiale influence, mais qui demeure essentiellement théorique: il est, en effet, peu vraisemblable que les actionnaires d'une société florissante désirent la liquider, et il est alors sans importance qu'ils en soient empêchés, tandis qu'une société en difficultés financières, dont les titres sont généralement invendables, peut être aisément dissoute. Le régime fiscal des liquidations, par conséquent, joue rarement un rôle déterminant, et c'est seulement sur la voie des concentrations et des scissions d'entreprises qu'il dresse de véritables et, parfois, insurmontables obstacles.

Le caractère prohibitif des impôts perçus lorsqu'une société est liquidée résulte de la charge cumulée de l'imposition des réserves latentes (que la liquidation «réalise»), de la double imposition économique, et, le cas échéant, de la double imposition internationale. En effet, non seulement toutes les plus-values d'une société dissoute sont soumises à l'impôt – il s'agit, le plus souvent, selon l'exemple de l'AIN (art. 53), d'un impôt annuel entier<sup>339</sup> – mais encore ces plus-values, auxquelles s'ajoutent les réserves ouvertes de la société, constituent-elles généralement en mains des actionnaires un dividende imposable<sup>340</sup>, quelles que soient d'ailleurs, nous l'avons vu, l'origine et la nature des réserves distribuées<sup>341</sup>. Chez les personnes physiques détenant leurs actions à titre privé, ce dividende est inéquitablement mais, compte

<sup>339</sup> Concernant le mécanisme de l'art. 53 AIN, voir l'arrêt *E. SA* du 16.12.1966, Archives 36, p. 375, RDAF 1969, p. 272, et l'arrêt *M. SA* du 2.11.1956, ATF 82 I 180, JT 1957 I, p. 268 (résumé), Archives 25, p. 247, RDAF 1957, p. 188.

<sup>340</sup> Conformément à l'art. 21 al. 1 litt. c AIN, et les règles similaires ou, parfois, les dispositions expresses contenues dans la plupart des lois cantonales (certaines d'entre elles prévoient une imposition séparée des excédents de liquidation). Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé, dans l'arrêt *Monastère de la Fille-Dieu* du 4.6.1969, Archives 39, p. 289, qu'il n'était pas arbitraire de considérer les dividendes de liquidation comme un revenu de la fortune, même si la loi ne les mentionnait pas expressément.

<sup>341</sup> L'existence d'un assainissement antérieur, par exemple, n'y change rien; voir l'arrêt *SA de l'immeuble P.* du 30.1.1948, RDAF 1950, p. 135. De même, la distribution de réserves d'agio est soumise à l'impôt (à moins, concernant l'IA, que la société n'effectue une *restitutio in specie*). A Genève, cependant, les excédents de liquidation ne sont pas imposables dans la mesure où ils proviennent de la réalisation des actifs de la société: voir l'arrêt *Hoirs U.* de la Cour de Justice du 7.11.1933, SJ 1934, p. 566.

tenu du système en vigueur, logiquement calculé sur la base de la valeur nominale des actions, sans égard à leur valeur d'acquisition<sup>342</sup>, alors que les personnes morales et les entreprises ne sont imposables que dans la mesure où l'excédent de liquidation dont elles bénéficient excède la valeur comptable de leurs titres<sup>343</sup>.

Pour les motifs évoqués plus haut, le régime des liquidations provoque peu de distorsions. D'ailleurs, l'actionnaire unique ou majoritaire d'une société qui choisit, exclusivement pour des raisons fiscales, de vendre ses titres plutôt que d'aliéner le patrimoine de sa société, après l'avoir dissoute, ne s'expose, en principe, à aucun reproche d'évasion fiscale. Il en va différemment, toutefois, dans les cas où la société «vendue» n'a plus d'activité ni d'autre actif que des liquidités ou des titres facilement négociables: le transfert du «manteau» d'une société, en effet, est généralement assimilé par l'autorité fiscale, en application de la théorie de la réalité économique, à une opération de liquidation, suivie de la constitution d'une société nouvelle<sup>344</sup>. On verra, aussi, que les réserves d'une société peuvent être distribuées en franchise d'impôt grâce à l'interposition d'une société holding, qui, après avoir reçu ces réserves en bénéficiant des priviléges attachés à son statut, les redistribue à ses actionnaires, non plus sous forme de dividendes, mais à titre de remboursement de capital ou de prêts<sup>345</sup>.

#### D. Les transformations, scissions et fusions d'entreprises

Bien que les opérations examinées ici soient traditionnellement citées comme exemples d'actes juridiques dont le droit fiscal rend l'utilisation onéreuse à l'excès, le traitement qui leur est réservé illustre souvent, au contraire, l'ampleur des facilités accordées

<sup>342</sup> Voir l'arrêt *O.W.* du 11.10.1957, ATF 83 I 276, JT 1958 I, p. 325 (résumé), Archives 26, p. 283, RDAF 1958, p. 196, dans lequel le Tribunal fédéral a analysé en détail la nature des excédents de liquidation et en a confirmé l'imposition sur la base d'une argumentation très similaire à celle qu'il a développée en matière d'actions gratuites. Bien entendu, l'IA est toujours perçu sur la base de la valeur nominale des titres de la société liquidée; voir l'art. 20 al. 1 OIA, et, pour un cas d'application, l'arrêt *W.* du 31.5.1974, Archives 44, p. 314, RDAF 1976, p. 313.

<sup>343</sup> A noter que les excédents de liquidation font partie des dividendes bénéficiant du privilège holding de l'art. 59 AIN.

<sup>344</sup> Voir Deuxième partie, II B 2, litt. e.

<sup>345</sup> Ibid., litt. a.

aux entreprises par les autorités administratives et judiciaires. La neutralité fiscale triomphe, dans ce domaine, non seulement lorsque la loi, par son silence, y consent, mais parfois, aussi, grâce à des interprétations manifestement influencées par des considérations de politique économique, lorsque la logique du système en vigueur exigerait une solution différente.

### *1. Transformations et scissions<sup>346</sup>*

Les propriétaires d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes dont les activités se développent sont assez fréquemment amenés, que ce soit afin de limiter leur responsabilité, en vue de faciliter le règlement ultérieur de leur succession, ou pour d'autres motifs, à adopter la forme d'une personne morale, à laquelle ils font apport de leur patrimoine commercial. Ce type de transformation, nous l'avons noté un peu plus haut, n'entraîne généralement pas une liquidation fiscale de l'entreprise, ni au niveau fédéral, conformément à une pratique dont la jurisprudence a confirmé le bien-fondé<sup>347</sup>, ni au plan cantonal, sans que la loi, là encore, sauf exception<sup>348</sup>, prévoie un régime particulier. Cette neutralité, en revanche, ne s'étend pas aux impôts indirects, et le poids cumulé du timbre d'émission<sup>349</sup> et des droits de mutation peut faire de la transformation d'une entreprise une opération relativement onéreuse.

Pour qu'une transformation n'ait pas de conséquences fiscales,

<sup>346</sup> J. SCHAD, Die Änderung der Rechtsform der Unternehmung – Eine steuerwirtschaftliche Betrachtung der Umwandlung von Handelsgesellschaften, Bern 1973; R. REINHARDT/G. VON ARX, Über die Unternehmensumwandlung nach solothurnischem Steuerrecht, dans: Festgabe F.J. Jeger, Solothurn 1973; J.-M. VUILLE, Die Umwandlung einer Personengesellschaft unter Berücksichtigung der steuerlichen Folgen, Diss. Zürich 1966; W. TOBLER, Die steuerliche Behandlung der Unternehmung, insbesondere im Falle der Umwandlung, Diss. Bern 1953. Voir, aussi, les ouvrages cités ci-dessous note 367.

<sup>347</sup> Voir, notamment, l'arrêt X. du 20. 6. 1969, Archives 39, p. 497, RDAF 1972, p. 302.

<sup>348</sup> En particulier, dans les cantons de Bâle-Camp. (art. 26 LIC), Fribourg (art. 26 LIC), Lucerne (art. 20 LIC), St-Gall (art. 6 RLIC), Schaffhouse (art. 19 LIC), et du Valais (art. 15 LIC).

<sup>349</sup> Le droit d'émission est naturellement calculé sur la valeur vénale de l'apport (art. 8 al. 3 LT). Voir, à ce sujet (en application de l'anc. LT), l'arrêt N. SA du 1. 10. 1965, Archives 34, p. 269, RDAF 1966, p. 74, ainsi que les décisions de l'Afc du 28. 8. 1962, Archives 31, p. 284, RDAF 1963, p. 7, et du 9. 7. 1957, Archives 27, p. 64, RDAF 1959, p. 16.

en matière d'impôts sur le revenu, deux conditions doivent être remplies: d'une part, la société reprenante doit maintenir les valeurs comptables du patrimoine qui lui est apporté<sup>350</sup>, et, d'autre part, le fondateur de la société doit prendre l'engagement de ne pas aliéner ses actions pendant un délai raisonnable, généralement fixé à cinq ans<sup>351</sup>. Ces conditions, bien entendu, ont pour but, la première, de garantir au fisc l'imposition ultérieure des plus-values de l'entreprise<sup>352</sup>, et, la seconde, d'éviter qu'un contribuable, par le biais d'une transformation abusive, puisse remettre son commerce à un tiers sans acquitter d'impôt<sup>353</sup>. Le régime en vigueur, en d'autres mots, n'implique aucune exonération fiscale, mais il permet de surseoir à la taxation de réserves qui ne sont pas réalisées et dont le transfert à une personne morale crée une double imposition potentielle.

La transformation d'une entreprise, si elle peut être la première étape d'une évasion fiscale (réalisée par la vente des actions de la nouvelle société), entraîne, en outre, certaines complications<sup>354</sup> et quelques risques de distorsions. La plupart sont liés

<sup>350</sup> Par ailleurs, la société doit reprendre tous les actifs de l'entreprise; si l'un d'entre eux est transféré dans le patrimoine privé de son propriétaire, le régime d'imposition normale est naturellement applicable; voir l'arrêt *Bernasconi* du 25. 9. 1970, Archives 40, p. 506, RDAF 1973, pp. 10 et 324. Il en va de même si, préalablement à la transformation, le contribuable dissout une réserve latente; voir l'arrêt *H.G.* du 17. 2. 1967, ATF 93 I 185, JT 1967 I, p. 580 (résumé), Archives 37, p. 28, RDAF 1970, p. 12.

<sup>351</sup> Il faut vraisemblablement ajouter à ces conditions l'obligation de la nouvelle société de procéder à l'amortissement des biens repris sur la base des méthodes et des taux appliqués précédemment par l'entreprise; sur ce point, voir l'arrêt *Etienne* du 14. 12. 1955, RDAF 1973, p. 85 (résumé).

<sup>352</sup> Dans un arrêt *A.H.* du 5. 10. 1966, Archives 36, p. 120, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire d'imposer les plus-values afférentes aux participations d'une société mixte, qui, ayant transféré son exploitation à une autre société, était devenue une pure holding, dont les gains en capital seraient désormais exonérés et qui, par conséquent, ne pouvait plus en garantir au fisc l'imposition ultérieure; voir E. SCHÄRRER, Unternehmungsteilung und Umstellung von Handelsbetrieb auf «Holdingbetrieb» – Steuerliche Behandlung der stillen Reserven, Rev. Fisc. 1965, p. 115; R. KÜHNE, Liquidationsgewinn bei Entflechtung einer Aktiengesellschaft (Fabrikations- und Handelsbetrieb/Holdingfunktion), Rev. Fisc. 1967, p. 485. Voir, aussi, l'arrêt X. du 14. 5. 1976, Archives 46, p. 464, concernant un cas où l'imposition des plus-values afférentes à un immeuble n'était que partiellement garantie.

<sup>353</sup> Voir Deuxième partie, II B 2, litt. d.

<sup>354</sup> Comment fixer, par exemple, lorsque la loi prévoit l'imposition des gains en capital mobiliers, le prix d'acquisition (déterminant en cas de revente) des actions émises par la nouvelle société en échange du patrimoine de l'entreprise? Voir l'arrêt *L.* du 5. 11. 1958, Archives 28, p. 170, RDAF 1973, p. 15 (résumé).

à la taxation intermédiaire résultant, aux termes de nombreuses lois, du changement de situation du contribuable, même lorsqu'il poursuit, pour le compte de la nouvelle société, l'activité qu'il exerçait jusqu'alors à titre indépendant<sup>355</sup>. Ainsi qu'on l'a vu dans le cadre des liquidations, la taxation intermédiaire a pour résultat d'exclure certains bénéfices – afférents à la période en cours et à la période précédente – de l'assiette de l'impôt, si bien qu'un contribuable qui transforme son entreprise trouve un avantage évident, pendant ce hiatus, soit à diminuer provisoirement le montant de ses dépenses<sup>356</sup>, soit à réaliser les plus gros bénéfices possibles, pour autant que ceux-ci soient de véritables profits d'exploitation, et non pas des bénéfices de liquidation soumis à l'impôt spécial<sup>357</sup>. Un autre problème, également en rapport avec la taxation intermédiaire, concerne l'imposition des dividendes distribués par la nouvelle société, et qui remplacent, en partie, le revenu que le contribuable ayant transformé son entreprise retrait de celle-ci; dans un arrêt de 1953, le Tribunal fédéral a admis que ces dividendes soient imposés avec effet rétroactif<sup>358</sup>, solution qu'il a, toutefois, jugé inéquitable dans une décision plus récente<sup>359</sup>.

Aucun privilège n'est accordé à la transformation d'une société commerciale en une société de personnes, ou en une entreprise individuelle, le fisc ne pouvant être garanti dans ses droits à la double imposition des réserves de la société dissoute<sup>360</sup>. En revanche, les autres opérations de transformation, notamment d'une personne morale en une personne morale d'un type diffé-

<sup>355</sup> Le Tribunal fédéral n'admet pas, en ce domaine, que le fisc ou le contribuable se fondent sur la réalité économique; voir les arrêts *X.* du 16. 5. 1973, Archives 43, p. 628, et *A. B.* du 28. 4. 1961, note 331 ci-dessus, et, s'agissant d'autres cas de transformation, les arrêts *K. H.* du 8. 2. 1974, Archives 43, p. 123, *R.* du 21. 10. 1955, ATF 81 I 287, et *Reize* du 5. 10. 1955, RDAF 1973, p. 23 (résumé).

<sup>356</sup> Voir l'arrêt *X.* du 29. 9. 1972, Archives 42, p. 31, RDAF 1974, p. 175.

<sup>357</sup> Dans l'arrêt *X. et Y.* du 18. 6. 1965, ATF 91 I 208, JT 1965 I, p. 520 (résumé), Archives 34, p. 159, RDAF 1967, p. 197, le Tribunal fédéral a considéré, manifestement *contra legem*, que les bénéfices immobiliers réalisés pendant la période privilégiée par une entreprise exploitant un commerce d'immeubles constituaient des bénéfices de liquidation au sens de l'art. 21 al. 1 litt. d AIN.

<sup>358</sup> Arrêt *M. B.* du 13. 3. 1953, ATF 79 I 65, JT 1954 I, p. 350 (résumé), RDAF 1954, p. 14; un dividende distribué en 1951 (la transformation avait eu lieu en 1949) avait été pris en considération pour le calcul de l'impôt 1949–1950.

<sup>359</sup> Arrêt *E. G.* du 28. 6. 1968, ATF 94 I 375, JT 1969 I, p. 598 (résumé), Archives 38, p. 385, RDAF 1971, p. 357.

<sup>360</sup> Arrêt *A. AG* du 29. 6. 1966, Archives 36, p. 86, RDAF 1969, p. 78.

rent, bénéficiant généralement d'un régime de sursis, aux termes de la loi<sup>361</sup> ou de la jurisprudence, sans qu'il importe, en principe, que le droit commercial prévoie ou non une procédure évitant la liquidation de la société transformée<sup>362</sup>. Les scissions de sociétés, qui s'apparentent, à la fois, aux transformations et aux fusions<sup>363</sup>, sont soumises au même traitement, pour autant, toutefois, qu'elles n'aient pas un caractère abusif. C'est ainsi qu'une scission ne doit pas être un moyen de diviser, sans passer par une liquidation partielle, le patrimoine de la société scindée entre deux groupes d'actionnaires<sup>364</sup>, ni d'aliéner (par un transfert d'actions) certains éléments de ce patrimoine; afin d'éviter de telles distorsions, le fisc (ou la loi) exige souvent que les rapports de participations ne soient pas modifiés par la scission, et que les actionnaires s'engagent à ne pas aliéner leurs titres pendant un délai raisonnable. Il faut, enfin, mentionner ici le récent et surprenant arrêt *S.* du 14 mai 1976<sup>365</sup>, aux termes duquel le Tribunal fédéral a étendu l'application du régime de sursis à l'apport – curieusement assimilé à une donation – de l'immeuble industriel d'une entreprise individuelle à une société anonyme; il nous paraît douteux que le Tribunal fédéral maintienne cette jurisprudence, dont la portée est considérable, et qui va au-delà de ce que la doctrine la plus libérale a jamais proposé<sup>366</sup>.

<sup>361</sup> Au plan fédéral, voir l'art. 5 al. 1 litt. a LIA, et l'art. 9 al. 1 litt. a LT (droit d'émission réduit à 1,5 %). Au plan cantonal, un régime de sursis est expressément prévu par les lois d'Argovie (art. 12 LIC sur les sociétés), de Bâle-Camp. (art. 56 LIC), Bâle-Ville (art. 73a LIC), Berne (art. 24 LIC), Fribourg (art. 82 LIC), Lucerne (art. 55 LIC), Nidwald (art. 56 RLIC), St-Gall (art. 28 RLIC), Schaffhouse (art. 46 LIC), Soleure (art. 60 LIC), et du Valais (art. 84 LIC).

<sup>362</sup> Ainsi, tandis qu'une société anonyme peut être transformée sans liquidation en société à responsabilité limitée (arts 824 et ss CO), l'opération inverse entraîne inévitablement la liquidation de la société dissoute.

<sup>363</sup> Les scissions et les fusions (et parfois, aussi, les transformations) soulèvent des problèmes fiscaux très semblables, notamment en matière d'agio et d'actions gratuites (lorsque le capital des nouvelles sociétés est supérieur à celui des sociétés scindées ou transformées); à ce sujet, voir l'arrêt *H.L.-M.* du 21.2.1958, Archives 26, p. 508, RDAF 1959, p. 75, ainsi que l'arrêt *Héritiers de la veuve E.C.* du 2.7.1954, Archives 23, p. 224, RDAF 1955, p. 222.

<sup>364</sup> Voir l'arrêt *H. SA* du 3.7.1970, Archives 40, p. 113, RDAF 1973, p. 181.

<sup>365</sup> ATF 102 Ib 50, Archives 45, p. 254, RDAF 1977, p. 104.

<sup>366</sup> Il est, en effet, presque unanimement admis, en doctrine, qu'un traitement de faveur ne se justifie que si l'apport fait par un contribuable à un autre constitue une véritable unité d'exploitation.

## 2. *Fusions et absorptions*<sup>367</sup>

Les concentrations de sociétés sont très souvent réalisées par des prises de participations ou par des échanges, soit qu'une société émette de nouvelles actions et les offre aux actionnaires d'une autre société, en contrepartie des titres en leur possession, soit que les membres de deux sociétés fassent apport de leurs participations à une nouvelle personne morale, à caractère holding. Contrairement à une opinion assez largement répandue, ces formes de concentration ne sont pas toujours moins onéreuses que les véritables fusions. Si la procédure de réunion de deux sociétés anonymes par création d'une nouvelle entité, conformément à l'article 749 CO, est pratiquement inutilisée, en raison du double apport qui la caractérise, et qui provoque inévitablement un double assujettissement aux droits d'émission<sup>368</sup> et d'enregis-

<sup>367</sup> J.A. REYMOND, Le traitement fiscal des fusions de sociétés anonymes, Genève 1975; E. KÄNZIG, Steuerprobleme bei Unternehmungskonzentrationen, Rev. Fisc. 1973, p. 501; ID., Art. 49 Abs. 1 des Wehrsteuerbeschlusses – Agiogewinne und Fusionsgewinne in der steuerlichen Erfolgsrechnung, SAG 1973, p. 172; ID., Der Begriff der Realisation von Unternehmungsgewinnen, Archives 41, p. 81; ID., Unternehmungskonzentrationen, eine steuerrechtliche Studie, Bern 1971; W. STUDER, Unternehmungszusammenschlüsse im Recht über die direkten Steuern, SAG 1972, p. 117; F. CAGIANUT, Steuerfragen bei Unternehmungszusammenschüssen, Schweiz. Arbeitg.-Ztg 1972, p. 377; CH. CONSTANTIN, Rapport national au XXIV<sup>e</sup> Congrès international de droit financier et fiscal, Rev. Fisc. 1970, p. 129; Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften, Gutachten über steuerrechtliche Fragen beim Zusammenschluss von Unternehmungen, Zürich 1970 (la même organisation a publié un rapport sur les concentrations en 1964); E. FLEISCHLI, Die steuerlichen Auswirkungen der Fusion von Aktiengesellschaften auf die beteiligten Unternehmen, Diss. St. Gallen 1969; A. HAESSIG, La société holding, la société de base et la concentration d'entreprises, Archives 39, p. 305; TH. FAIST, Steuerliche Behandlung der Zusammenschlüsse, Teilungen und Umwandlungen von Unternehmen, Archives 38, p. 481; E. SCHÄRRER, Die Besteuerung der stillen Reserven bei Umwandlungen, Zusammenschüssen und Teilung von Unternehmungen, Rev. Fisc. 1968, p. 475; J. SUTER, Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht, und im Steuerrecht, Diss. Zürich 1966; H. P. FLÜGE/H. MASSHARDT, Le régime applicable aux concentrations d'entreprises, rapport national suisse pour le XVII<sup>e</sup> Congrès international de droit financier et fiscal, Paris 1963, RDAF 1963, p. 163; H. MASSHARDT, Fusion, transformation et scission d'entreprises, Archives 32, p. 177.

<sup>368</sup> Conformément à l'art. 9 al. 1 litt. a LT, les fusions, comme les transformations et les scissions, bénéficient d'un taux réduit de 1,5 %. Il en va de même des «concentrations équivalant économiquement à des fusions», tel l'apport à une société holding, dans un but d'intégration économique, des actions de deux ou plusieurs sociétés; à ce sujet, voir l'arrêt *M. Holding AG* du 14. 5. 1976, ATF 102 Ib 140, Archives 45, p. 30, RDAF 1977, p. 19.

trement, le coût de l'absorption prévue à l'article 748 CO, en revanche, n'est pas nécessairement prohibitif. En effet, selon les pratiques ou les dispositions en vigueur, au niveau fédéral<sup>369</sup> comme au plan cantonal<sup>370</sup>, les fusions bénéficient, en principe, du régime de sursis, applicable, nous l'avons vu, aux transformations et scissions, permettant à une société dissoute ou liquidée de transférer ses actifs et passifs à une autre société, à leur valeur comptable, sans imposition immédiate. Même si la doctrine ne s'entend pas sur les motifs qui justifient ce sursis, certains invoquant l'absence d'une véritable réalisation, d'autres le principe de la succession fiscale<sup>371</sup>, d'autres, encore, la réalité économique, chacun s'accorde à penser, aujourd'hui, que le régime en vigueur est bien fondé et conforme à la neutralité fiscale.

Il est vrai que les fusions soulèvent d'autres problèmes et rencontrent d'autres obstacles que l'éventuelle imposition des réserves des sociétés absorbées. C'est ainsi qu'il n'est pas rare qu'un projet de concentration échoue en raison d'une différence de parité entre les titres des deux sociétés, qui exigerait, afin de mettre tous les actionnaires sur pied d'égalité, que la société reprenante augmentât son capital d'un montant supérieur à celui du capital de la société reprise, ou, en d'autres mots, qu'elle distribuât des actions gratuites. L'imposition de l'agio, dans les cantons qui la connaissent, peut également faire obstacle à une fusion; la société reprenante, en effet, à moins qu'elle n'absorbe une société en perte<sup>372</sup>, bénéficie d'une prime de fusion, égale au montant des réserves ouvertes de la société reprise, qui a indiscutablement la nature d'un agio. Enfin, est-il concevable que les actionnaires de la société absorbée soient assujettis, lors de l'échange de leurs titres, même si la fusion n'entraîne pas la distribution d'actions gratuites, à des impôts jugés prohibitifs; en règle générale, cependant, il est admis que le montant de la diffé-

<sup>369</sup> En matière d>IDN, voir note 371 ci-dessous. Pour l'IA, le régime de sursis est expressément prévu à l'art. 5 al. 1 litt. a LIA.

<sup>370</sup> Voir note 361 ci-dessus (les dispositions citées concernent également les fusions).

<sup>371</sup> Ainsi, l'Afc fonde le régime de faveur accordé aux sociétés reprises sur l'art. 12 al. 2 AIN. Le Tribunal fédéral a confirmé la légalité de cette pratique dans l'arrêt *F. SA* du 3. 6. 1960, Archives 29, p. 437, RDAF 1961, p. 242, 245.

<sup>372</sup> Selon les pratiques en vigueur, la société reprenante n'est pas en droit de réduire son bénéfice du montant des pertes (alors même qu'elles seraient encore fiscalement déductibles) de la société reprise; cette solution illogique, compte tenu des justifications du régime de sursis, répond à la crainte des autorités d'encourager des absorptions abusives.

rence entre la valeur vénale des actions que ces actionnaires reçoivent et la valeur nominale (ou comptable), voire la valeur d'acquisition, de leurs titres annulés, à moins qu'il ne soit versé en espèces<sup>373</sup>, ne constitue ni un dividende ni un gain en capital<sup>374</sup>.

L'absorption d'une filiale par sa société mère soulève un problème particulier, que la jurisprudence fédérale a résolu de manière surprenante, par l'octroi d'un privilège exorbitant, unique en droit fiscal suisse, puisqu'il permet à l'actionnaire d'une société de mettre fin à une situation de double (ou, plus précisément, de triple) imposition, sans subir toutes les conséquences qui s'attachent normalement à cet avatar. Lorsqu'une filiale est absorbée par sa mère, dont la participation est annulée, le maintien des valeurs comptables du patrimoine apporté garantit, certes, au fisc l'imposition ultérieure des plus-values de la société fille; mais il ne lui garantit pas l'imposition ultérieure de l'éventuelle plus-value afférente aux titres de la filiale détenus par la société mère. Si, par exemple, cette participation est comptabilisée à 100, que sa valeur intrinsèque (compte tenu des seules réserves ouvertes de la fille) est de 130, et que sa valeur vénale (compte tenu des réserves latentes) est de 200, la société mère a une réserve latente de 100, potentiellement imposable, soit comme dividende, dans l'hypothèse où la filiale serait liquidée, soit comme bénéfice sur titres. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>375</sup>, la société mère, dans un tel cas, n'est imposée – sur la base de l'article 59 AIN<sup>376</sup> – qu'à concurrence de son bénéfice comptable de 30, tandis que l'excédent de la plus-value (soit un montant de 70) échappe définitivement à l'impôt.

Le libéralisme des autorités fiscales, cependant, s'arrête généralement aux frontières cantonales, et les projets de fusions entre des sociétés de cantons différents sont souvent irréalisables. De nombreux cantons, on le sait, ont institué (légalement ou jurispermanentiellement) un *Wegzugsteuer*, impôt annuel entier qui

<sup>373</sup> Concernant l'imposition des soultzes, voir l'arrêt *A.V.* du 21. 9. 1956, Archives 25, p. 242, RDAF 1957, p. 137.

<sup>374</sup> Voir, par exemple, l'art. 42 al. 1 litt. b de la LIC du Tessin. Bien entendu, si l'actionnaire est une personne morale ou une entreprise, les nouveaux titres doivent être comptabilisés à la même valeur que la participation annulée.

<sup>375</sup> Arrêt *SA X.* du 19. 5. 1972, ATF 98 Ib 404, Archives 42, p. 265, RDAF 1975, p. 17.

<sup>376</sup> Le privilège holding prévu par cette disposition n'est toutefois pas applicable au montant de la différence (éventuelle) entre la valeur nominale de la participation et sa valeur comptable.

frappe les réserves latentes d'une entreprise ou d'une société transférant son siège hors des frontières cantonales. L'«impôt de départ» est manifestement contraire à l'article 4 Cst.<sup>377</sup>, qu'il soit ou non qualifié d'impôt sur la plus-value, car il est fondé sur une fiction que seul motive l'intérêt financier de l'Etat. Par conséquent, si l'on peut fort bien concevoir que ni les fusions cantonales ni les fusions intercantonales ne bénéficient d'un régime de faveur, l'imposition des plus-values d'une société dissoute n'étant pas en soi arbitraire<sup>378</sup>, on ne saurait admettre que l'existence d'un *Wegzugsteuer* justifiât une différence de traitement entre ces deux formes de fusion. Il serait heureux que le Tribunal fédéral trouvât une occasion de se prononcer sur ce problème, dont l'importance pratique est considérable.

#### E. Conclusions

Ce chapitre, comme les deux précédents, révèle l'importance de la fiscalité dans la vie des affaires, et, ici encore, la double imposition économique et le régime d'imposition – ou d'exonération – des gains en capital jouent, directement ou indirectement, un rôle prédominant. Ainsi, les agios, versements à fonds perdus et abandons de créances, même lorsqu'ils ne sont pas considérés comme un bénéfice et ne sont pas imposés deux fois, constituent un mode de financement extrêmement défavorable, en raison des impôts (résultant de la structure de double imposition du système en vigueur) auxquels ils sont soumis, à titre de dividendes, le jour où ils sont «remboursés» aux actionnaires qui les ont consentis. Les personnes contrôlant une société trouvent, par conséquent, un avantage évident à lui avancer des fonds, soit en échange d'actions ou de bons de participation d'une valeur nominale correspondante, soit, surtout, sous la forme de prêts qui, s'ils ne sont

<sup>377</sup> Dans l'arrêt *A. Zimmermann's Erben* du 19.1.1955, RDAF 1973, p. 11 (résumé), le Tribunal fédéral a noté que la constitutionnalité de l'impôt de départ était douteuse (*zweifelhaft*). Concernant cette question, voir J.A. REYMOND, L'imposition des transferts de siège et des fusions intercantonales de sociétés est-elle contraire à la Constitution fédérale?, SAG 1974, p. 119; L. BALTHASAR, Die Reservenbesteuerung bei der Verlegung juristischer Personen, Diss. Bern 1973; A. BIETENHOLZ-GERHARD, Zur Frage der Auflösung einer Steuerpflicht durch Wegzug, Archives 16, p. 273; E. BLUMENSTEIN, Die Steuerveranlagung bei Verlegung des Geschäftssitzes, Archives 14, p. 225.

<sup>378</sup> Voir l'arrêt *Spar- und Leihkasse Zurzach in Fusion* du 1.12.1954, RDAF 1973, p. 11 (résumé).

pas pris en considération pour calculer le rendement (déterminant le taux de l'impôt) de leur société, présentent, par rapport au capital social, l'intérêt essentiel d'être la source de revenus échappant à la double imposition économique et à l'impôt anticipé. Quant aux actions gratuites, qui ne sont pas un revenu, et moins encore un revenu réalisé, leur imposition indéfendable et nécessaire (en mains des seules personnes physiques) est la rançon prohibitive exigée par un système illogique et injuste.

Si la double imposition est réellement justifiée, comme on le prétend, par le fait que les sociétés ont une capacité contributive indépendante de celle de leurs propriétaires, il reste à expliquer pourquoi cette théorie n'est pas applicable aux entreprises et aux succursales, que rien ne distingue, économiquement, des personnes morales. Il n'est pas facile de voir, non plus, pourquoi la triple imposition mérite un traitement différent, d'ailleurs incohérent, puisque les participations concentrées dans une société sans activité commerciale bénéficient d'une exonération complète (les holdings, apparemment, n'ont aucune capacité contributive), alors que les titres détenus par une société mixte, et les revenus de ces titres, n'échappent que partiellement à l'impôt.

L'exonération des gains en capital, chez les personnes physiques, si elle ne connaissait pas d'exception, permettrait aux entreprises d'aliéner leurs actifs, ou de se liquider, sans payer aucun impôt, tandis que les gains des sociétés, dans ces hypothèses, sont (ou seront) imposés deux fois. Afin d'atténuer cette inégalité de traitement, le législateur a institué des impôts spéciaux qui, non seulement entraînent des distorsions et soulèvent de difficiles problèmes d'interprétation, mais qui, aussi, dépassant leur but, violent la neutralité des cessions d'entreprises. Faut-il d'ailleurs souligner l'absurdité d'un système qui exonère la vente du capital-actions des sociétés, qui soumet leur liquidation à une double imposition, et qui prévoit, encore, un régime différent pour les cessions et liquidations d'entreprises?

En soi, la double imposition des bénéfices de liquidation provoque peu de distorsions, du moins au niveau des personnes morales qui exercent une activité industrielle ou commerciale. Elle dresse, en revanche, de sérieux obstacles devant les sociétés qui projettent de se scinder, de se transformer, ou de participer à une fusion. Certes, grâce au réalisme économique des autorités fiscales, parfois du législateur, ces obstacles ne sont plus, aujourd'hui, insurmontables. Néanmoins, d'assez nombreux projets de concentration doivent être abandonnés, soit parce qu'ils impliquent la distribution d'actions gratuites, soit parce que la loi pré-

voit l'imposition des primes de fusion, soit, surtout, parce que les sociétés envisageant leur réunion sont domiciliées dans des cantons différents. La justification des priviléges offerts aux concentrations, lorsqu'on sait combien de revenus non réalisés sont soumis à l'impôt, n'est d'ailleurs pas aussi évidente que certains le prétendent, et l'avantage exorbitant dont bénéficient les sociétés mères absorbant une filiale n'est certainement pas mieux fondé que – par exemple – l'exonération que la loi paraît accorder, mais que la jurisprudence refuse, aux contribuables qui transfèrent un bien commercial dans leur fortune privée.

## Deuxième partie

### La neutralité fiscale et l'application des lois

Comment limiter, ou éviter, l'influence du droit fiscal dans la vie des affaires? Comment réaliser la neutralité de l'impôt et l'égalité de traitement des contribuables? Comment assurer que ceux-ci soient tous et toujours imposés conformément à leur capacité contributive? Comment parvenir à ce que la fiscalité, à la fois, n'empêche ni ne provoque l'accomplissement d'un acte juridique ou l'utilisation d'une institution du droit commercial?

La justice fiscale, nous l'avons dit, déjà, ne répond qu'à des définitions subjectives, débordant du cadre du droit dans le champ de la politique, variant selon les temps et les hommes. C'est une fiction, un idéal, qui ne serait réalisé que si chaque contribuable s'estimait justement imposé et équitablement traité, par rapport tant à sa propre capacité qu'à celle des autres contribuables. Les conditions de la neutralité fiscale seraient alors réunies et la fiscalité n'aurait d'influence que sur les contribuables voulant s'assurer, abusivement ou frauduleusement, des avantages indus.

Dès le moment où la justice fiscale est une notion relative, l'impôt ne peut plus être neutre. Si l'existence des distorsions dont nous avons dressé dans la première partie de ce rapport une liste incomplète est une réalité objective, ces distorsions ne sont pas le signe incontestable de réelles inégalités de traitement. Elles démontrent, sans doute, que certains contribuables, ou certaines catégories de contribuables, selon leur propre notion de l'équité fiscale, s'estiment pénalisés ou désavantagés, s'ils choisissent, ou parce qu'ils ont choisi, une forme juridique plutôt qu'une autre. Mais ne risque-t-on pas, en admettant leur point de vue, et en favorisant ainsi la neutralité fiscale, d'adopter des solutions qui soient jugées inéquitables par d'autres catégories de contribuables? Dans ce contexte, une distinction s'impose entre les distorsions de base, les choix fiscaux liés à la structure même du système en vigueur, et les distorsions secondaires, soit, les actes et transactions juridiques destinés à éviter les conséquences de choix défavorables.

Les distorsions de base – l'examen des plus importantes fait l'objet de la troisième partie de notre rapport – ne pourraient naturellement être éliminées que par une modification de la loi: seul le législateur serait en mesure, par exemple, d'harmoniser le traitement des entreprises individuelles et sociétés de personnes, et des personnes morales. Ces questions de structure ont une importance capitale – puisque leur solution permettrait en même temps d'éliminer la plupart des distorsions secondaires – et elles soulèvent de nombreux et difficiles problèmes, non pas seulement de technique fiscale, mais aussi, et d'abord, de principe qui, nous l'avons rappelé tout à l'heure, sont liés à des notions subjectives.

Les distorsions secondaires – qui font l'objet de cette seconde partie – posent des problèmes assez différents. Dans le but de réaliser l'égalité de traitement des contribuables, d'éviter – au profit de la neutralité de l'impôt – que seuls certains d'entre eux, plus ingénieux ou moins honnêtes, bénéficient d'économies fiscales, l'Administration est souvent amenée, soit à définir et interpréter de manière extensive les termes et dispositions des lois d'impôts, soit, en faisant abstraction de transactions juridiques simulées ou réputées abusives, à se fonder sur les actes que les contribuables ont réellement voulu, ou auraient dû, de bonne foi, accomplir. Cette réaction du fisc va parfois, nous l'avons déjà souligné, à l'encontre du but visé, en particulier lorsqu'elle n'aboutit qu'à une neutralité superficielle ou illusoire, et qu'elle prive les contribuables de la possibilité d'atténuer, grâce à des transactions qui les avantagent, les inégalités de la loi. Mais, même au cas où l'interprétation choisie par l'Administration favorise effectivement la neutralité fiscale, il reste à voir si, et à quelles conditions, les autorités chargées d'appliquer la loi ont le pouvoir et la compétence d'en combler les lacunes, ou d'en corriger les imperfections, afin que chaque contribuable soit imposé équitablement et conformément à sa capacité contributive.

Si les diverses méthodes utilisées par le fisc dans sa lutte contre l'évasion fiscale ne sont pas toujours faciles à distinguer les unes des autres, chacune répond pourtant à des conditions qui lui sont propres et à une démarche logique différente. L'interprétation extensive – fondée sur des critères économiques ou fiscaux – des dispositions en vigueur permet d'appliquer ces dernières à des situations que le législateur n'a pas expressément prévues: ainsi, l'octroi d'un droit de superficie, que la loi, par hypothèse, ne mentionne pas, est soumis aux règles concernant le contrat de bail ou de vente; un acte de partage successoral est imposé

comme une donation, etc. Lorsqu'une telle interprétation est exclue, qu'il est inconcevable de soutenir que le législateur a implicitement soumis au même traitement les actes accomplis par le contribuable et ceux, plus ou moins semblables, auxquels la loi se réfère, il reste au fisc la possibilité, soit de nier la validité de ces actes, soit d'en ignorer les effets. Ce n'est plus alors l'examen du texte légal, mais l'analyse des circonstances du cas d'espèce et des motivations du contribuable qui conduit l'autorité à soumettre une transaction, entachée de simulation ou réputée abusive, à des règles dont l'interprétation ne permettait pas l'application.

