

Loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998

Présentation des aspects fiscaux

La loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998, adoptée le 19 mars 1999 par les Chambres fédérales, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2001, le délai référendaire étant échu le 8 juillet 1999. Il s'agit d'une loi-cadre qui prévoit 4 paquets de mesures et englobe la modification de 13 lois fédérales, dont la LPP, la LIFD et la LHID. L'objectif des importantes et nombreuses modifications apportées par le législateur vise notamment à combler certaines lacunes fiscales. L'application des nouvelles dispositions soulève des questions délicates auxquelles le présent article tente de répondre en parcourant l'ensemble des dispositions de la LIFD, LHID et LPP qui ont été modifiées.

1. Rappel historique

Le 17 mars 1997, le Département fédéral des finances a constitué le groupe de travail présidé par le professeur Behnisch chargé d'étudier les moyens de combler les «lacunes fiscales».

En date du 6 avril 1998, des représentants du Conseil fédéral, des cantons, des principales forces politiques du pays et des partenaires sociaux adoptent un programme de limitation des dépenses et d'augmentation des recettes fiscales à l'issue de la «table ronde». A cette occasion, il est convenu de confier au CF les mandats suivants:

- présenter dans le cadre du message concernant le programme de stabilisation 98 des mesures propres à combler les lacunes inévitables du système des impôts directs, en particulier i) extension de la notion de

«négoce à titre professionnel», ii) limitation pour les personnes physiques de la déduction des intérêts passifs, iii) baisse du maximum autorisé



Etienne von Streng, Avocat au barreau de Genève, expert fiscal diplômé, Etude Schmidt, Jatou & Associés, Genève

pour les déductions faites dans le cadre du 2^e et du 3^e pilier ainsi que l'imposition des prestations de ces institutions et enfin iv) mesures supplémentaires à proposer par le CF une fois qu'il aura analysé les conclusions du rapport en voie d'achèvement du groupe de travail Behnisch;

- renforcer l'organe de l'AFC chargé des contrôles fiscaux.

Le 7 juin 1998, le peuple suisse accepte l'Arrêté fédéral du 19 décembre 1997 instituant des mesures visant à équilibrer le budget «objectif budgétaire 2001» ainsi que le nouvel article 24 DT Cst.

En date du 8 juillet 1998 et quelques jours après la remise du rapport Behnisch, le Département fédéral des finances publie un avant-projet relatif aux mesures immédiates pour améliorer l'équité fiscale en concrétisation du mandat donné au CF dans le cadre de la «table ronde». Cet avant-projet a été rédigé par un groupe de travail placé sous la direction de l'AFC et comprenant des représentants de l'Administration fédérale des finances, de l'Office des assurances sociales et de deux administrations fiscales cantonales. Le 28 septembre 1998, le Conseil fédéral publie le projet de loi dans le cadre du message concernant le programme de stabilisation 98.

En date du 6 novembre 1998, la commission spéciale du programme de stabilisation du Conseil national vote une version entièrement remodelée du projet de loi [maintien de l'imposition séparée des prestations en capital du 2^e et du 3^e pilier, refus de fixer un plafond maximum assurable pour le 2^e pilier; calcul du rachat maximum sur la base de 71 000 francs et non plus du tiers de ce montant, marge de 50 000

francs pour la déduction des intérêts passifs (contre 20 000 francs dans le message), allègement de la définition de commerce professionnel].

Le 19 mars 1999, l'Assemblée fédérale a voté la version finale de la loi sur le programme de stabilisation 1998. Le délai référendaire est échu le 8 juillet 1999.

Selon une lettre-circulaire du 6 juillet 1998 de l'AFC aux administrations cantonales de l'impôt fédéral direct, le programme devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

L'Administration fédérale des contributions est en train d'élaborer une circulaire au sujet de la loi sur le programme de stabilisation 98. Cette circulaire devrait être publiée en automne 1999.

2. Limitation de la déduction des intérêts passifs: art. 33 al. 1 lit.a LIFD et art. 9 al. 2 lit. a LHID

2.1 La modification

Selon les nouvelles dispositions LIFD et LHID, la déduction des intérêts passifs privés n'est plus autorisée de façon illimitée, mais au contraire limitée comme suit (*en italique*):

Art. 33, al. 1, let. a LIFD: «Sont déduits du revenu: a. les intérêts passifs privés à concurrence du rendement imposable de la fortune au sens des art. 20 et 21, augmenté d'un montant de 50 000 francs. Ne sont pas déductibles les intérêts des prêts qu'une société de capitaux accorde à une personne physique avec laquelle elle a des liens étroits ou qui détient une part importante de son capital à des conditions nettement plus avantageuses que celles qui sont habituellement proposées aux tiers.»

