

Fiscalité et nouveau droit comptable

PIERRE-MARIE GLAUSER, licencié en droit et ès sciences économiques HSG avocat Etude Oberson, Genève

Réflexions sur l'avant-projet pour une Loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une Ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC) du 29 juin 1998. (1)

Sur mandat du Département fédéral de justice et police, un groupe d'experts a préparé un avant-projet pour une Loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une Ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC) daté du 29 juin 1998. Cet avant-projet a été mis en procédure de consultation, laquelle s'est close le 30 avril 1999. Mais le débat ne fait que commencer. Il faut dire que le thème est d'une importance primordiale et aura une influence dans la vie de chaque entreprise astreinte à tenir des comptes. Cette réforme n'est pas que l'affaire des comptables et des réviseurs. Les fiscalistes seront aussi directement concernés puisque le projet de loi touche à leur instrument de travail de tous les jours: la comptabilité. Le but de cet article est de faire un tour d'horizon de l'avant-projet en se laissant aller à quelques réflexions fiscales.

1. Aperçu général

1.1. Les buts principaux du projet

Le projet établi par le groupe d'experts poursuit deux buts principaux.

1.1.1 *Mise en place d'un droit comptable indépendant de la forme juridique des entreprises*

Actuellement déjà, l'obligation de tenir les comptes est indépendante de la forme juridique (art. 957 CO). Toutefois, le droit de la SA contient des dispositions plus détaillées qui ne sont pas applicables à toutes les sociétés astreintes à tenir des livres. L'application d'un cadre législatif et de règles communes à toutes les sociétés devant tenir une comptabilité est une très bonne mesure. Ceci permettra d'une part aux lecteurs de la comptabilité de savoir qu'elle se base sur des principes et des normes législatives bien déterminées et uniformes pour toutes les entités. D'autre part, cela permettra d'étendre les principes et les règles comptables aux sociétés qui en ont le plus besoin, à savoir les petites et moyennes entreprises. Les plus grandes sociétés sont en effet, par la pression des analystes financiers et des marchés des capitaux, déjà tenues d'appliquer des normes internationales sévères et précises.

De plus, le projet prend en compte la taille des entreprises et assure que les PME n'auront pas une charge administrative trop lourde. Ainsi, de nombreuses dispositions sont aménagées de manière sensiblement différente en fonction de la taille des entreprises et permettent des simplifications et des allègements pour les PME.

1.1.2 *La transparence*

Selon une conception moderne, les comptes annuels doivent donner une image fidèle de la société (principe de "fair presentation"). Le projet de LECCA applique le principe de "fair presentation", en particulier en interdisant désormais la constitution de réserves latentes arbitraires. Cette transparence accrue dans les comptes des sociétés est tout à fait louable.

Tout d'abord, l'introduction dans notre législation du principe de la "fair presentation" mettra la Suisse en harmonie avec les principes comptables prévalant au niveau international en général (règles IAS, US GAAP, UK GAAP, etc.) et dans l'Union Européenne en particulier. Si la plupart des grandes sociétés internationales ont déjà adopté ces standards internationaux pour remplir les critères fixés par les marchés des capitaux, ce n'est pas toujours le cas des plus petites entreprises.

De plus, les comptes annuels ne s'adressent pas qu'aux investisseurs. Rappelons que d'autres cercles de personnes sont aussi les destinataires de la comptabilité. En effet, les fournisseurs, les clients, les employés des entreprises ont également droit à une présentation fidèle de la situation financière de la société et ceci même si cette dernière n'est pas cotée en bourse et est une plus petite entité.

1.2. La technique législative

Le nouveau droit comptable suisse sera réglementé dans une loi séparée et non plus, dans le code des obligations. Cette solution apparaît comme une solution simple et adéquate. De cette manière, les principes et les règles comptables applicables à toutes les formes juridiques seront rassemblés dans un même texte légal.

En ce qui concerne le degré de détail de la loi, le groupe d'experts s'est écarté de la solution adoptée par la communauté européenne dans sa directive sur l'établissement des comptes, qui présente un très grand degré de détail (2). La LECCA a renoncé à réglementer tous les aspects du droit comptable. A plusieurs endroits, elle renvoie à des principes comptables généralement admis et réglés dans des cadres de référence (par exemple les IAS, les US GAAP, etc.) qui, eux, définissent par le menu l'établissement des comptes. Cette solution paraît judicieuse pour plusieurs raisons. D'une part, elle permet de ne pas surcharger la loi. D'autre part, les cadres de référence comptables, auxquels la loi renvoie, sont établis par des organes de normalisation très souvent organisés en la forme privée et composés d'experts en la matière. Ces cadres de référence garantissent donc une grande capacité d'adaptation aux changements et aux nouvelles exigences, ceci dans des délais plus courts qu'une loi. Le système adopté par la LECCA garantira un droit comptable suisse ouvert et apte à réagir rapidement aux modifications de l'environnement. Il assurera ainsi une législation comptable flexible et moderne.