En soulevant l'exception de simulation, le fisc respecte la réalité juridique; il n'interprète ni les actes du contribuable ni la volonté du législateur: la donation camouflée sous une vente ou un acte de partage est imposée pour ce qu'elle est et ainsi qu'elle doit l'être. En revanche, la conception économique (*die wirtschaftliche Betrachtungsweise*) ne met pas en question la validité, au plan du droit civil, des actes du contribuable; mais elle leur dénie tout effet fiscal et confère à l'Administration le droit de se fonder sur la forme juridique dont les circonstances et la bonne foi imposaient le choix: ainsi, un prêt accordé à une société par son actionnaire sera assimilé, même s'il s'agit réellement d'une créance au regard du droit civil, à un apport en capital.

Faut-il approuver ou, au contraire, critiquer ces méthodes? Il est certainement plus «politique», et par conséquent, plus facile, d'en cautionner l'emploi, en invoquant la morale et l'équité, que d'en souligner les dangers, pour des questions de principe et sur la base d'arguments qui risquent d'être mal compris et mal interprétés. N'est-il pas, en effet, louable et nécessaire de combattre l'évasion fiscale? Ne serait-il pas choquant et immoral que des citoyens, souvent les mieux nantis, ou des sociétés, parmi les plus puissantes, échappent à des impôts qu'en bonne justice il devraient et pourraient acquitter? La perception d'impôts justes et équitables n'est-elle pas indispensable au bon fonctionnement de l'Etat? Si ces questions appellent d'évidentes réponses, il ne se justifie toutefois pas de les poser dans des termes qui laissent entendre que toute restriction apportée aux pouvoirs d'interprétation des autorités administratives et judiciaires équivaut à encourager l'évasion fiscale. Le principe de la légalité, source et fondement de toutes les critiques que provoquent l'interprétation extensive et la conception économique, veut que la loi soit suprême, mais il ne la déclare pas immuable. Le respect de ce principe n'implique nullement, par conséquent, que l'on tolère l'évasion fiscale, mais il peut exiger qu'elle soit combattue par le

législateur, afin d'assurer la sécurité du droit et de protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'Etat.

Ainsi, les réactions de l'Administration à l'égard d'actes juridiques influencés par la fiscalité doivent être avant tout considérées sous l'angle du principe de la légalité: quelles limites fixe-t-il au pouvoir d'interprétation des autorités? Dessine-t-il, entre le champ d'interprétation des lois et le champ d'action de la conception économique, une zone – qui est celle de l'économie d'impôt – dont seul le législateur peut modifier les contours?

## Chapitre I

### L'interprétation extensive

Personne ne conteste le droit du législateur fiscal de définir librement et extensivement les notions qu'il utilise, qu'elles trouvent ou non leur pendant en droit civil. S'il doit, bien entendu, respecter les principes dont l'article 4 Cst. assure la protection, il n'est nullement présumé les violer du seul fait qu'il confère à certains termes un sens différent de celui que leur donne le droit civil, ou le langage courant<sup>1</sup>. L'équité et la neutralité de l'impôt veulent, au contraire, que des actes dont les conséquences économiques sont identiques entraînent les mêmes conséquences fiscales, et il est souhaitable que le législateur, par la voie de l'analogie, en harmonise le traitement<sup>2</sup>.

Beaucoup plus délicate est la question de savoir si, dans les cas où la loi fiscale utilise, sans les définir, des notions connues du droit civil, ou des finances publiques, les autorités chargées d'ap-

<sup>1</sup> L'arrêt *Grieder-Sutter* du 6.10.1939, ATF 65 I 209, JT 1940 I, p.28, donne l'exemple d'une loi fiscale définissant le terme de «donation» de manière extensive. La notion de «livraison», au sens de l'art. 15 al. 1 ACHA, est sensiblement plus large, aussi, que celle du droit des obligations; voir, à ce sujet, l'arrêt *X.* du 16.12.1970, Archives 39, p. 435, RDAF 1972, p.180; l'arrêt *Rubinfeld* du 26.5.1967, ATF 93 I 194, JT 1967 I, p.583 (résumé), Archives 36, p. 91; l'arrêt *Schmid* du 21.9.1956, ATF 82 I 184, JT 1957 I, p. 268 (résumé); et, encore, l'arrêt *Verband schweizerischer Konsumvereine* du 12.3.1948, ATF 74 I 65.

<sup>2</sup> Concernant les clauses générales d'«harmonisation», dont les lois cantonales fournissent de nombreux exemples, notamment en matière immobilière (notions d'«immeuble», de «transfert immobilier», etc.), voir ci-dessous II C 2.

plier la loi peuvent leur prêter une portée et un sens différents, en invoquant des considérations d'ordre économique ou, même, purement fiscal, notamment la possibilité d'abus ou d'inégalités de traitement. Quelles que soient les critiques que suscite, nous le verrons, la théorie de la réalité économique, son utilisation est limitée, sauf exception<sup>3</sup>, aux cas où le fisc démontre, non pas la possibilité, mais l'existence d'un abus. En revanche, l'interprétation «fiscale» d'une disposition légale permet à l'Administration de faire abstraction de certains actes juridiques, assimilés à des actes plus ou moins similaires, sans avoir à faire la preuve d'un abus, et sans même que le contribuable soit en droit de démontrer qu'il n'en a point commis.

#### A. L'interprétation des notions de droit civil

Les notions que le législateur fiscal a empruntées au droit civil doivent-elles être nécessairement définies par les autorités fiscales dans les termes choisis par le législateur ou le juge civils? Cette question est controversée<sup>4</sup>. Le Tribunal fédéral, considérant que «der Steuergesetzgeber verwendet Ausdrücke, die auch im Zivilrecht vorkommen, nicht stets im Sinn des Privatrechts»<sup>5</sup>, admet qu'une «notion empruntée au droit civil ne conserve le même sens en droit fiscal que s'il ne résulte ni du texte ni du but de la loi d'impôt que celle-ci lui prête un sens différent»<sup>6</sup>. Alors que cette conception, dans le passé, le conduisait généralement à consacrer la préséance du droit civil<sup>7</sup>, il juge de plus en plus

<sup>3</sup> Ainsi que nous le verrons plus loin, II C, le Tribunal fédéral ne juge pas arbitraire que les autorités cantonales se fondent sur la réalité économique sans faire la preuve d'un abus; la conception économique n'est plus alors qu'une forme d'interprétation extensive.

<sup>4</sup> A ce sujet, voir E. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts, Zürich 1971, pp. 23 et ss; ID., Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht, dans: Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern für Eugen Huber, Bern 1919, p. 203; voir, aussi, la bibliographie figurant dans la note 85 ci-dessous.

<sup>5</sup> Arrêt X. du 26. 3. 1976, Archives 46, p. 411, 413.

<sup>6</sup> Arrêt H. u. CO du 8. 3. 1944, ATF 70 I 26, 30, cité dans l'arrêt J. Veillon du 27. 1. 1965, Archives 35, p. 212, 215. Si le fisc *doit*, en principe, s'en tenir à la définition du droit civil, il *peut*, aussi, en invoquer la primauté, lorsque le contribuable lui-même veut se fonder sur une interprétation fiscale; voir, par exemple, l'arrêt *Etablissement d'assurance contre l'incendie du canton de Bâle-Ville* du 9. 5. 1969, Archives 38, p. 523, RDAF 1970, p. 232.

<sup>7</sup> Arrêt S. à r.l. F. du 5. 11. 1965, Archives 35, p. 314, RDAF 1967 p. 154 (notion de «transfert de la propriété»); arrêt X. du 8. 3. 1961, ATF 87 I 250, JT 1962 I,

souvent, aujourd’hui, que le texte ou le but de la loi justifient une interprétation fiscale des notions civiles. S’agissant, par exemple, de la donation, le Tribunal fédéral a considéré que la notion fiscale de cette institution pouvait, notamment, inclure les avancements d’hoirie<sup>8</sup>, la renonciation (à titre onéreux) à certaines préentions successoriales<sup>9</sup>, les rentes versées en vertu d’une promesse de donner<sup>10</sup>, et l’attribution faite par contrat de mariage au conjoint survivant d’une part du bénéfice de l’union conjugale excédant le pourcentage légal<sup>11</sup>; il a également admis l’assimilation à une libéralité pour cause de mort de la disposition d’un contrat de société en nom collectif, suivant laquelle la part d’un associé décédé aux réserves latentes de la société demeurait acquise aux associés restants<sup>12</sup>.

L’interprétation extensive est certainement moins périlleuse et moins discutable lorsqu’elle vise une notion qui, déjà en droit civil, a un caractère ou un contenu économique assez marqué, ainsi qu’il est souvent vrai en droit commercial. Le terme de «liquidation», par exemple<sup>13</sup>, évoque moins les formalités qu’implique cet événement que les actes d’aliénation et de réalisation accomplis par la personne physique ou morale qui cesse son activité commerciale. Il n’est pas surprenant, par conséquent, que cette notion ait été définie de manière, soit à inclure des transactions qui n’étaient pas de véritables liquidations, soit à exclure des opérations qui constituaient effectivement des liquidations juridiques. C’est ainsi qu’en matière d’IDN, auquel sont soumis

p. 322 (notion de «l’entreprise astreinte à tenir des livres»); voir, aussi, l’arrêt *C.* de la Cour de Justice de Genève du 27.1.1953, SJ 1954, p. 76 (notion de «pension»).

<sup>8</sup> Arrêt *X. und Consorten* du 5.6.1970, ATF 96 I 411, 413.

<sup>9</sup> Arrêt *E.-A. und M.-A.* du 24.11.1976, ATF 102 Ia 418.

<sup>10</sup> Arrêt *X.* du 26.9.1974, ATF 100 Ib 287, Archives 43, p. 521, RDAF 1975, p. 302. L’interprétation choisie n’était pas seulement extensive, mais encore *contra legem*, puisque celle-ci exonérait les rentes. Cette décision, expressément motivée par le désir d’éviter des abus et des inégalités de traitement, illustre bien la manière dont le Tribunal fédéral, peu à peu, substitue à la primauté du principe de la légalité celle d’une imposition neutre et équitable.

<sup>11</sup> Arrêt *X.* du 9.7.1975, ATF 101 Ia 116, JT 1977 I, p. 488; arrêt *W.* du 28.11.1973, RDAF 1975, p. 88; arrêt *S.* du 11.2.1959, Archives 28, p. 348.

<sup>12</sup> Arrêt *X.* du 7.6.1972, ATF 98 Ia 258, JT 1974 I, p. 653 (résumé); arrêt *Schmid* du 22.5.1957, Archives 27, p. 137.

<sup>13</sup> Un autre exemple est la notion du fonds de placement ou «ensemble de biens de caractère semblable» (arts 4 al.1 LIA et 48 al.1 LT), dont le Tribunal fédéral a donné une définition plus large que celle contenue dans la LFFP (art. 2 al. 1) et l’OFP (art. 5); voir l’arrêt *X. & Cie* du 13.10.1972, Archives 42, p. 409.

«les bénéfices de liquidation» des entreprises astreintes à tenir des livres (arts 21 al. 1 litt. d et 43 AIN), l'affermage d'une entreprise est, en principe, assimilé à une liquidation s'il a «un caractère définitif et s'il apparaît exclu que le propriétaire reprenne l'exploitation commerciale»<sup>14</sup>. Cette interprétation n'est certainement pas insoutenable. Toutefois, dès le moment où elle ne dépend pas d'un abus, mais uniquement de faits objectifs (notamment, l'âge et l'état de santé du bailleur), l'égalité de traitement et la bonne foi exigeraient qu'elle prévalût également dans les cas où elle aboutirait à un résultat favorable au contribuable. Or, la jurisprudence n'offre, sauf erreur, aucun exemple d'une telle réciprocité; l'affermage d'une entreprise est toujours assimilé à sa liquidation, lorsque l'Administration le veut ainsi<sup>15</sup>, tandis qu'il est considéré comme une opération temporaire, lorsque l'intérêt de l'Etat l'exige, soit afin d'éviter les effets de la prescription, soit afin d'accroître le montant du bénéfice imposable<sup>16</sup>.

Il serait fastidieux de citer, ici, tous les arrêts, parfois contradictoires, illustrant l'interprétation extensive des notions de droit civil. Le droit de superficie, par exemple, a connu plusieurs métamorphoses; conformément aux vœux du fisc, il a été successivement considéré comme étant l'objet d'un contrat de vente<sup>17</sup>, d'un contrat de bail<sup>18</sup>, ou, encore, d'un usufruit<sup>19</sup>. C'est, bien entendu, dans le domaine immobilier que l'interprétation extensive suscite les plus nombreux litiges. Ainsi, le Tribunal fédéral n'a pas jugé

<sup>14</sup> Arrêt *F.L.* du 28.4.1972, Archives 41, p. 450, RDAF 1973, p. 389, 391. Au plan des impôts cantonaux, voir les arrêts *Frunz* du 4.2.1970 et *Balmer* du 7.10.1960, RDAF 1973, p. 12 (résumés).

<sup>15</sup> Arrêt *B.S.* du 25.2.1972, Archives 41, p. 504, RDAF 1974, p. 182; arrêt *Witwe M.B.* du 26.9.1969, Archives 39, p. 93; arrêt *Dame A.B.* du 7.10.1960, Archives 29, p. 305, RDAF 1962, p. 199; arrêt *A.W.* du 21.10.1955, Archives 24, p. 279, RDAF 1957, p. 77.

<sup>16</sup> Voir l'arrêt *F.L.* du 28.4.1972, note 14 ci-dessus, où l'affermage avait manifestement un caractère définitif; l'arrêt *J.C.-A.* du 23.10.1959, ATF 85 I 243, JT 1960 I, p. 376 (résumé), Archives 28, p. 503, RDAF 1961, p. 70; l'arrêt *A.S.-M.* du 20.12.1957, Archives 26, p. 441, RDAF 1958, p. 249; et l'arrêt *A.A.* du 21.9.1956, ATF 82 I 175, JT 1957 I, p. 266 (résumé), Archives 25, p. 303, RDAF 1958, p. 14.

<sup>17</sup> Voir ci-dessous II, note 187.

<sup>18</sup> Arrêt *C.* du 19.6.1964, ATF 90 I 252, JT 1965 I, p. 514 (résumé), Archives 33, p. 478, RDAF 1965, p. 292.

<sup>19</sup> Arrêts *X. et consorts* du 21.9.1966, ATF 92 I 343. L'usufruit, lui-même, et les rendements dont il est la source ne sont pas toujours traités de manière identique; cf. par exemple, l'arrêt *Robadey* du 6.2.1926, ATF 52 I 1, et l'arrêt *Erben Meyer* du 21.10.1922, ATF 48 I 256.

arbitraire qu'un pacte d'emption fût assimilé à une promesse de vente<sup>20</sup>, ou qu'un échange de parcelles, contrat unique en droit civil, fût considéré comme une double vente, entraînant l'imposition d'un gain en capital chez les deux parties, alors même que les immeubles échangés avaient la même valeur<sup>21</sup>. Le Tribunal fédéral a également admis que la valeur du goodwill attaché à une source – aliénée avec le terrain sur lequelle elle jaillissait – fût incluse dans le prix de l'immeuble, soumis au droit de mutation cantonal<sup>22</sup>. Similairement, une indemnité spéciale (qui avait, peut-être, en droit civil, le caractère d'une indemnité pour tort moral), allouée à la victime d'une expropriation, a pu être soumise, sans arbitraire, à l'impôt sur les gains immobiliers<sup>23</sup>.

Si l'interprétation extensive conduit généralement à créer les conditions d'une imposition que le législateur n'avait pas envisagée, il arrive aussi plus rarement, bien sûr, qu'elle entraîne une exonération d'impôt que la loi ne prévoit pas expressément. Les concentrations et transformations d'entreprises, notamment, offrent, nous l'avons vu, déjà, divers exemples d'interprétations fiscales à l'avantage des contribuables, dont l'Administration a pris l'initiative et que les autorités judiciaires ont plus tard confirmées. Ainsi, les réserves latentes de sociétés dissoutes ou liquidées peuvent être transférées en franchise d'impôt à d'autres personnes morales; les échanges de titres effectués par les actionnaires de sociétés absorbées ou scindées demeurent sans consé-

<sup>20</sup> Arrêt *Léon et Ernest A.* du 17.5.1950, RDAF 1952, p. 44. «Au point de vue fiscal, en effet», a noté le Tribunal fédéral, «ce n'est pas tant la qualification ou la nature juridique de l'opération qui entre en ligne de compte que son rôle et son importance économique» (p. 48).

<sup>21</sup> Arrêt *Bachmann* du 31.3.1966, ATF 92 I 95, JT 1967 I, p. 98, Archives 33, p. 393, RDAF 1973, p. 16 (résumé). Il est vrai que dans l'arrêt *Y.* du 20.11.1974, Archives 44, p. 599, le Tribunal fédéral a nié que l'échange d'une parcelle contre une autre ayant la même valeur et servant au même usage (en l'espèce agricole) puisse produire un revenu imposable; c'est là un exemple d'une application jurisprudentielle de la théorie du remplacement.

<sup>22</sup> Arrêt *Niedermann* du 27.12.1929, ATF 55 I 367, JT 1930 I, p. 492, RDAF 1952, p. 66. Voir, aussi, l'arrêt, *Z. AG* du 30.6.1965, Archives 35, p. 435, dans lequel le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire qu'une indemnité versée au vendeur d'un immeuble commercial, en dédommagement des inconvenients (mal démontrés) consécutifs à la cessation de son exploitation, fût incluse dans le «prix de vente» et soumise au droit de mutation. Ce genre d'arrêt, il faut le noter, ne se distingue guère de ceux, examinés plus loin (II C), où la Chambre de droit public a considéré les actes des contribuables sous l'angle de leur réalité économique.

<sup>23</sup> Arrêt *Th.A.* du 5.10.1966, Archives 36, p. 290, RDAF 1973, p. 17 (résumé).

quence fiscale; et, dans un récent arrêt<sup>24</sup>, le Tribunal fédéral a même affirmé que l'assimilation d'obligations (non convertibles) à des droits de participation n'était pas contraire à la loi!

Dès le moment où l'interprétation extensive est justifiée, ainsi qu'il est souvent le cas, aujourd'hui, par la volonté de prévenir d'éventuels abus, elle ne se distingue plus guère de la conception économique, qui sert à réprimer des abus déterminés; on ne sait plus très bien, en d'autres mots, si c'est l'application de la loi qui est étendue à des actes qu'elle ne mentionne pas, ou si ce sont ces actes qui, métamorphosés par leur réalité économique, viennent tomber sous le coup de la loi. Une situation de ce genre, mais plus ambiguë encore, caractérisait l'affaire *Gerberei X.*, où, pour la première fois, le Tribunal fédéral a jugé que la distribution effectuée par une société à des personnes «touchant de près» ses actionnaires – seuls mentionnés par la loi – était soumise au droit sur les coupons<sup>25</sup>. Si la voie de l'interprétation extensive, choisie par le Tribunal fédéral, était manifestement fermée par le principe de la légalité (la notion d'«actionnaire» ne saurait raisonnablement inclure des personnes qui ne sont pas actionnaires!), la voie de la réalité économique n'aurait pas été plus satisfaisante, car la distribution dont bénéficie un proche n'a pas nécessairement une motivation fiscale. C'est, en fait, la réalité juridique qui justifiait la décision du Tribunal fédéral et qu'il aurait dû invoquer; en effet, l'actionnaire qui détermine sa société à effectuer une prestation ou une libéralité à un tiers – qu'il s'agisse ou non d'un proche – stipule un dividende en faveur de ce dernier, soit *donandi causa*, soit, éventuellement, *solvendi* ou *credendi causa*<sup>26</sup>.

Les limites de l'interprétation des notions empruntées au droit civil sont, certes, difficiles à tracer. D'un côté, on trouverait déraisonnable que le fisc soit toujours et nécessairement lié par ces notions; il est juste, par exemple, qu'une prestation à titre gratuit, sans égard à sa forme, soit soumise au régime des donations, ou que les «participations obligatoires» auxquelles sont tenus les membres d'une coopérative soient traitées comme des apports en capital<sup>27</sup>, et on conçoit facilement, aussi, qu'une institution de

<sup>24</sup> L'arrêt *Kurth* du 25.6.1975, ATF 101 Ia 92, concernant une concentration réalisée par la création d'une société holding.

<sup>25</sup> Arrêt du 29.11.1946, ATF 72 I 305, JT 1947 I, p. 534 (résumé).

<sup>26</sup> Voir ci-dessus Première partie, III D 2.

<sup>27</sup> Arrêt *Bau- und Mietergenossenschaft Luzern* du 16.9.1964, ATF 90 I 153, JT 1965 I, p. 162, RDAF 1973, p. 88 (résumé).

droit étranger, tel le trust du droit anglo-saxon, soit assimilée à l'institution locale (fondation ou usufruit) à laquelle elle ressemble le plus<sup>28</sup>. D'un autre côté, la prévention d'abus et d'évasions fiscales éventuelles n'est pas un motif suffisant d'interprétation extensive<sup>29</sup>. Il n'est, déjà, guère admissible de se fonder sur les intentions du législateur qu'il a clairement exprimées dans ses travaux préparatoires, mais qu'il n'a pas concrétisées dans la loi<sup>30</sup>; il est beaucoup moins admissible, encore, de se baser sur l'intention, toute générale, qu'il aurait eue, ou qu'il aurait dû avoir, de respecter l'égalité de traitement et de réaliser la neutralité fiscale. Le principe de la légalité postule la sécurité du droit, et celle-ci n'est garantie que si les décisions administratives et judiciaires sont soumises à l'exigence d'avoir un caractère prévisible. C'est ce concept, cette condition, de la prévisibilité, qui, à notre avis, trace à l'interprétation des limites plus ou moins précises<sup>31</sup>: un contribuable ne sera imposable que s'il pouvait raisonnablement prévoir – et on ne saurait exclure que son niveau de sophistication fiscale soit pris en considération<sup>32</sup> – que ses actes tomberaient sous le coup des règles auxquelles le fisc prétend le soumettre<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *de Graffenried* du 14. 5. 1952, RDAF 1954, p. 3 (résumé).

<sup>29</sup> Bien entendu, faut-il résérer le cas où la disposition applicable a précisément pour but d'empêcher des abus, comme, par exemple, l'art. 21 al. 1 litt. a LIA (précédemment l'art. 7 al. 1 AIA), qui subordonne le remboursement de l'IA à la condition que le contribuable ait eu, lors de l'échéance de ses rendements, le droit de jouissance sur les valeurs génératrices des revenus imposés; voir l'arrêt *X.* du 30. 3. 1973, Archives 43, p. 457, RDAF 1976, p. 31; l'arrêt *F. SA* du 6. 2. 1970, Archives 39, p. 383, RDAF 1971, p. 176; l'arrêt *X.* du 1. 6. 1962, ATF 88 I 133, JT 1963 I, p. 544 (résumé); et l'arrêt *Banque A.* du 26. 9. 1958, ATF 84 I 178, JT 1959 I, p. 345 (résumé), Archives 28, p. 116, RDAF 1959, p. 179.

<sup>30</sup> Le rôle effacé de l'interprétation historique a été mentionné dans plusieurs arrêts; voir, par exemple, l'arrêt *X.* du 14. 2. 1973, Archives 43, p. 201, 205, ainsi que l'arrêt *X. AG* du 13. 6. 1973, Archives 43, p. 469, 472.

<sup>31</sup> Voir J. A. REYMOND, Le principe de la légalité de l'impôt et l'interprétation des lois fiscales, Etude de jurisprudence, dans: Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes, Genève 1976, pp. 261 et ss, notamment p. 282.

<sup>32</sup> Cette question mériterait un examen plus approfondi. Nous n'avons le souvenir que d'une seule décision dans laquelle le Tribunal fédéral a pris en considération les connaissances (en l'espèce, le manque de connaissances) juridiques et fiscales du contribuable; voir l'arrêt *J.R.* du 15. 6. 1973, Archives 42, p. 400, RDAF 1975, p. 173, 176.

<sup>33</sup> Ainsi, l'imposition de l'agio, quelles que soient les critiques qui peuvent lui être adressées, est indubitablement prévisible lorsque la loi inclut dans la notion de bénéfice les attributions aux réserves; voir l'arrêt *SKA* du 29. 5. 1974, Archives 44, p. 337.

Il convient de souligner, dans ce contexte, que le principe de la légalité, sans être inopérant, joue un rôle secondaire en matière de double imposition intercantonale, où il s'agit moins de déterminer si une transaction est imposable que de désigner le canton qui pourrait l'imposer. Si le désir de réaliser l'égalité de traitement des contribuables ne justifie jamais, à lui seul, le recours à l'interprétation extensive, l'égalité de traitement des cantons, leur droit à une répartition équitable de la matière imposable, justifie souvent, au contraire, d'accorder à des considérations économiques un poids prédominant.

La jurisprudence fondée sur l'article 46 alinéa 2 Cst. ne connaît pas cette situation particulière. Le Tribunal fédéral, soit en se fondant sur la réalité économique, mais sans exiger la présence d'une éviction fiscale, soit, plus justement, en se bornant à souligner l'importance de considérations économiques, a interprété extensivement diverses notions de droit civil, ou s'en est notamment écarté. Il a jugé, par exemple, que le domicile fictif qui peu naître de l'application de l'article 24 alinéa 1 CC ne crée pas d'assujettissement<sup>34</sup>. Il a jugé aussi, s'agissant de savoir si le représentant d'une entreprise constituait un établissement stable de cette dernière, ou avait un statut d'indépendant, que les rapports de droit civil (mandat ou contrat de travail) n'étaient pas déterminants<sup>35</sup>. Et, encore, a-t-il assimilé à des apports les prêts des associés de sociétés en commandite ou en nom collectif, lorsque les fonds avancés, de par leur origine, les conditions de leur remboursement, ou leur utilisation, avaient la même nature économique que l'actif social<sup>36</sup>. Mais, ici à nouveau, c'est dans le domaine immobilier que l'interprétation extensive trouve ses illustrations les plus nombreuses. La notion d'«immeuble» s'est ainsi élargie jusqu'à inclure une maison démontable<sup>37</sup> ou des meubles meublants<sup>38</sup>. La notion de gain, ou de rendement immobilier, a été étendue au bénéfice obtenu lors de la vente d'un droit

<sup>34</sup> Arrêt André du 4.10.1941, ATF 67 I 97. Concernant le siège de personnes morales, voir Première partie, II B 4.

<sup>35</sup> Arrêt *Brauerei Haldengut* du 7.12.1928, ATF 54 I 415, 419.

<sup>36</sup> Arrêt *A. Becker-Kuhn* du 28.10.1970, RDAF 1971, p. 349 (résumé); arrêt *N.* du 29.11.1967, ATF 93 I 542, JT 1969 I, p. 113 (résumé), RDAF 1969, p. 119 (résumé); voir, aussi, les arrêts *Jenny* du 17.6.1953 et *Burger* du 2.4.1952, RDAF 1954, pp. 232 et 233 (résumés).

<sup>37</sup> Arrêt *Aeberhard* du 29.9.1965, ATF 91 I 279, JT 1966 I, p. 320 (résumé), RDAF 1966, p. 281 (résumé).

<sup>38</sup> Arrêt *P. SA* du 24.10.1973, RDAF 1976, p. 298 (résumé).

d'emption<sup>39</sup>, ou par l'exécution d'un contrat d'entreprise lié au transfert d'un immeuble<sup>40</sup>. Le Tribunal fédéral a également attribué un caractère immobilier au gain réalisé par la vente de toutes les actions d'une société immobilière<sup>41</sup>, puis de la majorité de tels titres<sup>42</sup>, puis des actions d'une société qui n'était pas exclusivement immobilière<sup>43</sup>, et, enfin, d'une participation minoritaire dans une holding propriétaire d'immeubles et de titres immobiliers<sup>44</sup>!

### B. L'interprétation extensive de notions fiscales et de termes courants

Ainsi que le révèlent certains des arrêts qui viennent d'être mentionnés, il n'est pas rare qu'une décision combine l'interprétation d'une notion de droit civil et l'interprétation d'un concept économique et fiscal. L'échange immobilier de l'arrêt *Bachmann*<sup>45</sup> en fournit un bon exemple; en assimilant cet échange à une double vente, le Tribunal fédéral a donné une définition fiscale de la vente – s'il s'était agi de l'échange d'actions d'une société immobilière, il aurait procédé, en même temps, à une interprétation extensive de la notion d'«immeuble» – et, en jugeant que cette double vente entraînait un bénéfice imposable, il a interprété la notion fiscale de «gain», ou de «réalisation»: devait-on admettre qu'une personne réalise un bénéfice imposable lorsqu'elle n'ob-

<sup>39</sup> Arrêt *Frank* du 23.10.1957, ATF 83 I 329, JT 1958 I, p. 211.

<sup>40</sup> Arrêt *R.* du 10.7.1957, ATF 83 I 184, JT 1958 I, p. 58. En revanche, ni le dédit reçu par le propriétaire d'un immeuble, ni la rente que le débiteur d'un droit d'emption immobilière avait obtenue en échange de sa renonciation à indexer le prix de vente n'ont été considérés comme des gains immobiliers; voir l'arrêt *Wiederkehr* du 3.6.1959, RDAF 1960, p. 248, et l'arrêt *Hans* du 23.5.1973, ATF 99 Ia 223, RDAF 1976, p. 299.

<sup>41</sup> Arrêt *Walter* du 18.2.1959, ATF 85 I 91, JT 1959 I, p. 557, Archives 28, p. 302, RDAF 1960, p. 246. Voir, aussi, l'arrêt *Dame X.* du 2.2.1972, ATF 98 Ia 86, JT 1973 I, p. 290, RDAF 1974, p. 77 (résumé); et l'arrêt *Y. AG* du 2.11.1966, Archives 36, p. 292.

<sup>42</sup> Arrêt *B.* du 26.2.1964, Archives 33, p. 345, RDAF 1966, p. 279. En prenant une autre décision, a noté le Tribunal fédéral, «on ouvrirait la porte toute grande à l'évasion fiscale».

<sup>43</sup> Arrêt *X.* du 7.7.1965, ATF 91 I 467, JT 1967 I, p. 301, RDAF 1966, p. 279 (résumé).

<sup>44</sup> Arrêt *X.* du 23.3.1977, ATF 103 Ia 159.

<sup>45</sup> Note 21 ci-dessus.

tient aucun avantage monétaire et qu'elle procède à un remplacement automatique et immédiat de sa plus-value?

L'interprétation de ces notions de «bénéfice», «gain», ou «revenu», ainsi que des notions de «frais généraux», d'«amortissement» ou de «provision», joue naturellement un rôle essentiel dans la solution des litiges qu'entraîne l'application des lois d'impôts. Le Tribunal fédéral a pu dire, sans doute à juste titre, que le recours à des considérations économiques était plus facilement admissible quand «il s'agissait de l'interprétation d'un terme du langage commercial (*Gewinnungskosten*)» qu'en vue de définir «une notion ayant, comme celle de la personne morale, un sens juridique précis et que le droit fiscal n'a fait qu'emprunter au droit privé»<sup>46</sup>. Certes, il n'en découle pas que le pouvoir d'interprétation des autorités de taxation doit être d'autant plus large que la loi est moins précise et moins claire, ou que le législateur y a multiplié, afin d'éviter des lacunes, les clauses générales; bien au contraire, l'indispensable prévisibilité des décisions administratives et judiciaires exige que l'interprétation d'une loi imprécise ou incomplète soit particulièrement restrictive et prudente. Il n'en est pas moins vrai qu'il manque, ici, les points de référence qu'offre le droit civil lorsqu'il s'agit d'interpréter des notions qui lui ont été empruntées. Les termes du langage commercial, tels ceux de «revenu» ou de «frais généraux», peuvent être définis de manière très différente, et l'omission du législateur fiscal d'en préciser le sens crée une insécurité juridique permanente et irrémédiable, que la jurisprudence peut amplifier, ou, au contraire, tenter de diminuer, mais qui ne lui est pas imputable, et que le test de la prévisibilité ne permet pas d'éliminer.

L'article 21 alinéa 1 litt. d AIN, qui prévoit l'imposition des bénéfices en capital obtenus dans l'exploitation des entreprises, offre un bon exemple des difficultés rencontrées par les autorités administratives et judiciaires dans l'interprétation de notions, *in casu* celles de «réalisation» et d'«aliénation», que ni la loi fiscale ni le droit civil ne définissent, et auxquelles il est possible de prêter des sens très différents. Si, dans ce contexte, on ne voit guère ce qui permet au Tribunal fédéral d'affirmer que l'article en cause a «une teneur très large»<sup>47</sup>, on conçoit néanmoins qu'il ait qualifié d'«aliénation» le transfert d'un bien commercial dans

<sup>46</sup> Arrêt Société pour l'industrie de l'aluminium du 1.12.1933, ATF 59 I 272, 281, JT 1934 I, p. 560 (résumé).

<sup>47</sup> Arrêt F.S. du 5.2.1960, Archives 28, p. 511, RDAF 1961, p. 140, 141.

la fortune privée de son propriétaire<sup>48</sup>, et, même, qu'il ait pu voir une «réalisation» des plus-values d'une entreprise dans le fait que celle-ci cessait – son chiffre d'affaires ayant diminué – d'être astreinte à tenir des livres<sup>49</sup>. Malgré leur caractère insolite, ces jurisprudences ne méritent pas, pensons-nous, les critiques qui leur ont été adressées<sup>50</sup>. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a relevé dans un autre cadre, les autorités chargées d'appliquer la loi peuvent être autorisées à «prendre en considération de façon appropriée certaines particularités justifiées ressortant à la technique fiscale»<sup>51</sup>, et les arrêts qui viennent d'être mentionnés présentaient précisément de telles particularités, qui rendaient prévisible la solution choisie. En effet, le législateur fédéral, à tort ou à raison, a établi des distinctions significatives entre le patrimoine privé d'un contribuable et son patrimoine commercial, et, au sein de ce dernier, entre les biens affectés à une entreprise astreinte à tenir des livres (seule soumise à l'art. 21 al. 1 litt. d) et les biens investis dans une entreprise artisanale ou de peu d'importance. Il est dès lors conforme à la logique du système que la notion d'aliénation n'inclue pas seulement les cas où des actifs changent de propriétaire, mais qu'elle englobe aussi les transferts de biens d'un patrimoine à l'autre. Des considérations du même ordre justifient d'ailleurs, dans certains cas, l'attribution à la fortune commerciale d'un contribuable, ou d'une société de personnes, de biens immobiliers appartenant à un tiers, ou à un seul des associés<sup>52</sup>. Et l'on peut encore citer, dans d'autres domaines, mais toujours dans le cadre d'interprétations suscitées, sinon commandées, par la structure du système en vigueur, l'imposition des actions gratuites<sup>53</sup>, ou celle des plus-values afférentes aux participations d'une société mixte qui, en faisant apport de son exploitation commerciale à une autre société, était devenue une pure holding, désormais exonérée d'impôts<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> Arrêt *W.* du 22. 9. 1950, ATF 76 I 206, JT 1951 I, p. 216 (résumé), Archives 19, p. 332; cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt *K.* du 12. 11. 1976, Archives 46, p. 112, l'arrêt *F.G.* du 16. 5. 1975, Archives 44, p. 205, RDAF 1976, p. 371, et dans l'arrêt *Erben des K.B.* du 29. 9. 1969, Archives 39, p. 170, RDAF 1972, p. 20.

<sup>49</sup> Arrêt *F.S.* du 5. 2. 1960, note 47 ci-dessus; voir, aussi, l'arrêt *J.C.-A.* du 23. 10. 1959, Archives 28, p. 502, RDAF 1961, p. 70.

<sup>50</sup> Voir I. BLUMENSTEIN, Rechtsstaatliche Ausgestaltung und Anwendung der Steuer, Archives 25, pp. 273 et 337, 350.

<sup>51</sup> Arrêt *X.* du 20. 6. 1969, Archives 38, p. 497, RDAF 1972, p. 302, 305.

<sup>52</sup> Voir ci-dessus, Première partie, III, note 132.

<sup>53</sup> Voir ci-dessus, Première partie, IV A 3.

<sup>54</sup> Arrêt *A.H.* du 5. 10. 1966, Archives 36, p. 120.

Les autorités administratives et judiciaires sont appelées à interpréter, non seulement des notions de droit civil ou des concepts propres au droit fiscal, mais aussi des termes et des expressions, utilisés par les lois d'impôts, qui appartiennent au langage courant. Il est généralement, ici, plus facile de discerner les limites que le principe de la légalité fixe à l'interprétation extensive, mais dont la jurisprudence obsédée par la crainte de l'évasion fiscale, de plus en plus souvent, paraît ignorer l'existence. Que les panneaux d'information placés par les entreprises de construction aux abords de leurs chantiers soient considérés comme des «réclames»<sup>55</sup> n'a, sans doute, rien d'inadmissible. Que les versements des fondateurs d'une société d'assurance à un fonds spécial d'organisation soient inclus dans le «prix payé» pour leurs actions (art.23 anc. LT)<sup>56</sup> n'est certainement pas inconcevable. Que l'Afc assimile des effets de change à des «avoirs de clients» (au sens de l'art. 4 al. 1 litt. c LIA) apparaît, en revanche, beaucoup plus discutable, surtout lorsque cette interprétation est uniquement fondée sur le fait qu'«il serait sinon très facile d'écluder l'impôt anticipé»<sup>57</sup>. Il nous paraît également injustifié d'exclure de la notion d'«impense» des commissions de courtage, sous le prétexte qu'une autre interprétation «pourrait conduire à des abus et rendre illusoire l'imposition des gains immobiliers»<sup>58</sup>. Comme il est injustifié, encore, de qualifier d'«emballage» ce qui n'en est manifestement pas un, afin de sauvegarder l'égalité de traitement<sup>59</sup>, ou de donner au terme de «prépondérant» un sens que le dictionnaire ignore, parce qu'une autre solution conduirait à accorder à un contribuable des avantages indus «ungerechtfertigte Steuervorteile»)<sup>60</sup>.

Ces derniers exemples illustrent ce que l'interprétation extensive est trop souvent, et ce que le principe de la légalité lui interdit d'être: un moyen de lutter contre des abus qui ne sont pas

<sup>55</sup> Arrêt *Y. und X.* du 27.9.1967, Archives 37, p. 60.

<sup>56</sup> Arrêt *X. und Y.* du 26.3.1976, Archives 45, p. 114.

<sup>57</sup> Décision du 27.12.1965, Archives 35, p. 318, RDAF 1967, p.150.

<sup>58</sup> Arrêt *E.M.* du 5.10.1960, cité dans une décision de la CCR du Valais, RDAF 1965, p. 91, 94. Dans l'arrêt *Bentom AG* du 29.1.1975, ATF 101 Ia 1, JT 1977 I, p. 470, Archives 45, p. 485, le Tribunal fédéral a jugé arbitraire le refus du fisc d'admettre la déduction, à titre d'impenses, des honoraires d'entrepreneur général de la société contribuable. Concernant cette notion d'«impenses», voir, encore, l'arrêt *B. et C.* du 20.5.1975, Archives 45, p. 490; l'arrêt *G. AG et B.* du 28.3.1973, RDAF 1975, p. 11; ainsi que l'arrêt *T.* du 16.10.1963, Archives 33, p. 288.