Art. 9, al. 2, let. a LHID: «Les déductions générales sont: a. les intérêts passifs privés à concurrence du rendement imposable de la fortune au sens de l'art. 7 augmenté d'un montant de 50 000 francs;»

2.2 Objectif du législateur

L'objectif recherché par le législateur est de combattre certains abus qui résultent de l'aménagement par le contribuable d'une situation d'endettement artificiel, dont tout ou partie de la charge d'intérêt ne correspond plus à un coût nécessaire à l'acquisition du revenu mais, au contraire, à un avantage fiscal injustifié qui relève d'une lacune

Selon la Commission, ces opérations sont problématiques, car elles ne sont pas compatibles avec le principe fondamental de l'imposition de l'ensemble des revenus nets, sur lequel se fonde notre système fiscal. Ce principe admet que toutes les charges, y compris les charges d'intérêts, sont déductibles, pour autant qu'elles servent à l'acquisition d'un revenu imposable [1], étant précisé qu'un excédent de frais d'ac-

Tableau 1
Application de la nouvelle disposition

	Variante A	Variante B	Variante C	Variante D
Revenu d'activité lucrative	75 000	75 000	75 000	75 000
Revenu de fortune mobilière		35 000		20 000
Revenu de fort. immobilière	19 900	19 900	25 000	25 000
Total rendement brut fortune	19 900	54 900	25 000	45 000
./. Intérêts passifs	(38 400)	(138 400)	(80 000)	(80 000)
Excédent intérêts passifs	(18 500)	(83 500)	(55 000)	(35 000)
Limite maximale 50 000	(18 500)	(50 000)	(50 000)	(35 000)
Revenu net imposable	56 500	25 000	25 000	40 000
Excédent négatif non déduit	-	(33 500)	(5 000)	-

du système fiscal. Généralement l'endettement est obtenu soit sous forme de crédit hypothécaire, soit sous forme de crédit lombard avec nantissement du portefeuille et sert, par exemple, à investir dans des papiers-valeurs à plus-values exonérées ou au financement d'une assurance vie, dont la/les primes sont déductibles du revenu, ou encore à des dépenses courantes de la vie.

quisition demeure déductible des autres revenus. Le problème survient lorsque les revenus ainsi acquis, ne sont pas ou que faiblement imposables. La Commission a dès lors conclu dans son rapport, qu'«en admettant que les gains en capitaux privés demeurent totalement ou partiellement exonérés, il n'est pas justifié de continuer à admettre que les intérêts passifs soient déductibles sans limite du revenu imposable» [2]. Dans son message aux Chambres fédérales, le Conseil fédéral n'a pas proposé d'introduire l'imposition des gains en capitaux privés, ni de supprimer le principe de la valeur locative, ce qui a entraîné en quelque sorte la nécessité de limiter la déduction des intérêts passifs. Cette solution a finalement été retenue par le Parlement dans le programme de stabilisation.

2.3 Le système

Les modifications législatives sont inspirées dans une large mesure des dispositions fiscales genevoises en la matière (art. 21 lit. e LCP) [3]. Dans le nouveau système, seuls les intérêts passifs qui servent à acquérir un rende-



Luc Enderli, lic. HEC Université de Lausanne, ing. phys. dipl. EPFL, expert fiscal diplômé, Fiduciaire Luc Enderli, Buchillon, VD

ment imposable de la fortune mobilière et immobilière, sont des frais d'acquisition fiscalement déductibles. Vu sous cet angle, le nouveau système interdit la déduction des intérêts passifs des rendements de fortune exonérés et/ou du revenu imposable de l'activité lucrative, sous réserve d'une déduction forfaitaire à concurrence de 50 000 (cf. [tableau 1](#)).

Variante A: Le contribuable est propriétaire d'un immeuble qu'il occupe, d'une Valeur réelle de 1,2 millions, avec une valeur locative IFD de 19 900. L'immeuble est grevé à 80% d'une hypothèque dont le taux est de 4%, ce qui représente une charge d'intérêts hypothécaires de 38 400 p.a. L'excédent négatif de 18 500 résultant de l'immeuble peut être déduit des autres revenus (salaire), car il est couvert par le forfait de 50 000. Tant que le taux hypothécaire demeure inférieur à 7,28%, le forfait de 50 000 absorbera la charge d'intérêt. Au-delà, les intérêts ne seraient plus déductibles.