1.3. Les rapports avec le droit fiscal

1.3.1. *Droit commercial et droit comptable*

Rappelons que le droit fiscal suisse connaît le principe de l'importance déterminante du bilan commercial pour le droit fiscal (que nous appellerons ici "Massgeblichkeitsprinzip", puisque c'est sous ce nom qu'il est le plus connu, y compris en Suisse romande). Selon ce principe, le fisc doit se baser sur les comptes commerciaux pour taxer un assujetti tenant des livres (3).

Le droit fiscal et le droit comptable poursuivent des buts distincts: alors que le droit comptable est dominé actuellement par le principe de la prudence, le droit fiscal connaît avant tout le principe de l'imposition selon la capacité contributive (4). Ce dernier principe, selon le Tribunal fédéral, découle directement du principe constitutionnel de l'égalité de traitement (Article 4 Constitution Fédérale). La charge fiscale doit s'établir en prenant en compte les biens économiques à disposition du contribuable et de sa situation personnelle (5). Ceci implique aussi la nécessité de déterminer le revenu qui a été engendré au cours d'une période fiscale délimitée (principe de la périodicité ou "Periodizitätsprinzip") (6).

La poursuite simultanée de ces deux buts (prudence, d'une part, capacité contributive, de l'autre) conduit à un conflit d'intérêts dans l'évaluation des actifs et passifs. Le droit comptable actuel, empreint du principe de prudence, poursuit tout d'abord la protection des créanciers. Il entend, en premier lieu, éviter la surévaluation des actifs ou la sous-évaluation des passifs. La constitution de réserves latentes allant dans le sens de la protection des créanciers est acceptée par le droit commercial. Le droit fiscal, au contraire, tend à imposer l'assujetti selon sa réelle capacité contributive qu'il s'agit d'estimer au plus juste. Le droit fiscal est, dès lors, principalement concerné par la sous-évaluation des actifs et la surévaluation des passifs qui donnent une fausse image de la capacité contributive effective et permettent de différer l'imposition dans le temps (ce qui heurte également le principe de périodicité).

1.3.2. *Exceptions au "Massgeblichkeitsprinzip"*

Il découle de cette situation que le "Massgeblichkeitsprinzip" souffre quelques exceptions en droit fiscal. Le fisc peut, dans certains cas, redresser les comptes commerciaux si des opérations comptables à charge du compte de pertes et profits et touchant les actifs et passifs ne sont pas justifiées par l'usage commercial. En ce qui concerne l'évaluation de certains postes, le fisc a établi une pratique bien définie, parfois même réglementée dans des circulaires. Cette pratique tend à fixer des seuils de tolérance à la sous-évaluation des actifs et à la surévaluation des passifs. Il s'agit donc de limites posées par le fisc, au-delà desquelles il n'accepte plus de suivre le principe de la prudence et corrige les comptes commerciaux.

Ceci concerne notamment les amortissements, les provisions sur stock, les comptes correctifs d'actifs, en particulier le compte "ducroire", ainsi que certains types de provisions, comme par exemple les

provisions pour risque "pays" des banques (7). Toutefois, dans la plupart des cas, il n'existe pas de pratique bien définie par le fisc en ce qui concerne l'évaluation des actifs et passifs (en effet, toutes les sortes de provisions et toutes les évaluations d'actifs ne sont pas réglementées par la pratique fiscale). Il est important de relever qu'actuellement le fisc ne s'écarte des comptes commerciaux qu'au désavantage du contribuable, c'est-à-dire uniquement s'il s'agit de corriger les comptes commerciaux dans le sens d'un redressement des facteurs imposables.

1.3.3. *Rapports entre droit comptable et fiscal dans la LECCA*

La réforme du droit comptable et l'introduction de la LECCA interdiront désormais les réserves latentes arbitraires. Certains amortissements, constitutions de provisions, etc. ne pourront plus être comptabilisés ou devront être dissous. Comme le fisc se base sur les comptes commerciaux pour imposer la société, les modifications de comptabilisation entraîneront une augmentation de la charge fiscale dans la mesure où certains actifs devront être réévalués et où certaines réserves latentes actuellement fiscalement acceptées ne pourront plus être comptabilisées.

" Article 34: Rapport avec le droit fiscal

Dans le bilan des comptes individuels, à l'exclusion de celui des comptes consolidés, les actifs peuvent être pris en compte à une valeur moindre et les provisions à une valeur supérieure à celle qui résulte des dispositions de la présente loi, pour autant que ces dérogations découlent de l'application de principes fiscaux et que, pour être reconnues, elles doivent être incluses dans le bilan et le compte de résultat.

Si les dispositions de l'alinéa précédent sont appliquées, il faut le mentionner dans l'annexe.

Les grandes entités au sens de l'article 35 doivent en outre indiquer dans l'annexe les postes du bilan et du compte de résultat pour lesquels l'application des dispositions du droit fiscal provoque des différences d'évaluation, le montant pour lequel ces postes sont touchés, ainsi que l'effet global de ces différences sur le bénéfice ou la perte de l'exercice et sur les capitaux propres."