<sup>59</sup> Arrêt *D. SA* du 9.6.1972, Archives 41, p. 257.

<sup>60</sup> Arrêt *L. Holding AG* du 7.10.1970, Archives 41, p. 64.

démontrés, ou de garantir, par la voie de l'imposition, une égalité de traitement que le législateur n'a pas expressément consacrée.

### C. L'imposition selon la capacité contributive

#### 1. Notion et portée du principe de la capacité contributive

##### a) Son application en faveur du contribuable

Il est aujourd'hui unanimement reconnu qu'un impôt<sup>61</sup>, à tout le moins un impôt direct<sup>62</sup>, n'est juste et équitable – et, par conséquent, ne peut être neutre – que s'il tient compte de la capacité contributive des contribuables<sup>63</sup>. Le législateur a le devoir d'instituer des impôts dont le taux ou le montant varient selon les facultés économiques des citoyens; même lorsque cette règle n'est pas expressément inscrite dans la Constitution<sup>64</sup>, un contribuable peut exiger, en se fondant sur l'article 4 Cst., d'être imposé en fonction de sa capacité contributive, et de ne pas devoir supporter une charge fiscale plus lourde que celle à laquelle sont soumises des personnes dont la capacité est égale ou supérieure à la sienne<sup>65</sup>. Par ailleurs, le Tribunal fédéral n'a pas exclu qu'un contribuable puisse invoquer la garantie de la propriété (art. 22<sup>ter</sup> Cst.) au cas où un impôt provoquerait «une atteinte extraordinairement grave à la fortune privée, épouserait largement la substance de l'objet imposable et bouleverserait à tel point les conditions de fortune du contribuable que des droits essentiels de la propriété lui seraient enlevés»<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Voir d'autres contributions, telle que la taxe militaire; arrêt *Hubert* du 5.11.1965, ATF 91 I 429, JT 1966 I, p. 585 (résumé).

<sup>62</sup> Un impôt est qualifié d'«indirect», notamment, lorsqu'il ne tient pas compte de la capacité contributive de ceux qui l'acquittent; voir l'arrêt *Schweiz. Eidgenossenschaft*, ATF 95 Ib 225, 231.

<sup>63</sup> Arrêt *Caravansea* du 2.2.1966, ATF 92 I 1, JT 1966 I, p. 509 (résumé), RDAF 1966, p. 307.

<sup>64</sup> Elle l'est, en particulier, dans la Constitution fédérale, en matière d'IDN (art. 41<sup>ter</sup> al. 5 litt. a), et dans certaines chartes cantonales (voir, par exemple, l'art. 19 al. 1 de la constitution zurichoise).

<sup>65</sup> Arrêt *Weber et consorts* du 20.6.1973, ATF 99 Ia 638, JT 1975 I, p. 290, 299.

<sup>66</sup> Ibid., JT 1975 I, p. 297. Concernant cette question, voir M. IMBODEN, Die Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Schranke der Besteuerung, Archives 29, p. 2.

Cependant, la notion de capacité contributive est malaisée à définir. Au plan des personnes physiques, elle se confond, jusqu'à un certain point, avec la faculté d'épargner ou d'engager des dépenses somptuaires et superflues. Ainsi s'expliquent la progressivité des taux d'impôt et les exonérations accordées par la plupart des lois fiscales à la partie du revenu correspondant au minimum vital; moins un revenu est nécessaire à l'entretien du contribuable, plus s'accroît sa capacité économique. Mais l'application de ces règles toutes générales ne garantit pas une imposition équitable. Encore faut-il dessiner – et c'est là un art avant tout politique – la courbe de progression des taux, et, ce qui est plus important, peut-être, préciser la notion de revenu. Au plan des personnes morales, les éléments constitutifs d'une imposition juste et équitable ne sont pas plus faciles à établir. Toutes les sociétés ont-elles (ainsi que le pré suppose le système helvétique) une capacité économique propre, indépendante de celle de leurs membres, qui justifie la double imposition de leurs revenus? La capacité contributive d'une coopérative, qui ne recherche pas le profit, peut-elle se mesurer sur la base des mêmes critères que celle d'une société anonyme<sup>67</sup>?

Si la notion de l'impôt juste, ainsi que l'a souligné WACKERNAGEL<sup>68</sup>, ne relève pas exclusivement des finances publiques, le droit constitutionnel des citoyens d'être imposés selon leurs facultés économiques demeure néanmoins assez théorique, et l'on conçoit mal qu'un contribuable, mesurant sa capacité financière et la comparant à celle de tiers, puisse démontrer le caractère inégal ou prohibitif d'un impôt. Le législateur dispose en ce domaine d'un pouvoir d'appréciation qui, sans être illimité, est nécessairement très large<sup>69</sup>. Lui seul peut, et doit, tenter, en tenant compte de l'évolution politique et sociale, de résoudre des questions qui, par leur caractère subjectif, leur complexité, et l'imprécision des concepts auxquels elles sont liées, échappent, sauf dans des cas extrêmes, à toute solution administrative et à tout contrôle judiciaire.

<sup>67</sup> Concernant ces problèmes, voir-dessous, Troisième partie, I.

<sup>68</sup> J. WACKERNAGEL, Die Kunst der Besteuerung, RDS 1954, p. 437, 439.

<sup>69</sup> Voir l'arrêt *Weber et consorts* du 20.6.1973, note 65 ci-dessus, concernant l'impôt bâlois sur la richesse, JT 1975 I, pp. 300 et 301.

### b) Son rôle dans l'interprétation des lois

Si les contribuables n'ont qu'un droit théorique à être imposés selon leur capacité contributive, l'Administration, de son côté, n'a aucun droit d'invoquer cette notion aux contours mal définis pour interpréter les lois d'impôts ou combattre l'évasion fiscale. Pourtant, la tendance actuelle du fisc est précisément d'assimiler des actes ou des transactions à d'autres, sous prétexte qu'ils révèlent des facultés contributives équivalentes, ou d'exiger des contribuables qu'ils utilisent des formes juridiques qui reflètent leur capacité économique. Par un avatar surprenant, le droit à l'égalité de traitement et à une imposition équitable s'est transformé en devoir, et c'est l'Administration qui se prévaut d'un «droit constitutionnel» à réaliser l'égalité de traitement, ou, plus précisément, l'égalité d'imposition, des contribuables.

Cette thèse est en opposition fondamentale, il n'est guère besoin de le souligner, avec les principes – de la légalité et de la séparation des pouvoirs – qui régissent un Etat de droit, quels que soient les arguments, fondés sur des considérations morales, qui voudraient la justifier. La jurisprudence offre malheureusement des exemples toujours plus nombreux de ce type d'interprétation extensive. C'est ainsi que l'Administration, en se fondant sur l'article 23 AIN (ou, à Genève, l'art. 23 LCP), prétend aujourd'hui attribuer le caractère de «frais d'entretien», non déductibles, aux intérêts débités par une société à son actionnaire, ou par une banque à son client, sous le prétexte que ces intérêts, à défaut d'être payés, ne diminuent pas la capacité économique du débiteur, ou, s'ils sont effectivement acquittés, sous le prétexte que les prêts qu'ils rémunèrent servent à l'entretien du contribuable ou lui donnent les moyens de spéculer<sup>70</sup>. De même, l'Administration fédérale n'admet pas que l'acquéreur d'un immeuble en mauvais état déduise de son revenu (conformément à l'art. 22 al. 1 litt. b AIN) les frais de rénovation qu'il engage après son achat<sup>71</sup>, car il serait, soi-disant, inéquitable que ce contribuable

<sup>70</sup> Voir les arrêts *M.X.* du 12.11.1975, RDAF 1976, p. 193, et *M.B.* du 29.5.1974, RDAF 1974, p. 280, rendus par le T.A. du canton de Genève. Voir aussi, l'arrêt *R.-S.* du 28.1.1975, Archives 44, p. 360, RDAF 1977, p. 29, où le Tribunal fédéral – en se fondant sur la réalité économique, et non pas sur le seul argument d'une imposition conforme à la capacité contributive – a dénié à un contribuable le droit de déduire les intérêts versés à une compagnie d'assurance auprès de laquelle il avait souscrit une assurance-vie mixte contre une prime unique dont il était resté débiteur.

<sup>71</sup> Arrêt *X.* du 30.9.1977, ATF 103 Ib 197, et arrêt *X.* du 15.6.1973, ATF 99 Ib 362.

soit mieux traité que l'acquéreur d'un immeuble déjà rénové, dont la dépense totale serait la même, mais qui ne bénéficierait d'aucune déduction<sup>72</sup>.

Sans doute, peut-on trouver choquant qu'un contribuable fasse l'économie d'impôts que ses facultés économiques lui permettraient d'acquitter et auxquels d'autres contribuables n'ont pas la possibilité ou la tentation d'échapper. Mais faut-il réellement préférer aux inégalités qui sont la rançon du respect de la légalité l'insécurité juridique et les risques d'arbitraire que provoquerait l'abandon du dogme de la séparation des pouvoirs? S'il est important et nécessaire qu'une société se donne pour tâche d'instituer des impôts justes, qui tiennent compte de la capacité économique des citoyens, et s'il est indispensable que les autorités chargées d'appliquer la loi respectent l'égalité de traitement des contribuables, «On ne saurait cependant», ainsi que le Tribunal Administratif de Genève l'a fort bien dit, «transformer ces objectifs en principes impératifs selon lesquels toute application ou toute interprétation d'une disposition de la LCP devrait obligatoirement refléter la stricte réalité économique et imposer le contribuable selon sa capacité contributive exacte»<sup>73</sup>.

Dans un récent arrêt, concernant le «capital dissimulé» d'une société immobilière, le Tribunal fédéral, marquant la frontière entre l'économie d'impôt et l'évasion fiscale, a également écarté l'application d'une méthode d'interprétation qui, au-delà de la conception économique traditionnelle, permettrait au fisc d'invoquer sans autre la capacité financière des contribuables. Les conditions de l'évasion fiscale, a noté le Tribunal fédéral, «ne sont pas réalisées du simple fait que la société n'a pas, aux yeux de l'autorité fiscale, un capital propre (capital social et réserves) suffisant, correspondant à sa capacité économique réelle»<sup>74</sup>; «L'autorité fiscale ne peut... s'écarte de la situation formelle en arguant que l'imposition qui la prendrait pour base ne serait pas satisfaisante; ce serait enfreindre le principe de la légalité»<sup>75</sup>.

Ce rappel opportun d'une règle essentielle signifie-t-il que le Tribunal fédéral entend modifier le cours de l'évolution qui, peu

<sup>72</sup> Il est à peine utile de relever que, dans ce dernier cas, l'*ancien* propriétaire a pu déduire ses frais de rénovation, alors que la thèse adoptée par le Tribunal fédéral conduit à exclure définitivement, au seul profit de l'Etat (et au nom de l'égalité de traitement!), la déduction des mêmes frais.

<sup>73</sup> Arrêt *M.B.* du 29.5.1974, note 70 ci-dessus, RDAF 1974, p. 290.

<sup>74</sup> Arrêt *SI C.* du 13.2.1976, ATF 102 Ib 151, Archives 45, p. 527, RDAF 1977, p. 309, 317.

<sup>75</sup> Ibid., RDAF 1977, p. 317.

à peu, substitue au droit des citoyens d'être imposés selon leur capacité contributive le droit du fisc d'imposer les contribuables en fonction de leurs facultés économiques et financières? On ne peut guère l'espérer. Trop de décisions démontrent que le principe de la légalité cède et s'efface devant le concept de l'égalité d'imposition. Le législateur n'est plus seul à définir l'«impôt juste», et lorsque l'interprétation extensive d'un texte n'en justifie pas l'application, lorsque le droit demeure encore trop loin des faits, l'interprétation de ceux-ci, sous l'angle de leur réalité économique, permet de les rapprocher du droit. Cette évolution n'est probablement pas arrivée à son terme. La théorie du rendement minimum, examinée ci-dessous, veut lui faire franchir le pas décisif qui donnerait à l'autorité ce droit, que le Tribunal fédéral lui dénie encore, en principe, mais qu'il paraît bien lui reconnaître, dans certains cas, de s'«écartier de la situation formelle en arguant que l'imposition qui la prendrait pour base ne serait pas satisfaisante».

## *2. La théorie du rendement minimum*

De par leur nature, ou en raison de leur structure financière, certaines sociétés – coopératives et immobilières, notamment – échappent aux impôts que leur capacité contributive, ou leur force concurrentielle, justifierait qu'elles acquittent. Cette situation, on le sait, a conduit le législateur, dans plusieurs cantons, à instituer des impôts spéciaux, qui, au lieu de frapper le rendement des personnes morales, sont prélevés sur la base de leur chiffre d'affaires ou de leur fortune immobilière<sup>76</sup>. Parallèlement à cette intervention législative, les autorités fiscales ont conçu la théorie de la «sous-capitalisation», ou du «capital dissimulé», dont l'application, conjuguée à celle des règles relatives aux dividendes cachés, limite les possibilités offertes aux sociétés d'alléger le poids de la double imposition et de réduire le montant de leurs bénéfices imposables<sup>77</sup>. Plus récemment, cependant, l'Afc a développé une nouvelle méthode d'imposition, qui vise à soumettre les sociétés commerciales, sans base légale, à un impôt minimum, dont l'objet n'est pas le rendement réel, mais un rendement forfaitaire, imputé à ces sociétés sous le prétexte que leur but économique les astreint à faire et déclarer des bénéfices.

<sup>76</sup> Voir ci-dessous Troisième partie, I A 1.

<sup>77</sup> Voir ci-dessous II B 2, litt. b.

### a) Le rendement minimum des sociétés holding et financières

Les intérêts versés par une société financière à ses actionnaires-créanciers sont considérés – à juste titre – comme des dividendes cachés, dans la mesure où le taux convenu est excessif; par ailleurs, les intérêts afférents à des prêts que le concept – plus discutable – de la sous-capitalisation permet d'assimiler au capital-social sont également ajoutés, quel que soit leur taux, au bénéfice de la société. Ces reprises effectuées, ou si la société n'est pas sous-capitalisée et que le taux d'intérêt choisi ne dépasse pas celui qui serait consenti à des tiers, il n'existe manifestement plus aucun motif de contester la déduction des intérêts versés aux actionnaires. Pourtant, l'Afc exige encore, conformément à une pratique, à notre avis, radicalement arbitraire (elle est même difficilement défendable *de lege ferenda*), que le taux des intérêts correspondant à des prêts qu'elle estime elle-même parfaitement licites – puisqu'ils n'impliquent, par hypothèse, aucune sous-capitalisation – soit de  $1\frac{1}{4}\%$  à  $1\frac{1}{2}\%$  inférieur au «taux moyen du rendement moyen des investissements» de la société<sup>78</sup>; en d'autres termes, la rémunération admissible des prêts d'actionnaires n'est plus fonction des conditions du marché, mais des résultats de la société. Le Tribunal fédéral a approuvé cette pratique dans un arrêt, assez sommairement motivé, concernant une holding qui avait créé une filiale grâce à un prêt d'actionnaire (portant intérêt au taux modeste de 4%); la nouvelle société ayant fait de mauvaises affaires ne procéda à aucune distribution, et l'Afc considéra l'intérêt crédité à l'actionnaire comme un dividende<sup>79</sup>.

### b) Le rendement minimum des sociétés immobilières

Une société immobilière qui loue un immeuble à son actionnaire, ou en accorde la jouissance à ses actionnaires-locataires, concède à ceux-ci une prestation appréciable en argent si le loyer convenu est inférieur à celui qui aurait pu être obtenu d'un tiers. Cette règle est parfaitement logique et conforme au droit. Mais,

<sup>78</sup> Voir la notice (intitulée «Taux d'intérêt déterminants pour le calcul des prestations appréciables en argent») que l'Afc établit tous les deux ans. La dernière en date, du 5 janvier 1978, est publiée dans Archives 46, p. 435.

<sup>79</sup> Arrêt *F. AG* du 17.9.1976, Archives 45, p. 479: «Hätte die X. GmbH Gewinne erzielt, so wäre wohl das Ungewöhnliche der getroffenen Abmachungen kaum aufgefallen und die Steuerbehörden hätten vermutlich auf dem Darlehenszins von 4% keine Verrechnungssteuer gefordert» (p. 483). On ne saurait imaginer de plus clair aveu d'arbitraire!

ici encore, l'Afc va beaucoup plus loin, bien au-delà des frontières de la légalité. Elle ne recherche pas, en effet, quel serait le loyer normal de l'immeuble; elle ne met pas non plus la société contribuable en demeure de démontrer que les conditions du bail en vigueur sont raisonnables: considérant que toute société immobilière poursuit un but économique, elle fixe sans autre le loyer au montant nécessaire à la couverture des charges courantes de l'immeuble et à une rémunération de 6% du capital-social. La présomption que le loyer ainsi fixé pourrait effectivement être obtenu d'un tiers est d'ailleurs irréfragable, selon l'Afc, car des investissements non rentables démontreraient simplement que la société agit dans l'intérêt de ses actionnaires et non pas, comme le voudrait son but, dans son propre intérêt!

Cette pratique (d'ailleurs déjà désuète)<sup>80</sup> a été, elle aussi, récemment confirmée par le Tribunal fédéral, dans trois arrêts rendus le même jour, l'un concernant une société genevoise propriétaire d'une villa, et les deux autres, des sociétés valaisannes d'actionnaires-locataires<sup>81</sup>. Ces décisions, il est vrai, laissent plusieurs questions ouvertes. En premier lieu, le Tribunal fédéral n'a pas clairement précisé si le loyer fixé en fonction d'un rendement minimum devait, comme le voudrait l'Administration, bénéficier d'une présomption d'exactitude irréfragable<sup>82</sup>. En second lieu, la notion de rendement demeure mal définie: inclut-elle uniquement les revenus périodiques de la société, ou celle-ci (notamment, si elle a acquis des biens – terrains, titres, etc. – dans un but spéculatif) peut-elle se prévaloir des plus-values qu'elle espère réaliser à l'avenir? Cette dernière possibilité ne paraît pas complètement exclue, bien que le Tribunal fédéral l'ait écartée en l'espèce, jugeant que les plus-values afférentes aux immeubles des recourantes étaient «*transparentes*», c'est-à-dire qu'elles ne seraient vraisemblablement pas réalisées par les sociétés, mais directement par les actionnaires, lors de l'aliénation de leurs titres. Quant à la prise en compte, pour le calcul du rendement minimum, des fonds propres dissimulés (conformément à la pratique actuelle de l'Administration), le Tribunal fédéral semble,

<sup>80</sup> L'Afc exige, en effet, aujourd'hui que le bénéfice imposable soit égal à 6% du 20% ou du 30% de la valeur des immeubles.

<sup>81</sup> Il s'agit des arrêts *R. SA*, ATF 102 Ib 166, *D. SA*, Archives 45, p. 589, et *SIL SA*, Archives 45, p. 417, du 26.3.1976.

<sup>82</sup> Le Tribunal fédéral, cependant, n'a pas été loin d'adopter ce point de vue dans un arrêt plus ancien, d'ailleurs plusieurs fois cité dans les décisions du 26.3.1976; voir l'arrêt *S.I.N.* du 12.2.1961, Archives 30, p. 474, RDAF 1962, p. 18.

pour l'heure, l'avoir implicitement écartée: «En fixant la rémunération à 6% du capital social, sans prendre en considération l'ensemble des fonds investis (c'est nous qui soulignons), l'Afc a apprécié la situation de manière prudente et conforme à l'expérience des affaires»<sup>83</sup>.

La théorie du rendement minimum n'a aucun fondement légal. Et dès le moment où le montant des prêts accordés par les actionnaires, le taux des intérêts qui leur sont versés ou le loyer qui leur est demandé correspondent aux conditions du marché, cette théorie ne trouve aucun fondement non plus dans l'abus de droit. «L'autorité fiscale», a noté le Tribunal fédéral, dans les arrêts qui précèdent, «ne cherche pas, en violation du droit fédéral, à obliger la société à faire du bénéfice»<sup>84</sup>. Mais n'est-ce pas, au contraire, exactement ce qu'elle cherche et obtient?

#### **D. Conclusions**

La sécurité du droit exige, nous en sommes convaincus, que l'interprétation d'une loi fiscale ne franchisse pas le seuil de l'imprévisible, et qu'elle respecte la systématique et la structure – aussi imparfaite soit-elle – du système en vigueur. Ces restrictions n'excluent pas l'interprétation extensive, mais elles lui tracent certaines limites, au-delà desquelles l'intervention des autorités administratives et judiciaires, même si elle favorise, ou paraît favoriser, l'équité et la neutralité fiscale, prend un caractère arbitraire. Ainsi, l'imposition, sans base légale, des plus-values afférentes à des biens passant du patrimoine commercial d'une personne physique dans sa fortune privée n'est pas contraire au droit, parce qu'elle est logique et prévisible, comme l'est aussi, bien qu'elle soit inéquitable, celle des actions gratuites. En revanche, en assimilant les actions d'une société immobilière à un immeuble, l'Administration viole le principe de la légalité, car la «transparence» d'une personne morale ou de ses titres, quelle que soit sa logique économique, est complètement étrangère à la structure (fondée sur la double imposition) du système helvétique.

Lorsque l'interprétation d'une règle légale n'en justifie pas l'application, seule, alors, la présence d'un abus de droit, ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant, peut justifier que les

<sup>83</sup> Archives 45, p. 421.

<sup>84</sup> Ibid.

actes et transactions d'un contribuable, considérés d'un point de vue économique, soient néanmoins soumis à cette règle. Il ne s'agit pas, dans ces cas, d'interprétation extensive, mais de l'application de dispositions normalement inapplicables à des actes que le principe de la bonne foi, à titre exceptionnel, permet d'assimiler à ceux dont la loi prévoit l'imposition. La sécurité du droit ne peut être garantie que si le champ d'action (dont l'interprétation dessine les contours) d'une disposition légale est clairement séparé de la zone qui le borde, et dans laquelle le principe de la légalité interdit aux autorités fiscales de pénétrer (même si leur intervention paraît désirable), sinon pour réprimer des abus.

La jurisprudence, aujourd'hui, ne manifeste souvent plus qu'un respect purement formel envers le principe de la légalité. Ainsi, l'interprétation extensive fondée sur des considérations économiques substitue ou ajoute à la répression d'abus effectivement commis la prévention d'abus éventuels ou d'exonérations et d'économies d'impôt jugées indésirables. Traditionnellement, les principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'imposition conforme à la capacité contributive conféraient aux contribuables le droit de ne pas être soumis à des impôts *plus élevés* que ceux dont d'autres contribuables, placés dans une situation comparable, supportaient la charge; à l'heure actuelle, ces mêmes principes sont invoqués par les autorités de taxation, au profit de l'Etat, afin d'éviter qu'un contribuable ne soit soumis à des impôts *moins élevés* que ceux auxquels d'autres personnes, placées dans une situation économiquement similaire, pourraient être assujetties. Certains, sans doute, jugeant qu'une loi n'est respectable que lorsqu'elle est juste, se réjouissent de cette évolution. Nous pensons, quant à nous, qu'un Etat démocratique survit plus facilement au légalisme qu'à la confusion des pouvoirs.

## Chapitre II

### La réalité économique

#### A. Introduction

La théorie ou méthode de la réalité économique (*die wirtschaftliche Betrachtungsweise*) est un sujet singulièrement complexe, et, aussi, confus, car cette «réalité» est invoquée dans des situations très diverses. La conception économique, au sens traditionnel de ces termes, est avec l'interprétation extensive, qu'elle prolonge, le principal moyen de combattre l'évasion fiscale. Elle autorise, en effet, l'autorité administrative ou judiciaire à faire abstraction de certaines transactions, de certains actes juridiques, jugés insolites et abusifs, d'un contribuable, et de soumettre ce dernier aux dispositions moins favorables qui lui auraient été applicables s'il n'avait pas effectué ces transactions, ou s'il avait choisi, pour atteindre l'objectif économique qu'il s'était fixé, la voie que le bon sens et la bonne foi lui commandaient d'emprunter.

La diversité des critiques qu'a suscité l'utilisation de cette méthode souligne la complexité des problèmes qu'elle soulève: s'agit-il d'une forme d'interprétation de la loi fiscale? repose-t-elle sur le concept de la fraude à la loi? ou de l'abus de droit? Dans ce dernier cas, est-il concevable que le principe de la bonne foi prime le principe, généralement dominant, de la légalité? Ces questions controversées nous concernent ici directement. En effet, la conception économique implique que l'autorité qui l'invoque dispose de critères lui permettant d'établir une distinction raisonnablement claire entre l'économie d'impôt et l'évasion fiscale, c'est-à-dire, entre les cas où le législateur a admis, expressément ou implicitement, que les contribuables se laissent guider, dans le cadre de leurs transactions économiques, par des considérations fiscales, et ceux où, au contraire, il n'a nullement entendu les faire profiter des choix que la loi paraît leur offrir. Quelle que soit la définition de l'évasion fiscale, et que l'on veuille la combattre, soit en invoquant la réalité économique, soit par l'interprétation téléologique des lois, soit par le détour de l'abus de droit, la question fondamentale reste celle de savoir si les principes de la légalité, de la sécurité du droit, et de la liberté des transactions, ménagent réellement à l'évasion fiscale une place distincte entre l'économie d'impôt et la fraude.

Bien des confusions auraient été évitées si les termes de «réalité économique», ou de «conception économique», n'avaient été employés que dans le contexte de l'évasion fiscale. Malheureusement, le Tribunal fédéral, par l'intermédiaire de sa Chambre de droit public, a choisi d'en faire un usage complètement différent. Appelé à juger de recours fondés sur les articles 4 et 46 alinéa 2 Cst., il a, en effet, admis qu'une imposition cantonale fondée sur la réalité économique – pour autant qu'elle soit justifiée par des motifs sérieux – échappait au reproche d'inconstitutionnalité, même si l'existence d'une économie d'impôt abusive, c'est-à-dire, d'une évasion fiscale, n'avait pas été démontrée. Cette conception économique n'a, bien entendu, plus aucun rapport avec celle que nous avons évoquée plus haut. En fait, le Tribunal fédéral entendait cautionner, sous l'angle aigu de l'arbitraire, l'interprétation extensive, voire analogique, fondée sur des considérations économiques, de diverses dispositions cantonales. Ainsi, les motifs sérieux qui, selon le Tribunal fédéral, peuvent justifier l'assimilation des actions d'une société immobilière à l'immeuble dont elle est propriétaire ne ressortissent nullement à l'évasion fiscale: ils sont tirés de la loi elle-même, et non pas de la conduite du contribuable, dont les actes (par exemple, la vente de ses actions) sont indiscutablement valables, tant au plan fiscal qu'au regard du droit civil.

La conception économique traditionnelle n'est pas en cause non plus – et les objections de principe que son utilisation soulève sont automatiquement écartées – dans les cas où la loi, de manière expresse, soumet à un traitement fiscal identique des situations ou des transactions juridiquement différentes mais économiquement similaires. L'existence d'une disposition légale d'assimilation (par exemple, de l'octroi d'un droit de superficie ou d'un contrat d'entreprise à une vente immobilière) libère précisément le fisc de l'obligation de démontrer un abus ou de recourir à une interprétation extensive. Sans doute, ces règles ne sont pas nécessairement à l'abri de tout reproche, que ce soit au regard du principe de la légalité, lorsqu'elles sont imprécises, ou du point de vue de l'égalité de traitement, lorsqu'elles sont illogiques. Ainsi, les dispositions qui, notamment en matière de droits de mutation, assimilent au transfert d'un immeuble tous les actes par lesquels son propriétaire confère à un tiers le pouvoir de fait d'en disposer font ressurgir, sous une forme atténuée, les questions de légalité que posent la conception économique ou l'interprétation extensive des lois; de même, peut-on douter que l'assujettissement à l'impôt sur les gains immobiliers des titres d'une

société immobilière soit conforme au principe de l'égalité de traitement.

Une dernière source de confusion est l'utilisation de la méthode de la réalité économique dans des situations où les autorités fiscales devraient, en fait, se fonder sur la réalité juridique des actes des contribuables. Tel est le cas, notamment, lorsque ces contribuables accomplissent des actes auxquels le droit ne reconnaît aucun effet (par exemple, la création d'une fondation d'entretien), ou lorsqu'ils qualifient de manière erronée, ou dissimulent, la nature juridique de leurs transactions. La primauté du droit civil n'est plus ici celle, mentionnée dans le précédent chapitre, des notions (de domicile, de capital social, etc.) que le droit fiscal lui emprunte, mais celle de la situation réelle de droit, telle que le contribuable l'a créée par ses actes apparents ou simulés; il ne s'agit pas, en d'autres termes, d'interpréter la loi fiscale sur la base du droit civil, mais bien d'interpréter, d'analyser, les actes du contribuable afin d'en déterminer, à titre préjudiciel, la véritable nature juridique. Mais la primauté du droit civil, là encore, n'est pas absolue, et il arrive que l'autorité fiscale tienne compte des actes d'un contribuable, bien qu'ils soient nuls au regard du droit civil. Cette conception économique – justifiant, par exemple, l'imposition à titre de revenu d'une prestation illicite ou contraire au mœurs – se distingue de la réalité économique traditionnelle par le fait que le fisc, au lieu d'assimiler un acte juridiquement valable à un acte économiquement similaire, prend en considération le résultat économique d'un acte civilement nul.

## B. La réalité économique proprement dite<sup>85</sup>

### 1. *La nature juridique de l'évasion fiscale*

#### a) Généralités

Si le phénomène de l'évasion fiscale et la nécessité de la combattre sont des réalités indiscutées, il est, en revanche, malaisé d'en définir les contours, et il n'est nullement certain que l'inter-

<sup>85</sup> La conception économique et, d'une manière plus générale, l'interprétation des lois fiscales, ont fait l'objet de très nombreux écrits, dont il est impossible de donner ici une liste exhaustive. On consultera, notamment, E. HÖHN, Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, Archives 46, p. 145; ID., Aspekte verfassungsmässiger Besteuerung, Archives 45, p. 209; ID., Steuerumgehung und Steuereinsparung, Rev. Fisc. 1974, p. 141; ID., Zur Auslegung des Steuer-

pré-tation des lois offre le moyen d'en neutraliser les effets. Lorsque le fisc fait à un contribuable le reproche d'écluder un impôt, il lui concède en même temps que l'interprétation «normale»,

rechts, Archives 31, pp. 417 et 465; id., Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, Rev. Fisc. 1963, p. 387; M. MEILI, Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern unter Einbezug der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, Winterthur 1976; B.W. LÄUBLI, Die Steuerumgehung, Zürich 1975; H.-J. DÖLEMEYER, Wechselbeziehungen zwischen Privat- und Steuerrecht in der schweizerischen Gesellschaftsrechtspraxis, unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Diss. Kiel 1975; W. STUDER, Generalklauseln im Steuerrecht, Archives 36, pp. 128 et 177; id., Über Verwendung und Wirkungen von Fiktionen im Steuerrecht, Archives 32, pp. 353 et 401; id., Einige grundsätzliche Aspekte der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Archives 29, p. 35; F. GYGI, Konsequenz und Inkonssequenz in der Verwendung der Methode der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht, Archives 34, p. 337; S. ARIOLI, Die Bundesgerichtsrechtsprechung zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach Art. 4 der BV, Archives 34, p. 81; CH. CONSTANTIN, Réflexions sur l'interprétation des lois d'impôt, RDAF 1964, p. 1; A. ACKERMANN, Bedeutung und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht, Diss. St. Gallen 1963; H. KRAUER, Zum Problem der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Unternehmensbesteuerung, Rev. Fisc. 1962, p. 4; L. HESSDÖRFER, Der Grundsatz von Treu und Glauben im Abgaberecht, Basel 1961; I. BLUMENSTEIN, Gegensätzliche Strömungen in der neuern schweizerischen Verwaltungswissenschaft in ihrer Bedeutung für das Steuerrecht, Archives 29, p. 281; id., Rechtsstaatliche Ausgestaltung und Anwendung der Steuer, Archives 25, pp. 273 et 337; W. STORCK, Auslegungsprobleme im Steuerrecht bei zivilrechtlichen Begriffen und Rechtsgestaltungen, Zürich 1954; J. WACKERNAGEL, Das Legalitätsprinzip im Steuerrecht, dans: Cent ans de droit suisse, RDS 71 I, 1952, p. 401; id., Die Steuerumgehung und ihre Verhütung unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen Rechts, Basel 1949; M. BAUMANN, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1952; W. SCHMID, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, SJZ 1951, p. 237; F. HOFSTETTER, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei den eidgenössischen Stempelabgaben, Diss. Zürich 1950; E. BLUMENSTEIN, Das subjektive Moment der Steuerumgehung, Archives 18, p. 201; id., Steuerumgehung und Steuerhinterziehung, Archives 18, p. 193; id., Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtssprechung, Archives 8, p. 161; id., Steuerobjekt und Gesetzauslegung, Archives 7, p. 321; id., Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, RDS 1933, p. 141 a; M. WURLOD, Forme juridique et réalité économique dans l'application des lois fiscales, thèse Lausanne 1947; E. SCHLEGEL, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, Zürich 1946; id., Erlaubte Steuereinsparung und unzulässige Steuerumgehung, ZBl 1943, p. 353; J. HEGGLIN, Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1946; W. GEERING, Von Treu und Glauben im Steuerrecht, dans: Festschrift für E. Blumenstein, Zürich 1946, p. 138; O. BOSSHARDT, Treu und Glauben im Steuerrecht, Archives 13, pp. 49 et 97; id., Von der Steuerumgehung, SAG 1942–43, p. 20; P. AEBY, De l'influence du droit fiscal sur le droit privé, RDS 1933, p. 279 a.

c'est-à-dire, conforme au principe de la légalité, des dispositions applicables ne permet pas de l'imposer. Comment alors concevoir que, précisément au moment où ce principe dominant paraît exclure les prétentions du fisc, il doive s'effacer devant des règles qui lui sont subordonnées? Comment, en d'autres termes, peut-on justifier que le droit des contribuables à l'économie d'impôt, qui découle des limites que le principe de la légalité fixe à l'interprétation des lois, ne soit plus protégé? Ces problèmes, si souvent débattus, demeurent, aujourd'hui encore, sans solution définitive, mais il n'est généralement pas contesté qu'ils soient étroitement liés aux concepts de l'abus de droit ou de la *fraus legis*.

La fraude à la loi dont, selon certains auteurs<sup>86</sup>, l'évasion fiscale constitue une forme particulière, est réalisée lorsqu'une personne élude une interdiction légale en recourant, pour atteindre le résultat prohibé, à un moyen en soi légitime. La question de savoir si l'existence d'une fraude implique celle d'un abus de droit (c'est-à-dire l'utilisation abusive du moyen choisi), ou si elle ressort directement de l'interprétation de la norme violée est l'objet de controverses<sup>87</sup>, qui sont, à vrai dire, sans grande signification, puisque c'est, de toute manière, l'interprétation de la norme éludée qui fait condamner le moyen utilisé. Il est, en revanche, bien établi que l'existence d'une fraude n'implique pas que son auteur ait eu l'intention, ou ait eu conscience, de la commettre<sup>88</sup>.

Si l'évasion fiscale a des traits communs avec la *fraus legis*, elle s'en distingue, néanmoins, sur des points essentiels. Les parties qui concluent un contrat de location-vente dans le but de permettre au bailleur de conserver la propriété du bien loué, violent une norme – l'article 715 CC – qui exige que toute réserve de propriété prenne la forme d'un pacte inscrit dans un registre public. En revanche, le contribuable qui accorde à sa société des prêts, dans le but d'en assurer le financement, ne viole aucune norme qui exigerait que sa société fût financée par des apports en capital: manifestement, les dispositions soi-disant éludées (selon la théorie du «capital dissimulé»), c'est-à-dire, les règles prévoyant l'imposition du capital social et du bénéfice des sociétés, ainsi que des dividendes distribués, n'excluent nullement d'autres

<sup>86</sup> Voir WACKERNAGEL, Das Legalitätsprinzip im Steuerrecht, op.cit., note 85 ci-dessus, pp. 419 et ss.

<sup>87</sup> H. DESCHEAUX, Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, Tome II, I, Fribourg 1969, pp. 148 et 149.

<sup>88</sup> A. VON TUHR, Partie générale du Code fédéral des Obligations, Lausanne 1929, 1<sup>er</sup> Volume, pp. 222 et 223.

modes de financement. D'autre part, alors qu'une fraude à la loi entraîne la nullité des actes accomplis par son auteur, la présence d'une évasion fiscale conduit à faire abstraction des actes «interdits», mais licites, du contribuable, soit qu'on leur dénie tout effet fiscal (par exemple, lorsque l'évasion est réalisée par la création d'une personne morale), soit qu'on les assimile aux actes dont la norme éludée prévoit l'imposition<sup>89</sup>.

Ainsi qu'on le voit, l'élément essentiel de la fraude à la loi, c'est-à-dire, l'existence d'une disposition d'exclusion, d'une norme précise d'interdiction, fait défaut dans les cas d'évasion fiscale. L'imposition des prêts d'actionnaires à titre de capital dissimulé ne saurait, au regard du principe de la légalité, être basée, sans autre, sur l'interprétation des règles d'imposition du capital social. Elle n'est, par conséquent, pas la sanction d'une fraude à la loi, et elle doit, si l'on veut la justifier, trouver son fondement ailleurs, soit dans l'esprit et la structure de la loi fiscale, soit dans la conduite et la motivation du contribuable.

Une personne commet un abus de droit lorsqu'elle fait valoir une prétention, un droit, qui lui est de peu sinon d'aucune utilité, ou qu'elle a acquis de manière déloyale. L'abus de droit n'implique, théoriquement, ni faute ni intention de nuire, mais il est assez rare, en pratique, qu'un abus soit sanctionné sans que son auteur ait manifesté quelque esprit de chicane<sup>90</sup>. Contrairement à la fraude à la loi, dont l'existence est démontrée par l'interprétation d'une disposition légale (à laquelle on reconnaît le caractère d'une norme d'interdiction), l'abus de droit est révélé par l'examen de la situation, voire des intentions de son auteur: c'est le résultat de cet examen, et non pas l'interprétation des dispositions qu'il invoque, qui conduit à lui dénier la protection de la loi.

Manifestement, l'abus de droit traduit beaucoup mieux que la fraude à la loi la nature du reproche d'évasion fiscale. Parce que les lois d'impôt ne contiennent aucune norme d'exclusion, et parce que le principe de la légalité s'oppose à ce que le recours à la conception économique soit fondé sur une interprétation toute générale de la loi, de son esprit et de sa finalité, la répression de l'évasion fiscale n'est concevable que dans les cas où la situation

<sup>89</sup> Cette situation se rencontre exceptionnellement en droit civil. Il a été ainsi jugé que si le propriétaire d'un immeuble concédait à une personne un droit de superficie, de manière à priver un tiers de la faculté d'exercer son droit de préemption sur l'immeuble, la convention de superficie, bien qu'en soi valable, devait être assimilée à un contrat de vente; voir l'arrêt *Müller c. Küttel et Rigert*, du 19.11.1959, ATF 85 II 474, JT 1960 I, p. 265.