Variante B: Même cas que A, avec une fortune mobilière de 3,5 millions, nantie auprès de la banque pour garantir un prêt lombard de 2,5 millions à 4% p.a. L'ensemble de la fortune mobilière brute de 6 millions génère un rendement imposable de 1%, les plus-values étant exonérées. Il s'agit d'un cas typique que le nouveau système vise à endiguer. L'excédent d'intérêts passifs de 33 500 n'est pas déductible du revenu.

Variante C: Le contribuable est propriétaire d'un immeuble de 2,5 millions, dont 1,9 millions de terrain, avec une valeur locative IFD de 25 000. L'hypothèque s'élève à 80% de la valeur, soit à 2 millions, et les intérêts passifs à 80 000 (4%). Dans ce cas, et en l'absence de rendement de la fortune mobilière, l'excédent d'intérêts passifs de 55 000 n'est plus couvert par le forfait de 50 000 à raison de 5 000 qui ne pourront pas être déduits. Ce cas illustre les effets indésirables que la modification législative est susceptible de faire subir à certains propriétaires qui disposent d'un patrimoine investi uniquement en immobilier et/ou en titres dont les gains sont exonérés de par la loi. Notons encore que ces cas seront d'autant plus flagrants sur le plan cantonal, que la va-

leur locative est bien souvent inférieure à celle de l'IFD, et encore plus manifestes en cas de hausse des taux hypothécaires.

Cependant, cette modification aura également des effets pénalisants pour certains contribuables dont la situation patrimoniale n'assure pas un rende-

«Le nouveau système a principalement été dicté par le souci politique et social d'empêcher certaines pratiques qui, exploitées à l'extrême, pouvaient conduire, il est vrai, à certains abus.»

Variante D: Même cas que C, avec un rendement imposable de la fortune mobilière de 20 000 par an. A la différence de la variante précédente, l'excédent négatif d'intérêts passifs peut être absorbé par le rendement de titres.

2.4 Commentaires

Le nouveau système a principalement été dicté par le souci politique et social d'empêcher certaines pratiques qui, exploitées à l'extrême, pouvaient conduire, il est vrai, à certains abus. Il consacre une solution qui a l'avantage d'être schématique et donc praticable, tout en étant relativement équilibrée.

ment suffisant pour absorber la charge d'intérêts passifs, pourtant directement liés à l'acquisition de certains revenus. Cela sera par exemple le cas pour un propriétaire immobilier sans rendement de fortune mobilière, lorsque les intérêts passifs redevables sur la dette hypothécaire excéderont la valeur locative d'un montant supérieur à 50 000. En admettant une hausse des taux hypothécaires, le nombre de contribuables qui seront confrontés à cette situation augmentera certainement. Vu sous cet angle, le caractère schématique du système révèle ses propres limites qui créent, à notre avis, une inégalité de traitement entre certains assujettis [5]. Comment justifier, en effet, qu'un tel excédent négatif de charges immobilières, constituant une charge nécessaire à la jouissance de la propriété, ne puisse pas être déduit des autres revenus imposables? Cela va à l'encontre de la volonté politique d'encourager, de façon générale, l'acquisition du logement par la fixation d'une valeur locative inférieure au loyer du marché. Du reste, la Commission Behnisch avait clairement suggéré une déduction illimitée en cas d'excédent négatif de charges immobilières sur la valeur locative [6]. Cette suggestion n'a toutefois pas trouvé son expression dans le texte définitif. Quant à la LHID, elle ne changera vraisemblablement rien à cette situation, car les cantons conserveront une marge d'appréciation importante pour la fixation de la valeur locative [7]. De plus, ces cas de figures ne seront pas exceptionnels, contrairement à ce que l'on pourrait croire: une simulation effectuée par le Canton de Vaud et calquée sur le modèle genevois [8] a révélé que les 3% de contribuables avec un



Frédéric Vuilleumier, Avocat au barreau de Genève, expert fiscal diplômé, Etude Oberson, Genève

Claude-Alain Barke, expert-fiscal diplômé, conseiller fiscal, PricewaterhouseCoopers, Lausanne, chargé de cours à l'école de la Chambre fiduciaire de Lausanne, Lausanne

rendement de la fortune immobilière exclusivement (loyers et fermages, valeurs locatives) seraient privés, au total, de la déduction d'un excédent d'intérêts passifs d'environ 18 millions.