Pour régler les problèmes fiscaux liés à l'introduction de la LECCA, le groupe d'experts a prévu, à l'art. 34 LECCA, que, dans les comptes, les actifs pourront être comptabilisés à une valeur moindre et les provisions à une valeur supérieure à celles qui résultent du droit comptable pour autant que ces valeurs découlent de principes fiscaux et que, pour être reconnues, elles soient comptabilisées. Cette disposition n'apporte de solution qu'à une partie des problèmes fiscaux qui découleront de l'introduction de la LECCA. De plus, elle créera une incertitude juridique importante. Les points suivants doivent être relevés:

- a) Le principe de l'imposition selon la capacité contributive du contribuable requiert du fisc une estimation aussi précise que possible des facteurs d'imposition du contribuable. Actuellement, le fisc ne s'écarte des comptes commerciaux que pour redresser ceux-ci dans le sens d'un plus grand respect de ce principe de l'imposition selon la capacité contributive. Dans le projet de LECCA, l'art. 34 prévoit, au contraire, que le fisc imposera le contribuable sur la base de comptes dont il sait qu'ils ne reflètent pas correctement l'état des biens économiques à disposition du contribuable et qu'ils ne correspondent pas à sa situation personnelle. Dans quelle mesure cela sera-t-il compatible avec le principe constitutionnel de l'imposition selon la capacité contributive? Le fisc acceptera-t-il de ne pas redresser les comptes qu'il sait sous-évalués?
- b) Une réévaluation fiscale sera en outre rendue possible pour la raison suivante: le principe fiscal de base en ce qui concerne la relation entre les comptes commerciaux et fiscaux est, comme nous l'avons vu, le "Massgeblichkeitsprinzip". Selon ce principe, est valable pour le fisc ce qui découle des comptes commerciaux. Les autres "principes" (évaluation des amortissements, du compte du croûte, du stock, de certaines provisions) ne sont que des émanations de la pratique administrative découlant des seuils de tolérance posés par le fisc pour la sous-évaluation des actifs et la surévaluation des passifs. Il n'est pas garanti que ces principes d'évaluation soient maintenus par l'administration après l'introduction d'un droit comptable appliquant des règles d'évaluation basées sur le principe de la "fair présentation" et reléguant au second plan le principe de prudence. En effet, suite à l'introduction d'une interdiction de constitution de réserves latentes arbitraires, la nécessité des règles d'évaluation propres au droit fiscal sera moindre. Ainsi, le projet de LECCA, à son art. 34, se

retranche derrière des règles administratives fiscales qui perdront une grande partie de leur raison d'être suite à l'introduction du nouveau droit comptable.

- c) Prévoir des exceptions au droit comptable basées sur la pratique administrative fiscale créera une grande incertitude juridique. En effet, rappelons que les principes d'évaluation fiscale en dérogation du "Massgeblichkeitsprinzip" peuvent varier fortement entre les différents cantons et l'impôt fédéral direct.
- d) La LECCA, à plusieurs endroits, exige ou permet que les actifs soient réévalués (art. 28: participations; art. 29: immobilisations financières; art. 31 al. 2: dissolutions d'amortissements; art. 70: nouvelle évaluation suite à l'introduction de la loi; etc.). Les auteurs du projet semblent partir du principe que, en application de la règle fixant le rapport avec le droit fiscal (art. 34 LECCA), ces réévaluations pourront être évitées si elles conduisent à un résultat fiscal défavorable (8). Le projet de loi ne permet pas de partager cet optimisme. En effet, il n'existe aucun principe fiscal permettant la sous-évaluation d'actifs. Au contraire, le "Massgeblichkeitsprinzip" renvoie expressément aux comptes commerciaux et oblige le fisc à suivre le traitement comptable. Il est vrai que, selon les règles d'évaluation comptables actuelles, l'évaluation maximum est représentée par les coûts historiques (coûts d'acquisition et coûts de production). Le fisc est, aujourd'hui, également lié par cette limite des coûts d'acquisition ou de production. Si, toutefois, le nouveau droit prévoit la réévaluation au-delà de ces valeurs historiques, aucun principe interdira au fisc de prendre en compte cette réévaluation. Bien plus, l'art. 62 al. 4 de la Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) prévoit que si les amortissements sur participations ne sont plus justifiés, il y a lieu de réévaluer les participations et de redresser le bénéfice en conséquence. Bien qu'introduite dans un autre contexte, cette disposition nous laisse penser qu'il est peu probable que le fisc admette de ne pas considérer les réévaluations au sens de la LECCA et que, contrairement à l'opinion formulée par le groupe d'experts, il ne soit pas possible de se retrancher derrière les principes fiscaux pour éviter une imposition des réévaluations. Il appert de ce qui précède que le projet de LECCA prévoit un "Massgeblichkeitsprinzip" inversé. Ce seront désormais les principes fiscaux qui seront censés influencer sur la comptabilité commerciale, à laquelle les principes fiscaux renvoient eux-mêmes. Sur ce point, la LECCA ressemble à un serpent qui se mord la queue.