<sup>90</sup> A ce sujet, voir H. DESCHENAUX, op.cit., note 87 ci-dessus, pp. 138 et ss, notamment, p. 144.

et la conduite du contribuable révèlent sa mauvaise foi. Mais si l'abus de droit paraît la seule justification possible à l'utilisation de la conception économique, la primauté du principe de la légalité n'implique-t-elle pas que les actes juridiques accomplis par des contribuables en vue de réaliser une économie d'impôt ne sont précisément pas, et ne peuvent pas être, abusifs? Question essentielle, concernant laquelle la lecture de la doctrine révèle des conceptions divergentes et de profonds désaccords.

### b) Les thèses en présence

Le «père de la réalité économique», le professeur BLUMENSTEIN, a conçu celle-ci, en s'inspirant du droit allemand, comme une méthode d'interprétation particulière, exceptionnelle, qu'il est justifié d'appliquer lorsqu'un contribuable, dans le seul but de réaliser une économie d'impôt notable, utilise une forme juridique insolite<sup>91</sup>. L'évasion fiscale se caractérise ainsi par un élément subjectif (l'intention de réaliser une économie d'impôt), un élément «effectif» (l'existence d'une économie notable), et un élément objectif (la forme insolite, inhabituelle, choisie par le contribuable). Le principe de la légalité protège, en règle générale, celui dont les actes ont pour but, et même pour *seul* but, de faire une économie d'impôt; il n'existe d'évasion fiscale que si la forme juridique utilisée apparaît anormale: l'élément objectif, par conséquent, joue un rôle déterminant.

Il est facile de voir pourquoi cette théorie, qui fait d'une notion extrêmement floue, la «forme insolite», le critère distinctif de l'évasion fiscale, a été vivement critiquée. Si un acte juridique est jugé insolite en raison de l'avantage fiscal qu'il procure, le droit à l'économie d'impôt n'est plus protégé; si le test de l'«insolite» est la complication de la forme utilisée, lorsqu'on la compare aux autres formes à disposition, l'ingéniosité des contribuables est pénalisée, et leur liberté restreinte, sans justification évidente; et si, enfin, la forme insolite est celle qu'adoptent une minorité de contribuables, qui se trouvent «abusivement» privilégiés par rapport à la majorité, le principe de l'égalité de traitement bénéficie, vis-à-vis du principe de la légalité, d'une primauté infondée.

Le professeur HöHN, sans être persuadé que les principes généraux du droit offrent une base légale suffisante à la lutte contre

<sup>91</sup> Voir, en particulier, BLUMENSTEIN, Das subjektive Moment der Steuerumgehung, op. cit., note 85 ci-dessus.

l'évasion fiscale, a tenté de préciser la notion de la forme insolite en la mettant en rapport direct avec le résultat des actes du contribuable. Ceux-ci ne sont abusifs que s'ils visent le même objectif économique que des actes plus normaux et plus simples. Un chemin tortueux n'est pas toujours une voie d'évasion; c'est l'identité du résultat, du contenu économique de transactions par ailleurs différentes qui révèle l'existence d'un impôt éludé<sup>92</sup>. A vrai dire, cette condition d'identité, implicite dans la théorie de BLUMENSTEIN, nous paraît ne rien ajouter à celle-ci. En revanche, le point, beaucoup plus fondamental, sur lequel les thèses de HÖHN et de BLUMENSTEIN divergent réellement concerne les limites des méthodes d'interprétation traditionnelles. Alors que BLUMENSTEIN n'a jamais admis qu'il fût possible de concilier le principe de la légalité et l'interprétation extensive ou analogique des lois d'impôt, HÖHN, au contraire, les concilie si bien qu'il élimine, sans avoir à les résoudre, la plupart des cas traditionnels d'évasion fiscale<sup>93</sup>.

Le professeur WACKERNAGEL, tenant d'une conception stricte de la légalité, a démontré de manière convaincante que la réalité économique, contrairement à l'opinion de BLUMENSTEIN, sortait manifestement du cadre de l'interprétation des lois; en effet, dès le moment où les actes d'un contribuable sont licites et valables, l'interprétation qui conduit à en faire abstraction a *ipso facto* un caractère extensif et viole le principe de la légalité<sup>94</sup>. Quant au principe de la bonne foi, WACKERNAGEL admet qu'il soit pris en considération dans l'interprétation d'une disposition légale; en revanche, le fisc ne saurait, à son avis, l'invoquer en vue d'assujettir un contribuable à un impôt que la loi, dûment interprétée, ne lui permet pas d'exiger: le principe de la légalité a une autorité suprême et il n'est jamais abusif de s'en prévaloir.

Si la conception de WACKERNAGEL ne fait aucune place à l'évasion fiscale, les thèses de HÖHN et de BLUMENSTEIN n'en laissent aucune à l'économie d'impôt; plus précisément celle-ci coïncide, alors, avec le simple *tax planning*, avec le droit, incontestable, des

<sup>92</sup> HÖHN, *Steuereinsparung und Steuerumgehung*, op. cit., note 85 ci-dessus.

<sup>93</sup> HÖHN estime, par exemple, que l'interprétation téléologique permet au fisc de soumettre à l'impôt de liquidation le contribuable qui, peu après avoir transformé son entreprise individuelle en société anonyme, en transfère les actions à un tiers.

<sup>94</sup> WACKERNAGEL, *Das Legalitätsprinzip im Steuerrecht*, op. cit., note 85 ci-dessus, notamment, pp.419 et ss. Voir, aussi, M. IMBODEN *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Basel 1964, p.138.

contribuables de fixer librement, en tenant compte de considérations fiscales, le contenu économique de leurs transactions commerciales. Or, le véritable droit à l'économie d'impôt, celui qui découle du principe de la légalité, a un contenu bien différent. Il permet à son titulaire de prendre avantage des lacunes et des imprécisions de la loi, et de choisir, entre plusieurs voies conduisant à un but économique déterminé, celle qui l'avantage le plus ou, si l'on préfère, celle qui le désavantage le moins. Certes, cette économie d'impôt, considérée sous l'angle de l'égalité de traitement et de la justice fiscale, est parfois teintée d'immoralité. Mais il n'en résulte pas, sans autre, que le fisc soit autorisé à corriger l'œuvre du législateur: un Etat de droit doit souffrir certaines inégalités, aussi longtemps que la loi les consacre ou les tolère. Faut-il en conclure que l'évasion fiscale ne peut trouver aucune place entre l'économie d'impôt et la soustraction ou la fraude? que le principe de la légalité jouit d'une primauté absolue? En d'autres mots, faut-il reconnaître au seul législateur la faculté, en modifiant la loi, de fermer aux contribuables les voies d'évasion?

### c) Le critère de la «forme inutile»

Le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose, sans doute, à ce que les autorités chargées d'appliquer la loi, se substituant au législateur, éliminent, par la voie de l'interprétation, les distorsions provoquées par les dispositions imprécises ou incomplètes des lois fiscales. En revanche, il serait déraisonnable d'exiger du législateur qu'il règle expressément des cas dont l'examen révèle, non pas une véritable lacune de la loi, un oubli ou un choix favorable au contribuable, mais la création artificielle d'une exonération d'impôt. En d'autres mots, l'Etat doit être protégé contre des manœuvres que le législateur le plus attentif n'est pas en mesure de prévoir, et, par conséquent, d'écartier lui-même. C'est pourquoi il est juste et nécessaire, pensons-nous, de fixer certaines limites, tracées par l'application du principe de la bonne foi, au droit constitutionnel des contribuables à l'économie d'impôt.

Mais si l'abus de droit permet de délimiter le territoire de l'évasion fiscale, il ne coïncide pas avec l'utilisation de n'importe quelle forme avantageuse. L'économie d'impôt ne constitue pas en soi un abus, mais, au contraire, un droit, et l'abus de ce droit n'est, à notre avis, réalisé que lorsque la forme juridique choisie, lorsque l'acte ou la transaction effectuée, est *économiquement inutile*; l'ingéniosité des contribuables, dans ce cas, ne mérite plus

la protection du principe de la légalité<sup>95</sup>. Ainsi, l'actionnaire qui accorde des prêts à sa société a une justification économique évidente. Peu importe, à cet égard, que des tiers n'eussent pas octroyé à la même société des crédits équivalents: l'actionnaire n'est précisément pas un tiers, et, en choisissant de financer sa société par des prêts fiscalement favorables, il exerce tout naturellement, et sans aucun abus, son droit à l'économie d'impôt.

Bien différente est, en revanche, la situation de l'actionnaire d'une société commerciale qui crée une holding et lui fait apport de ses actions, non pas afin qu'elle administre cette participation, mais uniquement en vue de distribuer les réserves de la société commerciale à la holding, qui sera rapidement liquidée; cet actionnaire abuse manifestement de son droit, créant et détournant de son but une personne morale économiquement inutile. Il en va de même du contribuable qui transforme son entreprise individuelle en société anonyme puis en vend sans tarder les actions à un tiers: ce contribuable n'a aucun besoin économique d'une société, ainsi qu'il le démontre en en aliénant les titres.

#### d) Validité et portée des clauses générales

Plusieurs lois fédérales et cantonales contiennent des dispositions générales qui autorisent expressément le fisc à faire abstraction des actes juridiques ayant pour but d'éviter l'impôt, soit en toutes circonstances<sup>96</sup>, soit uniquement (ou en particulier) lors de la création ou de l'utilisation abusive d'une personne morale<sup>97</sup>. Les auteurs qui reconnaissent au principe de la légalité une primauté absolue mettent en doute la validité de ces clauses – implicitement ou expressément fondées sur le principe de la bonne foi – ou du moins, les considèrent comme un moyen extrêmement

<sup>95</sup> Ainsi que l'a noté le Tribunal fédéral dans l'arrêt *F.* du 8.10.1965, Archives 35, p. 233, RDAF 1967, p. 240, 242, «les personnes privées – comme les autorités – sont tenues d'agir selon le principe de la bonne foi». Cette règle n'est pas contestable: seul son contenu et sa portée prêtent à discussion.

<sup>96</sup> Au plan fédéral, voir les arts 21 al. 2 LIA, et 8 al. 4 ACHA. Au plan cantonal, des clauses générales sont contenues dans les lois d'Appenzell Rh. Ext. (art. 2 LIC), Appenzell Rh. Int. (art. 2 LIC), de Bâle-Camp. (art. 2 LIC), Genève (art. 332 LCP), Glaris (art. 2 LIC), des Grisons (art. 2 LIC), de Lucerne (art. 73 LIC), Nidwald (art. 2 LIC), d'Obwald (art. 2 LIC), de Soleure (art. 28 LIC), du Tessin (art. 2 LIC), et d'Uri (art. 2 LIC).

<sup>97</sup> Appenzell Rh. Int. (arts 43 et 44 RLIC), Glaris (art. 2 LIC), Grisons (art. 2 LIC), St-Gall (art. 70 al. 3 LIC), Zoug (arts 21 et 22 LIC) et Zurich (art. 44 LIC); concernant la portée de ce genre de clause, voir l'arrêt *X. AG* du 8.7.1964, ATF 90 I 217, Archives 34, p. 163.

discutable, voir indigne d'un Etat de droit, de lutter contre l'évasion fiscale. Le législateur, à leur avis, faillit à son devoir quand, au lieu de préciser lui-même dans quels cas et à quelles conditions des formes juridiques licites n'ont point d'effet fiscal, il donne son blanc-seing aux autorités chargées d'appliquer la loi.

Si l'on admet, au contraire, comme nous le faisons, que le fisc puisse, dans certaines situations, exciper des abus commis par les contribuables, ces clauses générales paraissent, à la fois, inoffensives et inutiles. Elles ne font que rappeler l'existence d'un principe qui, en leur absence, n'en serait pas moins applicable; elles ne préjugent pas de la manière dont l'abus de droit fiscal, qu'impliquent les termes «éluder l'impôt», doit être défini, et, par conséquent, elles ne sont pas *a priori* inconciliables avec le principe de la légalité et le respect du droit à l'économie d'impôt. Sans doute, l'interprétation usuelle des dispositions d'évasion fiscale, liée au concept de la «forme insolite», est peu satisfaisante. Mais cette interprétation n'est nullement imposée par le contenu des clauses générales; l'autorité judiciaire pourrait la modifier en tout temps, et même lorsque la loi se réfère assez clairement à la condition traditionnelle de la «forme insolite»<sup>98</sup>, il n'est pas exclu que celle-ci soit comprise dans le sens, plus étroit, et plus respectueux de la légalité, de la «forme inutile».

La clause générale de la loi glaronnaise fait bénéficier, à la fois, les contribuables et le fisc de la conception économique. Cette exigence de réciprocité, que l'on trouve aussi mentionnée dans la doctrine<sup>99</sup>, illustre la confusion qui règne en matière de réalité économique. Ainsi que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, l'autorité qui invoque cette réalité n'interprète pas la loi; tout au contraire, elle modifie l'état de fait afin qu'il coïncide avec les conditions d'application de règles d'imposition qui, à défaut, ne seraient précisément pas applicables. Cette méthode exceptionnelle trouve sa justification dans un abus de droit, une tentative d'évasion fiscale dont, bien entendu, le contribuable seul peut être logiquement l'auteur. La bonne foi exigée du fisc n'a rien à voir avec la *réalité économique*<sup>100</sup>. Elle ne concerne que l'*inter-*

<sup>98</sup> La loi soleuroise, par exemple, prévoit ce qui suit: «Werden zum Zwecke der Steuerumgehung Rechtsgeschäfte abgeschlossen oder Rechtsformen gewählt, die dem wirtschaftlichen Tatbestande offensichtlich nicht entsprechen, so sind die Steuern nach Massgabe des wirtschaftlichen Tatbestandes zu entrichten» (art. 28 LIC).

<sup>99</sup> Au plan jurisprudentiel, voir ci-dessous D 1.

<sup>100</sup> Si ce n'est que, *dans une même affaire*, l'Administration ne peut imposer le contribuable, à la fois, selon la réalité économique et selon la réalité juridique; voir ci-dessous C 3.

*prétation économique* des lois d'impôt; lorsque le fisc donne à certains termes (tels ceux de liquidation, ou de transfert immobilier) un sens différent que celui qui leur est prêté par le droit civil, la bonne foi voudrait qu'il s'en tienne à la définition qu'il a choisie, et qu'il admette que les contribuables s'en prévalent, lorsqu'elle les avantage.

## 2. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Il est difficile d'évaluer et de critiquer dans l'abstrait le critère de la «forme insolite», aussi nous paraît-il indispensable, en passant brièvement en revue la jurisprudence du Tribunal fédéral, au plan des lois fédérales, d'examiner les principaux cas dans lesquels le fisc a été autorisé à faire abstraction d'actes juridiques provoqués ou influencés par des considérations fiscales.

Ainsi que nous l'avons déjà noté, le Tribunal fédéral, adoptant pour l'essentiel la théorie développée par le professeur BLUMENSTEIN, subordonne l'utilisation de la méthode de la réalité économique à l'existence d'une évasion fiscale, d'un abus de droit, qui est réalisé lorsque les conditions suivantes sont remplies:

«a) la forme dont le contribuable a revêtu une opération est insolite, inadéquate ou anormale (*ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich*), en tout cas inadaptée aux données économiques;

b) le choix de cette forme est abusif et n'a pour but que de faire l'économie d'impôts qui auraient été perçus si l'on avait normalement réglé l'affaire;

c) la voie choisie entraînerait effectivement une notable économie d'impôts si le fisc l'admettait.»<sup>101</sup>

Si le Tribunal fédéral a toujours exigé la présence d'une forme insolite (la condition objective) et d'une économie potentielle notable (la condition dite «effective»)<sup>102</sup>, sa position vis-à-vis de la condition subjective a été moins constante. Primitivement requise, cette condition a été plus tard pratiquement abandonnée (le Tribunal fédéral estimant que l'intention d'éviter l'impôt était démontrée par le choix d'une forme insolite avantageuse)<sup>103</sup>, puis réintroduite ou, du moins, régulièrement mentionnée. Mais, aujourd'hui encore, le rôle du critère subjectif

<sup>101</sup> Arrêt *SI C.* du 13.2.1976, note 74 ci-dessus, RDAF 1977, p. 311.

<sup>102</sup> Il est arrivé, toutefois, que cette seconde condition fut passée sous silence; voir, par exemple, l'arrêt *V. AG* du 29.1.1954, ATF 80 I 30, JT 1955 I, p. 115, Archives 23, p. 475, RDAF 1955, p. 14.

<sup>103</sup> Arrêt *Actuelvétia* du 25.1.1950, RDAF 1952, p. 8 (résumé).

demeure ambigu. Si l'Administration supporte théoriquement le fardeau de la preuve<sup>104</sup>, le Tribunal fédéral considère souvent la forme insolite comme l'indice d'une intention abusive<sup>105</sup>; en d'autres mots, cette forme crée la présomption d'un abus que le contribuable peut renverser s'il démontre que son choix est lié à des motifs extérieurs à la fiscalité.

On voit que si un contribuable peut exceptionnellement bénéficier d'une économie d'impôt involontaire<sup>106</sup>, ou incidente (s'il démontre que ses actes «anormaux» n'ont pas une motivation exclusivement fiscale), le critère de la forme insolite, qui joue un rôle déterminant, est très difficilement conciliable avec la reconnaissance du droit à l'économie d'impôt; et on voit, aussi, que ce droit n'est plus du tout protégé si, comme il est souvent le cas, une transaction est jugée insolite précisément parce qu'elle entraîne un avantage fiscal. Le Tribunal fédéral, certes, a rappelé à plusieurs reprises que «chacun peut en principe organiser son activité économique de manière à payer le moins possible d'impôts, en particulier adopter, parmi plusieurs structures juridiques envisageables, celle qui entraîne la charge fiscale la plus faible»<sup>107</sup>, mais les seuls exemples d'épargne fiscale qu'il ait jamais cités – la doctrine ne paraît pas non plus en avoir trouvé d'autres<sup>108</sup> – sont, d'une part, l'adoption d'une forme juridique (entreprise ou société) avantageuse, et, d'autre part, la localisation ou le transfert du siège d'une société dans un canton lui offrant un statut fiscal privilégié. Le recours à de tels exemples constitue assez clairement l'aveu d'une conception de l'économie d'impôt qui limite cette dernière à des cas où, non seulement le résultat économique des voies envisageables n'est pas identique,

<sup>104</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *F.* du 8.10.1965, note 95 ci-dessus, ainsi que l'arrêt *M.-Stiftung* du 11.2.1949, ATF 75 I 57, JT 1950 I, p. 30 (résumé), Archives 18, p. 173, RDAF 1949, p. 309.

<sup>105</sup> Voir l'arrêt *J.R.* du 15.6.1973, note 32 ci-dessus, RDAF 1975, p. 175: «c'est le caractère insolite du procédé... qui prend valeur d'indice».

<sup>106</sup> L'arrêt *J.R.*, note 32 ci-dessus, en fournit un exemple; le contribuable avait transformé son entreprise en société anonyme, dont il aliena les titres à assez bref délai; il était, toutefois, démontré que la vente des actions, en soi insolite, n'avait pas été envisagée au moment de la transformation, et qu'elle n'était, par conséquent, pas abusive.

<sup>107</sup> Voir l'arrêt *SI C.* du 13.2.1976, note 74 ci-dessus, RDAF 1977, p. 312, ainsi que l'arrêt *SA X.* du 24.2.1950, Archives 19, p. 88, RDAF 1951, p. 178, 181.

<sup>108</sup> On peut, toutefois, mentionner, encore, la création d'une succursale (à l'exclusion d'une filiale), ainsi que la réévaluation d'un actif en vue de compenser des pertes d'exploitation avant qu'elles ne soient fiscalement plus déductibles (à ce sujet, voir Première partie, III B).

mais encore où, même s'il était démontré que le choix effectué avait un caractère insolite (que l'on songe, par exemple, à une société qui placerait son siège réel dans un lieu totalement inadapté à ses activités), toute évasion fiscale serait exclue.

Le seul récent arrêt, à notre connaissance, où le Tribunal fédéral a effectivement admis qu'un contribuable bénéficiât d'une épargne fiscale délibérée concernait un commerçant qui, au cours de l'année où il avait transformé son entreprise individuelle en société anonyme, n'avait pas procédé aux amortissements qu'il avait coutume de passer; cette omission lui était favorable, au plan de l'IDN, puisqu'elle augmentait le montant des bénéfices qui, en raison de la taxation intermédiaire provoquée par la transformation, ne seraient jamais soumis à l'impôt<sup>109</sup>. Bien qu'inhabituelle, la conduite du contribuable n'était pas abusive, selon le Tribunal fédéral, car elle avait une justification économique: des amortissements particulièrement élevés avaient, en effet, été effectués pendant les exercices précédents, et le dernier bilan de l'entreprise donnait une juste image de sa valeur réelle.

L'imprécision et l'interdépendance des deux critères objectif et subjectif utilisés par le Tribunal fédéral ne permet guère de déterminer, dans ce genre de cas, si la licéité de l'épargne réalisée est due au fait que la forme choisie n'est pas réellement insolite (n'étant pas «inadaptée aux données économiques») ou si elle est fondée sur l'argument selon lequel la condition subjective n'est pas remplie (le contribuable pouvant démontrer qu'il n'était pas motivé exclusivement par des considérations fiscales)<sup>110</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral, passée en revue dans les pages qui suivent, révèle d'ailleurs combien le terrain de la réalité économique est accidenté et mouvant. Elle révèle aussi que le prin-

<sup>109</sup> Arrêt *X.* du 29.9.1972, ATF 98 Ib 314, Archives 42, p. 31, RDAF 1974, p. 175. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas admis qu'un contribuable sujet à une taxation intermédiaire à la suite de la reprise d'un commerce bénéficiât d'un amortissement sur stock (en soi justifié) fait en 1961 (au moment de la reprise) au-delà de 1962, ceci bien que la taxation 1963–1964 dût être normalement basée sur les résultats de 1961–1962. L'admettre aurait fait bénéficier le recourant, notait le Tribunal fédéral, d'*«un privilège auquel l'ordre juridique bien compris ne lui donne aucun droit»* (arrêt *R.S.* du 9.2.1958, Archives 37, p. 453, RDAF 1971, p. 102, 106).

<sup>110</sup> Par ailleurs, si l'on admet, avec HöHN, qu'une forme n'est insolite que lorsqu'elle permet d'atteindre un résultat qu'un moyen plus normal aurait également permis d'obtenir, comment prétendre qu'une *omission* (tel le fait de ne pas amortir ses actifs) puisse conduire au même résultat économique que la forme réputée normale (qui serait, ici, d'amortir ses actifs) ?

cipe de la bonne foi joue un rôle moins essentiel que celui qui lui est formellement prêté; la solution des conflits provoqués par les anomalies et les lacunes des lois fiscales est, en réalité, plus souvent dictée par la volonté du fisc, soit de réaliser l'égalité de traitement que le législateur n'a pas su garantir, soit de préserver les intérêts financiers de l'Etat.

### a) L'utilisation de sociétés holding

Les économies d'impôts offertes par l'interposition d'une holding entre un actionnaire et sa société ont été combattues par la méthode de la réalité économique et, plus récemment, par l'interprétation extensive des dispositions en vigueur. Dans l'arrêt *X* du 19 décembre 1967<sup>111</sup>, l'actionnaire d'une société commerciale disposant d'importantes réserves avait créé une société holding, grâce à un prêt bancaire de Fr. 1 000 000.–, puis lui avait vendu, pour Fr. 2 000 000.–, les actions de la société commerciale. Le prix avait été réglé partiellement en espèces, à concurrence d'un million (utilisé au remboursement du prêt), l'actionnaire demeurant créancier du solde. Avant ces transactions, la distribution des réserves de la société commerciale aurait naturellement assujetti l'actionnaire à l'impôt fédéral sur le revenu (art. 21 al. 1 litt. c AIN); en revanche, la forme choisie permettait d'éviter cette imposition: les réserves en cause seraient distribuées à la holding (exonérée d'impôt sur le bénéfice), puis celle-ci les verserait à son actionnaire en remboursement de son prêt et du montant nominal de ses titres. L'arrêt *F* du 30 avril 1971<sup>112</sup> présente une situation similaire, mais, l'actionnaire étant un résident étranger, l'économie réalisée concernait l'impôt anticipé et non pas l'impôt sur le revenu. Alors que la holding de l'arrêt précédent permettait d'échapper à la double imposition économique, celle-là servirait à éviter la double imposition internationale.

Dans ces deux affaires, le Tribunal fédéral a admis la présence d'une tentative d'évasion fiscale, démontrée, notamment, par le fait que la holding, non seulement devenait débitrice de son actionnaire, mais, surtout, n'avait pas les fonds nécessaires au paiement des actions qu'elle achetait, à moins, précisément, qu'elle n'utilisât, après se les être distribuées, les réserves de sa filiale. Cette

<sup>111</sup> ATF 93 I 722, JT 1968 I, p. 596 (résumé), Archives 37, p. 43, RDAF 1970, p. 242.

<sup>112</sup> Archives 40, p. 512, RDAF 1973, p. 27; voir, aussi, la décision de l'Afc du 6.3.1970, Archives 39, p. 114, RDAF 1970, p. 304.

argumentation, cependant, a une faille évidente. En effet, si la holding recevait les actions de la société commerciale à titre d'apport, rémunéré exclusivement par des titres d'une valeur nominale égale à la valeur *réelle* des actions apportées, son actionnaire bénéficierait de la même économie d'impôt. Or, il serait manifestement absurde de qualifier cette transaction d'abusive (à moins que la holding soit liquidée peu après sa création); curieusement, c'est, au contraire, la forme juridique préservant les droits du fisc, soit la vente ou l'apport (éventuellement avec un agio) des titres à leur valeur *nominale*, qui serait objectivement insolite.

Mais si le mode de financement choisi, dans ces deux arrêts, n'offrait aux contribuables aucune économie d'impôt qu'ils n'auraient pas aussi obtenu par la voie la plus normale, il leur permettait – et ils en ont effectivement profité – de concrétiser cette économie de manière abusive; en se faisant rembourser sans tarder leur prêt, ils démontraient, en effet, que la holding n'avait ni besoin ni l'usage des fonds de la société commerciale, sinon, précisément, en vue de rembourser son actionnaire. La décision du Tribunal fédéral conduisait cependant l'Administration dans une impasse. Dès le moment, en effet, où un contribuable avisé créerait une holding sans en devenir créancier – recevant des actions d'une valeur nominale égale à la valeur vénale des titres apportés – et sans la liquider à bref délai, il bénéficierait d'une économie d'impôt potentielle qui n'aurait aucun caractère abusif.

Ce problème ne s'est jamais posé car le Tribunal fédéral, quittant le terrain de l'évasion fiscale, a jugé, dans les arrêts *J.W.*<sup>113</sup> et *A.M.*<sup>114</sup> des 6 avril 1973 et 14 mars 1975, que dans la mesure où la contrestitution de la holding (en valeur nominale et créance) excédait le montant nominal des titres apportés, l'article 21 alinéa 1 litt. c AIN, indépendamment de tout abus, en permettait l'imposition: l'actionnaire, selon la thèse adoptée dans ces arrêts, bénéficiait d'une prestation appréciable en argent, sous la forme d'un droit de disposer des réserves de la société commerciale.

Cette jurisprudence, qui est en soi fâcheuse, est aussi l'indice d'une évolution inquiétante, du moins aux yeux de ceux qui pensent que le respect du principe de la légalité passe avant la protection des intérêts financiers de la Confédération<sup>115</sup>, et, ce qui

<sup>113</sup> Archives 42, p. 393 (avec une note de E. KÄNZIG en p. 527), RDAF 1975, p. 167.

<sup>114</sup> ATF 101 Ib 44, Archives 43, p. 588, RDAF 1976, p. 179.

<sup>115</sup> Voir E. KÄNZIG, Von der wirtschaftlichen zur fiskalischen Betrachtungsweise, Archives 44, p. 1. Notre corapporteur, le professeur W. RYSER, a également critiqué vivement cette jurisprudence: Réflexions sur la notion de revenu,

est moins satisfaisant, sans doute, mais nécessaire dans un Etat de droit, avant le respect d'une égalité de traitement que le législateur n'a pas su consacrer. Non seulement l'équivalence des prestation de l'actionnaire et contreprestation de la holding exclut toute imposition, mais, encore, est-il évident que l'actionnaire n'obtient aucun avantage qu'il ne possède déjà ou qu'il n'obtiendrait si, conformément aux exigences du fisc, la valeur nominale des actions de la holding correspondait à la valeur nominale des titres apportés<sup>116</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, il aurait la disposition potentielle des réserves de sa société, et l'interprétation choisie ne saurait se justifier par le fait que la forme utilisée, c'est là sa seule originalité, lui offre l'avantage supplémentaire d'une économie d'impôt.

Au-delà de la question de savoir quel traitement doit être réservé, *de lege lata*, au fondateur d'une société holding, il est essentiel de voir que les inégalités fondamentales de notre système fiscal – la double imposition et l'exonération des gains en capital – expliquent, à la fois, que le contribuable recherche une économie d'impôt et qu'il trouve le moyen de la réaliser. En effet, l'interposition d'une holding entraîne la transformation d'un revenu potentiel imposable (le dividende dont l'actionnaire bénéficierait en cas de distribution des réserves) en un gain en capital exonéré (égal au montant de la différence entre la valeur réelle des titres de la holding et la valeur d'acquisition des actions de la société commerciale). Ce même type de situation se retrouve dans les cas – examinés plus loin – où un commerçant en raison individuelle transforme son entreprise en société anonyme, dont il pourra un jour aliéner les titres en franchise d'impôt. Et c'est à une motivation similaire qu'obéit le contribuable qui, contractant un prêt dont les intérêts sont déductibles de son revenu imposable, utilise les fonds mis à sa disposition à des spéculations boursières exonérées; mais si l'effet cumulé de cette déduction et de cette exonération, manifestement, bafoue le

dans: Mélanges Henri Zwahlen, Association H. Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal, Lausanne 1977, pp. 665, 679 et ss. En revanche, ces arrêts ont trouvé un défenseur en la personne du juge fédéral H. DUBS, *Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerumgehung*, dans: Mélanges Henri Zwahlen, op. cit., pp. 569, 578 et ss.

<sup>116</sup> L'équivalence des prestations, selon le Tribunal fédéral, n'est pas déterminante, car l'art. 21 AIN prévoit l'imposition de tout avantage qui n'a pas la nature d'un remboursement de capital. Mais l'avantage obtenu par l'actionnaire qui reçoit des actions d'une valeur nominale égale à la valeur vénale des titres apportés consiste précisément dans le droit de bénéficier des réserves de la société commerciale à titre de remboursement de capital!

principe de l'imposition fondée sur la capacité contributive, le législateur seul, en l'occurrence, peut être accusé d'abus<sup>117</sup>.

### b) Le capital dissimulé<sup>118</sup>

Autre moyen classique d'éviter ou d'atténuer la double imposition économique (ou internationale), le financement d'une société grâce à des prêts d'actionnaire ne répond pas, nous l'avons relevé, déjà, à plusieurs reprises, aux conditions de l'évasion fiscale. Non seulement la forme choisie n'est pas inutile, puisqu'elle permet d'atteindre le but économique recherché, mais encore n'a-t-elle par rapport à des apports en capital aucun caractère insolite. Le Tribunal fédéral admet toutefois que le fisc, dans une mesure qui demeure, aujourd'hui encore, mal déterminée, assimile, respectivement au capital et au bénéfice d'une société, les prêts que lui consentent ses actionnaires et les intérêts afférents à ces prêts.

L'application de la théorie du capital dissimulé (ou de la «sous-capitalisation»), qui est ancienne<sup>119</sup>, fut pendant longtemps réservée à des cas spéciaux, notamment, de prêts concédés à une société obérée<sup>120</sup>, ou de transferts d'actifs à une société qui, ne disposant pas des fonds nécessaires, devenait débitrice de son actionnaire<sup>121</sup>. Peu à peu s'est dessinée, sous l'impulsion des autorités fiscales, une notion générale de la sous-capitalisation<sup>122</sup>, qui a trouvé son expression dans une notice de l'Afc du 10 juillet 1968 concernant le capital propre des sociétés immobilières<sup>123</sup>. Le Tribunal fédéral a approuvé les termes de cette circulaire<sup>124</sup>,

<sup>117</sup> Ainsi que le Tribunal fédéral ne craignait pas de le souligner, en d'autres temps: «Si la lacune existant dans la LI au sujet de l'imposition des bénéfices sur papiers-valeurs devait être ressentie comme quelque chose d'inéquitable et d'insatisfaisant, ce serait l'affaire du législateur de la combler en complétant la réglementation légale» (arrêt *X. et Y.* du 21.10.1959, ATF 85 I 217, JT 1960 I, p. 144, 151).

<sup>118</sup> Voir aussi ci-dessous, C 3, l'examen de ce concept au regard de l'art. 4 Cst.

<sup>119</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Bigar* du 11.6.1914, ATF 40 I 134.

<sup>120</sup> Arrêt *G. AG* du 28.6.1968, ATF 94 I 384, JT 1968 I, p. 598 (résumé), Archives 37, p. 296, RDAF 1969, p. 176. Cf., au plan du droit civil, l'arrêt *Banque commerciale SA contre Faillite Ersa* du 20.4.1970, SJ 1971, p. 209.

<sup>121</sup> Arrêt *SA X.* du 24.2.1950, note 107 ci-dessus.

<sup>122</sup> Décision *X. SA* de l'Afc du 16.7.1958, Archives 27, p. 229, RDAF 1959, p. 236.

<sup>123</sup> Le texte en est publié, notamment, dans Archives 37, pp. 199 et ss.

<sup>124</sup> Arrêt *SI A.* du 12.11.1971, Archives 41, p. 243; arrêt *Société Immobilière X. SA* du 10.11.1972 (concernant une société contrôlée par un fonds de placement), Archives 42, p. 203, RDAF 1974, p. 317.

qui n'implique d'ailleurs pas, ainsi qu'il l'a précisé plus tard, que seule une société immobilière puisse être sous-capitalisée<sup>125</sup>, et il a confirmé que la présence d'un financement insolite était subordonnée aux conditions (cumulatives) suivantes:

- «a) la société n'aurait pas pu remplir sa tâche si elle n'avait pas disposé des fonds dissimulés;
- b) un prêt de l'importance de celui qui a été stipulé n'aurait pu être obtenu, compte tenu de l'usage commercial, d'un tiers étranger à la société;
- c) le capital prêté a été exposé aux risques inhérents à l'activité commerciale.»<sup>126</sup>

La seconde de ces conditions, qui est au cœur du concept de la sous-capitalisation (car sa réalisation, seule, donne aux prêts d'actionnaires un caractère singulier), est fondée sur l'artifice d'une comparaison entre des personnes – les actionnaires, d'une part, et les tiers, de l'autre – qui ne sont manifestement pas dans la même situation. Exiger des premiers qu'ils se conduisent comme les seconds ne repose sur aucune base logique. Car s'il est vrai que des tiers n'accorderaient pas à une société, sans garantie, des prêts importants (mais ils n'accepteraient pas non plus de souscrire à son capital!), il est parfaitement normal, en revanche, qu'une société choisisse, lorsqu'elle le peut, une forme de financement qui l'avantage; il est, en vérité, difficile d'imaginer un meilleur exemple de véritable économie d'impôt, à laquelle ni l'interprétation de la loi ni le concept de l'abus de droit ne permettent de faire obstacle, même si elle paraît indésirable au plan de l'égalité de traitement, de l'imposition fondée sur la capacité contributive, et de la justice fiscale.

D'ailleurs, le seul fait que la mesure, c'est-à-dire, la détermination du montant, du capital dissimulé d'une société ne puisse se fonder sur aucun critère précis condamne cette méthode d'imposition, lorsqu'elle est sans base légale<sup>127</sup>. Le «prêt-capital» sera-t-il calculé par rapport au total du bilan de la société ou par rapport au montant de ses fonds propres? Quelle est la proportion admissible des prêts au regard du bilan ou des fonds propres? Autant de questions controversées, auxquelles les autorités fiscales, elles-mêmes, offrent des solutions divergentes. Si la notice de

<sup>125</sup> Arrêt *Société coopérative X.* du 6.4.1973, ATF 99 Ib 371, Archives 42, p. 540, RDAF 1975, p. 235.

<sup>126</sup> Ibid., RDAF 1975, p. 238.

<sup>127</sup> Au sujet des dispositions concernant le capital dissimulé contenues dans quelques lois cantonales, voir ci-dessous, Troisième partie, I A 1, litt. b.

l'Afc assimile au capital d'une société immobilière le montant des prêts dépassant 80% (voire 70%) de la valeur *vénale* des immeubles, l'Administration genevoise, par exemple, a toujours soutenu que la sous-capitalisation devait être calculée sur la base de la valeur *comptable* des biens immobiliers. Le Tribunal fédéral a rejeté cette thèse, en matière d'IDN<sup>128</sup>, mais le fisc genevois l'a fait adopter par le législateur cantonal.

La situation n'est pas moins confuse au plan des sociétés industrielles et commerciales. S'agissant d'une société coopérative, le Tribunal fédéral a jugé «favorable à la recourante» la solution consistant à exiger que ses fonds propres atteignent 20% du total du bilan, relevant par ailleurs qu'un pourcentage de 40% paraît «quelque peu élevé»<sup>129</sup>! L'Administration fédérale de l'impôt anticipé utilise d'autres critères, puisqu'elle exige que les prêts consentis par les actionnaires n'excèdent pas le sextuple du capital social de leur société<sup>130</sup>. On sait que la même règle est appliquée dans le cadre de l'Arrêté fédéral du 14 décembre 1962 sur l'utilisation abusive des conventions de double imposition<sup>131</sup>, et qu'elle est expressément mentionnée dans les traités en vigueur avec la France, l'Allemagne et l'Italie.

Il n'est pas sans intérêt, enfin, de relever que le capital dissimulé n'est jamais soumis au droit d'émission<sup>132</sup>. Cette distinction faite entre la LT, dont on souligne le caractère formel, et les lois sur les impôts directs n'est qu'un illogisme de plus: dès le moment où la présence d'une évasion fiscale dépend de la commission d'un abus, il n'existe aucune bonne raison d'en exclure l'éventualité dans le cadre des contributions indirectes. Le formalisme de la LT fait obstacle à son interprétation extensive, mais il ne saurait légitimer des transactions abusives. C'est là un nouvel exemple de cette confusion, si fréquente, entre le processus d'interprétation, destiné à préciser le sens *général* d'une norme légale, et la méthode de la réalité économique, qui permet l'appli-

<sup>128</sup> Dans l'arrêt *SI C.* du 13.2.1976, note 74 ci-dessus.

<sup>129</sup> Arrêt *Société coopérative X.* du 6.4.1973, voir note 125 ci-dessus, RDAF 1975, p. 240. Dans sa décision du 16.7.1958, note 122 ci-dessus, l'Afc a mentionné les pourcentages suivants: 50% pour une entreprise de production et 35%, environ, pour une entreprise commerciale.

<sup>130</sup> Cette pratique est fondée sur une circulaire de l'Afc du 17.7.1953.

