



Transposition – une exception à l'exonération des gains en capital privés

Daniel Gatenby

[LL.M. Tax, avocat à Pully-Lausanne et Genève, Python]

Philippe Kenel

[Docteur en droit, avocat à Pully-Lausanne, Genève et Bruxelles, Python]

Une des particularités du système fiscal suisse découle du principe en vertu duquel les gains en capital réalisés par des personnes physiques dans le cadre de leur fortune privée sont exonérés de l'impôt sur le revenu (art. 16 al. 3 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct; ci-après: «LIFD»). Comme pour tout principe, il existe certaines exceptions, dont celle résultant de la «transposition», théorie à l'origine développée par la jurisprudence qui a ensuite été codifiée à l'article 20a alinéa 1 lettre b LIFD. Nous commencerons par une brève présentation du principe de l'apport en capital, puis exposerons la notion de «transposition» en droit fiscal suisse, en passant en revue ses conditions et ses conséquences fiscales. Nous concluons avec un exemple chiffré.

Principe de l'apport en capital

Jusqu'au 31 décembre 2010, toute prestation accordée par une société à un détenteur de part était considérée comme un rendement imposable s'il ne s'agissait pas d'un remboursement de la valeur nominale. Dès le 1^{er} janvier 2011 est entré en vigueur l'article 20 alinéa 3 LIFD, qui consacre le principe de l'apport en capital. Ce nouveau régime traite tout remboursement d'apport, d'agios et de versements supplémentaires effectués par un détenteur de part de la même manière que le remboursement du capital. Depuis l'instauration de ce régime, il y a lieu d'évaluer, en cas de distribution effectuée par une société, si celle-ci provient du capital, d'apports (réserves issues d'autres apports de capital: RAC) ou

d'autres réserves. La Circulaire n° 29c de l'Administration fédérale des contributions du 23 décembre 2022 précise que les apports, agios et versements supplémentaires effectués par un détenteur de part sont réputés être des RAC pour autant qu'ils aient été comptabilisés ouvertement en tant que telles (Circulaire 29c, 2.1, p. 5). A défaut de comptabilisation distincte, ces apports font partie des «autres réserves» pleinement imposables en cas de distribution.

Transposition

En vertu de l'article 20a alinéa 1 lettre b LIFD, il y a un rendement de la fortune mobilière lorsqu'un privé cède ou

apporte des participations d'une société – qu'il détient dans sa fortune privée – à une société qu'il contrôle, pour un montant supérieur à la valeur nominale desdites participations. La justification d'une telle imposition est la suivante: avant de réaliser une telle opération, le contribuable détenait des participations sur lesquelles il existait une imposition latente, soit les réserves ouvertes et/ou latentes, qui seraient imposées lors de leur distribution ou lors de la liquidation de la société. En cédant ou apportant ces participations à une société qu'il contrôle, il reçoit en contrepartie une valeur qui n'est pas imposée lors de son remboursement, soit du capital social ou une créance envers la société. Ainsi, il a «transposé» une valeur imposable en une valeur exonérée d'impôt. En définitive, le contribuable n'a pas véritablement cédé ses participations mais a réalisé une opération de restructuration de son patrimoine en éliminant une imposition latente qui y était rattachée.

Conditions

L'article 20a alinéa 1 lettre b LIFD pose quatre conditions cumulatives pour que l'autorité fiscale puisse considérer qu'une opération est constitutive d'une transposition imposable:

1. Le transfert d'une participation au capital d'une société de capitaux

Jusqu'au 31 décembre 2019, la loi prévoyait que la participation transférée devait représenter au moins 5% du capital de la société. Depuis le 1^{er} janvier 2020, ce seuil a été aboli, de sorte que n'importe quel pourcentage de participation peut remplir ce critère, y compris des actions isolées ou des petits portefeuilles de titres.

2. Un changement de système

Les titres doivent passer de la fortune privée du contribuable à la fortune commerciale d'une entreprise.

3. Le contrôle du cédant sur l'acquéreur

Le cédant (par vente ou apport) doit détenir une participation d'au minimum 50% au capital après le transfert. Ce contrôle peut être réalisé par plusieurs personnes effectuant le transfert de concert.

4. Une contreprestation supérieure à la valeur nominale et à la part proportionnelle des RAC de la participation transférée

Il s'agit d'une condition à laquelle il y a particulièrement lieu de prêter attention. En effet, comme

nous l'exposerons ci-dessous, elle détermine l'ampleur de l'imposition.

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt en matière de transposition, précisant que les conditions énumérées ci-dessus sont objectives et qu'il n'est pas possible d'éliminer l'imposition en démontrant que l'opération a été réalisée pour des raisons autres que fiscales (ATF 9C_679/2021 du 20 avril 2023).