2. Examen de certains articles

2.1. Langue et monnaie (art. 6 LECCA)

L'art. 6 9 permet d'établir les comptes en langue anglaise et en monnaies étrangères. Cette innovation est la bienvenue et correspond à une nécessité dans la pratique. Toutefois, le droit fiscal se basant sur le droit comptable, il semblerait opportun de modifier la LIFD et la LHID pour s'assurer que le fisc acceptera l'application de l'art. 6 LECCA aussi pour les déclarations fiscales. Si cela ne devait pas être le cas, cette disposition resterait lettre morte, les assujettis devant faire convertir et traduire leurs comptes pour des raisons fiscales.

2.2. La définition de participations (art. 14 al. 2 LECCA)

" Article 14: Définitions

...

Les participations sont des parts au capital d'une autre entité, qui sont détenues comme immobilisations et qui permettent d'exercer une influence déterminante. Les parts qui représentent 20% au moins du capital social ou des droits de vote sont considérés comme participations."

L'art. 14 al. 2 définit la notion de participations et distingue un élément subjectif et un élément objectif. La participation est d'abord caractérisée par l'intention d'être détenue à long terme, c'est-à-dire à plus d'une année (élément subjectif). Elle doit également permettre d'exercer une influence déterminante (élément objectif).

La définition de participations prévue par la LECCA correspond à la notion de participation au sens du droit fiscal (art. 69 LIFD; art. 28 al. 1 LHID). Une participation au sens du droit fiscal est admise lorsque 20% du capital est détenu (ou que la valeur vénale de la participation ascende à CHF 2 mio). La notion de détention à long terme, c'est-à-dire pour plus d'une année, se retrouve également en

droit fiscal dans la notion d'exonération des gains en capitaux en cas d'aliénation de participations au niveau fédéral (art. 70 al. 4 LIFD). Cette cohérence entre le droit fiscal et le droit comptable est très louable. Pour que celle-ci soit pleinement réalisée, il serait souhaitable d'intégrer la notion d'influence déterminante dans les articles 69 LIFD et 28 al. 4 LHID. Les règles spécifiques aux participations ne seraient dès lors plus applicables lorsque seule la limite de 20% ou de CHF 2 mio serait atteinte, mais lorsque la société détiendrait en plus une influence déterminante. Celle-ci serait présumée lorsque les limites de 20% ou de CHF 2 mio seraient atteintes. Les dispositions finales de la LECCA prévoyant l'adaptation de certaines lois fédérales devraient être complétées dans ce sens.

2.3. La notion de "réserves provenant d'opérations en capital" (art. 16 al. 3 ch. 21)

Cette disposition prévoit que, désormais, l'agio devra être comptabilisé séparément des autres réserves ("réserves provenant d'opérations en capital"). L'agio correspond à des fonds propres apportés lors de la constitution ou de l'augmentation de capital d'une société. La LECCA exige que, désormais, il soit clairement séparé des réserves provenant des bénéfices de la société. Cette disposition a tout son sens lorsque l'on songe à la différence fondamentale qu'il y a entre ces deux types de réserves: l'agio a été apporté par les détenteurs de la société et correspond donc économiquement à du capital social alors que les autres réserves ont été acquises par la société elle-même et représentent du bénéfice réinvesti.

Du point de vue fiscal, actuellement, en cas de distribution de l'agio, il y a taxation au niveau des actionnaires comme dans le cadre d'une distribution de bénéfice, quand bien même le remboursement du capital social, lui, est franc d'imposition (art. 20 al. 1 let. c LIFD; art. 20 Ordonnance sur l'impôt anticipé (" OIA")). Jusqu'à présent, le fisc s'est refusé à appliquer à l'agio le même traitement qu'au capital social du fait que l'agio ne pouvait pas être distingué des autres réserves de la société. Avec l'introduction de la LECCA, ceci ne devrait plus être le cas et il conviendrait de modifier le droit fiscal en conséquence en adaptant les dispositions finales de la LECCA (10). En particulier, l'art. 20 al. 1 OIA pourrait être amendé de la manière suivante:

"est un rendement imposable d'actions, (...) toute prestation appréciable en argent faite par la société au possesseur des droits de participations ou à des tiers les touchant de près, qui ne se présente pas comme un remboursement des parts au capital social versé existant au moment où la prestation est effectuée ou comme un remboursement d'agio (...)".

Le notion de rendement imposable de parts sociales (dividendes) au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD devrait être adaptée en conséquence. Ceci correspondrait au principe de la valeur nominale modifié ("modifiziertes Nennwertprinzip" ou "Kapitaleinlageprinzip") défendu par une partie de la doctrine (11).