<sup>131</sup> Sur la base d'une circulaire de l'Afc du 31.12.1962, publiée, notamment, dans: *Droit Fiscal International de la Suisse*, recueil rédigé par l'Afc, Vol. III.

<sup>132</sup> Décision de l'Afc du 16.7.1958, ci-dessus note 122.

cation *exceptionnelle* de cette norme, précisément dans des cas où son interprétation n'en justifierait pas l'application.

### c) La transparence des personnes morales

Le fisc peut-il faire abstraction de l'existence d'une personne morale? Quelques lois et règlements cantonaux l'y autorisent expressément, aux termes de clauses selon lesquelles les biens et les revenus d'une corporation ou d'un établissement créé dans un but d'évasion fiscale sont imposables en mains de son fondateur ou des personnes qui le contrôlent<sup>133</sup>. Une base légale n'est cependant pas indispensable. Conformément à la jurisprudence, «un canton... peut continuer de considérer comme biens d'un contribuable soumis à sa souveraineté fiscale les biens que ce contribuable a transférés à une personne juridique, lorsqu'il peut être prouvé que celle-ci n'a été fondée qu'en vue d'échapper à l'obligation fiscale et qu'en réalité, après comme avant, l'ancien propriétaire exerce sur ces biens les droits déterminants pour l'attribution de la souveraineté fiscale»<sup>134</sup>.

En pratique, les cas de «transparence» demeurent exceptionnels: «s'il est un domaine... où le droit civil peut servir à l'interprétation du droit fiscal, c'est surtout lorsqu'il s'agit de fixer les caractères de la personne morale»<sup>135</sup>; et il est symptomatique que même sous l'angle de l'article 4 Cst. le Tribunal fédéral paraisse exiger la preuve d'une éviction fiscale<sup>136</sup>. Cette retenue vaut d'ailleurs pour tous les types de sociétés. Ainsi, les tentatives du fisc – ou des contribuables – d'assimiler une société filiale à un établissement stable ont généralement échoué<sup>137</sup>. De même, la

<sup>133</sup> Voir ci-dessus note 97.

<sup>134</sup> Arrêt *Röthlisberger et Fondation «Wengi»* du 13. 3. 1950, ATF 76 I 9, JT 1950 I, p. 592, 595, RDAF 1951, p. 251.

<sup>135</sup> Arrêt *Société pour l'industrie de l'aluminium* du 1. 12. 1933, note 46 ci-dessus.

<sup>136</sup> Arrêt *Ackermann et consorts* du 13. 10. 1973, ATF 99 Ia 459, JT 1975 I, p. 115 (voir, notamment, p. 119), Archives 43, p. 606.

<sup>137</sup> Arrêt *Tavannes Watch Co. SA* du 28. 6. 1946, RDAF 1947, p. 20; arrêt *Scintilla AG* du 3. 11. 1944, ATF 70 I 269; arrêt *Société pour l'industrie de l'aluminium* du 1. 12. 1933, note 46 ci-dessus. En revanche, dans l'arrêt *Norddeutscher Lloyd* du 19. 3. 1920, ATF 46 I 75, JT 1920 I, p. 518, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire que le fisc zurichois soumette la filiale d'une société étrangère aux dispositions concernant les établissements stables. Voir, aussi, l'arrêt *Braun SA* du 24. 5. 1935, ATF 61 I 180, JT 1935 I, p. 533, où une société en commandite a été assimilée à un simple établissement de sa commanditaire.

qualité de contribuable de sociétés commerciales<sup>138</sup> ou holding<sup>139</sup> a été le plus souvent confirmée. En matière immobilière, enfin, «le TF a jusqu'aujourd'hui maintenu le principe de l'imposition de la S.A. immobilière comme telle»<sup>140</sup>, sous réserve de rares exceptions<sup>141</sup>.

Le respect accordé à l'existence des sociétés s'explique aisément: le fisc n'a généralement aucun avantage à la mettre en doute! S'il arrive fréquemment qu'un actionnaire demeure économiquement parlant le maître et le bénéficiaire des biens, ou en tout cas, des revenus de la société, il est rare, en revanche, qu'il l'ait créée en vue d'éviter l'impôt. Comme toute personne morale devient un sujet fiscal, à côté de son fondateur, et comme «les avantages et les inconvénients qui résultent de l'imposition séparée de l'un et de l'autre se compensent à peu près pour les impôts périodiques sur la fortune et le revenu»<sup>142</sup>, la transparence des sociétés profite moins à l'Etat que la transparence de leurs transactions ou de leurs titres<sup>143</sup>.

La situation est toutefois différente chez les fondations, et celles de famille, notamment, ont souvent été considérées comme des véhicules d'évasion fiscale<sup>144</sup>. En effet, le fondateur qui con-

<sup>138</sup> Arrêt *X.* du 16. 9. 1970, Archives 40, p. 524; arrêt *Aktiengesellschaft Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg* du 18. 11. 1938, ATF 64 I 308, JT 1939 I, p. 312. Voir, encore, l'arrêt *E. et L.P.* du 14. 6. 1974, Archives 44, p. 151, RDAF 1974, p. 239, et l'arrêt *Berggemeinde Oberalbrist* du 7. 3. 1947, ATF 73 I 68, JT 1947 I, p. 536 (résumé) où la contribuable, une corporation d'alpage, a contesté en vain son existence fiscale. Dans l'arrêt *P.R.* du 19. 9. 1947, JT 1948 I, p. 245, RDAF 1948, p. 20, Archives 16, p. 216, cependant, une société commerciale du Liechtenstein créée par un contribuable suisse, a été réputée transparente.

<sup>139</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *S.* du 19. 12. 1967, ATF 93 I 722, JT 1968 I, p. 596 (résumé), Archives 37, p. 43, RDAF 1970, p. 242.

<sup>140</sup> Arrêt *Höirs Bosshardt* du 2. 4. 1969, ATF 95 I 26, JT 1970 I, p. 23, 26, RDAF 1971, p. 291. Dans le même sens, voir l'arrêt *Walter* du 18. 2. 1959, ATF 85 I 89, JT 1959 I, p. 557, Archives 28, p. 302, RDAF 1960, p. 246.

<sup>141</sup> Voir, notamment, l'arrêt *C. W. Hirschmann* du 12. 11. 1969, Archives 40, p. 210, RDAF 1971, p. 288, dans lequel le Tribunal fédéral a consacré une double transparence: d'une part, celle d'une holding, détenant les titres d'une société immobilière, et, d'autre part, celle de cette dernière société, propriétaire d'une maison de vacances qu'elle mettait à disposition de l'actionnaire de la holding.

<sup>142</sup> Arrêt *Walter* du 18. 2. 1959, note 140 ci-dessus, JT 1959 I, p. 561.

<sup>143</sup> Nous faisons allusion, ici, au cas de la société immobilière, dont les actions sont généralement assimilées à l'immeuble qui lui appartient.

<sup>144</sup> Arrêt *M.H.* des 13. 5. et 21. 10. 1966, Archives 35, p. 466, RDAF 1968, p. 77; arrêt *M. et M.-Stifung* du 3. 6. 1959, RDAF 1960, p. 254; arrêt *W.Z.* du 29. 3. 1956, Archives 24, p. 481, RDAF 1956, p. 246 (concernant un trust du

serve la maîtrise et la jouissance du patrimoine qu'il affecte à son établissement<sup>145</sup> a vraisemblablement pour seul but de réduire le taux de ses impôts sur le revenu et la fortune, à la fois, grâce au partage de ses biens (qui atténue la progressivité de l'impôt) et au choix d'un canton de siège favorable. Exceptionnellement, peut-il, aussi, en créant une fondation de droit étranger, faire échec aux actes de recouvrement du fisc helvétique<sup>146</sup>. Enfin, la constitution d'une fondation a permis à des contribuables étrangers d'obtenir le remboursement de l'impôt anticipé. Ce dernier cas soulève d'ailleurs un problème particulier, car si la création d'une personne morale offre à un résident étranger l'avantage de récupérer l'impôt à la source, elle entraîne en même temps l'assujettissement de ses valeurs mobilières aux impôts directs. Est-il alors concevable que la fondation soit transparente pour le premier mais qu'elle existe pour les autres!? Le Tribunal fédéral ne l'a pas exclu<sup>147</sup>; en règle générale, cependant, l'Administration

Liechtenstein); arrêt *Erben Geigy* du 21. 6. 1950, LOCHER, par. 11, II, B, 2, No 6; arrêt *Röthlisberger et Fondation «Wengi»* du 15. 3. 1950, note 134 ci-dessus; arrêt *M.* du 11. 10. 1929, ATF 55 I 373; arrêt *K.* du 26. 11. 1927, ATF 53 I 440, JT 1928 I, p. 473; arrêt *Honegger-Schellenberg* du 11. 12. 1926, ATF 52 I 372, JT 1927 I, p. 168. Dans l'arrêt *Fürsorgefonds der Sauser AG* du 12. 11. 1926, ATF 52 I 273, l'existence de la fondation fut reconnue mais on lui refusa l'exonération fiscale dont elle aurait normalement dû bénéficier. Il est rare, mais il arrive que le fisc, pour attribuer les biens d'une fondation de famille à son créateur, se fonde sur la réalité juridique, c'est-à-dire, sur la nullité de la fondation au regard de l'article 335 CC; voir l'arrêt *G.* du 29. 6. 1945, ATF 71 I 265.

<sup>145</sup> Il va de soi qu'aucun reproche d'évasion fiscale ne peut être adressé au fondateur qui n'a effectivement plus la libre disposition des biens affectés. Pour un cas limite, voir l'arrêt *Zimmermann und Rotstöcklistiftung* du 26. 6. 1947, LOCHER, par. 11, II, B, 2, No 3.

<sup>146</sup> Dans l'arrêt *F.* du 8. 10. 1965, Archives 35, p. 233, RDAF 1967, p. 240, l'Administration fédérale a attribué à un résident suisse – sur la base d'indices plus ou moins probants – les éléments imposables d'un trust du Liechenstein qui, sitôt après avoir réalisé une opération immobilière en Suisse, avait été dissous et liquidé. En revanche, dans l'arrêt *Fondation de famille F.* du 4. 5. 1956, ATF 82 I 11, le Tribunal fédéral a rejeté la thèse de l'Afc, selon laquelle le domicile soi-disant fictif de la fondation justifiait de lui demander des sûretés (art. 118 AIN): «On ne peut en même temps affirmer ce domicile pour créer l'assujettissement et le nier pour exiger des sûretés» (p. 16).

<sup>147</sup> Arrêt *Fondations R. et E.* du 16. 5. 1951, Archives 19, p. 524, RDAF 1951, p. 292. La suspicion avec laquelle le Tribunal fédéral regarde les fondations de famille, lorsque leur existence menace les intérêts du fisc, fait place, quand il s'agit de les imposer, à une vision lyrique de leur légitime existence: «La Suisse est considérée comme un pays où les placements sont en sécurité et il est donc d'emblée compréhensible que même des étrangers constituent en Suisse des fondations de famille» (RDAF 1951, p. 293).

fédérale accorde à ce genre d'établissement, ou à ceux, telles les fondations d'entretien, qu'elle impose malgré leur nullité, le remboursement partiel de l'impôt anticipé, jusqu'à concurrence du montant de leurs impôts directs<sup>148</sup>.

#### d) La transformation d'une entreprise en société anonyme

Grâce à une interprétation économique de la notion de «liquidation», la transformation en société anonyme d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes demeure sans conséquence fiscale, lorsque la nouvelle société reprend les biens qui lui sont apportés à leur valeur comptable<sup>149</sup>. Cette exonération, ou, plus précisément, ce sursis à l'imposition des réserves latentes de l'entreprise, dont le Tribunal fédéral affirme qu'il est «davantage que l'émanation d'une simple tolérance»<sup>150</sup>, ouvre la porte à certains abus.

En premier lieu, nous l'avons vu, déjà, comme la transformation entraîne, selon la plupart des lois, une taxation intermédiaire du propriétaire de l'entreprise, ce dernier est tenté d'accroître artificiellement le montant du bénéfice réalisé pendant la période (précédant la transformation) qui ne servira jamais de base de calcul<sup>151</sup>. En second lieu, un contribuable désirant remettre son entreprise à la possibilité, en la transformant en société, puis en vendant les titres, de réaliser un gain en capital exonéré au lieu d'un bénéfice d'aliénation imposable. Dans ce cas, cependant, l'Administration considère que l'entreprise a été effectivement liquidée, ou, ce qui revient presqu'au même, elle assimile la vente des titres à la remise de l'entreprise<sup>152</sup>. Cette pratique, nous l'avons déjà relevé, est parfaitement justifiée. En effet, le contribuable qui crée une société dans le seul but d'en transférer les titres à un tiers choisit une forme juridique économiquement

<sup>148</sup> Décision de l'Afc du 26.4.1974, Archives 43, p. 601, RDAF 1976, p. 91; cette pratique, à notre avis, est inadmissible lorsque la fondation en cause n'a pas un but d'évasion fiscale; voir, à ce sujet, l'arrêt *M.-Stiftung* du 11.2.1949, note 104 ci-dessus.

<sup>149</sup> Voir ci-dessus, Première partie, IV D 1.

<sup>150</sup> Arrêt *X.* du 20.6.1969, Archives 39, p. 497, RDAF 1972, p. 302, 304.

<sup>151</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *X.* du 29.9.1972, note 109 ci-dessus.

<sup>152</sup> La thèse «liquidation» a été adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *X.* du 20.6.1969, ci-dessus note 150; la valeur de l'entreprise déterminante pour calculer le bénéfice imposable est alors celle au jour de la transformation (et non à la date de la vente des actions).

inutile: il abuse, ainsi, de son droit à l'économie d'impôt et ne mérite plus la protection du principe de la légalité.

Bien entendu, ni la création de la société ni la vente des titres n'ont, en soi, un caractère insolite; la forme choisie n'est inutile et abusive que si le contribuable, *déjà au moment de la transformation*, avait l'intention et pris la décision d'aliéner sans tarder les actions de sa société, dans le but de réaliser une économie d'impôt. Cette intention n'est pas toujours facile à démontrer, et le fait que la vente des titres suive de près la formation de la société ne constitue qu'un indice, et non pas la présomption irréfragable, d'une évasion fiscale<sup>153</sup>. Par conséquent, la pratique de certaines administrations fiscales, selon laquelle le contribuable doit s'engager à ne pas aliéner ses actions pendant trois ou cinq ans, n'est pas conforme à la loi; tout au plus, pourrait-on admettre que, durant ce délai, il appartienne au contribuable de démontrer que la vente de ses titres était motivée, non pas par des considérations fiscales, mais, par exemple, par des raisons de santé ou par la réception, postérieurement à la transformation, d'une offre d'achat avantageuse.

#### e) La vente du manteau d'actions d'une société anonyme

La vente du cadre juridique, du manteau d'actions, d'une société qui n'a plus d'activité et dont les actifs ont été rendus liquides permet à l'actionnaire, en transformant un revenu imposable (dividende de liquidation) en un gain en capital exonéré, d'éviter le poids de la double imposition économique, et, en même temps, s'il réside à l'étranger, de la double imposition internationale. Quant à l'acquéreur des actions, il économise les frais de constitution d'une nouvelle société. La LT de 1973, comme celle de 1917, autorise expressément l'Afc à prélever le droit de timbre d'émission sur le transfert – assimilé à la création – de droits de participation à une société «économiquement liquidée ou dont les actifs ont été rendus liquides»<sup>154</sup>; peu importe, ici, que les parties aient voulu éluder l'impôt. La LIA ne contenant aucune disposition similaire, l'assimilation du transfert du manteau à une liquidation de la société (suivie de sa reconstitution par l'acquéreur) est naturellement subordonnée à l'existence d'une évasion fiscale.

<sup>153</sup> Voir, à ce sujet, l'arrêt *J.R.* du 15. 6. 1973, note 32 ci-dessus.

<sup>154</sup> Art. 5 al. 2 litt. b LT (art. 21 al. 2 anc. LT).

Il est certain que la vente du cadre juridique d'une société est pratiquement toujours motivée par des considérations fiscales<sup>155</sup>. Mais est-il insolite, et abusif, d'aliéner les titres d'une société économiquement liquidée? Si le Tribunal fédéral l'a admis, dans une série d'arrêts<sup>156</sup>, ses raisons sont assez peu convaincantes. Il est vrai qu'au plan du droit civil la vente du manteau d'actions est considérée comme une opération illicite et nulle, au sens de l'article 20 CO<sup>157</sup>; mais cette réalité juridique peut difficilement être invoquée, dès le moment où la société, contrôlée par son nouvel actionnaire, reprend ses activités, et où ni son existence juridique ni sa qualité de contribuable ne sont plus mises en doute.

Le contrat de vente du manteau d'actions, examiné d'un point de vue strictement fiscal, est conclu entre des parties qui, en principe, n'ont pas de liens particuliers. Non seulement leur transaction s'effectue *at arm's length* et sans convention simulée, mais encore a-t-elle, pour chacune d'elles, le mérite de la simplicité: il serait, à vrai dire, impossible d'atteindre le but qu'elles recherchent – pour l'une de se défaire de sa société, et, pour l'autre, de disposer d'une société – de manière plus rapide et plus simple. Que l'on adopte le test de HÖHN (du résultat économique), ou celui que nous avons proposé (de «la forme inutile»), ou, même, celui du Tribunal fédéral, les conditions de l'évasion fiscale ne sont pas réunies. On est en présence, au contraire, d'un cas typique d'économie d'impôt, sans doute indésirable, d'autant plus qu'elle passe par un acte juridique que le droit civil réprouve<sup>158</sup>, mais fiscalement licite.

La situation est bien différente, il faut le souligner, lorsqu'un actionnaire étranger, dont la société est économiquement liqui-

<sup>155</sup> Il en fut différemment, il y a quelques années, lorsque les sociétés bénéficiaient d'un quota d'autorisations de travail en faveur de personnel étranger.

<sup>156</sup> Arrêt *Y. SA* du 25.1.1974, Archives 44, p. 378, RDAF 1976, p. 317; arrêt *X. SA* du 9.7.1965, Archives 34, p. 376, RDAF 1966, p. 179; arrêt *X. SA* du 12.5.1961, ATF 87 I 295, JT 1962 I, p. 577 (résumé), Archives 31, p. 87, RDAF 1962, p. 12; arrêt *V. AG* du 29.1.1954, note 102 ci-dessus.

<sup>157</sup> Arrêt *Winterhalter c. Gläubigergemeinschaft der Metalltextilwerk AG* du 8.3.1938, ATF 64 II 361, JT 1939 I, p. 235; voir, aussi, l'arrêt *Amster und AG für Immobilien- und Hypothekarbesitz* du 2.2.1954, ATF 80 I 60; ainsi que l'arrêt *Addy et Société anonyme Boissor* du 10.2.1941, ATF 67 I 36, JT 1941 I, p. 175.

<sup>158</sup> Il serait d'ailleurs, à notre avis, concevable d'imposer le transfert du cadre juridique en jugeant immoral qu'une personne bénéficie d'une économie d'impôt grâce à une convention illicite; mais cette motivation doit être clairement distinguée de celle sur laquelle est généralement fondée la répression des évasions fiscales.

dée, la liquide effectivement, mais après en avoir transféré les titres à une autre société helvétique qu'il contrôle, ou avec laquelle il partagera l'économie d'impôt à la source. Ces cas, dont le Tribunal fédéral a également eu à traiter<sup>159</sup>, ne concernent plus, comme les précédents, la notion de la prestation imposable (art. 4 al. 1 litt. b LIA; art. 20 al. 1 OIA), mais celle du droit au remboursement de l'impôt (art. 21 al. 2 LIA; art. 7 al. 2 AIA). Or, la liquidation d'une société dont le cadre juridique vient d'être transféré est manifestement abusive; elle démontre que le nouvel actionnaire n'avait aucun besoin de cette société, qu'il a, par conséquent, effectué une transaction économiquement inutile, et qu'il ne mérite plus la protection du principe de la légalité.

Si le Tribunal fédéral, à juste titre, a refusé le remboursement de l'impôt anticipé aux contribuables qui se trouvaient dans la situation qui vient d'être décrite, on comprend mal, en revanche, qu'il le refuse également à des résidents étrangers qui, détenteurs de participations à des sociétés suisses en activité, en font apport à une holding<sup>160</sup>, ou à une fondation de famille<sup>161</sup>. En effet, le nouvel actionnaire, dans ces cas, se propose, non pas de mettre en liquidation une société qui est déjà économiquement liquidée, mais d'administrer un patrimoine, conformément à son but. Il est vraisemblable, et parfois évident, que la transaction effectuée obéit à une motivation fiscale, mais il est évident, aussi, qu'elle n'a aucun caractère abusif.

### C. La réalité économique et l'article 4 Cst.

#### 1. Généralités

La Chambre de droit administratif du Tribunal fédéral, ainsi qu'on vient de le voir, fait, aujourd'hui encore, une distinction assez nette entre l'interprétation de la loi et l'«interprétation» – destinée à combattre l'évasion fiscale – des actes et des transac-

<sup>159</sup> Arrêt *R. SA* du 17. 9. 1964, Archives 33, p. 511, RDAF 1966, p. 294; arrêt *C.* du 5. 4. 1957, Archives 26, p. 371, RDAF 1958, p. 305; arrêt *A.* du 20. 12. 1951, Archives 20, p. 405, RDAF 1953, p. 76.

<sup>160</sup> Arrêt *SI S. SA* du 6. 12. 1974, Archives 45, p. 106; arrêt *SA E.* du 26. 3. 1954, Archives 23, p. 528, RDAF 1956, p. 78. Bien entendu, le refus du remboursement de l'impôt se justifie si la holding agit à titre fiduciaire ou ne possède pas le droit de jouissance sur la participation qui lui a été apportée; à ce sujet, voir l'arrêt *X. SA* du 9. 6. 1972, Archives 42, p. 337, RDAF 1974, p. 114.

<sup>161</sup> Arrêt *M.-Stiftung* du 11. 2. 1949, note 148 ci-dessus.

tions des contribuables; distinction qui s'efface, jusqu'à disparaître, il est vrai, dans ces cas toujours plus fréquents où l'interprétation extensive d'un texte est justifiée par le désir et la volonté, non pas de réprimer une évasion déterminée, mais d'éviter des abus hypothétiques, de garantir l'égalité de traitement (qui n'est plus alors un droit mais un «devoir constitutionnel» de ne pas échapper à l'impôt), ou, encore, d'assurer une imposition conforme à la capacité contributive des citoyens et des entreprises.

En matière de double imposition intercantonale, le Tribunal fédéral alterne les décisions de pure interprétation – nous en avons vu plus haut quelques exemples<sup>162</sup> – fondées sur des considérations économiques, et les décisions où il affirme avec force, comme s'il voulait s'en convaincre lui-même, que sa jurisprudence «s'en tient en principe aux constructions juridiques du droit civil»<sup>163</sup>, et n'en fait abstraction que dans les cas d'évasion fiscale.

Quant aux arrêts rendus, enfin, sur la base de l'article 4 Cst., qui sont brièvement examinés dans les pages qui suivent, il importe assez peu, à première vue, que la Chambre de droit public choisisse la voie de l'interprétation économique du texte légal<sup>164</sup>, ou qu'elle invoque, ainsi qu'il est plus fréquent, la réalité économique des transactions litigieuses; cette dernière, en effet, n'est plus liée à la présence d'une évasion fiscale: «l'autorité peut se fonder au contraire sur la réalité économique» si «des raisons objectives et pertinentes justifient le procédé» et: «point n'est besoin... que le droit fiscal cantonal prévoie expressément la possibilité pour l'autorité fiscale de se fonder sur la réalité économique»<sup>165</sup>.

Toutefois, cette unité de conception (car l'interprétation d'un texte doit être, elle aussi, justifiée par des raisons pertinentes) ne signifie pas que toutes les décisions rendues sous l'angle restreint de l'article 4 Cst., sans égard à la voie choisie, doivent être con-

<sup>162</sup> Voir I A.

<sup>163</sup> Arrêt *Höirs Bosshardt* du 2.4.1969, note 140 ci-dessus. Les décisions exigeant et mentionnant l'existence d'un abus sont en réalité fort rares. On peut citer, notamment, l'arrêt *P. Syz* du 9.6.1970, Archives 40, p. 403, RDAF 1971, p. 288 (résumé); l'arrêt *J. Thalmann* du 17.9.1969, Archives 39, p. 177, RDAF 1971, pp. 287 et 290 (résumés); et l'arrêt *C. W. Hirschmann* du 12.11.1969, note 141 ci-dessus.

<sup>164</sup> On en a vu divers exemples plus haut, I A et B.

<sup>165</sup> Arrêt *SI La Résidence SA*, du 18.3.1970, ATF 96 I 115, 118, JT 1971 I, p. 119 (résumé), RDAF 1973, p. 87 (résumé).

fondues dans une seule analyse et, le cas échéant, dans les mêmes critiques. Il est, en particulier, indispensable de distinguer, parmi les décisions que la Chambre de droit public est appelée à revoir, celles qui se fondent, soit sur une clause d'assimilation contenue dans la loi cantonale, soit sur l'existence d'un abus, de celles qui, au contraire, ne se réfèrent ni à une disposition légale ni au caractère insolite de la transaction litigieuse.

## 2. *Les clauses d'assimilation*

De nombreuses lois cantonales contiennent des clauses de réalité économique, qui permettent à l'autorité fiscale de soumettre aux droits d'enregistrement ou à l'impôt sur les gains immobiliers des actes juridiques ayant des effets plus ou moins similaires à ceux d'une véritable mutation immobilière. Un premier type de dispositions visent des actes déterminés, notamment la vente des actions d'une société immobilière<sup>166</sup>, l'octroi d'un droit de superficie ou d'usufruit<sup>167</sup>, ou encore la cession d'un droit de préemption ou d'emption<sup>168</sup>. Parfois, c'est la notion d'«immeuble» ou de «contreprestation» qui est définie de manière extensive<sup>169</sup>. Certaines lois, enfin, lorsque l'impôt est progressif, prévoient que des ventes simultanées doivent être imposées globalement<sup>170</sup>. La présence de ces dispositions précises assure le respect du principe de la sécurité du droit, même si l'on peut douter, au plan de

<sup>166</sup> Voir (concernant les gains immobiliers) les lois de Berne (art. 81 LIC), Fribourg (art. 50 LIC), Genève (art. 80 LCP), Lucerne (art. 3 LGI), Neuchâtel (art. 18 LGI), Schwyz (art. 47 LIC), du Tessin (art. 2 LGI), du Valais (art. 45 LIC), et de Vaud (art. 40 LIC). L'arrêt *Julliard et Bolliger* du 2.7.1969, ATF 95 I 139, JT 1971 I, p. 28 (résumé), offre un exemple d'interprétation d'une telle clause (droit de mutation valaisan); voir, aussi, l'arrêt *Z. AG und Y. AG* du 28.4.1971, Archives 42, p. 422 (impôts zurichoises).

<sup>167</sup> Voir, notamment, les lois de Neuchâtel (art. 1 LGI) et d'Uri (art. 1 LGI).

<sup>168</sup> En particulier, les lois de Fribourg (art. 50 LIC), Genève (art. 80 LCP), Lucerne (art. 3 LGI), Neuchâtel (art. 1 LGI), d'Obwald (art. 50 LIC), de Schwyz (art. 47 LIC), d'Uri (art. 1 LGI), et de Vaud (art. 40 LIC). Voir l'arrêt *J.* du 7.10.1964, Archives 34, p. 182.

<sup>169</sup> Ainsi, la loi bernoise sur les droits de mutation inclut le prix des accessoires dans celui d'un immeuble vendu; voir l'arrêt *X. & Co. AG* du 29.3.1972, ATF 98 Ia 163, JT 1974 I, p. 320 (résumé).

<sup>170</sup> C'est le cas du règlement sur les gains immobiliers de la commune de Zoug; voir l'arrêt *M.* du 20.12.1972, RDAF 1975, p. 10 (résumé), et l'arrêt *A. AG et B.* du 28.3.1972, Archives 43, p. 536, RDAF 1975, p. 10 (résumé). Les lois d'Appenzell Rh. Ext. (art. 63 LIC) et d'Obwald (art. 49 LIC) contiennent des dispositions similaires.

l'égalité dans la loi, du bien-fondé de certaines assimilations, par exemple, de biens mobiliers normalement exonérés (telles les actions d'une société) à un immeuble imposable.

Un second type de dispositions, plus fréquentes, complétant parfois celles de la première catégorie, se bornent à prévoir l'assimilation à un transfert d'immeuble de tous les actes qui font bénéficier un tiers du pouvoir de disposition réel et économique sur un immeuble<sup>171</sup>. De telles clauses ont permis aux autorités cantonales de soumettre à l'impôt, sans arbitraire, les transferts d'actions de sociétés immobilières<sup>172</sup>, les ventes «clefs en mains»<sup>173</sup>, la cession d'un droit d'emption<sup>174</sup> ou d'un contrat d'achat<sup>175</sup>, ou, encore, la renonciation à des droits de préemption<sup>176</sup> ou d'emption<sup>177</sup>. Ces dispositions générales, malgré leur imprécision (d'ailleurs relative, puisqu'elles concernent un domaine déterminé), garantissent raisonnablement bien, elles aussi, la sécurité du droit: la volonté du législateur de prévenir les abus et les inégalités de traitement qu'entraîne l'utilisation de voies inhabituelles ou détournées nous paraît exprimée avec une clarté suffisante.

### *3. La réalité économique sans évasion fiscale*

Ainsi qu'on l'a noté, le Tribunal fédéral, revoyant les décisions cantonales sous l'angle restreint de l'arbitraire, ne subordonne pas le recours à la conception économique à l'existence d'une

<sup>171</sup> Nous avons trouvé des clauses de ce genre dans vingt-deux des vingt-cinq législations cantonales.

<sup>172</sup> Arrêt *L. & Cons.* du 26.11.1958, Archives 28, p. 246, RDAF 1973, p. 94 (résumé); arrêt *Konsumgenossenschaft Bern* du 19.9.1956, Archives 26, p. 56, RDAF 1973, p. 94 (résumé).

<sup>173</sup> Selon la jurisprudence récente, il importe peu que les travaux aient déjà commencé lorsque l'acte est passé, et il n'est pas exigé que les parties au contrat de vente et au contrat d'entreprise soient les mêmes. Voir l'arrêt *R. AG* du 29.3.1972, RDAF 1975, p. 87 (résumé); l'arrêt *X.-AG* du 24.9.1969, Archives 40, p. 270; l'arrêt *Y.* du 18.5.1966, Archives 36, p. 72, RDAF 1973, p. 18 (résumé); l'arrêt *Mühlheim* du 10.10.1962, ATF 88 I 217, JT 1963 I, p. 303, RDAF 1973, pp. 18 et 95 (résumés); et l'arrêt *J.* du 25.1.1957, Archives 27, p. 191, RDAF 1973, p. 95 (résumé).

<sup>174</sup> Arrêt *Kolb* du 27.4.1966, ATF 92 I 88, JT 1967 I, p. 364, Archives 35, p. 523, RDAF 1973, p. 94 (résumé).

<sup>175</sup> Arrêt *Immo-Terra AG* du 25.3.1953, ATF 79 I 17, JT 1954 I, p. 345 (résumé), RDAF 1954, p. 7 (résumé).

<sup>176</sup> Arrêt *Y.* du 19.5.1965, Archives 35, p. 400.

<sup>177</sup> Arrêt *X., Immobilien-Treuhand AG* du 29.3.1972, Archives 42, p. 612.

évasion fiscale, mais à celle de raisons objectives et pertinentes. L'autorité ne doit «pas se laisser guider dans son choix uniquement par son propre intérêt. Elle doit en outre, lorsqu'elle se fonde sur la réalité économique, s'y tenir et ne peut se déterminer, pour la même matière, une fois selon cette réalité et une autre fois selon la forme juridique, à peine de se mettre en contradiction avec elle-même et de violer l'art. 4 Cst.»<sup>178</sup>.

Un coup d'œil superficiel sur la jurisprudence peut conduire à des conclusions erronées; en effet, si le Tribunal fédéral n'exige pas la preuve d'un impôt éludé, cela ne signifie pas pour autant que les autorités cantonales dont les décisions sont soumises à son examen n'aient pas, *elles*, exigé la présence d'une évasion fiscale. Ainsi, la lecture des arrêts concernant la sous-capitalisation de sociétés<sup>179</sup> révèle assez clairement que les taxations litigieuses ne résultaient pas d'une simple interprétation économique des textes en vigueur, mais qu'elles avaient été établies par référence à la jurisprudence rendue en matière de lois fédérales<sup>180</sup>. L'existence d'un abus est sous-entendue dans d'autres cas encore, tel celui – un bon exemple de «forme inutile» -- où une mère avait donné un immeuble à son fils, qui, le lendemain, l'avait revendu avec un fort bénéfice<sup>181</sup>.

Une fois écartées les décisions fondées sur une clause expresse d'assimilation, et celles qui, en fait, ont pris en considération une tentative d'évasion fiscale, il reste relativement peu d'arrêts dont la solution a été dictée par ces «raisons objectives et pertinentes» exigées par le Tribunal fédéral. Les plus nombreux concernent des sociétés immobilières, dont les titres ont été métamorphosés en immeubles<sup>182</sup>; si le Tribunal fédéral a exceptionnellement admis que cette assimilation visât les actions d'une société qui

<sup>178</sup> Arrêt *SI La Résidence SA* du 18.3.1970, note 165 ci-dessus, ATF 96 I 118.

<sup>179</sup> Arrêt *SI B. SA* du 21.6.1972, RDAF 1975, p. 83 (résumé); arrêt *SI La Résidence SA*, note 165 ci-dessus; arrêt *Esedra Anstalt* du 4.12.1968, ATF 94 I 585, JT 1970 I, p. 220 (résumé), RDAF 1973, p. 87 (résumé); arrêt *X. AG* du 8.7.1964, note 97 ci-dessus. En matière de double imposition, voir l'arrêt *T. SA* du 10.10.1973, RDAF 1976, p. 304 (résumé).

<sup>180</sup> Voir ci-dessus B 2, litt. b.

<sup>181</sup> Arrêt *Moser* du 15.11.1950, RDAF 1952, p. 10 (résumé); voir, aussi, l'arrêt *Flütsch* du 31.10.1946, RDAF 1952, p. 10 (résumé), concernant l'affermage insolite d'une entreprise.

<sup>182</sup> Arrêt *W. und K.* du 9.6.1961, Archives 31, p. 47, RDAF 1973, p. 93 (résumé); arrêt *Müller et Gegauf* du 2.7.1945, RDAF 1952, p. 10 (résumé); arrêt *de Neufeldt* du 24.5.1940, RDAF 1952, p. 10 (résumé); arrêt *Breitenmoser* du 1.7.1927, cité dans ATF 79 I 17, JT 1954 I, p. 345 (résumé), RDAF 1954, p. 7.

n'était pas exclusivement immobilière<sup>183</sup>, il l'a jusqu'ici exclu dans le cas de sociétés industrielles ayant un patrimoine immobilier important<sup>184</sup>. La voie de l'interprétation extensive, fondée sur des «raisons objectives et pertinentes», a également conduit à l'imposition de contrats d'entreprise liés au transfert de terrains à bâtir<sup>185</sup>, à l'assimilation de la cession d'un droit d'emption<sup>186</sup> ou de l'octroi d'un droit de superficie<sup>187</sup> à une vente immobilière, et, s'agissant du taux de l'impôt, à l'addition des valeurs de plusieurs immeubles aliénés en même temps<sup>188</sup>.

La position du Tribunal fédéral, à notre avis, est ici incompatible avec le principe de la légalité, dont, même sous l'angle de l'arbitraire, il doit assurer le respect. Lorsqu'il a admis l'assimilation à un immeuble des titres d'une société immobilière, le Tribunal fédéral a relevé qu'il était «manifeste» que des raisons objectives et sérieuses justifiaient ce point de vue<sup>189</sup>. Or, il est manifeste, au contraire, que la structure de notre système fiscal, fondé sur la double imposition des revenus et des biens des personnes morales, et sur l'exonération des gains mobiliers, ne justifie pas

<sup>183</sup> Arrêt *X.* du 29.12.1969, Archives 39, p. 405.

<sup>184</sup> Arrêt *Ackermann et consorts* du 13.10.1973, note 136 ci-dessus. Voir, aussi, l'arrêt *Witwe B.* du TA de Zurich du 29.5.1970, SAG 1971, p. 213 et 1972, p. 114 (la société industrielle détenait les actions d'une société immobilière); et l'arrêt du TA de St-Gall du 22.12.1971, SAG 1973, p. 89, avec une note de E. CAGIANUT, p. 91 (cas de transfert des titres d'une holding détenant le capital-actions d'une société immobilière).

<sup>185</sup> Arrêt *L. AG* du 13.6.1973, Archives 44, p. 61; arrêt *A.B.C. und R.* du 24.1.1968, Archives 37, p. 363; arrêt *X.* du 16.6.1965, ATF 91 I 173, JT 1966 I, p. 290, Archives 35, p. 325, RDAF 1973, p. 95 (résumé).

<sup>186</sup> Arrêt *V. de St. und M.E.* du 10.5.1961, Archives 31, p. 217, RDAF 1973, p. 16 (résumé); arrêt *W.* du 29.6.1960, Archives 30, p. 50, RDAF 1973, p. 94 (résumé). Par ailleurs, dans l'arrêt *E.* du 9.12.1964, Archives 34, p. 275, RDAF 1973, p. 20 (résumé), le Tribunal fédéral a admis que l'indemnité versée au titulaire d'un droit de préemption, afin qu'il y renonce, soit imposée à titre de gain immobilier.

<sup>187</sup> Arrêt *D.O.* du 2.3.1960, Archives 29, p. 450, RDAF 1973, p. 94 (résumé); arrêt *Thommen* du 25.3.1959, ATF 85 I 276, JT 1960 I, p. 281, RDAF 1973, pp. 15, 16 et 94 (résumés).

<sup>188</sup> Arrêt *X., Y. et Z.* du 16.2.1966, Archives 36, p. 51, RDAF 1966, p. 155; arrêt *Stiftung für Personalfürsorge der Scintilla AG et R. Bosch AG* du 8.3.1961, ATF 87 I 157, JT 1962 I, p. 136, Archives 31, p. 35. En revanche, dans l'arrêt *Brunnmatt AG* du 15.12.1954, ATF 80 I 325, JT 1955 I, p. 234 (résumé), RDAF 1973, p. 95 (résumé), le Tribunal fédéral a jugé que, faute d'un lien économique entre les immeubles aliénés, «l'intérêt purement fiscal à traiter les deux adjudications comme un tout afin d'augmenter le taux d'imposition est une base manifestement insuffisante et même arbitraire» (JT 1955 I, p. 235).