Conséquences fiscales

La réalisation de la transposition entraîne une imposition immédiate de la différence entre la contreprestation reçue et la somme de la valeur nominale de la participation transférée et de la proportion des RAC.

Il y a lieu de souligner que depuis la suppression du seuil de détention du capital de la société transférée de 5%, une transposition peut être aisément réalisée également sur des titres de sociétés cotées. Pour prendre un exemple, une action Nestlé a une valeur nominale de CHF 0.10, alors que son cours de bourse se situe actuelle-

ment autour de CHF 105.00. Cela signifie qu'en cas d'apport ou de cession pour ce montant, si les autres conditions énumérées ci-dessus sont remplies, l'actionnaire se verrait immédiatement imposé sur un montant d'environ CHF 104.90 par action cédée/apportée. Si l'actionnaire détient une participation qualifiée dans la société, soit de plus de 10% du capital, il bénéficiera d'une imposition alléguée, la base imposable étant réduite à 70% (art. 20 al. 1bis LIFD).

Afin d'assurer qu'aucune imposition n'ait lieu, il est possible de céder ou d'apporter la participation à sa valeur nominale. Outre cette possibilité, il existe une autre solution qui garantit aux autorités fiscales qu'aucune substance fiscale ne soit éliminée et que par conséquent, les conditions de la transposition ne soient pas réalisées: la solution des «autres réserves». En comptabilisant la différence aux «autres réserves» de la société reprenante, la charge fiscale latente subsiste dès lors que ces réserves sont pleinement imposables en cas de distribution ou à la liquidation de la société. En définitive, l'imposition dépend de la manière dont l'excédent a été comptabilisé dans la société reprenante.



Exemple

Monsieur A détient une part 10% de la société X SA, d'une valeur nominale de 10 dans sa fortune privée. Il apporte sa participation dans X SA à sa valeur vénale de 100 à la société Y SA, qu'il détient à 100%. L'entier de l'apport a été comptabilisé au crédit du capital nominal de la société Y SA.

Cette opération engendre immédiatement pour Monsieur A une imposition sur le montant qui excède la valeur nominale, soit 90. Monsieur A bénéficie

néanmoins de l'imposition partielle à hauteur de 70% prévue à l'article 20 alinéa 1bis LIFD, de sorte que le montant imposable sera de 63.

Si l'apport avait été comptabilisé au crédit des «autres réserves», aucune imposition n'aurait eu lieu.

Conclusion

La transposition constitue une des exceptions à l'exonération des gains en capital privés. Comme

nous l'avons illustré, l'imposition dépend de la manière de comptabiliser l'opération dans la société reprenante. Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que, comme pour toute opération de restructuration, il y a lieu de prendre conseil auprès de professionnels, ce d'autant plus qu'en matière de transposition, l'imposition peut être conséquente alors même que le contribuable ne perçoit pas forcément de liquidités dans le cadre de l'opération et peut par conséquent faire face à des difficultés pour s'acquitter de la charge fiscale.



Transposition – an exception to the private capital gains exemption

Daniel Gatenby [LL.M. Tax, lawyer in Pully-Lausanne and Geneva, Python]

Philippe Kenel [Doctor of Law, lawyer in Pully-Lausanne, Geneva and Brussels, Python]

One of the peculiarities of the Swiss tax system stems from the principle that capital gains realised by individuals on their private assets are exempt from income tax (art. 16 al. 3 of the Federal Act of 14 December 1990 on Federal direct tax; hereinafter: "FDTA"). As with any principle, there are certain exceptions, including that resulting from «transposition», a theory originally developed by case law which

was then codified in article 20a paragraph 1 letter b FDTA. We will begin with a brief presentation of the principle of capital contributions, then go on to explain the concept of «transposition» in Swiss tax law, reviewing its conditions and tax consequences. We will conclude with an example.

Principle of capital contributions

Until 31 December 2010, any benefit granted by a company to a shareholder was considered a taxable return if it was not a repayment of the nominal capital. Article 20 paragraph 3 FDTA, which embodies the principle of capital contribu-

tions, came into force on 1 January 2011. This new regime treats any repayment of capital contributions, premiums and additional payments made by a shareholder in the same way as a repayment of capital. Since the introduction of this regime, when a company makes a distribution, it is necessary to assess whether it comes from capital, from

contributions (reserves from other capital contributions: ROC) or from other reserves. Circular no. 29c of the Federal Tax Administration of 23 December 2022 specifies that capital contributions, premiums and additional payments made by a shareholder are deemed to be ROC if they have been openly accounted for as such (Circular 29c, 2.1,