Précisons que dans le cadre de restructurations de sociétés, en particulier dans les cas où un contribuable apporte les actions qu'il détient directement à une société contrôlée par lui, (cas de transposition) il est impératif de maintenir la solution actuelle dite de l'agio. Dans ce cas, si une société est apportée à une autre société (par exemple la holding appartenant à la personne qui apporte la première société), la différence entre le capital social de la société apportée et la valeur vénale de celle-ci devra être comptabilisée dans une réserve séparée ou devra être apportée sous forme de réserve latente. Dans ce cas, la société apportée sera sous-évaluée et des questions liées à la réévaluation des participations se poseront (voir ci-dessous 2.4.).

2.4. Evaluation des participations (art. 28 LECCA)

" Article 28: Participations à des entités contrôlées

Les participations à des entités contrôlées (article 38) sont évaluées à un montant équivalent à la quote-part des capitaux propres, même si ce montant est supérieur au coût d'acquisition.

Les variations de valeur sur ces participations doivent figurer comme élément financier dans le compte de résultat.

Article 38: Obligation d'établir des comptes consolidés

Si une personne morale, tenue d'établir des comptes annuels, contrôle une ou plusieurs autres entités soumises aux mêmes obligations ou des entités à l'étranger ayant des obligations correspondantes, elle doit établir, en plus de ses comptes individuels, des comptes consolidés pour l'ensemble du groupe.

Une personne morale contrôle une entité si, directement ou indirectement:

- a. Elle dispose de la majorité des voix dans l'organe suprême, ou*
- b. Elle dispose du droit de nommer la majorité des membres de l'organe de gestion le plus élevé, ou*
- c. Elle exerce une influence déterminante en vertu des statuts ou d'un contrat."*

Cet article 28 règle l'évaluation des participations et des entités contrôlées. Comme il a déjà été mentionné ci-dessus (voir ci-dessus B.2.), la notion de participation dans la LECCA correspond à celle prévue aux articles 69 et 70 LIFD ainsi qu'à l'article 28 LHID. Dans ce contexte, la nouvelle méthode d'évaluation des participations prévue par la LECCA soulève des questions fiscales importantes.

2.4.1. L'équity method

L'art. 28 LECCA prévoit l'évaluation des participations selon la méthode dite "equity method". Les participations sont évaluées à un montant équivalent à la quote-part des capitaux propres de l'entité contrôlée (12). Cette évaluation doit être utilisée même si elle est supérieure au coût d'acquisition (c'est-à-dire à l'investissement lors de la fondation ou de l'achat de la participation). L'introduction de cette méthode, admise d'ailleurs au niveau international, se heurtera à un problème fiscal dans le contexte des articles 69 et 70 LIFD, 28 LHID et de la réforme de l'imposition des sociétés (13).

2.4.2. Réévaluation des participations en droit fiscal actuel

Selon le droit fiscal actuel, les bénéfices de réévaluation sont imposés (art. 58 let. c LIFD; art. 24 al. 1 let. b LHID). La réduction pour participation (art. 69 et 70 LIFD, art. 28 LHID) ne s'applique pas aux réévaluations. Une analogie aux gains en capitaux sur participations est explicitement exclue (art. 70 al. 2 let. c LIFD). Dès lors, en cas de réévaluation, celle-ci est tout d'abord imposée ordinairement. D'autre part, en cas de vente subséquente de la participation réévaluée, la "réduction pour rendement de participations" ne s'applique pas, les coûts d'investissement de la participation devant être augmentés d'un montant correspondant lors de la réévaluation (14). Du point de vue fiscal, le législateur part du principe que toute réévaluation correspond à un amortissement récupéré et doit donc être imposée. Dans le système actuel de la comptabilisation au coût historique, cette hypothèse se justifie en effet dans de nombreux cas. Dans une comptabilité tenue selon le principe de l'"equity method", cette approche n'a plus de raison d'être. Selon le droit fiscal actuel, chaque réévaluation dictée par l'application de l'"equity method" sera imposée auprès de la société qui ne pourra pas faire valoir la réduction pour participation. Ainsi, l'introduction de la LECCA conduira à une imposition économique multiple:

- 1) lors de la réalisation du bénéfice dans la participation (imposition sur le bénéfice) et
- 2) lors de la réévaluation de la participation auprès de sa mère et ceci à chaque niveau de détention et, enfin,
- 3) lors de la distribution du bénéfice à l'actionnaire ultime.

La conjonction de l'"equity method" et des règles fiscales actuelles applicables aux réévaluations est contraire à l'esprit de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés. Cette réforme cherchait en effet à exonérer les gains en capitaux sur participations pour éviter cette multiple imposition. L'introduction de l'exonération des gains en capitaux perd une partie de son sens si l'"equity method" est introduite et les règles fiscales actuelles maintenues.

Rappelons que le gain en capital sur participation résulte de la différence entre le prix de vente de la filiale et la valeur comptable de celle-ci dans les comptes de la société mère. L'introduction de l'"equity method" implique que, au fur et à mesure que la filiale prend de la valeur, la société mère doit réévaluer sa participation dans ses comptes (la participation étant, selon l'"equity method", évaluée en fonction des fonds propres de la filiale). Il en résulte que ces réévaluations consécutives diminueront d'autant le futur gain en capital potentiel.