<sup>189</sup> Arrêt *Julliard et Bolliger*, du 2.7.1969, note 166 ci-dessus, ATF 95 I 143.

d'attribuer à des actions le caractère économique (immobilier ou commercial) des actifs de la société qui les a émises; il est manifeste, au 'contraire, qu'une telle conception, de toute manière extrêmement discutable, doit avoir son fondement dans la loi. En répondant aux critiques d'*IMBODEN*, pour qui la méthode de la réalité économique porte atteinte au principe de la légalité, le Tribunal fédéral a relevé à juste titre qu'une base légale était superflue dès le moment où un contribuable avait violé le principe de la bonne foi<sup>190</sup>. Mais il est alors évident, *a contrario*, qu'à défaut d'un abus, une base légale est indispensable (et le demeure sous l'angle de l'art. 4 Cst.), et il est évident qu'à défaut d'une telle base, aucun motif – sinon, précisément, la présence d'une éviction fiscale – ne peut avoir la pertinence et le sérieux requis pour invoquer la réalité économique<sup>191</sup>.

Quant aux conditions, déjà mentionnées, selon lesquelles le fisc ne doit pas se laisser guider par son propre intérêt ni se mettre en contradiction avec lui-même, elles n'ont pas été toujours respectées. Si, dans l'arrêt *Typaldos*, le Tribunal fédéral a naturellement jugé arbitraire que le produit de liquidation d'une société soit imposé à deux reprises, à titre de dividende, et à titre de gain immobilier<sup>192</sup>, il a, en revanche, refusé de voir une contradiction – qui paraît pourtant évidente – dans le fait que le transfert des actions d'une société immobilière soit, à la fois, soumis au droit fédéral de négociation et à un droit de mutation cantonal<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> Arrêt *F.* du 8.10.1965, note 95 ci-dessus, RDAF 1967, p. 242.

<sup>191</sup> Il est à peine utile de relever que la vente des actions d'une société immobilière n'est jamais insolite et abusive; on ne saurait raisonnablement exiger de l'actionnaire qu'il liquide sa société ou lui fasse vendre son immeuble.

<sup>192</sup> Arrêt du 20.12.1967, ATF 93 I 689, JT 1969 I, p.119 (résumé). Voir, en outre, l'arrêt *X. und Y.* du 13.10.1976, ATF 102 Ia 342, et l'arrêt *X. Immobilien- und Verwaltungs AG* du 16.3.1977, ATF 103 Ia 20, dans lequel le Tribunal fédéral n'a pas admis que le fisc fasse abstraction de l'indépendance juridique d'une société (pour lui refuser une déduction), alors qu'il s'était fondé sur cette indépendance pour imposer les plus-values afférentes aux biens de la société au moment de la scission dont elle était issue.

<sup>193</sup> Arrêt *X. et Y.* du 4.7.1958, RDAF 1959, p.184; arrêt *Hôtel Terminus et Zaehringen SA* du 3.6.1949, ATF 75 I 297, JT 1950 I, p.18, Archives 18, p.534, RDAF 1951, p. 21. Voir aussi l'arrêt *Hemmler* du 3.11.1954, RDAF 1973, p. 21 (résumé), où le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire qu'un rapport fiduciaire, reconnu au plan des impôts sur le revenu et la fortune, ne soit pas pris en considération pour l'impôt sur les gains immobiliers.

## D. La reconnaissance des actes et institutions de droit civil – Réalité économique et réalité juridique

### 1. Le caractère unilatéral de la conception économique

Il arrive que le Tribunal fédéral, déniant au fisc le droit de se fonder sur la réalité économique, casse ou réforme une décision de l'autorité cantonale ou de l'Administration fédérale: nous en avons vu plusieurs exemples<sup>194</sup>, sans prétendre en dresser une liste exhaustive<sup>195</sup>. La primauté des actes de droit civil est cependant plus souvent affirmée et respectée lorsque les contribuables eux-mêmes la contestent. Ainsi, des héritiers qui avaient constitué une société en commandite pour exploiter l'entreprise dont ils avaient hérité n'ont pas obtenu que la dissolution de cette société fût assimilée à un partage<sup>196</sup>; une autre hoirie, qui avait vendu des immeubles à une société contrôlée par deux de ses membres a cherché en vain, elle aussi, à ce que cette transaction fût traitée comme un partage<sup>197</sup>; les associés d'une S. à r.l., liquidée et transformée en société anonyme, n'ont pas pu faire admettre que l'immeuble de leur société n'avait pas réellement changé de propriétaire<sup>198</sup>; un contribuable, ayant passé du statut d'indépendant à celui d'employé, n'a pas évité une taxation intermédiaire en invoquant le fait qu'il travaillait pour une société

<sup>194</sup> Arrêt *X.* du 29.9.1972, note 109 ci-dessus; voir, aussi, les arrêts mentionnés plus haut, sous B 2, litt.c (transparence des personnes morales), l'arrêt J.R. du 15.6.1973, note 32 ci-dessus; et encore, sous l'angle de l'article 4 Cst., les arrêts *Ackermann* et *Brunnmatt AG*, notes 136 et 188 ci-dessus.

<sup>195</sup> Ainsi, peut-on encore citer l'arrêt *X.* du 16.5.1973, Archives 43, p. 628, concernant une taxation intermédiaire; et l'arrêt *X.* du 26.2.1969, Archives 39, p. 56, où le Tribunal fédéral n'a pas admis que la répartition de biens immobiliers entre héritiers soit considérée comme une «aliénation», si la valeur des biens reçus par chacun était égale au montant de sa part successorale (cf. l'arrêt *Hoirs de R.* du 8.3.1972, RDAF 1975, p. 8 [résumé], où la valeur des biens n'était pas identique). Voir, aussi, l'arrêt *Walder* du 22.5.1958, ATF 84 I 134, JT 1959 I, p. 28, concernant un problème similaire dans le cadre de la dissolution d'une société de personnes; et l'arrêt *Meyer* du 18.3.1946, ATF 72 I 1, JT 1946 I, p. 342, RDAF 1947, p. 295 (résumé), où le Tribunal fédéral a refusé d'assimiler une société en commandite à une entreprise individuelle.

<sup>196</sup> Arrêt *Witwe X. und Miterben* du 27.1.1971, ATF 97 I 14, JT 1972 I, p. 603 (résumé), Archives 41, p. 256.

<sup>197</sup> Arrêt *Erben G.* du 2.11.1966, Archives 36, p. 328, RDAF 1973, p. 16 (résumé).

<sup>198</sup> Arrêt *Fabrique Y. SA* du 2.3.1960, ATF 86 I 18, JT 1960 I, pp. 313 et 618 (résumé), RDAF 1973, p. 93 (résumé).

dont il détenait toutes les actions<sup>199</sup>; les sociétés d'un même groupe n'ont pas réussi à faire reconnaître, au plan fiscal, leur unité économique<sup>200</sup>; et les actionnaires d'une société qui s'était scindée en deux temps ont prétendu sans succès que les deux opérations de scission constituaient un tout et ne devaient pas être imposées séparément<sup>201</sup>.

Le refus systématique des autorités fiscales de faire abstraction, au profit des contribuables, de la forme choisie par ces derniers est conforme à la jurisprudence. Le Tribunal fédéral, en effet, a toujours souligné le caractère strictement unilatéral de la conception économique: seul le fisc peut l'invoquer et, sous l'angle de l'article 4 Cst., l'autorité cantonale ne commet aucun arbitraire en imposant les contribuables selon la forme qu'ils ont donnée à leurs transactions, même si des motifs objectifs justifiaient une décision différente<sup>202</sup>. *A fortiori*, l'Administration n'a-t-elle pas le devoir d'indiquer aux contribuables les voies légales de l'économie d'impôt<sup>203</sup>, ni de considérer qu'ils ont choisi ces voies lorsqu'ils ont commis l'erreur d'adopter une forme moins favorable<sup>204</sup>. Ces principes connaissent quelques rares exceptions. Dans l'arrêt *Granges et Valloton* du 28 novembre 1973, le Tribunal fédéral a rappelé que, de l'avis de la doctrine dominante, un contribuable ne devait pas se voir appliquer la loi fiscale sur la base de la forme extérieure de ses actes, s'il avait «été obligé de choisir cette forme juridique pour des raisons spéciales, indépendantes de ses intérêts fiscaux»<sup>205</sup>; sans prendre expressément cette opinion à son compte, la Chambre de droit public a néanmoins admis que le respect de la forme choisie avait des limites et ne devait notamment pas aboutir à des résultats insoutenables<sup>206</sup>.

<sup>199</sup> Arrêt *A.B.* du 28.4.1961, Archives 30, p. 294, RDAF 1963, p. 66.

<sup>200</sup> Arrêt *T. SA* du 28.6.1946, Archives 15, p. 231. Voir, aussi, l'arrêt *T. AG* du 9.7.1958, Archives 28, p. 124; et (en matière d'ICHA) l'arrêt *R.A. in E.* du 20.2.1970, Archives 38, p. 511.

<sup>201</sup> Arrêt *Z. AG und Y. AG* du 28.4.1971, note 166 ci-dessus. Voir, encore, la décision *A.-AG* de l'Afc du 28.5.1968, Archives 37, p. 352, où une société étrangère constituant un fonds de placement n'a pu obtenir l'assimilation de ses actions à des parts (pour le calcul du droit d'émission).

<sup>202</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *X.* du 4.5.1966, Archives 35, p. 530.

<sup>203</sup> Arrêt *X. AG* du 15.6.1973, Archives 43, p. 260.

<sup>204</sup> Arrêt *X.* du 16.12.1970, Archives 39, p. 435, RDAF 1972, p. 180, notamment, pp. 184 et 185.

<sup>205</sup> ATF 99 Ia 705, JT 1975 I, p. 127 (résumé), 128.

<sup>206</sup> Ibid., citant l'arrêt *Genossenschaft Schweiz. Käseexportfirmen (GSK)* du 3.2.1919, ATF 45 I 14, où le Tribunal fédéral avait admis qu'une société

Aussi longtemps que les entorses faites à la primauté du droit civil sont fondées sur l'existence d'un abus intentionnel et manifeste, rien ne justifie une application bilatérale de la conception économique. La situation est différente, toutefois, lorsque l'utilisation de cette méthode, ainsi qu'il est le cas sous l'angle de l'article 4 Cst., ne dépendant plus d'une évasion fiscale, n'est qu'une forme d'interprétation extensive. S'il est déjà difficile pour les justiciables d'admettre que les «nécessités contradictoires du fédéralisme»<sup>207</sup> conduisent le Tribunal fédéral à leur donner tort alors qu'ils avaient raison (dans les cas où l'autorité cantonale n'avait pas assez tort pour s'être montrée arbitraire), ils ont naturellement plus de peine, encore, à concevoir que le fisc ait toujours le droit, mais n'ait jamais le devoir, d'examiner le contenu économique de leurs transactions<sup>208</sup>. Ce déséquilibre exagéré ne doit cependant pas trouver son remède dans la reconnaissance d'un droit – pratiquement indéfinissable – des contribuables à la réalité économique, mais bien dans l'affirmation du principe, à notre avis fondamental, selon lequel seul un abus de droit, à défaut d'une base légale, peut autoriser l'autorité fiscale à faire abstraction des rapports et transactions de droit civil.

## 2. Réalité économique et réalité juridique

La conception économique revêt un aspect particulier lorsque l'autorité fiscale, au lieu de faire abstraction d'actes juridiques

légalement obligée de contribuer à la Confédération une partie de son «bénéfice net» devait être autorisée à déduire sa contribution du bénéfice soumis à l'impôt cantonal. Voir, encore, l'arrêt *Provins Valais et consorts* du 14. 2. 1975, ATF 101 Ib 37, où, dans une affaire d'ICHA, le Tribunal fédéral a reproché à l'Afc de ne pas avoir pris en considération le caractère économique des relations entre une coopérative et ses membres; et l'arrêt *Société anthroposophique et Pyle-Waller* du 24. 6. 1927, JT 1928, p. 48, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé arbitraire l'assujettissement au droit de mutation d'une construction édifiée par un contribuable sur un terrain, avant qu'il lui en soit fait donation (même si, conformément au droit civil, le donateur était devenu propriétaire de la construction et que la donation entraînât effectivement un transfert de propriété).

<sup>207</sup> J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, Vol. II, p. 616.

<sup>208</sup> Ainsi, lorsqu'une loi sur les gains immobiliers soumet à l'impôt diverses mutations économiques, il est choquant, même s'il n'est pas arbitraire, qu'un transfert d'immeuble effectué dans le cadre d'une fusion de sociétés ne soit pas exonéré; voir l'arrêt *X.* du 24. 3. 1976, Archives 46, p. 404.

civilement valables et d'imposer leurs auteurs sur la base des transactions qu'ils auraient dû effectuer, refuse de faire abstraction d'actes ou d'institutions que le droit civil déclare nuls et sans valeur. Nous avons vu, déjà, dans ce contexte, l'exemple des fondations d'entretien, qui, notamment lorsqu'elles ont été créées par des résidents étrangers, sont soumises, malgré leur nullité (art. 335 CC), aux impôts sur le revenu et la fortune<sup>209</sup>. Le fisc, certes, adopte une attitude contradictoire lorsqu'il refuse à ces établissements le remboursement de l'impôt anticipé, sinon jusqu'à concurrence du montant de leurs impôts directs<sup>210</sup>, mais on ne saurait, au plan des principes, contester le droit de l'autorité fiscale de prendre en considération le résultat économique de transactions qui, malgré leur nullité, déploient des effets; «il serait du reste absurde et choquant que des actes illégaux échappent à l'impôt alors que des actes légaux y seraient soumis»<sup>211</sup>. Ainsi, serait-il inconcevable que le respect de la réalité juridique privât l'Etat du droit d'imposer les dividendes cachés<sup>212</sup>, et, de manière plus générale, est-il logique et normal qu'un avantage effectivement obtenu, du moins aussi longtemps que l'acte sur lequel il se fonde n'a pas été annulé, soit soumis à l'impôt<sup>213</sup>.

Si la prise en considération de cette réalité économique particulière ne soulève guère d'objections, d'autant moins qu'elle n'a pas un caractère strictement unilatéral<sup>214</sup>, les cas de simulation, lorsque l'acte dissimulé est valable, créent une situation un peu plus délicate. Dans ces cas, qui sont d'ailleurs rares, car l'autorité fiscale préfère, si elle en a le choix, invoquer l'abus de droit plutôt

<sup>209</sup> Voir ci-dessus B 2, litt. c.

<sup>210</sup> Décision de l'Afc du 26. 4. 1974, note 148 ci-dessus. L'imposition de la vente du manteau d'actions implique une contradiction similaire.

<sup>211</sup> Arrêt *A. et B.* du 19. 5. 1950, Archives 19, p. 34, RDAF 1951, p. 16, 20.

<sup>212</sup> En revanche, il est moins certain que le fisc puisse obliger une société à compter un intérêt à son actionnaire débiteur, sans «examiner si la recourante était en droit d'exiger un intérêt en vertu des dispositions du code des obligations»; voir l'arrêt *F. Société financière SA* du 8. 10. 1965, Archives 35, p. 206, RDAF 1966, p. 303, 306.

<sup>213</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Erben J.L.* du 13. 7. 1966, Archives 36, p. 163 (cas d'une vente dont la nullité n'a pas été concrétisée).

<sup>214</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *X., Immobilien-Treuhand AG* du 29. 3. 1972, note 177 ci-dessus, où la cession d'un droit d'emption a été prise en considération malgré son éventuelle nullité. Il est vrai que dans l'arrêt *R.M. et A.S.* du 25. 6. 1948, RDAF 1949, p. 84, le Tribunal fédéral, refusant de prendre en considération la cession de parts sociales faite en violation de l'art. 791 CO, a relevé qu'il était exclu de «reconnaître comme valable en droit fiscal un acte juridique qui est sans valeur en droit civil» (p. 88).

que la simulation<sup>215</sup>, la règle veut que la réalité juridique l'emporte quand le fisc y trouve avantage, et que les actes apparents du contribuable lui demeurent imputables quand il en invoque lui-même la nullité. Ainsi, une clause de dénonciation qui dissimulait un prêt à long terme (soumis au timbre d'émission et dont les intérêts seraient amputés du droit sur les coupons) a été réputée sans valeur<sup>216</sup>; en revanche, les efforts des contribuables de faire admettre la nullité de conventions de vente dissimulant, prétendaient-ils, des avancements d'hoirie, n'ont jamais abouti<sup>217</sup>.

#### E. Conclusions

Nous ne pensons pas que l'on doive condamner l'emploi de la méthode de la réalité économique, et refuser au fisc tout moyen de lutter contre l'évasion fiscale. Le processus législatif est trop compliqué et trop lent pour exiger, ou espérer, que la loi soit modifiée chaque fois qu'un contribuable découvre une nouvelle voie d'évasion. D'ailleurs, l'art de légiférer, en Suisse, même au niveau du droit public, n'a jamais coïncidé avec l'art de tout prévoir et tout réglementer.

Mais nous sommes aussi convaincus que le recours à la conception économique doit être soumis à des conditions très strictes, notamment la preuve d'un abus intentionnel et manifeste du contribuable, d'une conduite imprévisible, du choix d'une forme juridique que le législateur ne pouvait raisonnablement pas envisager. C'est dans cet esprit que nous avons proposé le test de la «forme inutile», qui restreint les cas d'évasion fiscale à ceux où un contribuable accomplit un acte juridique qui n'a aucun sens, aucune portée économique, telle la création d'une société dans le seul but d'en aliéner les titres, ou l'octroi d'un prêt immédiatement remboursé, ou, encore, l'acquisition d'actions dans la seule intention de liquider la société qui les a émises. Les prêts d'actionnaires, manifestement, ne remplissent pas ces conditions: ils

<sup>215</sup> Arrêt *SA X.* du 24. 2. 1950, Archives 19, p. 88, RDAF 1951, p. 178, notamment pp. 180 et 181.

<sup>216</sup> Arrêt *Commune de M. et consorts* du 2. 2. 1962, Archives 30, p. 525, RDAF 1962, p. 301; arrêt *Y.* du 4. 7. 1958, Archives 27, p. 276, RDAF 1959, p. 191.

<sup>217</sup> Arrêt *M.J.D.* du 4. 5. 1966, RDAF 1966, p. 212; arrêt *C.M.* du 2. 3. 1966, Archives 36, p. 59, RDAF 1973, p. 16 (résumé); arrêt *A.V.* du 16. 2. 1966, Archives 36, p. 56, RDAF 1973, p. 16 (résumé).

atteignent parfaitement et sans détour leur but de financement. De même, la création d'une holding par un résident étranger, qui lui fait apport et lui confie l'administration de ses titres helvétiques, n'implique aucun abus. Ces transactions, en d'autres termes, bien qu'elles soient motivées par des considérations fiscales, se situent encore dans la sphère de protection du principe de la légalité, dans cette zone de l'économie d'impôt, qui s'étend des confins de l'interprétation jusqu'aux frontières de la véritable évasion fiscale.

Que le respect accordé à la loi aboutisse parfois à des résultats indésirables, soit au plan de l'égalité de traitement, soit au regard des intérêts financiers de l'Etat, n'est naturellement pas contestable. Mais on ne saurait se réjouir non plus du climat d'incertitude et d'insécurité que provoquent aujourd'hui certaines pratiques de l'Administration et certaines jurisprudences du Tribunal fédéral. Même si l'on juge souhaitable que le domaine de l'économie d'impôt, au lieu d'être restreint par des dispositions légales, soit envahi, à un bout, par l'interprétation extensive, et occupé, à l'autre, par la réalité économique, on aurait tort d'oublier que le reproche d'une évasion fiscale implique une accusation de mauvaise foi, qui, si l'abus n'est pas évident (et *a fortiori* s'il est inexistant), est extrêmement nuisible aux rapports qui s'établissent entre l'Administration et les citoyens. Un tel reproche suscite inévitablement un sentiment d'injustice, et le caractère unilatéral de la réalité économique, lorsqu'elle n'est plus qu'un mode d'interprétation extensive, apparaît aux contribuables comme le symbole même de l'arbitraire. N'est-il d'ailleurs pas vrai que seul un arrêt leur donnant tort soulignera «qu'il est incompatible avec le principe d'une administration conforme aux lois que l'on recourt à des considérations d'ordre économique montrant prétextement les faits sous un jour différent, alors que la situation juridique est parfaitement claire selon la loi»<sup>218</sup>?

<sup>218</sup> Arrêt *Communauté d'usagers X.* du 29.11.1963, Archives 33, p. 205, RDAF 1965, p. 244, 245.

### Troisième partie

## La neutralité fiscale de *lege ferenda*

L'influence de la fiscalité dans la vie des affaires est due, dans une large mesure, à l'existence d'inégalités, de structures illogiques, et de règles discriminatoires, dont les contribuables cherchent à éviter les effets, non seulement par la simulation et la fraude, mais aussi grâce au choix de formes juridiques avantageuses, que l'imprécision et les lacunes de la loi les incitent, et paraissent les autoriser, à adopter.

Les méthodes utilisées pour prévenir l'économie d'impôt et combattre l'évasion fiscale, qu'il s'agisse de l'interprétation extensive ou de la conception économique, présentent le double inconvénient d'accentuer les discriminations du système en vigueur et, ce qui est plus grave, de sacrifier aux intérêts financiers de l'Etat, ou à une égalité purement formelle, les principes fondamentaux de la légalité et de la sécurité du droit.

Sans doute faut-il quelque naïveté, soit pour croire qu'un système équitable rendrait tous les contribuables honnêtes, soit pour espérer que le législateur ait la volonté, sinon les compétences, en cette matière complexe, d'instituer des lois fiscales à la fois justes, cohérentes et précises. Il est vrai, pourtant, et c'est là, peut-être, un motif d'optimisme, que les distorsions provoquées par les lois d'impôt, nous l'avons souligné au début de ce rapport, ont des causes étonnamment peu nombreuses.

Certaines de ces causes seraient relativement simples à éliminer: par exemple, le système *praenumerando*, le report indûment limité des pertes commerciales, ou le régime d'imposition des apports. Pour d'autres, telles la disparité des charges fiscales cantonales ou la double imposition internationale des rendements mobiliers, leur suppression se heurte, pour l'heure, à des obstacles politiques et financiers encore insurmontables. Quant aux distorsions, de loin les plus importantes, qui trouvent leur source, soit dans la double imposition économique du revenu des personnes morales, soit dans le traitement imprécis et discriminatoire des gains en capital, elles touchent à la base même de notre

système fiscal, dont la modification, veut-on l'envisager, soulève naturellement des problèmes de toute nature, politiques, budgétaires et techniques. Nous n'avons pas la prétention, en abordant ces problèmes, ou certains d'entre eux, dans les pages qui suivent, de leur apporter des solutions définitives. Mais il nous a paru indispensable, avant de clore ce rapport, d'esquisser – en nous référant à quelques expériences étrangères – la structure d'un système plus équitable et plus neutre.

## Chapitre I

### **L'imposition des entreprises et la double imposition économique**

#### **A. L'imposition des sociétés en droit fiscal suisse et européen**

##### *1. Le point de vue helvétique*

L'examen de la jurisprudence fiscale, en matière commerciale, révèle de manière frappante, nous pensons l'avoir montré, le rôle distordant joué par la double imposition; rôle central dans l'évasion fiscale, capital au niveau des dividendes cachés, et essentiel dans la majorité des cas où le choix et la commission d'actes et de transactions juridiques sont motivés par des considérations fiscales. Il est alors surprenant de constater combien le système classique d'imposition des sociétés est solidement ancré dans notre législation, et combien rares sont les voix qui s'élèvent pour proposer, sinon la suppression, du moins l'allègement de la double imposition économique.

Les projets du 3 août 1973 de la Commission de coordination pour l'harmonisation fiscale<sup>1</sup>, et, avant eux, les projets rédigés par les Commissions BÜHLMANN<sup>2</sup> et RITSCHARD<sup>3</sup> ont été publiés sans

<sup>1</sup> Cette Commission a été créée en novembre 1970, conjointement, par le Chef du Département fédéral des finances et des douanes et par la Conférence des directeurs cantonaux des finances. Elle a établi un projet de loi fédérale et un projet de loi-modèle cantonale.

<sup>2</sup> Il s'agit de la Commission d'experts pour la loi sur l'IDN créée en 1964 par le Chef du Département fédéral des finances et des douanes; elle a poursuivi ses travaux jusqu'en 1970.

<sup>3</sup> La Commission RITSCHARD, constituée en 1968 par la Conférence des directeurs cantonaux des finances, a rédigé un projet de loi-modèle dans l'optique d'un concordat intercantonal.

référence à cette question essentielle, qui n'est pas évoquée non plus dans le projet de loi-cadre sur l'harmonisation fiscale du 9 juillet 1976<sup>4</sup>; même si la structure des lois d'impôt n'est pas un objet nécessaire d'harmonisation, puisque tous les cantons, précisément, ont adopté le système classique de double imposition, on s'étonne que les travaux et les choix des Etats qui nous entourent n'aient pas trouvé plus d'écho chez nous. Ce conservatisme est d'ailleurs traditionnel. Ainsi, un groupe de travail réuni par l'Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht de la Hochschule de Saint-Gall, en avril 1969, avait conclu, il est vrai «*mit einer gewissen Resignation*», qu'il fallait s'en tenir au système en vigueur<sup>5</sup>. Et, quinze ans plus tôt, la Commission d'experts pour la motion PILLER affirmait – non sans, toutefois, certaines réserves – que «la double charge frappant la société anonyme et l'actionnaire n'est pas du tout injustifiée en principe»<sup>6</sup>.

Loin, par conséquent, d'alléger cette double charge, les réformes récentes des législations fiscales ont voulu, au contraire, garantir le fonctionnement normal et la neutralité du système existant, perturbé, en particulier, par la sous-capitalisation systématique des sociétés. En même temps, le législateur cantonal s'est proposé d'assujettir les sociétés coopératives, dont le bénéfice et le rendement sont souvent minimes, à des contributions mieux adaptées à leur capacité économique. Enfin, a-t-il aussi entendu (bien que cette volonté-là ait été plus discrètement exprimée), soit compenser certaines pertes fiscales provoquées par les règles d'imposition intercantionale, soit rétablir sa souveraineté sur le patrimoine immobilier cantonal: l'interposition de sociétés immobilières sous-capitalisées et contrôlées par des non-résidents privait, en effet, le canton de situation des droits qui lui étaient théoriquement réservés, dès le moment où le bénéfice de ces sociétés, distribué sous forme d'intérêts passifs, profitait à des personnes domiciliées hors des frontières cantonales. C'est ainsi qu'au cours des quinze dernières années, d'assez nombreux cantons ont introduit dans leur loi fiscale, d'une part, des dispositions

<sup>4</sup> Ce projet a été mis au point par la Conférence des directeurs cantonaux des finances à la suite de l'adoption, en juin 1977, de l'art. 42<sup>quinquies</sup> Cst.

<sup>5</sup> Besteuerung der juristischen Personen und Steuerharmonisierung in der Schweiz, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Band 1, Bern 1970, p. 75.

<sup>6</sup> Département fédéral des finances et des douanes, Le problème de l'imposition égale et juste des entreprises (ci-après *Rapport pour la motion Piller*), Bâle 1955, p. 36.

relatives au capital dissimulé des sociétés, et, d'autre part, des «impôts minimums» ayant pour assiette, soit les recettes brutes, soit les biens fonciers des sociétés de capitaux.

### a) L'impôt minimum sur les recettes brutes

Dix lois cantonales<sup>7</sup>, actuellement, prévoient cet impôt minimum, qui vise avant tout les sociétés coopératives, mais qui, afin d'éviter une violation des articles 4 et 31 Cst., s'applique à toutes les personnes morales<sup>8</sup>. Typiquement, cette contribution spéciale, prélevée uniquement si son montant dépasse celui des impôts sur le bénéfice et les fonds propres, est calculée sur la base du chiffre d'affaires, à l'exclusion des recettes extraordinaires et des escomptes et rabais consentis à des tiers. Généralement, la loi prévoit deux taux, l'un sur les recettes du commerce de détail (variant, selon les cantons, de 0,4‰ à 2‰), et le second (de 0,15‰ à 0,5‰) sur les autres rendements imposables; un taux intermédiaire est parfois appliqué au chiffre d'affaires des entreprises de fabrication.

Nous l'avons relevé, déjà, les priviléges concédés par la loi aux sociétés coopératives, ou ceux résultant de leurs buts et de leur nature, ne provoquent pas de distorsions, ou, plus précisément, n'incitent pas – ou n'incitent que très rarement – les promoteurs d'une personne morale à choisir cette forme de société; ceci, notamment, en raison d'impératifs du droit commercial (droit de vote égal de tous les associés, limitation du taux des dividendes, etc.) qui s'opposent à ce qu'elle soit utilisée aux mêmes fins qu'une société commerciale. En revanche, le statut fiscal privilégié d'une coopérative puissante et florissante, mais dont le bénéfice est relativement faible et le rendement minime, est certainement discutable au plan de l'égalité de traitement et au plan de la concurrence<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Celles d'Appenzell Rh. Ext. (arts 51 et ss LIC), Appenzell Rh. Int. (arts 58 et ss LIC), de Fribourg (arts 92 à 95 LIC), Neuchâtel (arts 72<sup>bis</sup> à 72<sup>quinquies</sup> LIC), Nidwald (arts 37 et ss LIC), St-Gall (arts 77 et ss LIC), Schaffhouse (arts 57 et ss LIC), Thurgovie (arts 57 et ss LIC), du Valais (arts 102 à 104 LIC), et de Vaud (arts 62 à 66 LIC).

<sup>8</sup> Conformément aux recommandations contenues dans le Rapport pour la motion Piller, pp. 167, et 144 et ss, qui a souligné le fait qu'il existait également des sociétés anonymes ne cherchant pas à réaliser des bénéfices, et que les «expédiants» constitués par la reprise des dividendes cachés (pour les sociétés anonymes) et par l'imposition des rabais et ristournes (pour les coopératives) ne donnaient pas de résultats satisfaisants (p. 93).

<sup>9</sup> Voir ci-dessus Première partie, II A 2.

Ainsi, le débat concernant l'impôt minimum<sup>10</sup>, qui a pour toile de fond la lutte économique entre les grandes coopératives et le petit commerce de détail, est centré sur deux questions: un impôt – c'est là une question de principe – peut-il être juste s'il est prélevé sans référence aux résultats de l'entreprise contribuable, et – c'est là davantage une question de modalité – peut-on admettre que le chiffre d'affaires soit une mesure équitable de la capacité contributive? Le Tribunal fédéral, lorsque ces problèmes lui furent soumis la première fois, en 1935, estima que le chiffre d'affaires n'était manifestement pas un critère utilisable, ce qui le dispensait d'examiner la question de principe<sup>11</sup>. Sa position actuelle est complètement différente. Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de l'impôt thurgovien, il a admis qu'une entreprise ne recherchant pas le profit, mais mettant en œuvre avec succès des moyens importants, pouvait, sans arbitraire, être soumise à une imposition fondée «sur d'autres critères que le bénéfice net et le capital», et le chiffre d'affaires constituait indubitablement un critère permettant «d'apprécier la véritable capacité financière d'une telle entreprise»<sup>12</sup>; en revanche, le Tribunal fédéral n'admettrait pas que l'impôt minimum fût progressif, à moins que cela soit justifié par une rentabilité accrue des entreprises faisant un chiffre d'affaires plus élevé<sup>13</sup>.

L'influence, nous l'avons dit, minime du statut fiscal plus ou moins favorable accordé aux coopératives sur le choix de cette forme de société justifie que nous ne nous arrêtons pas plus longuement sur ce premier type d'impôt minimum. Il est certain qu'il soulève des questions délicates, notamment celle de savoir, ainsi qu'un auteur le soulignait récemment<sup>14</sup>, si un impôt visant des entreprises bien déterminées (celles qui ne recherchent pas le profit) peut s'appliquer sans arbitraire à toutes les personnes

<sup>10</sup> Voir K. VALLENDER, Die Minimalsteuer auf dem Umsatz der juristischen Personen im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts – dargestellt am Beispiel der sanktgallischen Minimalsteuer auf den Bruttoeinnahmen, Archives 45, p. 145; M. IMBODEN, Die Voraussetzungen einer verfassungsmässigen Minimalsteuer, Archives 34, p. 193; I. BLUMENSTEIN, Die Minimalsteuer der Kantone Waadt, Wallis und Thurgau unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts, Archives 34, p. 1.

<sup>11</sup> Arrêt *Merkur AG* du 18.10.1935, ATF 61 I 321, RDAF 1973, p. 91 (résumé).

<sup>12</sup> Arrêt *Coopératives Migros Saint-Gall et Schaffhouse* du 16.9.1970, ATF 96 I 560, JT 1972 I, p. 600 (résumé), voir pp. 601 et 602, Archives 39, p. 623, RDAF 1971, p. 353, et 1973, p. 90 (résumés).

<sup>13</sup> A ce sujet, voir le récent arrêt *Migros* du 3.3.1976, ATF 102 Ia 254, Archives 46, p. 396.

<sup>14</sup> H. VALLENDER, op. cit., note 10 ci-dessus, Archives 45, pp. 162 et ss.

morales, y compris à celles qui, voulant réaliser des bénéfices, ne parviennent pas à leurs fins, que ce soit dû à la récession, à une mauvaise gestion, ou à quelque autre raison<sup>15</sup>.

## b) L'imposition du capital dissimulé<sup>16</sup>

### (i) *Imposition directe*

Dix lois cantonales, à l'heure actuelle, contiennent des dispositions qui imposent aux sociétés, ou à certaines d'entre elles, d'avoir des fonds propres dont le montant corresponde à une proportion déterminée (variant entre  $\frac{1}{3}$  et  $\frac{1}{6}$ ) de la valeur de leurs actifs<sup>17</sup>. Ce capital minimum est taxé comme tel, et les intérêts versés sur la partie des dettes assimilées aux fonds propres sont ajoutés au bénéfice imposable. La réglementation adoptée par les cantons d'Argovie, de Bâle-Ville, Schaffhouse et du Valais nous paraît répondre aux exigences de l'article 4 Cst. Elle s'applique, en effet, à toutes les sociétés, et, ce qui est plus important, seuls des prêts d'actionnaires (ou de personnes les touchant de près) peuvent être assimilés aux fonds propres: il serait manifestement arbitraire d'imposer comme bénéfice des intérêts payés à des tiers, qui, pour un motif ou un autre, auraient accepté de consentir à une société des avances dépassant les normes usuelles<sup>18</sup>.

Les dispositions contenues dans les lois des cantons du Tessin, de Vaud et de Genève (qui ne concernent que les sociétés immobilières), ainsi que du canton de Fribourg (qui ne s'appliquent pas aux sociétés exploitant une entreprise), ne font, en revanche,

<sup>15</sup> Ce problème n'est pas complètement résolu par la possibilité prévue par la loi vaudoise (art. 66 al. 3), de dispenser de l'impôt les entreprises en difficultés financières.

<sup>16</sup> Concernant la théorie jurisprudentielle du capital dissimulé, voir Deuxième partie, II B 2, litt. b.

<sup>17</sup> Argovie (arts 15 et 17 LIC sur les sociétés), Bâle-Camp. (art. 61 LIC), Bâle-Ville (arts 71 et 73 LIC), Fribourg (arts 83 et 89 LIC), Genève (arts 66 et 68 LCP), Obwald (art. 67 LIC), Schaffhouse (arts 49 et 56a LIC), Tessin (arts 71 et 79 LIC), Valais (arts 86 et 96 LIC), et Vaud (art. 59<sup>er</sup> LIC). Les lois de Bâle-Camp. et d'Obwald, cependant, ne précisent pas le pourcentage minimum des fonds propres.

<sup>18</sup> Le Tribunal fédéral l'a noté assez clairement dans l'arrêt *SI C.* du 13. 2. 1976, ATF 102 Ib 151, Archives 45, p. 527, RDAF 1977, p. 309, 318: «Aux fonds propres tels qu'ils apparaissent au bilan ne peut être ajoutée, le cas échéant, que la part des prêts d'actionnaires qui court les mêmes risques que le capital.»

aucune distinction entre les prêts d'actionnaires et les avances de tiers, et elles sont, par conséquent, sur ce point, contraires à la Constitution. La réglementation genevoise nous paraît arbitraire pour un second motif: le montant du capital dissimulé est fonction de la valeur *comptable* des biens immobiliers, alors que de toute évidence – même si le Tribunal fédéral s'est dispensé jusqu'aujourd'hui de le confirmer<sup>19</sup> – seule la valeur de gage d'un actif immobilier permet d'évaluer le montant des prêts qu'une société, sans avoir recours à ses actionnaires, a la possibilité d'obtenir<sup>20</sup>.

#### *(ii) Imposition indirecte: l'impôt foncier minimum*

Dix cantons ont institué un impôt minimum sur les actifs immobiliers (situés sur le territoire cantonal) des personnes morales<sup>21</sup>. Cet impôt, dont le taux varie, selon les cantons, de 0,4‰ à 4‰, n'a pas toujours la même fonction ni les mêmes justifications. En premier lieu, indépendamment du problème de la sous-capitalisation, il vise à soumettre la propriété foncière à une charge minimum. Cet objectif, qui peut également être atteint par des impôts réels, en dissimule souvent un autre: celui d'assujettir à une charge minimum non pas tant la propriété foncière que les sociétés d'assurance. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (fondée sur l'art. 46 al. 2 Cst.), les agents généraux d'assurance ne constituent pas des établissements stables de leurs compagnies, qui, par conséquent, malgré l'activité importante qu'elles déploient dans divers cantons, sont imposables exclusivement à leur siège. L'impôt minimum, dont l'assiette inclut les immeubles de placement de ces sociétés, a alors pour but de compenser, dans une certaine mesure, la perte fiscale résultant d'une réglementation jurisprudentielle que les cantons jugent erronée et inéquitable. Si le Tribunal fédéral a accepté que le législateur cantonal atténue ainsi – au détriment des contribuables – les effets de sa propre jurisprudence, à condi-

<sup>19</sup> Ibid., p. 320, considérant 6, litt. e, deuxième phrase.

<sup>20</sup> L'Administration genevoise justifie, en particulier, le système choisi par sa simplicité et le respect des valeurs figurant au bilan; mais l'argument est d'autant moins pertinent que le capital imposable et le rendement d'une société immobilière ne sont précisément pas calculés sur la base de la valeur comptable de ses immeubles.

<sup>21</sup> Les cantons d'Appenzell Rh. Ext. et Rh. Int., de Bâle-Ville, des Grisons, de Lucerne, Nidwald, St-Gall, Schaffhouse, Thurgovie et du Tessin.

tion que le taux choisi ne dépassât pas 2%<sup>22</sup>, il a également admis que l'impôt foncier minimum fût utilisé aux fins d'assurer une imposition plus conforme à leur capacité économique des sociétés qui, soit en raison de leur but (coopératives), soit du fait de leur financement «insolite» (sociétés immobilières), ne paieraient normalement que des contributions dérisoires<sup>23</sup>. Le patrimoine immobilier, dans ces cas, n'est plus l'objet réel de l'impôt: il en est l'objet formel, qui sert, comme les recettes brutes, à mesurer la capacité contributive.