En dehors des problèmes décrits, liés à la propriété immobilière, le législateur a eu le souci d'éviter de pénaliser les personnes physiques faisant l'acquisition d'une entreprise au moyen de fonds étrangers, en leur permettant selon le nouvel LIFD 18 al. 2 et LHID 8 al. 2 d'opter à l'acquisition, pour la qualification comme fortune commerciale d'une participation d'au moins 20% [9]. Les intérêts passifs commerciaux deviennent ainsi intégralement déductibles du revenu imposable.

Partant du principe fiscal de la déductibilité des frais d'obtention du revenu, que la modification législative a précisément le souci de faire respecter de façon plus stricte en écartant les abus, il serait intéressant d'éprouver ces inégalités de traitement fiscal entre contribuables sous l'angle de la constitutionnalité. Cela étant, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de confirmer la conformité constitutionnelle du modèle genevois, au motif que le système n'est pas arbitraire, car les distinctions qu'il opère seraient justifiées par des motifs sérieux [10].

3. Déduction des intérêts passifs commerciaux et extension de la notion d'activité indépendante

(cf. tableau 2)

3.1 Les dispositions et leur objectif

Nous avons vu sous chiffre 2 que les nouvelles dispositions de la LIFD et la LHID limitent la déduction des intérêts passifs privés afin de combattre certains abus. L'objectif du législateur n'était en aucun cas celui de limiter la déduction des intérêts passifs commerciaux des indépendants. Il a donc précisé que ces intérêts sont déductibles sans restriction. Cette mesure, déjà intégrée dans le projet du Conseil fédéral [11], se concrétise à l'article 27 al. 2

Tableau 2

Déduction des intérêts passifs commerciaux et extension de la notion d'activité indépendante

(italique = nouveau)

LIFD

art. 18, al. 2, dernière phrase:

² La fortune commerciale comprend tous les éléments de fortune qui servent, entièrement ou de manière prépondérante, à l'exercice de l'activité lucrative indépendante; *il en va de même pour les participations d'au moins 20% au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, dans la mesure où le détenteur les déclare comme fortune commerciale au moment de leur acquisition.*

art. 27, al. 2, let. d

² Font notamment partie de ces frais:

...
d. les intérêts des dettes commerciales ainsi que les intérêts versés sur les participations visées à l'art. 18, al. 2.

LHID

art. 8, al. 2, dernière phrase:

le texte correspond à celui de l'article 18 LIFD

art. 10, al. 1, let. e:

¹ Les frais justifiés par l'usage commercial ou professionnel qui peuvent être déduits comprennent notamment:

e. les intérêts des dettes commerciales ainsi que les intérêts versés sur les participations visées à l'art. 8, al. 2.

art. 72b Adaptation de la législation cantonale aux modifications

¹ *Les cantons adaptent leur législation aux modifications des articles ... 8 al. 2, ..., 10 al. 1 let. e, ... pour l'entrée en vigueur de ces modifications.*

let. d LIFD: font partie des frais déductibles du revenu de l'indépendant «les intérêts des dettes commerciales». L'article art. 10, al. 1, let. e LHID reprend les mêmes termes. Les personnes morales ne sont pas touchées par cette disposition et continueront de déduire les intérêts passifs selon les dispositions actuelles.

La limitation de la déduction des intérêts passifs privés peut également constituer un obstacle à la transmission d'entreprises constituées sous forme de personnes morales. L'objectif du législateur était de ne pas créer d'entraves supplémentaires à la succession ou la reprise de PME. Afin d'éviter cet écueil, il a modifié les articles 18 LIFD et 8 LHID en étendant le concept de fortune commerciale et d'activité indépendante. Le projet du Conseil fédéral ne contenait pas cette modification, que la commission du Conseil national

a introduite à l'automne [12], [13]. La nouvelle teneur de ces articles permet la qualification commerciale, en option et lors de son acquisition, d'une participation d'au moins 20% au capital d'une personne morale. Cela permet de déduire les intérêts passifs nécessaires à son financement sans aucune limitation. En revanche, le bénéfice futur lors de la revente de la participation sera considéré comme imposable, et non plus comme un gain en capital privé exonéré.