L'imposition de ces réévaluations impliquerait que l'exonération des gains en capitaux perdrait une grande partie de sa raison d'être. Si, à chaque augmentation de valeur de la participation, celle-ci était taxée, le potentiel gain en capital serait, de facto, également imposé non plus au moment de sa réalisation mais à l'occasion de chaque comptabilisation de l'augmentation de valeur de la participation durant la période de détention. Le seul gain en capital qui bénéficierait encore de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés serait la part du prix de vente de la participation dépassant la valeur substantielle de celle-ci et allant donc au-delà de la valeur comptable de la participation chez la mère.

2.4.3. Modifications fiscales nécessaires pour permettre l'introduction de l'"equity method"

Afin de permettre l'introduction de l'"equity method" en gardant l'esprit de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés, il conviendrait d'ajouter aux dispositions finales de la LECCA une modification de la LIFD qui prévoirait:

- une suppression de l'art. 70 al. 2 let. c LIFD ou, éventuellement, un remplacement par le texte suivant:

"les bénéfiques de réévaluation provenant de participations et correspondant à des amortissements récupérés".

- Subsidiairement, une disposition spécifiant que les coûts d'investissements au sens de l'art. 70 al. 4 let. a LIFD ne sont pas augmentés par une réévaluation. Ceci permettrait que, pour le moins, en cas de vente de la participation réévaluée, la réduction sur rendement de participations viendrait réduire la charge fiscale au moment de l'aliénation subséquente de la participation. Toutefois, cette solution présenterait des désavantages importants: d'une part, elle ne réduirait la charge fiscale qu'au moment de la vente de la participation et, d'autre part, si la société n'a pas suffisamment d'autres bénéfiques pour "absorber" cette réduction pour rendement de participations, celle-ci ne pourra être utilisée. Dans le cas des holdings qui, par définition, sont principalement actives dans la détention de participations, cette perte de la réduction pour rendements de participations pourrait être fréquente. Enfin, cette solution serait compliquée.

Les auteurs du projet assurent que l'imposition des réévaluations pourra être évitée grâce à l'application de l'art. 34 15. Toutefois, cette interprétation de l'art. 34 semble très optimiste. En effet, aucun principe fiscal actuel ne permet de s'opposer à la réévaluation des participations selon l'art. 28 LECCA. Au contraire, l'art. 70 al. 2 let. c LIFD prévoit expressément l'imposition des réévaluations et l'art. 62 al. 4 LIFD établit l'obligation de réévaluer les participations si les amortissements correctifs de valeur ne sont plus justifiés. A cela s'ajoute le principe fondamental du "Massgeblichkeit" qui prévoit que les comptes commerciaux sont la base de l'imposition et que le fisc sera tenu de les respecter. Enfin, le principe de l'imposition selon la capacité contributive requiert que le contribuable soit taxé selon sa situation personnelle effective et non pas selon un bilan sous-évalué (voir ci-dessus 1.3.). Pour les auteurs du projet, l'art. 34 s'appliquerait malgré tout aux réévaluations sous prétexte qu'actuellement le fisc ne peut aller au-delà de la valeur d'acquisition des participations. L'article 34 empêcherait par principe une situation fiscale plus défavorable qu'avant l'introduction de la LECCA. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'actuellement c'est le droit comptable qui pose cette limite à laquelle le fisc est lié en vertu du principe du "Massgeblichkeit". Ce n'est donc pas un principe fiscal qui limite l'évaluation des participations aux coûts historiques mais bien un principe de droit commercial. Lors de l'introduction de la LECCA et de l'évaluation des participations selon l'"equity method", le droit fiscal ne sera plus limité par le principe d'évaluation au coût historique.. Le "Massgeblichkeitsprinzip" le renverra en revanche au nouveau principe comptable, à savoir à l'évaluation selon l'"equity method". Aucun principe fiscal ne permettra donc de venir déroger à la réévaluation des participations et à leur imposition. Enfin, l'"equity method" implique une évaluation des participations selon la valeur substantielle de celles-ci. Il n'est toutefois pas exclu que la valeur réelle d'une participation soit inférieure à sa valeur substantielle (en cas de bad-will, en particulier en cas de valeur de rendement inférieure à la valeur substantielle). La conjonction de l'"equity method" et des règles fiscales actuelles (imposition des réévaluations) pourrait donc conduire à l'imposition d'une participation dont la valeur vénale baisserait. Ceci serait parfaitement contraire au principe de l'imposition selon la capacité contributive.

2.5. Evaluation des immobilisations financières (art. 29 LECCA)

" Article 29: Immobilisations financières

A l'exception des créances à long terme et des participations à des entités contrôlées, les immobilisations financières, y compris celles qui sont détenues dans le but d'encaisser des loyers, des redevances de leasing ou de licence ou des revenus analogues, peuvent être évaluées à la valeur de rendement, mais au plus à la valeur de réalisation, même si ces valeurs sont plus élevées que le coût d'acquisition ou de production.