## 2. *Les conceptions étrangères*

Contrairement à la Suisse, les Etats qui nous entourent ont, en général, estimé que le système classique – que la plupart ont utilisé plus ou moins longuement – était peu satisfaisant. Il est vrai que les taux en vigueur, sensiblement plus élevés que les nôtres, conféraient à la double imposition des bénéfices, dans ces pays, un caractère prohibitif. Et il est certain que les solutions proposées, puis adoptées, ont eu moins pour but d'éliminer les distorsions dont le système classique est la cause chez certaines sociétés, que de réaliser une meilleure justice fiscale, d'encourager les investissements mobiliers, ou, encore, d'inciter les sociétés à distribuer des dividendes plus élevés.

### a) Le système du double taux

Le système du double taux, qui a été en vigueur en République fédérale allemande de 1953 à 1976, soumet les bénéfices distribués et les bénéfices mis en réserve à des taux d'imposition différents; ainsi, en Allemagne, les premiers étaient taxés à 15%<sup>24</sup> et

<sup>22</sup> Arrêt *Helvetia-Leben* du 22.5.1974, Archives 44, p. 539; arrêt *Vita* du 22.5.1974, ATF 100 Ia 244, JT 1976 I, p. 226, Archives 44, p. 528, RDAF 1976, p. 305 (résumé).

<sup>23</sup> Arrêt *Wohnbauen SA* du 11.3.1970, ATF 96 I 64, JT 1971 I, p. 98, Archives 40, p. 450, RDAF 1971, p. 351 et 1973, p. 90 (résumés); arrêt *Immoverba SA* du 24.1.1968, ATF 94 I 37, JT 1968 I, p. 617 (résumé), Archives 38, p. 317, RDAF 1969, p. 118; arrêt *Regionallager Genossenschaft Coop Gossau* du 21.12.1966, ATF 92 I 439, JT 1968 I, p. 194, RDAF 1973, p. 89 (résumé); arrêt *SA d'assurance X.* du 6.7.1960, ATF 86 I 209, JT 1961 I, p. 111.

<sup>24</sup> L'impôt sur ces bénéfices étant lui-même soumis à l'impôt sur les bénéfices non distribués, le taux réel s'élevait à 23,44% (sans tenir compte de l'augmentation de 3% en vigueur pendant les années septante).

les seconds à 51%. Le double taux atteint son but principal, mais il présente un certain nombre de complications. En premier lieu, ce système exige, à moins que le privilège du taux réduit ne soit accordé qu'aux bénéfices immédiatement distribués, l'application d'un mécanisme assez complexe de rétrocession d'impôt lors de la distribution ultérieure des profits mis en réserve. En second lieu, le double taux crée un privilège indu si le bénéficiaire des dividendes, par exemple une société mère, n'est pas soumis à l'impôt<sup>25</sup>; l'Allemagne avait résolu ce problème par l'institution du *Nachsteuer*, c'est-à-dire d'une contribution spéciale, de 36%, qui égalisait, dans ce genre de cas, la différence entre les deux taux en vigueur.

Le double taux entraîne également des complications au niveau international. Une première difficulté concerne le sort des bénéfices (en particulier des dividendes) de source étrangère qui sont exonérés d'impôt<sup>26</sup>. Un second et plus sérieux problème est créé par la distribution de dividendes à des résidents étrangers: faut-il soumettre ces dividendes au plus élevé des deux taux, ou faut-il leur accorder le taux réduit, mais au risque (puisque n'est pas concevable d'assujettir un résident étranger au *Nachsteuer*) qu'ils bénéficient, s'ils ne paient pas d'impôt dans leur Etat de domicile, de priviléges abusifs? La solution allemande à ce problème, on le sait, a consisté dans le prélèvement d'une retenue à la source (de 25%), jouant le rôle du *Nachsteuer*, et dont les conventions n'autorisaient pas le remboursement, même partiel, lorsque le bénéficiaire des dividendes était une société mère (présumée jouir d'un privilège holding). Enfin, le double taux ne permet guère une imposition équitable des profits réalisés par les établissements stables de sociétés étrangères, puisqu'on ignore si ces profits seront distribués ou mis en réserve; la solution, choisie par l'Allemagne, d'un taux forfaitaire (de 49%) aboutissait souvent à des résultats discriminatoires.

<sup>25</sup> Bien entendu, ce privilège n'existe que si la société mère thésaurise les dividendes qui lui sont distribués.

<sup>26</sup> Ce problème peut être illustré de la manière suivante. Une société allemande qui a un bénéfice de 200, dont 50 provient de dividendes étrangers exonérés, distribue un dividende de 50: faut-il admettre que ce dividende est pris sur les bénéfices exonérés (le bénéfice restant de 150 étant alors soumis au taux de 51%) ou, au contraire, sur les bénéfices imposés (qui profitent alors, à concurrence de 50, du taux de 15%)?

### b) Le système de l'imputation

Ce système, que la Belgique a adopté en 1962, la France en 1965, la Grande-Bretagne en 1973 (après une première expérience interrompue en 1965), l'Irlande en 1976, et l'Allemagne dès 1977, se caractérise par le fait que la double imposition est atténuée, non plus au niveau des sociétés, mais chez leurs actionnaires: ceux-ci sont, en effet, en droit d'imputer sur l'impôt afférent aux dividendes dont ils bénéficient un pourcentage déterminé (le «crédit d'impôt» ou «l'avoir fiscal»), généralement proche de 50%, de l'impôt sur les sociétés auquel ces dividendes ont été soumis.

Le mécanisme du crédit d'impôt présente moins de complications que celui du double taux. La plus importante survient lorsqu'une société distribue des bénéfices sur lesquels elle n'a pas payé d'impôt, notamment à raison d'un privilège holding, et qui, par conséquent, ne sont pas soumis à une double imposition; ce problème est généralement résolu par l'institution du «précompte», prélèvement opéré chez la société mère, qui annule et compense l'avoir fiscal dont elle bénéficie. Au plan international, le système de l'imputation est évidemment très discriminatoire si l'Etat qui l'utilise n'accorde pas aux résidents étrangers le même crédit que celui qui s'attache aux dividendes internes.

Il serait sans intérêt d'analyser ici, en détail, les divers mécanismes d'imputation actuellement en vigueur dans les pays de la Communauté, aussi nous bornerons-nous à deux exemples, celui de la France et celui de l'Allemagne.

(i) *Le système français* suit le schéma qui vient d'être brièvement décrit. Lorsqu'une société, soumise, en règle générale, à un impôt de 50%, distribue un dividende, ses actionnaires résidant en France bénéficient d'un avoir fiscal égal à 50% du montant de l'impôt sur les sociétés, à condition, toutefois, que les profits distribués aient été réalisés au cours des cinq dernières années. L'avoir fiscal, qui est lui-même imposé, est soit imputé sur les impôts personnels de l'actionnaire, soit, s'il est plus élevé, remboursé à ce dernier.

<i>Exemple</i>	Bénéfice net de la société	200
	Impôt sur les sociétés (50%)	100
	Bénéfice disponible	
	(par hypothèse intégralement distribué)	100
	Avoir fiscal (50% de l'impôt)	50
	Dividende total	150
	Impôt personnel de l'actionnaire	
	(par hypothèse 40%)	60
	Dividende disponible	90

La distribution de bénéfices n'ayant pas supporté l'impôt sur les sociétés (notamment en raison d'un privilège holding) oblige la société à acquitter le «précompte», qui est prélevé au taux de  $33\frac{1}{3}\%$  sur le dividende augmenté de l'avoir fiscal. Ainsi, dans l'exemple qui précède, et dans l'hypothèse où le bénéfice disponible de 100 proviendrait de dividendes exonérés, la société paierait un précompte de 50 ( $33\frac{1}{3}\%$  de 150), compensant l'avoir fiscal qui s'attachait à ces dividendes. Au plan international, la France a généralement accepté d'accorder aux résidents d'Etats avec lesquels elle a conclu une convention de double imposition le bénéfice de l'avoir fiscal ou le remboursement du précompte.

Le 1<sup>er</sup> août 1975 la Commission des Communautés européennes a soumis au Conseil une proposition de directive<sup>27</sup>, dont les dispositions sont très proches de celles du droit français. L'harmonisation envisagée ne serait toutefois pas complète, les Etats membres restant libres de choisir le taux de leur impôt sur les sociétés et le pourcentage du crédit d'impôt, à l'intérieur d'une «fourchette» relativement étroite (de 45% à 55%).

(ii) *Le système allemand*<sup>28</sup>, en vigueur dès 1977, va beaucoup plus loin que le système traditionnel de l'imputation, puisqu'il aboutit à l'élimination complète de la double imposition. En effet, si les bénéfices distribués demeurent soumis à un impôt (de 36%, alors que l'impôt normal a été porté à 56%), celui-ci n'est, en réalité, plus qu'une retenue à la source: les actionnaires domiciliés en Allemagne peuvent l'imputer en totalité sur leurs impôts personnels, ou, le cas échéant, en obtenir le remboursement.

<i>Exemple</i>	Bénéfice net de la société	200
	Impôt sur les sociétés (dans l'hypothèse d'une distribution totale)	72
	Bénéfice distribué	128
	Montant du crédit	72
	Dividende total	200
	Impôt personnel de l'actionnaire (par hypothèse 40%)	80
	Dividende disponible	120

<sup>27</sup> Ce projet, intitulé «Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenue à la source sur les dividendes», a été publié dans le Journal Officiel No C 253 du 5.11.1975.

<sup>28</sup> Körperschaftsteuerreformgesetz vom 31.8.1976, Bundesgesetzblatt 1976 I, p. 2597. Voir R. VON SIEBENTHAL, Grundzüge und Auswirkungen der deutschen Körperschaftsteuerreform, Archives 46, p. 217; H.J. AULT/A.J. RÄDLER, The German Corporation Tax Reform Law 1977, Frankfurt am Main 1976.

Les bénéfices non distribués sont imposés au taux de 56%, mais leur répartition ultérieure, quelle qu'en soit la date et les modalités (l'excédent de liquidation, par exemple, est assimilé à un dividende), est accompagnée d'un crédit d'impôt et d'un ajustement de l'impôt sur les sociétés qui réduisent ce dernier à zéro. A noter que les distributions de profits exonérés, c'est là une des complications du système, doivent être soumises à une contribution compensatoire (de 36%), afin d'éviter que les actionnaires n'obtiennent l'imputation d'un impôt qui n'aurait précisément pas été acquitté.

Au plan international (et sous réserve des dispositions conventionnelles), le nouveau système allemand entraîne, pour les résidents étrangers, une charge à la fois plus lourde, l'impôt sur les bénéfices distribués étant d'un taux sensiblement plus élevé, et plus discriminatoire, en raison du droit d'imputation accordé aux résidents allemands.

### c) Autres systèmes<sup>29</sup>

On peut concevoir, et certains Etats ont appliqué, d'autres systèmes, encore, en vue d'alléger, ou de supprimer la double imposition économique. De même que la méthode du crédit d'impôt trouve sa forme extrême dans le nouveau régime allemand d'imputation intégrale, la méthode du double taux peut aller, ainsi qu'il est le cas en Grèce, jusqu'à l'exonération pure et simple des bénéfices distribués; par rapport à l'imputation intégrale, ce dernier système avantage les actionnaires qui (parce qu'ils ont des revenus importants) sont soumis à des impôts personnels d'un taux plus élevé que celui de l'impôt sur les sociétés<sup>30</sup>.

La «transparence fiscale» constitue, à première vue, un moyen particulièrement attrayant d'éviter la double imposition; écartant le principe, certains diront la fiction, de la capacité contributive des sociétés, ce système en attribue les profits à leurs actionnaires, en proportion de leur participation au capital social: en

<sup>29</sup> Voir, en particulier, le rapport du professeur A.J. VAN DEN TEMPEL, Impôt sur les sociétés et impôt sur le revenu dans les Communautés européennes, Bruxelles 1969.

<sup>30</sup> Dans ce contexte, on peut noter que (sauf erreur) quatre lois cantonales, celles d'Appenzell Rh. Ext. (art. 26), d'Appenzell Rh. Int. (art. 23), de Nidwald (art. 15) et d'Obwald (art. 26) exonèrent d'impôt les dividendes distribués par les sociétés locales.

d'autres mots, les sociétés ne sont plus, et les actionnaires demeurent seuls, contribuables. Toutefois, la transparence fiscale présente des défauts et des complications qui en diminuent singulièrement l'intérêt. Non seulement conçoit-on mal d'imposer les actionnaires à raison de bénéfices (non distribués) dont ils n'ont pas la libre disposition (en fait, cet obstacle peut être facilement écarté par l'institution d'un prélèvement chez la société), mais, surtout, est-il assez évident que la transparence n'aboutit pas à des résultats équitables dans les grandes sociétés, auxquelles il est difficile de dénier une capacité contributive, et dont les titres connaissent des variations de cours qui sont souvent sans rapport avec le montant de leurs bénéfices. Par ailleurs, l'application de la transparence dans les relations internationales se heurte à des obstacles insurmontables.

Fort différente, mais plus réaliste, apparaît l'idée d'assimiler à un intérêt, à concurrence d'un pourcentage déterminé des fonds propres ou du capital versé, le bénéfice que les sociétés distribuent à leurs actionnaires. Cette méthode du «dividende primaire» correspond, au fond, à un système de double taux variable: le taux de l'impôt sur les bénéfices distribués, partant de zéro (si le montant distribué ne dépasse pas celui du dividende primaire), va croître en fonction du rapport existant entre le dividende effectif et le dividende exonéré. En encourageant ainsi une distribution minimum, tout en décourageant les distributions importantes, la méthode du dividende primaire serre d'assez près la réalité économique des grandes sociétés: il est douteux, en revanche, qu'elle puisse éliminer les distorsions que la double imposition provoque au niveau des sociétés de famille et des autres sociétés fermées.

#### **B. Les différents aspects et conditions d'une réforme du système helvétique**

La Suisse peut-elle, et doit-elle, maintenir un système qui est indiscutablement une source constante de distorsions et de conflits, et auquel ses voisins ont renoncé, ou se proposent de renoncer à plus ou moins brève échéance? Sans prétendre donner une réponse définitive à cette question, de toute évidence extrêmement complexe, nous sommes convaincus qu'elle mérite d'être débattue, et qu'il serait, en vérité, déraisonnable de ne pas en débattre à l'heure où les cantons examinent les bases d'harmonisation de leurs lois fiscales. C'est ce débat nécessaire que nous voudrions ouvrir ici, nous bornant à effleurer les difficiles problèmes.

mes, à la fois de principe et de technique fiscale, que soulève l'imposition des entreprises.

### *1. Grandes et petites sociétés*

Jusqu'ici, ce rapport n'a fait qu'incidemment allusion aux différences existant entre la situation fiscale des grandes et petites sociétés. Dès le moment, cependant, où l'on évoque la possibilité ou la nécessité de réformes, il est essentiel de voir que la double imposition n'a pas les mêmes effets, et ne suscite pas les mêmes critiques, chez toutes les personnes morales.

#### a) La situation des grandes sociétés

L'imposition séparée des grandes sociétés de capitaux, c'est-à-dire des sociétés «ouvertes», ou publiques, est justifiée – admet-on généralement – par le fait qu'elles ont une capacité contributive propre, distincte de celle de leurs associés ou actionnaires<sup>31</sup>. La personnalité que le droit leur confère, vue sous l'angle fiscal, n'a pas un caractère fictif. Il s'agit de sociétés économiquement vivantes et indépendantes, et leurs actionnaires ne constituent que l'un des groupes, à côté de ceux formés par les dirigeants et les travailleurs, des personnes intéressées aux résultats et à la bonne marche de l'entreprise. D'autre part, et c'est là un point qui nous importe au premier chef, la double imposition est rarement une source de distorsions, ou, plus précisément, elle a rarement une influence directe sur les actes et transactions juridiques de ces personnes morales. Non seulement l'actionnaire d'une société ouverte n'en confond pas les biens et les bénéfices avec ses propres revenus et sa fortune personnelle (et il ne ressent, par conséquent, pas comme une injustice l'imposition répétée de ses dividendes), mais encore ne dispose-t-il daucun moyen d'en éviter ou d'en alléger la charge.

Mais s'il ne paraît pas injustifié que les grandes sociétés soient des sujets fiscaux, et si la double imposition provoque peu de distorsions à leur niveau, le système classique n'en est pas pour autant satisfaisant. Certes, la capacité contributive de ces per-

<sup>31</sup> «La double charge imposée à la société et aux actionnaires repose sur l'idée que les entreprises des personnes morales ont une capacité contributive propre»; voir l'arrêt *SI C.* du 13. 2. 1976, note 18 ci-dessus, RDAF 1977, p. 318. A ce sujet, voir, aussi, le Rapport pour la motion Piller, pp. 30 et ss.

sonnes morales, comme celle des personnes physiques<sup>32</sup>, peut être mise en rapport avec leur faculté d'épargner, c'est-à-dire de constituer des réserves, et il est équitable que le taux d'imposition croisse à mesure qu'une entreprise réalise des bénéfices qui excèdent ceux qui sont nécessaires, compte tenu de sa taille, à un autofinancement raisonnable<sup>33</sup>. En revanche, si l'on admet qu'une société a une capacité contributive propre parce qu'elle est indépendante de ses membres, il est illogique d'inclure les sommes qu'elle leur distribue dans les bénéfices servant à mesurer sa capacité contributive. En d'autres termes, le véritable bénéfice d'une société est celui dont elle dispose après avoir rémunéré ses actionnaires. Les dividendes qu'elle déclare ont la nature de frais généraux, d'intérêts, qu'elle est pratiquement obligée de payer, même si ses dirigeants en fixent assez librement le taux.

La grande société, en conclusion, n'est pas «transparente», mais il est justifié de la soumettre à un régime qui atténue (par un mécanisme d'imputation partielle, de double taux, ou de dividende primaire), ou qui supprime (grâce à une exonération ou une imputation intégrale) la double imposition des bénéfices *distribués*. A cet égard, le choix d'une solution ou d'une autre est indépendant des risques de distorsion qu'elle pourrait impliquer, car si un simple allègement de la double charge n'enlève pas tout intérêt à certaines manœuvres d'évasion fiscale, la société ouverte n'a guère l'occasion d'en prendre avantage.

### b) La situation des petites sociétés

Les sociétés fermées, telles les sociétés de famille, et, d'une manière générale, toutes les sociétés (immobilières, financières, etc.) contrôlées par un nombre restreint d'actionnaires, ont des caractéristiques sensiblement différentes. Dans l'esprit de leurs membres, elles n'ont pas de capacité économique propre, et, par conséquent, la qualité de contribuable qui leur est reconnue est une fiction légale, inéquitable, que seul justifie le désir de l'Etat d'accroître ses recettes fiscales. Si l'actionnaire unique d'une société commerciale conçoit que les avantages qui l'ont incité à la créer – l'anonymat, une responsabilité limitée, un partage succes-

<sup>32</sup> Voir ci-dessus Deuxième partie, II C.

<sup>33</sup> Il est douteux que le système helvétique, qui se singularise par la progression des taux en fonction du rendement, soit toujours conforme à la justice fiscale. La notion de «superbénéfice» est certainement davantage liée au montant total du bilan qu'au montant des fonds propres.

soral plus aisé – entraînent son assujettissement à une taxe spéciale (tel l'impôt sur les fonds propres), il juge absurde et injuste que des biens et des profits qu'il considère comme les siens soient imposés deux fois<sup>34</sup>; bien entendu, le fait que les entreprises en raison individuelle et les sociétés de personnes échappent à cette double imposition achève de le convaincre qu'il est l'objet d'un traitement discriminatoire, et qu'il a d'excellents motifs de s'engager sur la voie de l'évasion fiscale.

Sans doute, ce point de vue est-il objectivement discutable; sans doute, ces contribuables utilisent-ils aussi à leur avantage l'imposition séparée de leur société, qui leur permet, notamment, d'accumuler des profits soumis à une charge inférieure, vu les taux en vigueur, à celle que doivent supporter les commerçants individuels. Il n'en reste pas moins vrai que les autorités fiscales passent un temps considérable à lutter contre l'«insolite», et qu'un très large pourcentage des litiges fiscaux sont provoqués par les abus, potentiels, réels ou imaginaires, commis par des sociétés fermées, dont les actionnaires ont à la fois la volonté et la possibilité de dicter ou d'influencer les transactions juridiques. Les efforts du législateur tendant à faire respecter la double imposition ne connaîtront jamais que des succès temporaires et partiels, et les réactions des autorités administratives et judiciaires n'atteindront jamais leur but qu'au prix d'une légalité dangereusement dépréciée.

La nécessité d'une réforme de structure nous paraît ainsi évidente, et il nous paraît aussi qu'il ne suffit plus, ici, d'alléger, mais qu'il est indispensable de supprimer, la double imposition: à quoi servirait, en effet, d'abandonner le système classique, qui a le mérite de la simplicité, si les contribuables trouvaient encore un avantage, aussi limité soit-il, à suivre des voies détournées? Compte tenu de ces divers éléments, le système de la transparence est certainement attrayant. Il apporte une solution radicale aux problèmes des dividendes cachés et du capital dissimulé, à celui des profits accumulés et mis, sans distribution, à disposition des actionnaires, et, d'une manière générale, il coupe court à toutes les manœuvres d'évasion fiscale que la double imposition peut provoquer et permettre; enfin, assure-t-il l'égalité de traitement des entreprises, sans égard à leur forme juridique.

<sup>34</sup> Le Tribunal fédéral, lui-même, a exprimé des doutes concernant le bien-fondé de ce système; voir, par exemple, l'arrêt *SI C.* du 13. 2. 1976, note 18 ci-dessus, RDAF 1977, p. 318, et l'arrêt *SI X. SA* du 10. 11. 1972, Archives 42, p. 203, RDAF 1974, p. 317, 321.

Cependant, si le système de la transparence est un choix naturel pour les sociétés fermées, il est, au contraire, nous l'avons vu, inapplicable au niveau des grandes sociétés. Son adoption, par conséquent, créerait un régime dualiste, qui n'est pas *a priori* exclu (le droit étranger en offre d'ailleurs des exemples)<sup>35</sup>, mais qui, déjà parce qu'il exigerait de définir deux types de sociétés différemment traitées, pourrait être la source de nouvelles distorsions. Un système unitaire répondrait ainsi mieux au but recherché et aux vœux de simplicité généralement exprimés, le refus de la TVA l'a montré, par les contribuables helvétiques. Avant d'examiner très brièvement quel pourrait être ce système, il convient, encore, d'évoquer la situation des sociétés mères et filiales, et, par la même occasion, le problème de la triple imposition.

### c) Le cas des sociétés mères et filiales

Les termes de «société mère» et de «société filiale» ne répondent généralement, dans nos lois fiscales, à aucune définition précise. Dans le contexte de la double imposition, cependant, «société mère» qualifie une société (mixte ou holding, ouverte ou fermée) occupant une situation d'intermédiaire entre une ou plusieurs sociétés qu'elle contrôle (qui sont précisément des «filiales») et les personnes physiques ou morales qui la contrôlent à leur tour. La filiale est toujours, et par définition, une société fermée, mais souvent d'un genre différent des entreprises de famille ou des sociétés immobilières contrôlées par une ou deux personnes physiques. Sans doute, est-elle parfois complètement dépendante de sa mère, et il est alors vraisemblable que la fiscalité influence leurs relations et celles que la société fille entretient avec d'autres sociétés du groupe, voire, même, si la mère est une société fermée, avec les actionnaires de cette dernière. Dans d'autres cas, cependant, la filiale jouit d'une assez grande autonomie, soit que le groupe suive une politique de concurrence interne, soit que la taille et l'organisation de la société l'obligent à tenir compte, non seulement des intérêts de son actionnaire, mais aussi de ceux des dirigeants et des travailleurs. Il est donc difficile de ranger les sociétés filiales dans une catégorie déterminée, et, ici encore, l'adoption d'un système unitaire d'imposition des so-

<sup>35</sup> Le code fiscal américain, notamment, prévoit la possibilité d'opter pour un régime de transparence; ce choix est exclusivement accordé aux sociétés qui n'ont pas plus de dix actionnaires, à condition que ceux-ci soient des personnes physiques et résident aux Etats-Unis (Internal Revenue Code, Subchapter S).

ciétés, permettant d'esquiver cette difficulté, serait manifestement préférable.

La planification fiscale d'un groupe de sociétés est naturellement fonction, dans une large mesure, du régime accordé aux sociétés mères, ou, en d'autres termes, de la solution donnée au problème de la triple imposition. A cet égard, les Etats qui, comme la Suisse, utilisent le système classique sont confrontés à une question de principe: si la double imposition n'est pas jugée discriminatoire, pour quels motifs la triple imposition, au contraire, aurait-elle un caractère inéquitable? A vrai dire, ces motifs sont bien malaisés à discerner et, peut-être, doit-on se borner à constater que la triple imposition rend prohibitive une charge qui, par le seul effet de la double imposition, demeure encore supportable<sup>36</sup>.

Une société mère qui n'est pas exonérée d'impôts sur ses dividendes est naturellement plus tentée de conclure des transactions destinées à réduire le revenu imposable de ses filiales que si elle jouissait d'un privilège holding. Dans ce dernier cas, un transfert artificiel de bénéfices ne sera pas nécessairement sans intérêt mais il aura d'autres causes que la triple imposition. Tout d'abord, ainsi qu'on l'a vu, le seul fait que cette triple imposition soit supprimée ouvre, si la société mère est une société fermée, la possibilité de manœuvres destinées à éviter la double imposition qui subsiste au niveau de la filiale et des actionnaires de la mère<sup>37</sup>. D'autre part, et c'est là un problème d'harmonisation intercantionale ou internationale, il est avantageux de diminuer le rendement d'une filiale au profit de sa mère si la première est soumise à des taux d'imposition plus élevés, ou si la seconde bénéficie d'un privilège holding qui s'étend à d'autres revenus que les dividendes, notamment aux intérêts et royaumes. Enfin, bien entendu, la double imposition internationale résultant des retenues à la source demeure, surtout si seuls les dividendes y sont soumis, une cause essentielle de distorsions dans les rapports entre sociétés affiliées.

A part la transparence, seul le système d'imputation intégrale (pour autant qu'il s'applique sans restriction, quel que soit le délai séparant la réalisation des bénéfices et leur distribution) apporte une solution véritablement satisfaisante, tant en théorie qu'en pratique, au problème de la triple imposition. En effet, tout privilège holding est ici inutile: la société mère demeure assujet-

<sup>36</sup> Voir ci-dessus Première partie, IV B 2.

<sup>37</sup> Voir ci-dessus Deuxième partie, II B 2, litt.a.

tie à l'impôt, mais il est compensé par l'imputation de l'impôt acquitté par la filiale; puis, à leur tour, les actionnaires de la société mère vont en imputer l'impôt sur leurs contributions personnelles.

## 2. *Utilité et conséquences d'une réforme*

### a) Premières conclusions

En résumé, trois sortes de reproches peuvent être adressés à la double (et triple) imposition qui caractérise le système helvétique. En premier lieu, le principe même de la double imposition, sous l'angle de la justice fiscale, n'échappe pas à la critique. Il ne tient pas compte de la réalité économique du dividende des grandes sociétés, qu'elles considèrent comme une charge diminuant leur capacité contributive, et il ignore totalement la transparence subjective, sinon objective, des sociétés fermées. En second lieu, le système classique ne respecte ni n'assure la neutralité du choix des formes juridiques offertes par le droit commercial. Enfin, la double imposition provoque d'innombrables distorsions. Elle fait obstacle à la liquidation, à la transformation ou à la concentration d'entreprises. Et, au sein des sociétés fermées, elle est la source intarissable de transactions dont certaines sont manifestement abusives, les dividendes cachés en sont le meilleur exemple, et dont d'autres se situent à la frontière, si difficile à tracer, qui sépare l'économie d'impôt et l'évasion fiscale, tels les prêts d'actionnaires ou ceux qu'ils obtiennent de leur société, les transferts de «manteaux», ou les distributions qui, grâce à l'interposition d'une holding, se dissimulent sous des apports et des prêts.

Si l'on admet la réalité de ces critiques, et si l'on accepte, par conséquent, l'idée d'une réforme, il convient d'en fixer les modalités. Celles-ci nous paraissent être, dans une large mesure, pré-déterminées par deux considérations: d'une part, la nécessité d'une élimination totale de la double et de la triple imposition au niveau des sociétés fermées, et, d'autre part, l'avantage indiscutable d'un système unitaire, qui soumette toutes les sociétés, grandes ou petites, au même régime. Ces considérations nous amènent, tout naturellement, à écarter le système de la transparence, mal adapté aux grandes sociétés, et les systèmes d'imputation partielle, de double taux et de dividende primaire, qui, en laissant subsister une double charge, diminuent mais ne suppri-

ment pas l'intérêt des manœuvres d'évasion fiscale. Il ne reste alors que les méthodes d'exonération des dividendes (au niveau des actionnaires) ou des bénéfices distribués (au niveau des sociétés), et le système de l'imputation intégrale. Or, le choix de ce dernier nous paraît clairement s'imposer, d'abord parce qu'il avantage, par rapport aux deux autres méthodes, les actionnaires modestes et qu'il est ainsi plus conforme au principe de la capacité contributive, et, ensuite, parce que le système helvétique s'harmonisera avec le système que l'Allemagne vient d'adopter, et, au moins partiellement, avec celui que la Communauté propose de mettre en vigueur.

### b) Conséquences du système de l'imputation

Les complications techniques du système de l'imputation, notamment au plan international, ne doivent pas être sous-estimées. Ainsi, la nouvelle loi allemande est indiscutablement complexe, ne serait-ce qu'en raison du double taux qu'elle a dû instituer (afin d'éviter une discrimination trop prononcée à l'encontre des résidents étrangers), et qui, à son tour, est la source de diverses difficultés, par exemple, lors de la distribution de bénéfices d'exercices antérieurs<sup>38</sup>. Si l'examen de ces problèmes, qui ne sont d'ailleurs pas insolubles, n'a pas sa place ici, il nous paraît, en revanche, nécessaire de vérifier très brièvement, d'une part, quelles seraient les conséquences financières du régime proposé, et, d'autre part, dans quelle mesure il éliminerait les distorsions résultant du système en vigueur.

Il est évident, sous l'angle budgétaire, que l'adoption d'un régime d'imputation intégrale impliquerait une augmentation sensible de l'impôt sur les sociétés. Si l'on prend l'exemple d'une société qui, ayant réalisé un bénéfice de 1000 (soumis par hypothèse à un impôt de 40%), en distribue (i) le 10% à des actionnaires imposés au taux de 30%, ou (ii) le 20% à des actionnaires imposés au taux de 40%, on constate que l'utilisation du système de l'imputation exigerait, afin d'aboutir à une charge fiscale totale identique, de porter le taux de l'impôt sur les sociétés, respectivement, à 46% et à 54%.

Cet ajustement qui, on le voit, dépend du montant distribué et de l'écart entre les taux de l'impôt sur les sociétés et des impôts

<sup>38</sup> C'est-à-dire, de profits qui, soumis à l'impôt au taux de 56%, doivent être mis rétroactivement au bénéfice du taux de 36%.

Bénéfice: 1000	Distribution de 100 (10%)	Distribution de 200 (20%)				
	Système classique	Système de l'imputation	Ajustement requis	Système classique	Système de l'imputation	Ajustement requis
Impôt société	400	400	460	400	400	540
Distribution	100	100	100	200	200	200
Crédit	—	67	85	—	133	235
Dividende total	100	167	185	200	333	435
Impôt actionnaire	30	50	55	80	133	174
1) dû	30	—	—	80	—	—
2) remboursé	—	17	30	—	—	61
Charge totale	430	383	430	480	400	479

personnels, et qui devrait être fixé statistiquement, favorise la neutralité fiscale. En effet, aussi longtemps que le crédit accordé, égal à l'impôt acquitté par la société, dépasse le montant des impôts personnels, les actionnaires n'ont aucun avantage à accumuler des bénéfices dans les sociétés qu'ils contrôlent. Cependant, l'écart entre les taux devrait rester raisonnable, afin de respecter la neutralité des choix entre les diverses formes d'entreprises.

Avec le système de l'imputation, les dividendes cachés perdent, en principe, tout intérêt. S'ils en gardent un, c'est alors en raison d'autres sources de distorsion du système en vigueur, notamment, la double imposition internationale (lorsque les distributions cachées échappent à l'impôt à la source), les disparités de taux, ou, encore, l'exonération des gains en capital (lorsque le dividende est dissimulé dans le prix de vente d'actifs, par exemple des titres, que l'actionnaire peut aliéner plus tard en franchise d'impôt). L'interposition de sociétés holding n'offre plus non plus – sauf au plan international – aucun avantage. Quant au capital dissimulé, enfin, s'il permettait encore une économie de droit de timbre, et, le cas échéant, d'impôt anticipé, il perdirait l'intérêt qu'il offre aujourd'hui, au plan des impôts directs, de transformer des dividendes en intérêts déductibles.

En éliminant une cause essentielle de distorsions, le système de l'imputation favoriserait indiscutablement la neutralité de l'impôt et la justice fiscale. Et il éloignerait, sans contrainte, les contribuables de cette zone dans laquelle s'opposent, aujourd'hui, le principe de la légalité, la réalité économique, et l'interprétation extensive des lois d'impôt.

## Chapitre II

### **La notion de revenu et l'imposition des gains en capital**

#### **A. Confusion et distorsions du système helvétique**

Complexe et ambiguë, la notion de revenu est, avec la double imposition, la source principale des inégalités et des distorsions dont souffre notre système fiscal. Comment pourrait-il en être autrement lorsque la loi distingue, souvent, sans les définir, et soumet à un traitement différent, cinq ou six sortes de rendements, notamment les revenus d'une activité lucrative professionnelle ou commerciale, les revenus de la fortune, les gains en capital privés (fréquemment divisés en plusieurs catégories), les gains en capital commerciaux, les bénéfices de liquidation, et la masse des autres rendements, mobiliers ou immobiliers, plus ou moins occasionnels, plus ou moins clairement «réalisés», dont on ne sait jamais trop bien s'ils tombent sous l'inévitable clause générale prévue par la loi, ou si la théorie de la source les fait échapper à l'impôt? Faut-il imposer les actions gratuites et les dividendes de liquidation, les gains de loterie et les donations? Qu'est-ce qu'un gain immobilier? Comment distinguer l'activité d'administration d'un patrimoine, qui fait naître des gains en capital, d'une activité professionnelle ou lucrative, qui engendre des revenus?

Confrontés à ces questions, l'Administration et les contribuables sont gagnés par des obsessions contraires: l'une ne veut rien laisser échapper à l'impôt, les autres ne veulent rien lui soumettre. Pour la première, tout est dividende ou revenu professionnel; ce que la loi ne prévoit pas, son but l'implique, et ce que l'interprétation ne permet pas d'imposer devient revenu par le biais de la réalité économique ou de l'égalité de traitement. De leur côté, les contribuables tentent par tous les moyens de donner à leurs rendements la forme de revenus privilégiés: le transfert d'un manteau d'actions, l'achat par un actionnaire de biens sociaux pour un prix insuffisant, transforment un dividende en un gain non taxable; la vente des actions d'une société constituée par l'apport d'une entreprise confère à un bénéfice de liquidation l'apparence d'un gain en capital; un emprunt bancaire garanti par les titres qu'il a permis d'acquérir offre à un contribuable la possibilité de réaliser des revenus exonérés et de diminuer en même

temps (par la déduction des intérêts passifs) ses revenus imposables.

Un système discriminatoire n'est pas seulement la cause d'interprétations arbitraires et d'évasions fiscales. Le législateur lui-même est pris dans l'engrenage des dispositions qu'il a édictées. Des règles inéquitables en appellent d'autres, et il est souvent impossible d'éliminer une distorsion sans en créer une nouvelle. Ainsi, la double imposition économique, conjuguée à l'exonération des gains en capital, exige que le montant imposable des dividendes de liquidation soit calculé sur la base de la valeur nominale – sans égard à la valeur d'acquisition – des titres de la société liquidée: l'actionnaire acquitte alors les impôts dont les personnes qui ont détenu ces titres avant lui, et les ont vendus avec profit, ont été exonérées! A son tour, ce mode de calcul implique l'imposition des actions gratuites, qui n'enrichissent pas leurs bénéficiaires, mais qui réduisent le montant des réserves auxquelles ils pourraient un jour avoir droit.

Dans un autre domaine, celui des gains immobiliers, l'existence d'un impôt spécial convainc souvent le législateur d'assimiler aux biens fonciers les actions de sociétés immobilières. Cette solution, cependant, non seulement désharmonise le traitement des gains mobiliers, mais, aussi, crée une double charge injustifiable (à moins que le législateur ne prévoie, selon l'exemple vaudois, que «les gains immobiliers imposés lors des ventes d'actions d'une société immobilière sont portés en diminution du revenu... de l'actionnaire qui liquide la société»)<sup>39</sup>. L'impôt spécial sur les bénéfices de remise et de liquidation des entreprises soulève, nous l'avons souligné plusieurs fois, des problèmes similaires. Certes, permet-il d'équilibrer la charge fiscale que supportent l'actionnaire qui dissout sa société et l'entrepreneur qui cesse son exploitation. Mais, en même temps, cet impôt provoque, entre l'actionnaire qui aliène ses titres et l'entrepreneur qui remet son entreprise, une grave inégalité de traitement, dont l'élimination exige l'institution d'un nouvel impôt, frappant les gains sur participations importantes. Cette contribution, à son tour, atteint l'objectif de neutralité qui lui est assigné, mais en accentuant la discrimination, causée par la double imposition, à laquelle sont soumis les contribuables qui choisissent d'exercer leurs activités par l'intermédiaire d'une personne morale.

Toutes ces distinctions, ces différences de traitement – entre revenus et gains en capital, entre divers gains mobiliers, entre

<sup>39</sup> Art. 52<sup>bis</sup> LIC.

gains mobiliers et immobiliers, entre particuliers et entreprises, entre entreprises astreintes à tenir des livres et petites entreprises, entre entreprises et personnes morales – sont-elles fondées sur des principes et des considérations qui les justifient, et qui en imposent le maintien dans notre système fiscal, en dépit des distorsions dont elles sont la cause? Avant d'examiner cette question essentielle, il nous paraît utile de jeter un bref coup d'œil sur quelques législations étrangères.

### B. Solutions étrangères<sup>40</sup>

Rares sont les Etats dont la législation fiscale ne connaît qu'une seule notion du revenu. L'Argentine, depuis 1974, assimile complètement les gains en capital aux revenus ordinaires<sup>41</sup>, et le Mexique n'accorde de privilège qu'aux seuls gains immobiliers non professionnels des personnes physiques; quant à la France, ainsi qu'on le verra plus bas, elle a également adopté le principe d'un régime unitaire, mais avec des exceptions et des correctifs nombreux, qui en atténuent considérablement la portée. Les priviléges qui, plus souvent, sont accordés aux plus-values, ou à une partie d'entre elles (notamment les gains à long terme), sont de nature très variée: certains pays en font profiter tous les contribuables, personnes physiques et morales; d'autres les déniennent aux personnes morales; d'autres, encore, les plus nombreux, n'exonèrent ou n'avantageant que les gains privés.