Le montant qui excède le coût d'acquisition ou de production est crédité directement à la réserve de réévaluation; à concurrence d'une réévaluation intervenue en neutralité de résultat, une réduction de valeur est débitée directement de la réserve de réévaluation.

Les coûts et les impôts sur la plus-value en cas de réalisation doivent être pris en considération de manière appropriée."

L'art. 29 règle l'évaluation des immobilisations financières et prévoit une possibilité d'évaluer celles-ci à la valeur de rendement (avec une limite à la valeur de réalisation) même si celle-ci est plus élevée que la valeur d'acquisition ou que le coût de production. Etant donné que cette valeur de rendement,

respectivement de réalisation, peut être plus élevée que les coûts historiques, l'art. 29 al. 2 règle le traitement de la modification de valeur. Selon la LECCA, cette modification n'influence pas le résultat comptable puisqu'elle doit être directement enregistrée dans un poste de capitaux propres, à savoir la réserve de réévaluation.

Ici également, les règles actuellement en vigueur en droit fiscal suisse représenteront un obstacle à la bonne introduction de cette disposition. En effet, l'article 58 al. 1 let. c LIFD de même que l'art. 24 al. 1 let. b LHID prévoient que les réévaluations n'influençant pas le résultat seront imposées au niveau des impôts directs. La nouvelle disposition concernant l'évaluation des immobilisations financières restera donc lettre morte si les dispositions fiscales ne sont pas modifiées. Le traitement fiscal doit, pour permettre l'introduction de l'art. 29 LECCA, suivre le traitement comptable et l'imposition des réévaluations doit désormais avoir lieu au moment de la réalisation. C'est d'ailleurs bien l'intention du projet de la LECCA qui précise, à l'art. 29 al. 3 LECCA, que l'évaluation doit tenir compte de la charge fiscale latente. Implicitement, cela sous-entend qu'il n'y a pas d'imposition au moment de la réévaluation comptable mais uniquement en cas de réalisation. Il s'agit donc de clarifier cela également dans le droit fiscal en modifiant la LIFD et la LHID de manière à ce que la réévaluation au sens de l'art. 29 LECCA ne soit pas imposée. L'art. 58 al. 1 let. c LIFD et l'art. 24 al. 1 let. b LHID devront être amendés dans ce sens.

2.6. Corrections d'amortissements (art. 31 al. 2 LECCA)

Cette disposition prévoit que les amortissements et corrections de valeur dont l'origine a disparu doivent être dissous. Cette disposition, couplée au "Massgeblichkeitsprinzip", impliquera l'imposition de la dissolution de ces amortissements et correctifs d'actifs. Cela correspond à l'actuel art. 62 al. 4 LIFD qui est toutefois limité aux participations. Dès lors, toute dissolution d'amortissements et de correctifs de valeur sera imposée, qu'il s'agisse de participations ou d'autres actifs et que cela soit dans le cadre de sociétés de personnes ou de sociétés de capitaux (16).

2.7. Bref retour sur le "Massgeblichkeitsprinzip inversé" (art. 34 LECCA)

Nous ne reviendrons pas sur les propos tenus au sujet de l'article ci-dessus (voir 1.3.). Rappelons que l'introduction d'un "Massgeblichkeitsprinzip" inversé:

1) n'est possible que si des "principes" fiscaux indépendants du droit comptable et clairement définis (comme par exemple les actuels seuils de tolérance posés par le fisc pour l'évaluation des amortissements, des stocks, des débiteurs, etc). sont précisés dans un texte légal et

2) que le droit fiscal actuel impose les réévaluations (comptabilisées dans le compte de pertes et profits ou non, comme le précise l'art. 58 al. 1 let. c LIFD et l'art. 24 al. 1 let. b LHID) et n'applique pas le système de la réduction de participations à ces mêmes réévaluations sur participations (art. 70 al. 2 let. c LIFD) et

3) que la plupart des principes actuels qui régissent le droit fiscal sont le reflet des principes comptables (ce qui découle du "Massgeblichkeitsprinzip") et ne seront donc pas opposables au droit fiscal après l'introduction de la LECCA. Il ne sera, en particulier, plus possible d'invoquer que le droit fiscal n'est pas en droit d'évaluer une participation au-delà de son coût d'acquisition.

Dans tous les cas où la LECCA prévoit une réévaluation, même une réévaluation sans comptabilisation dans le compte pertes et profits, le droit fiscal pourrait faire valoir des prétentions. Il convient donc, parallèlement à la modification de la LECCA, de modifier en conséquence la LIFD et la LHID en ce qui concerne les réévaluations. Il convient également de laisser l'art. 34 tel qu'il est prévu dans le projet de LECCA mais de préciser les principes fiscaux applicables (amortissements, du croire, stock, etc). dans une disposition fiscale (par exemple dans la LIFD et la LHID). Les dispositions finales de la LECCA devraient être modifiées en conséquence.

2.8. Dispositions transitoires (art. 70 LECCA)

Cet article règle les nouvelles évaluations des actifs et passifs suite à l'introduction de la LECCA. L'art. 70 prévoit que les réévaluations pourront être comptabilisées directement dans les réserves, sans passer par le compte de résultat. En application des art. 58 al. 1 let. c LIFD et 24 al. 1 let. b LHID, cette réévaluation pourrait être imposée. Cela ne saurait toutefois être l'intention des auteurs du projet de LECCA puisque l'art. 70 al. 1 in fine prévoit que "*des provisions devront alors être créées pour couvrir d'éventuelles charges fiscales latentes. Il sera possible de renoncer à une nouvelle évaluation aux conditions de l'art. 34*". Toutefois, l'art. 34 ne permet de déroger à la LECCA que si les principes

fiscaux le prévoient expressément. Aucun principe fiscal ne s'opposera à une réévaluation, comme cela a déjà été relevé à plusieurs reprises. Dès lors, il serait nécessaire:

- soit de modifier la LIFD et la LHID de manière à ce que les réévaluations consécutives à l'introduction de la LECCA ne soient pas imposées
- soit de préciser à l'art. 70 LECCA que ces réévaluations ne sont soumises à l'impôt qu'en cas de réalisation.

3. Conclusion

Nous l'avons vu, l'introduction de la LECCA ne se ferait pas sans créer des frottements fiscaux majeurs. L'article 34, qui est censé permettre une harmonie entre la LECCA et le droit fiscal, est insuffisant. Il doit être accompagné de modifications des lois fiscales (LIFD et LHID).

L'introduction de ce nouveau droit comptable ne pourra pas se faire sans modifier le droit fiscal. En particulier, le traitement fiscal des réévaluations devra être réexaminé. En outre, le concept d'un "Massgeblichkeitsprinzip" inversé nécessiterait de fixer, dans le droit fiscal, certains principes d'évaluation des actifs et passifs auxquels la LECCA pourrait se référer. Cela ne représenterait-il pas une première étape vers une abolition du "Massgeblichkeitsprinzip" et une orientation vers un système où la comptabilité commerciale et la comptabilité fiscale seraient indépendantes l'une de l'autre?

(1) L'auteur a été mandaté pour préparer la prise de position de l'Ordre des Avocats du Canton de Genève sur cet avant-projet dans le cadre de la procédure de consultation. Cet article se base sur cette prise de position avec l'aimable autorisation de M. Le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Canton de Genève mais ne reflète que l'opinion de l'auteur.

(2) Voir à ce sujet: Rapport explicatif des avant-projets pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC) du 29 juin 1998, ("rapport explicatif"), p. 83.

(3) Voir: Kuhn/Brülisauer, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Bâle 1997, ("StHG-Kommentar"), Art 24 N. 8 ss; Höhn/Waldburger, Steuerrecht, Band II, Berne 1999, ("Höhn/Waldburger"), p. 285 ss.

(4) Voir aussi: Kuhn/Brülisauer, StHG-Kommentar, Art. 24 N. 13.

(5) ATF 122 I 101 .

(6) Kuhn/Brülisauer, StHG-Kommentar, Art. 24 N. 13

(7) Pour une liste de ces règles d'évaluations, voir: Markus Neuhaus, Beurteilung des RRG aus steuerrechtlicher Sicht, L'Expert-Comptable Suisse, 5/1999, p. 485 ss.

(8) Opinion de certains auteurs du projet communiquée à l'occasion d'une conférence sur la LECCA à Zürich, le 9 mars 1999.

(9) Les numéros d'article sans autre référence se rapportent à l'avant-projet de LECCA du 29 juin 1998.

(10) Voir: Markus Neuhaus, Beurteilung des RRG aus steuerrechtlicher Sicht, L'Expert-Comptable Suisse, 5/1999, p. 487.

(11) Voir: Höhn/Waldburger, p. 41 et les références s'y trouvant.

(12) Rapport explicatif, p. 132.

(13) Loi fédérale sur la réforme 1997 de l'imposition des sociétés du 10 octobre 1997, en vigueur depuis le 1er janvier 1998.

(14) Art. 70 al. 4 let. a LIFD; circulaire de l'administration fédérale des contributions no 9 du 9 juillet 1998, p. 6.

(15) Opinion de certains auteurs du projet communiquée à l'occasion d'une conférence sur la LECCA à Zürich, le 9 mars 1999.

(16) Le rapport explicatif (p. 135) précise que, pour certains actifs, cette dissolution d'amortissements pourrait intervenir sans influencer le compte de résultats. Ceci serait en particulier le cas pour les immobilisations financières. Se poserait alors la question de l'application de l'art. 58 al. 1 let. c LIFD et de l'art. 24 al. 1 let. b LHID.