En règle générale, les lois d'impôts ne définissent pas la notion de gain en capital; la jurisprudence, appelée à préciser cette notion, s'est cependant presque toujours fondée sur la théorie de la source (ou «de l'arbre et des fruits»), conformément à laquelle les revenus ordinaires ont un caractère périodique, une source qui les renouvelle, alors que la réalisation d'un gain en capital implique l'aliénation (totale ou partielle), voire la destruction, de la source elle-même. Par ailleurs, lorsque le régime de faveur en vigueur ne concerne que les gains privés, il est souvent exigé que les plus-values n'aient pas un caractère professionnel ou spécula-

<sup>40</sup> Voir, en particulier, La notion de «gains en capital» dans différents pays, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXIb, deuxième sujet, International Fiscal Association (IFA), Rotterdam 1976.

<sup>41</sup> Quelques plus-values demeurent, toutefois, privilégiées, en particulier les gains sur obligations et sur certains immeubles, les indemnités payées lors de la rupture d'un contrat de travail, et diverses prestations d'assurance.

tif; ainsi qu'on l'a vu en matière d'IDN, les critères de cette distinction entre un véritable gain privé, afférent à un bien d'investissement, et un gain professionnel, lié à une activité lucrative, sont particulièrement difficiles à définir.

### 1. La solution du droit américain

Le droit fiscal des Etats-Unis<sup>42</sup> accorde aux gains en capital, aussi bien des personnes morales que des personnes physiques, un traitement de faveur. Selon la définition du code d'impôts, un gain en capital correspond à un produit réalisé lors de la vente ou de l'échange d'un bien d'investissement qui a été détenu pendant plus de six mois. L'exigence d'une «réalisation» entraîne certaines exonérations, notamment en cas de remplacement, d'échanges intervenant dans le cadre d'une concentration, ou d'échanges qui ne procurent aux parties aucun avantage monétaire. La condition de «vente ou d'échange» (*sale or exchange*) entraîne également certaines exemptions; ainsi, les donations et les successions – soumises par ailleurs à des impôts spéciaux – n'engendrent pas de gains en capital. En revanche, le code soumet expressément quelques rendements déterminés, bien qu'ils n'impliquent ni vente ni échange, au régime des gains en capital: tel est le cas, en particulier, des dividendes de liquidation<sup>43</sup>. La notion de «bien d'investissement» (*capital asset*), enfin, joue naturellement un rôle primordial; définie négativement par la loi, elle inclut tous les biens d'un contribuable, à l'exception (en se bornant à l'essentiel) des actifs destinés principalement à être vendus (le stock des entreprises) ainsi que des biens amortissables et des immeubles utilisés dans le cadre d'un commerce ou d'une profession<sup>44</sup>.

Quel est le traitement fiscal des gains remplissant les conditions qui viennent d'être mentionnées? Le revenu privilégié ne

<sup>42</sup> Voir les sections 1221 et ss de l'Internal Revenue Code (ci-après I.R.C.).

<sup>43</sup> Exceptionnellement, un dividende de liquidation est traité comme un revenu ordinaire. L'exemple typique est celui de l'excédent distribué par une *collapsible corporation* (Section 341 I.R.C.), qui, créée afin d'effectuer une seule opération (souvent un film de cinéma), et liquidée avant qu'elle ne réalise des bénéfices (avant la distribution du film), permettrait de transformer un revenu commercial en un gain en capital.

<sup>44</sup> Toutefois, ces biens amortissables et immobiliers sont régis par des règles particulières: les pertes subies et les bénéfices réalisés lors de leur transfert se compensent à due concurrence, et l'éventuel excédent bénéficiaire est traité comme un gain en capital (Section 1213 I.R.C.).

correspond pas, il faut le souligner, au montant total de ces gains, mais seulement à la différence entre (i) le montant net (pertes déduites) des bénéfices à long terme (réalisés sur des biens détenus pendant plus de six mois), et (ii) le montant net des pertes à court terme (subies lors du transfert de biens détenus pendant moins de six mois). La somme ainsi obtenue<sup>45</sup> est alors imposée, si le contribuable y trouve avantage, de la manière suivante. Chez une personne morale, l'impôt ordinaire<sup>46</sup> fait place à un impôt prélevé au taux invariable de 30%. En mains d'une personne physique, le gain privilégié, au choix du contribuable, est soit réduit de moitié (la partie imposable étant soumise à l'impôt ordinaire), soit soumis pour moitié à un impôt de 25% et pour moitié à un impôt dont le taux est de 50% inférieur au taux ordinaire.

Le système américain, comparé au nôtre, a le mérite, ou, en tout cas, l'effet, d'atténuer l'inégalité de traitement existant entre les revenus et les gains en capital, et, par conséquent, de diminuer l'intérêt que peuvent trouver les contribuables à choisir des formes juridiques qui, sans être nécessairement insolites et abusives, portent atteinte à la neutralité fiscale. Les plus-values, cependant, restent privilégiées, ou, du moins, soumises à des règles d'imposition spéciales, qui non seulement exigent – tâche malaisée – de définir la notion de gain en capital, mais aussi laissent ouvertes diverses voies d'évasion.

## 2. *Le nouveau régime français*<sup>47</sup>

Jusqu'à la fin de 1976, le traitement des gains en capital prévu par la législation française correspondait, dans les grandes lignes, au régime en vigueur dans la plupart des cantons suisses: ces gains étaient imposables chez les personnes morales<sup>48</sup>, alors que les personnes physiques n'étaient soumises à l'impôt qu'en raison de certains gains mobiliers et immobiliers (à caractère spéculatif),

<sup>45</sup> Qu'en est-il si ce calcul révèle une perte? Une personne physique peut la déduire de ses revenus ordinaires à concurrence de \$ 1000.-, au maximum, tandis qu'une personne morale est au bénéfice des règles de *carry-forward* et de *carry-back* prévues par la loi.

<sup>46</sup> A l'heure actuelle, l'impôt sur les sociétés est de 20% jusqu'à \$ 25 000.-, de 22% entre \$ 25 000.- et \$ 50 000.-, et de 48% sur le solde des bénéfices.

<sup>47</sup> Voir, notamment, P. BÖCKLI, *Die neue französische Kapitalgewinnsteuer*, Archives 45, p. 433.

<sup>48</sup> Certaines plus-values à long terme bénéficient toutefois d'un taux réduit.

et des plus-values réalisées dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle. La loi du 19 juillet 1976<sup>49</sup> a comblé la principale lacune de ce régime en assujettissant à l'impôt les bénéfices en capital obtenus par les personnes physiques lors du transfert de biens appartenant à leur fortune privée. Cette imposition intervient soit indirectement (par une taxe sur les transactions), soit directement (par un impôt sur les plus-values).

### a) Biens mobiliers

Les métaux précieux et autres biens mobiliers (sauf les papiers-valeurs) sont soumis à un droit de mutation, qui varie de 2 % à 4 %; cette forme d'imposition a été choisie en raison de la difficulté à connaître la valeur d'acquisition des biens en cause. En plus d'une franchise de Fr. 20 000.–, le législateur a prévu diverses exonérations, dont bénéficient, notamment, les véhicules automobiles et les meubles meublants. Les transferts forcés et involontaires (en cas de perte, de destruction, etc.) sont également exonérés.

### b) Valeurs mobilières et biens immobiliers

Ces biens sont soumis à un véritable impôt sur les plus-values. Plus précisément, les gains afférents à ces biens sont ajoutés aux revenus ordinaires des contribuables, sans pour autant leur être complètement assimilés.

#### (i) Valeurs mobilières

La loi accorde à chaque contribuable une franchise annuelle de Fr. 20 000.– (calculée non pas sur le montant des plus-values, mais sur celui des ventes), et elle exonère les gains réalisés sur diverses valeurs, notamment les actions de participation, les obligations, et les droits de souscription; aucun impôt n'est dû, non plus, sur les plus-values résultant de certains échanges de titres (par exemple, ceux opérés à l'occasion d'une concentration). Les pertes sur titres peuvent être déduites (dans un délai de cinq ans), mais uniquement des gains de même nature. Par ailleurs, la loi a institué un système de remplacement assez complexe; lorsqu'un contribuable détenant un portefeuille de valeurs mobilières réalise un

<sup>49</sup> Loi No 76-660, Journal Officiel de la République française du 20 juillet 1976, P. 4315. Cependant, l'entrée en vigueur de l'impôt sur les valeurs mobilières a été repoussée au 1<sup>er</sup> janvier 1979 (loi No 77-1467 du 30 décembre 1977).

gain, il le répartit, par une fiction légale, sur l'ensemble de son portefeuille et il peut utiliser la partie du gain afférente aux titres qu'il détient encore à de nouvelles acquisitions, sans imposition immédiate.

Seules les plus-values à court terme (de moins d'un an) sont pleinement imposables. Les gains à moyen terme (d'un an à dix ans) sont indexés et ne sont imposés qu'à concurrence de la moitié de leur montant. Aucun impôt n'est dû sur les plus-values à long terme. Enfin, faut-il relever que le taux de l'impôt sur les gains à moyen terme est limité par le mécanisme suivant: le revenu des contribuables est divisé en deux tranches, la première (bénéficiant des taux les plus favorables) formée des revenus ordinaires, et la seconde constituée par un cinquième des gains imposables; puis l'impôt afférent à ces gains est multiplié par cinq.

#### *(ii) Biens immobiliers*

Le champ d'application de l'impôt sur les gains immobiliers est considérablement restreint par deux importantes exemptions: d'une part, les contribuables dont le patrimoine immobilier a une valeur inférieure à Fr. 400 000.– ne sont pas soumis à l'impôt, et, d'autre part, les gains réalisés lors de la vente d'une résidence principale sont exonérés, même si le produit de la vente n'est pas utilisé à l'acquisition d'une nouvelle résidence. Ici encore, seuls les gains à court terme sont complètement assimilés aux revenus ordinaires. Les plus-values à moyen terme bénéficient d'une indexation forfaitaire (abattement de 5% par an jusqu'à un maximum de 40%), et celles à long terme sont indexées sur la base de l'augmentation réelle du coût de la vie; en outre, dès la dixième année, le gain imposable est réduit de 5% par an. Quant au taux de l'impôt, il est calculé (sauf pour les gains à court terme) selon la formule applicable aux valeurs mobilières.

Le système français ne mérite certainement pas toutes les critiques qui lui ont été adressées. Il est indiscutablement complexe, mais la simplicité, en matière fiscale, est difficilement conciliable avec la neutralité et la sécurité du droit. Et si toutes les exceptions et dérogations apportées au projet soumis, à l'origine, au législateur ont déçu ceux qui souhaitaient l'institution d'une véritable transparence de la propriété mobilière et immobilière (la France ne connaît pas l'impôt sur la fortune), il n'est nullement évident, nous allons le voir, que la pure et simple assimilation des

plus-values aux revenus périodiques soit toujours conforme à l'équité.

### C. Justifications d'une réglementation particulière des gains en capital

#### 1. La thèse en faveur de l'exonération

La plupart des cantons suisses, et de nombreux Etats, exonèrent complètement d'impôts les gains en capital, ou, du moins, les gains mobiliers, à caractère privé, réalisés par les personnes physiques. Le choix de cette solution extrême s'explique-t-il uniquement par des motifs historiques ou a-t-il des justifications objectives? Ces dernières paraissent, en vérité, bien difficiles à discerner. Ceux qui défendent la thèse de l'exonération invoquent souvent le fait que les gains en capital ne répondent pas à la définition économique du revenu, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas un caractère périodique, mais qu'ils sont, au contraire, occasionnels ou uniques, parfois inattendus et involontaires, et qu'ils impliquent l'aliénation ou la perte des biens qui permettent de les réaliser. Mais si ces considérations – résumant la théorie de la source – ont joué un rôle déterminant dans l'institution des impôts actuellement en vigueur, elles n'ont pas valeur d'arguments et ne justifient nullement que le législateur n'institue pas des impôts différents, qui frappent à la fois les gains en capital et les revenus ordinaires.

On ne saurait non plus accepter l'argument selon lequel l'imposition des plus-values est inutile et sans intérêt pour l'Etat, puisque le total des gains nets (pertes déduites) de l'ensemble des contribuables, au cours d'une période fiscale, serait vraisemblablement d'un montant très modeste, voire, même, nul en temps de récession. Faut-il souligner combien il est choquant et contraire aux principes d'égalité et de justice fiscales que l'Etat renonce à prélever un impôt, sous le prétexte que les gains de certains contribuables sont compensés par les pertes encourues par d'autres<sup>50</sup>!

Les difficultés de perception et, surtout, de contrôle, d'un impôt sur les plus-values constituent, sans doute, un obstacle plus

<sup>50</sup> Tel est pourtant le motif qui a conduit la Commission de coordination (note 1 ci-dessus) à perpétuer l'exonération des gains privés (rapport du 3 août 1973, p. 8). Voir, aussi, Ist die Kapitalgewinnsteuer noch zeitgemäß?, SAG 1970, p. 74.

important: des fraudes trop nombreuses rendent un impôt détestable aux yeux de ceux qui l'acquittent honnêtement. Toutefois, cet obstacle n'est pas insurmontable, l'expérience le prouve, et ne constitue pas un motif suffisant d'exonération. Dans ce contexte, la discrimination créée à l'encontre des gains immobiliers, et des gains afférents à des biens comptabilisés, nous paraît arbitraire si elle est exclusivement justifiée par le fait que ces plus-values sont simples à recenser et faciles à imposer.

Il n'existe, en conclusion, aucun motif sérieux d'exonérer les gains en capital, alors qu'on trouve, au contraire, d'excellentes raisons de les soumettre à l'impôt. La plus évidente et probablement la meilleure, ainsi que l'a noté un auteur américain<sup>51</sup>, est qu'un dollar est toujours un dollar, quelle que soit sa source; le principe de l'imposition selon la capacité contributive, exprimé dans cette remarque, mérite indubitablement plus de déférence que la volonté, en soi louable, d'instituer un système fiscal aussi simple que possible.

## *2. Les arguments en faveur d'un traitement spécial*

Indiscutablement plus délicate est la question de savoir si les gains en capital doivent être taxés comme les revenus périodiques, ou si leur imposition doit être régie par des dispositions particulières. Cette deuxième solution a été traditionnellement préférée pour divers motifs<sup>52</sup>.

### a) Mobilité des investissements

L'imposition normale des gains en capital a pour effet, dit-on, d'inciter les contribuables à conserver des biens qu'ils seraient désireux d'aliéner ou de remplacer. Un régime privilégié évite cet effet de blocage (*locked-in effect*); davantage, même, il encourage les contribuables à prendre des initiatives et des risques qui

<sup>51</sup> W.J. BLUM, A Handy Summary of the Capital Gains Arguments, *Taxes* 1957, Vol. 35, Nr. 4.

<sup>52</sup> Ces questions ont été analysées en détail par la doctrine américaine. On peut consulter, notamment, *Discussion Draft of a Study of Definitional Problems in Capital Gains Taxation*, American Law Institute 1960; D.A. CORBIN, *New Proposals for Capital Gains Taxation*, *Taxes* 1956, Vol. 34, Nr. 10; S.S. SURREY, *Definitional Problems in Capital Gains Taxation*, *Harvard Law Review*, Vol. 69, Nr. 6, p. 985; P. MILLER, The «Capital Asset» Concept: a Critique of Capital Gains Taxation, *Yale Law Journal*, Vol. 59, 1950, p. 837.

favorisent la formation de capital et le développement de l'économie. Ainsi, le détenteur de titres hésitera à les aliéner et à en investir le produit dans d'autres biens (dont le rendement ne sera pas nécessairement supérieur), si ce remplacement entraîne une imposition substantielle. De même, le propriétaire d'une villa de Fr. 500 000.–, achetée Fr. 200 000.– quelque vingt ans plus tôt, sera dans l'impossibilité de la vendre et d'acquérir ou de faire construire une nouvelle maison de même standing, s'il est soumis, à raison de sa plus-value, à l'impôt progressif ordinaire.

Ces considérations ne justifient, sans doute, pas une exonération généralisée des gains en capital, mais elles peuvent justifier l'adoption de règles qui surseoient à l'imposition des contribuables dont la capacité contributive ne s'est pas modifiée, soit parce qu'ils ont procédé à un simple échange, soit parce qu'ils ont réinvesti le produit de leurs ventes.

### b) Atténuation de la progressivité

En règle générale, une plus-value ne se produit pas subitement et ne se crée pas en un jour, mais se forme au cours des ans, plus ou moins régulièrement. Or, l'assimilation des gains en capital aux revenus ordinaires les soumet, au moment où ils sont réalisés, à un impôt dont le taux, par l'effet de la progressivité, est normalement élevé. Non seulement cette imposition apparaît discutable, au plan de l'équité, mais encore va-t-elle inciter les contribuables, lorsqu'ils détiennent des biens dont la durée de vie est limitée (des bâtiments ou des brevets, par exemple), à choisir des formes juridiques qui ne génèrent pas des gains en capital mais des revenus périodiques (loyers, royaumes, etc.).

Ces distorsions peuvent être évitées grâce à différents systèmes. La solution française, on l'a vu, est de calculer le taux de l'impôt en tenant compte d'un cinquième seulement des plus-values. La solution américaine est l'utilisation d'un taux moyen invariable ou, éventuellement (pour les personnes physiques), l'octroi d'une exonération partielle. Nos lois d'impôts sur les gains immobiliers prévoient souvent, soit l'application d'un taux spécial, éventuellement dégressif, soit une réduction des taux ordinaires en faveur des plus-values à long terme. Le meilleur système, peut-être, serait d'étaler l'imposition des gains en capital sur une période égale à la durée de possession des biens aliénés<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Ce système, dit de l'*averaging*, n'échappe cependant pas à toute critique, notamment en raison de sa complexité, et aussi parce que certaines plus-values

### c) Prise en considération de l'inflation<sup>54</sup>

Les revenus ordinaires sont touchés par l'inflation, soit économiquement, s'ils ne sont pas indexés, soit fiscalement, s'ils le sont, par l'effet de la progression à froid. Non seulement les gains en capital sont, eux aussi, affectés par la progression à froid (lorsqu'ils sont assimilés aux revenus ordinaires), mais encore l'inflation conduit-elle à imposer des plus-values partiellement ou complètement fictives: si un contribuable a acquis un bien au prix de 100 et le revend plus tard pour 200, alors que le coût de la vie a doublé, il ne réalise, bien entendu, aucun bénéfice réel. Il est assez évident, par conséquent, qu'une loi d'impôt sur les gains en capital doit, à l'exemple de la nouvelle loi française, prévoir l'indexation du prix d'acquisition des biens imposés.

Le législateur helvétique, jusqu'à ce jour, n'a pas prêté grande attention au problème de l'inflation<sup>55</sup>. Toutefois, quelques lois cantonales, généralement parmi les plus récentes, donnent à l'exécutif le droit, ou lui font l'obligation, de tenir compte des variations du coût de la vie, en vue d'ajuster le montant des déductions sociales ou les barèmes de l'impôt sur le revenu<sup>56</sup>. La législation grisonne stipule une indexation automatique de tous les montants (en francs) mentionnés dans la loi, dès le moment où l'indice des prix à la consommation révèle une augmentation du coût de la vie d'au moins 10%<sup>57</sup>. Enfin, la loi de Bâle-Campagne prévoit expressément l'ajustement du prix d'acquisition des biens soumis à l'impôt sur les gains en capital<sup>58</sup>.

(telles celles provoquées, en matière immobilière, par un déclassement) se produisent instantanément. Voir, à ce sujet, E. HÖHN, Die steuerliche Behandlung von Gewinnen auf dem Privatvermögen in der Schweiz, ZBl 1961, p. 201, 208.

<sup>54</sup> Voir P. GURTNER, Inflation und Einkommensteuerrecht, Archives 45, p. 353.

<sup>55</sup> Au plan jurisprudentiel, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire le refus de l'autorité de taxation de prendre en considération, pour calculer un gain imposable, la diminution du pouvoir d'achat de l'argent, et il a noté, à ce propos, que «Der Umstand, dass in der Schweiz die Indexierung durchaus Ausnahmearakter hat, ist ein Indiz dafür, dass eine gegenteilige Ordnung der Verfassung nicht widerspricht»; arrêt *Erben X.* du 13.10.1971, Archives 42, p. 356, 362.

<sup>56</sup> Appenzell Rh. Int. (art. 25 LIC), Argovie (art. 22<sup>bis</sup> LIC), Lucerne (art. 45 LIC), St-Gall (art. 214 LIC), Soleure (art. 73<sup>bis</sup> LIC), Thurgovie (art. 34<sup>bis</sup> LIC), et Zoug (art. 23 LIC).

<sup>57</sup> Art. 16 LIC.

<sup>58</sup> Arts 20 et 21 LIC. En revanche, la loi exclut l'indexation des pertes en capital.

#### D. Nécessité et complications de l'imposition des gains en capital

Au terme de ce bref examen, il nous paraît raisonnable d'affirmer que l'imposition des gains en capital se justifie, en principe, mais qu'elle doit faire l'objet d'une réglementation particulière (sous la forme d'un étalement et d'une indexation des montants imposables), afin d'assurer la mobilité des investissements, d'atténuer les effets d'une progressivité inéquitable, et d'éviter l'assujettissement de plus-values fictives. Il serait vraisemblablement nécessaire de prévoir, en outre, une exonération annuelle de base (par exemple, de Fr. 5000.– ou 10 000.–), qui simplifierait l'administration de l'impôt. Au plan de la neutralité fiscale, il est essentiel que, sous réserve de ces correctifs, les gains en capital soient assimilés aux revenus ordinaires, de sorte que les plus-values à court terme (qui ne sont pas touchées par l'inflation et qui ne se sont pas constituées au cours de plusieurs périodes fiscales) soient soumises au même impôt que d'autres rendements du même montant: seule une telle assimilation, à l'exclusion d'une solution forfaitaire, permet d'empêcher l'utilisation par les contribuables de formes qui les avantagent et dont le choix provoque d'inutiles conflits.

L'imposition des gains en capital, combinée avec la suppression de la double imposition économique, éliminerait indiscutablement de nombreuses inégalités et de nombreuses distorsions. Les distinctions faites, aujourd'hui, entre divers types d'entreprises, ou entre les gains d'activité et les gains d'administration, ou, encore, entre les plus-values immobilières et les gains mobiliers, deviendraient généralement sans objet. Les dividendes cachés, en tout cas au plan national, perdraient tout intérêt, à moins qu'ils ne dissimulent une donation ou – et ce problème là est insoluble – qu'ils n'impliquent la prise en charge par la société contribuable de frais concernant ses actionnaires. Les actions gratuites, quant à elles, pourraient être assimilées à des dividendes, puisque les actionnaires bénéficiaires seraient en droit d'imputer sur leurs contributions personnelles les impôts auxquels auraient été soumis précédemment les réserves incorporées au capital social.

Il serait, cependant, illusoire de croire que la neutralité de l'impôt sur les gains en capital peut être aisément garantie. D'ailleurs, sur un plan plus général, l'institution d'une fiscalité à la fois juste, neutre et simple est une impossible gageure. Nos lois en sont une bonne illustration; elles ont, certes, évité l'écueil d'une réglementation trop complexe, mais au prix exorbitant de la sé-

curité du droit, abandonnant à la pratique et à la jurisprudence la tâche de résoudre les innombrables problèmes dont leurs lacunes et leur imprécision sont la première cause.

S'il est exclu, dans le cadre de ce rapport, de faire l'inventaire complet des questions soulevées par un système d'imposition généralisée des gains en capital, il n'est, peut-être, pas inutile d'en mentionner quelques unes. Tout d'abord, ne doit-on pas se dissimuler que le simple fait de soumettre les plus-values à des dispositions particulières (d'indexation, de remplacement, etc.) présente l'inconvénient important d'obliger le législateur – ou les autorités chargées d'appliquer la loi – à définir la notion de gain en capital. Quelle est, par exemple, la nature d'un excédent de liquidation ou d'une indemnité de fin d'emploi? Est-il juste que leurs bénéficiaires soient en droit de les indexer et de les répartir sur plusieurs exercices?

Un autre problème concerne le sort des pertes en capital. Le principe de l'imposition selon la capacité contributive, qui justifie la taxation des plus-values, justifie, sans doute, en même temps, la déductibilité des moins-values: un dollar perdu, comme un dollar gagné, est toujours un dollar. L'indexation des pertes (et la prise en considération des pertes révélées par l'indexation) paraît, elle aussi, conforme à l'équité. Enfin, conçoit-on mal qu'un régime assimilant les gains en capital aux revenus ordinaires exclue la compensation de ces revenus avec des pertes en capital<sup>59</sup>. En revanche, il serait logique que la déduction des pertes à long terme, comme celle des gains, fût étalée sur plusieurs exercices et qu'une franchise (ici, encore, de Fr. 5000.– ou 10 000.–) fût prévue, afin de simplifier la perception de l'impôt.

La question probablement la plus difficile à résoudre de manière satisfaisante est celle du traitement des gains réalisés par la vente des titres (ou lors de la liquidation) d'une société commerciale. En effet, si la «triple imposition» caractérisant aujourd'hui le *Beteiligungsteuer* helvétique<sup>60</sup> serait éliminée par l'application d'un système d'imputation du type allemand, il subsisterait néanmoins une double imposition des bénéfices non distribués (c'est-à-dire, des réserves) d'une société<sup>61</sup>. Cette double imposition,

<sup>59</sup> Le législateur américain a exclu cette compensation, par crainte que les contribuables s'arrangent pour réaliser leurs plus-values les années où ils ont de modestes revenus, et pour concentrer leurs pertes sur les exercices au cours desquels ils bénéficient d'importants rendements.

<sup>60</sup> Voir ci-dessus Deuxième partie, III A 3, litt. c, note 150.

<sup>61</sup> En effet, ces bénéfices, déjà imposés au niveau de la société, seraient indirectement soumis à l'impôt sur les gains mobiliers, puisqu'ils seraient naturellement

certes, n'aurait plus qu'un caractère temporaire si l'on prévoyait de calculer l'excédent de liquidation imposable des sociétés sur la base de la valeur d'acquisition (au lieu de la valeur nominale) de leurs titres, mais il serait alors nécessaire que le vendeur d'une participation monnaye le crédit d'impôt attaché aux bénéfices accumulés dans sa société et qui, un jour, profiterait à l'acquéreur.

La transformation des structures existantes, nous en sommes convaincus, est indispensable à l'institution d'un système fiscal neutre et équitable. Mais, une fois encore, il ne faut pas s'en cacher les difficultés et la complexité. Et si le risque de nouvelles distorsions et de nouvelles inégalités ne doit pas servir de prétexte pour ne rien changer, il est suffisamment sérieux pour subordonner la réalisation des réformes envisagées à un examen approfondi de leurs modalités et de toutes leurs conséquences.

pris en considération pour établir le prix de vente des actions. Un actionnaire pourrait alors avoir avantage, plutôt que de vendre ses titres, à liquider sa société et à en transférer les actifs.

## Conclusion

L'impôt influence les actes et décisions d'une entreprise à tous les stades de son existence. Lors de sa création, des considérations fiscales, souvent, en déterminent la forme juridique, la location et la structure financière. Plus tard, de telles considérations lui dicteront, peut-être, l'utilisation de ses profits, les modalités de son expansion et de nombreuses transactions. Enfin, ne pourra-t-elle envisager sa dissolution, sa transformation ou sa liquidation sans en analyser les incidences fiscales.

S'il arrive que la fiscalité conduise un contribuable à renoncer à des opérations commercialement désirables, ou, à l'autre extrême, l'amène à accomplir des actes juridiques sans aucune utilité économique, l'impôt, beaucoup plus souvent, n'affecte que le choix des moyens qui lui permettront d'atteindre les buts qu'il s'est préalablement assignés. Quoi qu'il en soit, tout choix, toute décision «fiscale», a pour moteur la volonté de payer le moins d'impôt possible ou d'en retarder l'échéance. Or, les lois ne devraient ni provoquer ni permettre des choix motivés par des considérations fiscales, sinon, peut-être, lorsque le législateur poursuit des objectifs conjoncturels ou sociaux déterminés. L'économie d'impôt est par définition indésirable, parce qu'elle implique inévitablement une inégalité de traitement entre les contribuables qui en bénéficient et ceux, moins astucieux, moins bien conseillés, à la limite, plus honnêtes, qui ont adopté une forme moins avantageuse.

Il est essentiel de voir, toutefois, que l'égalité de traitement a deux visages. En effet, dans la majorité des cas, les contribuables réalisant une épargne fiscale ne cherchent pas tant à s'assurer un avantage par rapport aux personnes qui, placées dans une même situation, empruntent une voie plus coûteuse, qu'à harmoniser leur traitement avec celui des contribuables qui, grâce à des choix antérieurs, bénéficient d'un statut plus favorable. En d'autres termes, un système fiscal peut créer et entraîner deux sortes très différentes d'inégalités de traitement, les premières provoquées

par ses défauts de structure, et les secondes par les abus et les distorsions que ces défauts encouragent et dont les lacunes de la loi offrent la possibilité aux contribuables.

Un simple exemple permet d'illustrer ces remarques. Le projet de loi d'harmonisation mis au point par la Commission de coordination prévoit de soumettre à l'impôt les dividendes de liquidation, mais d'exonérer les actions gratuites. Bien entendu, si cette réglementation entrait en vigueur, les contribuables projetant de mettre fin, à plus ou moins long terme, à l'existence d'une société, seraient amenés à en transformer les réserves ouvertes en capital, sans payer d'impôt, et à réduire ainsi le montant de l'excédent de liquidation imposable dont ils bénéficieraient par la suite. S'agirait-il là d'une économie d'impôt licite, comme le soutiendraient les contribuables, ou d'une manœuvre d'évasion, comme le prétendrait le fisc? Qui devrait prouver quoi? Faudrait-il présumer que toute distribution d'actions gratuites faite moins de deux, trois, ou cinq ans avant la liquidation est assimilable à celle-ci? Autant de questions insolubles. Non pas qu'il soit inconcevable, bien au contraire, de soumettre les actions gratuites et les dividendes de liquidation à un traitement différent: les premières ne constituent ni un rendement ni un gain en capital, alors que les seconds, selon les cas, procurent à leurs bénéficiaires un véritable enrichissement. Mais il est, en revanche, absurde d'instituer un système selon lequel le montant de l'excédent imposable varie en fonction des distributions d'actions auxquelles une société a procédé au cours de son existence. Les contribuables, cela va de soi, vont prendre avantage d'une réglementation qui consacre la possibilité d'une économie d'impôt potentielle. Mais alors que certains veilleront à réaliser cette économie assez tôt, et l'on parlera de «tax planning», d'autres, moins avisés, transformeront les réserves de leur société peu avant de la liquider, et ils seront accusés d'évasion fiscale!

Telles sont les inévitables et désastreuses conséquences de lois mal faites, ou modifiées sans égard à leur structure initiale. Tel est le genre de litiges qui opposent sans cesse les contribuables et le fisc, qui occupent la doctrine, et dont la jurisprudence fournit de si nombreux exemples.

\* \* \*

Seul le législateur peut modifier les fondements du système qu'il a mis en vigueur. Lui seul peut instituer une fiscalité juste, équi-

table et précise qui, en éliminant les causes de l'épargne fiscale et en facilitant l'interprétation des dispositions applicables, assure la neutralité de l'impôt. Bien entendu, nous l'avons souligné au début de ce rapport, une justice fiscale absolue est une utopie. Quelles que soient les solutions choisies, de nombreux citoyens resteront persuadés qu'ils paient trop d'impôts et que d'autres n'en acquittent pas assez. Non seulement les aspects politiques de la fiscalité la condamnent à l'imperfection, non seulement font-ils hésiter le législateur à modifier un système résultant de compromis qui, s'ils n'ont satisfait complètement personne, n'en ont pas moins été difficiles à réaliser, mais la doctrine elle-même se garde d'ouvrir un débat qui pourrait, craint-elle, l'obliger à exprimer des opinions politiques.

En réalité, une réforme fiscale est loin d'être une entreprise exclusivement politique. Bien au contraire, les illogismes et les contradictions d'un système ont souvent des causes essentiellement techniques, et il n'est pas rare, non plus, que le législateur ait méconnu le caractère discriminatoire d'une réglementation, ses lacunes, ou ses effets de distorsion. L'immobilisme de la doctrine fiscale helvétique est d'autant plus regrettable qu'il n'existe guère de divergences d'opinion au sujet des critères fondamentaux d'un impôt direct juste et équitable. Le principe de l'imposition selon la capacité contributive est, en effet, unanimement accepté et, si l'on ne s'entendra jamais parfaitement sur la manière de le définir et de l'appliquer, chacun sait du moins quand il est manifestement violé. Ainsi l'imposition de la fortune, qui n'est jamais qu'un mauvais substitut à l'impôt sur les gains en capital, perd objectivement toute justification lorsqu'elle frappe des biens (immobiliers, par exemple) qui sont précisément soumis à cet impôt ou qui (tels des créances ou des comptes d'épargne) ne font naître aucune plus-value. N'est-il pas évident, aussi, que le gain réalisé lors de l'aliénation d'un lingot d'or ou d'un tableau de maître augmente, autant qu'une plus-value immobilière, les facultés contributives de son bénéficiaire? N'est-il pas certain, encore, que le produit de liquidation obtenu par un actionnaire ne peut constituer un rendement que dans la mesure où son montant excède le prix d'achat des titres de la société dissoute? Et en quoi le fait qu'une entreprise soit astreinte à tenir des livres justifie-t-il qu'elle doive acquitter des impôts (notamment lors de l'aliénation de biens non amortissables) auxquels échappe une entreprise qui n'est pas soumise à cette obligation?

Si les distorsions examinées dans la première partie de ce rapport ont des causes assez variées, dont il serait d'ailleurs illusoire

de penser qu'elles puissent toutes être éliminées à court terme, la double imposition, d'une part, et le régime des gains en capital, d'autre part, jouent indiscutablement un rôle de premier plan. En suggérant de supprimer la première et d'uniformiser, en la généralisant, l'imposition des plus-values, nous avons avant tout le désir et l'espoir de faire naître un débat dont les Etats qui nous entourent ont depuis longtemps reconnu la nécessité, et auquel l'harmonisation des lois fiscales cantonales donnerait une portée nationale. Nous n'avons, en revanche, nullement la prétention de croire que les solutions brièvement esquissées dans la troisième partie de cette étude soient les seules concevables. Le fait, notamment, que les distorsions provoquées par la double imposition affectent au premier chef les petites sociétés pourrait convaincre le législateur de suivre une toute autre voie, conduisant à un système dualiste qui soumettrait les sociétés publiques, d'un côté, et les entreprises et sociétés de famille, par ailleurs, à des régimes fiscaux différents.

De toute manière, l'heure des solutions n'a pas encore sonné. L'important, aujourd'hui, est de recenser les défauts et les lacunes du système en vigueur, d'en reconnaître les effets négatifs, le rôle distordant, qui, au fur et à mesure que les charges fiscales augmenteront, seront toujours plus pernicieux. «Les malencontreuses réformes du passé ont créé un système fiscal disparate, qui est outrageusement inéquitable, complexe et inefficace; et qui, plus encore, est moralement corrosif dans une société démocratique qui cherche à faire respecter ses lois d'impôts sans utiliser la contrainte<sup>1</sup>: s'il est vrai que ces lignes concernent la fiscalité américaine, qui pourrait contester qu'elles dessinent aussi l'image (à peine caricaturale) du système helvétique?

\* \*  
\*

Même si les problèmes de structure des impôts directs donnaient lieu au débat que nous souhaitons, ses conclusions ne se traduirraient dans les lois – dussent-elles finalement s'y traduire – qu'au terme d'un long processus. Nous ne pouvions, par conséquent, éviter d'examiner dans ce rapport les questions soulevées par l'interprétation des textes en vigueur.

De plus en plus fréquemment, les autorités administratives et

<sup>1</sup> Editorial du New York Times, intitulé *U.S. Tax Reform: End the Disgrace*, du 7 septembre 1977.

judiciaires, qualifiant d'«abus» les distorsions qui résulteraient d'une interprétation littérale des lois fiscales, se reconnaissent le droit, sinon le devoir, d'en combler les lacunes. De plus en plus fréquemment, aussi, les actes juridiques des contribuables sont assimilés aux actes que l'intérêt du fisc leur commandait d'accomplir. Toujours plus souvent, en d'autres mots, le principe de l'égalité de traitement est invoqué et appliqué au profit de l'Etat. Faut-il souligner les dangers d'une conception qui, sous le masque d'un moralisme diffus et démagogique, métamorphose en devoirs les droits du citoyen?

Autant il est nécessaire que le législateur, traduisant ou, même, anticipant les aspirations populaires et le mouvement des idées, sache innover et réformer, autant il nous paraît essentiel, en droit public, et particulièrement en droit fiscal, que l'Administration et le juge respectent les textes en vigueur, sans leur prêter un sens transcendant et sans en transfigurer les buts.

Il est à première vue paradoxal, mais pourtant logique d'affirmer que plus les dispositions d'une loi sont incohérentes et contradictoires, moins les autorités chargées de l'appliquer ont la possibilité, si elles veulent assurer la sécurité du droit, d'en faire une interprétation extensive. En effet, un système fiscal bigarré et rapiécé, sans philosophie précise, sans lignes directrices claires, est pratiquement ininterprétable: la volonté du législateur est trop incertaine, le but et la systématique de la loi sont trop confus pour être utilement invoqués. Ainsi, lorsqu'une loi prévoit l'imposition des seuls gains immobiliers et qu'elle soumet, par ailleurs, à une double charge fiscale les bénéfices des personnes morales, il est illogique de prétendre que le législateur a manifesté la volonté, ou qu'il est nécessairement conforme à l'égalité de traitement, d'imposer les gains réalisés lors de la vente des actions de sociétés immobilières; la taxation jurisprudentielle de ces plus-values est un exemple flagrant d'arbitraire, et il est difficile à comprendre que le Tribunal fédéral tolère ce genre d'interprétation extensive et n'en perçoive pas les dangers.

Les concepts de l'évasion fiscale et de la réalité économique suscitent des critiques du même ordre. Si le principe de l'égalité de traitement, nous l'avons vu, justifie l'interprétation extensive des lois fiscales, le principe de la bonne foi, à son tour, appliqué au profit du fisc, légitime la conception économique. Ainsi, de manière surprenante, les armes constitutionnelles du citoyen se retournent contre lui, et le principe de la légalité ne le protège que pour autant que la loi ou la forme qu'il a choisie ne lui procurent aucun avantage.

En bouleversant la hiérarchie des normes qui sont à la base de l'Etat de droit, les tribunaux ne sont pas seulement amenés à cautionner des décisions imprévisibles, incompatibles avec la sécurité du droit. En effet, l'économie d'impôt, nous en sommes convaincus, est moins un signe d'immoralité que la rançon d'un système discriminatoire, et la contrainte judiciaire n'aboutit souvent qu'à une égalité trompeuse qui, en réalité, souligne et accentue les défauts du système et qui, dès le moment où les charges fiscales apparaîtront prohibitives et confiscatoires, incitera les contribuables à la fraude. La justice, disaient les juristes romains, contient toutes les autres vertus. Si une fiscalité équitable ne rendrait pas, peut-être, tous les contribuables honnêtes et vertueux, du moins permettrait-elle d'exiger qu'ils le soient.