La disposition que nous venons d'analyser ne doit pas être confondue avec l'extension de la notion d'activité indépendante prévue dans le projet du Conseil fédéral et abandonnée durant le processus législatif. Cette dernière devait préciser dans quels cas le commerce privé de titres ou d'immeubles était considéré comme une activité indépendante [14].

3.2 Mécanisme des dispositions

3.2.1 Séparation des intérêts passifs commerciaux et privés

Cette nouvelle disposition concernera uniquement les personnes physiques qui exercent une activité indépendante.

plémentaire lors de la taxation des indépendants. Dans une première phase, les intérêts commerciaux seront regroupés et entièrement déduits du revenu, qu'ils soient inclus dans les comptes de l'indépendant ou non. Dans une seconde phase, les intérêts privés seront déduits en respectant le

Exemple 1: Investissement dans l'entreprise par un crédit commercial (cf. [tableau 3](#))

Variante A: Le contribuable est propriétaire d'un immeuble qu'il occupe, d'une valeur vénale de 1 200 000, avec une valeur locative de 25 000. L'immeuble est grevé d'une hypothèque de 900 000 dont le taux est de 5%. Il est indépendant et son revenu est de 200 000.

Variante B: Même cas que A, mais notre indépendant doit investir 600 000 en nouveaux équipements. Ces investissements sont entièrement financés par un crédit bancaire d'exploitation au taux de 7,5 %. Le crédit bancaire est comptabilisé.

Par rapport à la situation de départ (*variante A*), la situation après les investissements serait pénalisante sans les nouvelles dispositions légales. En effet, les intérêts du crédit commercial feraient dépasser la limite des déductions maximales autorisées par l'article 33 LIFD dans sa nouvelle teneur (*variante B1: faux*). Pour éviter cet inconvénient, la modification de l'article 27 LIFD permet l'entière déductibilité des intérêts passifs commerciaux (*variante B2: correct*).

Exemple 2: Rachat d'une raison individuelle (cf. [tableau 4](#))

Tableau 3

Investissement dans l'entreprise par un crédit commercial

	Variante A	Variante B 1 (faux)	Variante B 2 (correct)
Revenu d'activité lucrative indépendante, avant intérêts	200 000	200 000	200 000
./. Intérêts passifs commerciaux	(0)	(0)	(45 000)
Total revenu activité indépendante	200 000	200 000	155 000
Revenu de fortune immobilière	25 000	25 000	25 000
Total rendement brut fortune	25 000	25 000	25 000
./. Intérêts passifs	(45 000)	(90 000)	(45 000)
Excédent intérêts passifs	(20 000)	(65 000)	(20 000)
Limite maximale 50000	(20 000)	(50 000)	(20 000)
Revenu net imposable	180 000	150 000	135 000
Excédent négatif non déduit	0	15000	0

Elles seules peuvent avoir à payer des intérêts passifs commerciaux et privés. Les textes de loi précisent les différents modes de déduction des deux types d'intérêts passifs, mais n'en donnent aucune définition. On trouve à l'art. 33 al. 1 let. a LIFD la déduction plafonnée des intérêts passifs privés, et à l'art. 27 al. 2 let. d LIFD la déduction intégrale des intérêts passifs commerciaux (LHID: les articles 9 al. 2 let. a et 10 al. 1 let. e).

Le système actuel permet à l'indépendant, comme à tout contribuable, de déduire l'entier de ses intérêts passifs. Les intérêts privés sont toujours déduits séparément dans la déclaration d'impôt. Les intérêts commerciaux peuvent eux être déduits dans les comptes de l'entreprise, dont le résultat net est repris globalement dans la déclaration d'impôt, ou également être déduits séparément. Le revenu net reste toujours le même.

Le système du programme de stabilisation engendrera une étape sup-

plémentaire. Les exemples 1 et 2 illustrent le nouveau système et ses deux étapes de déduction des intérêts passifs.

Tableau 4

Rachat d'une raison individuelle

	Variante A	Variante B (faux)	Variante B (correct)	Variante C
Revenu d'activité lucrative indépendante, avant intérêts	200000	200000	200000	200000
./. Intérêts passifs commerciaux comptabilisés	(0)	(0)	(0)	(30000)
./. Intérêts passifs commerciaux non-comptabilisés	(0)	(0)	(45 000)	(15 000)
Total revenu activité indépendante	200000	200 000	155 000	155 000
Revenu de fortune immobilière	25 000	25 000	25 000	25 000
Total rendement brut fortune	25 000	25 000	25 000	25 000
./. Intérêts passifs	(45000)	(90 000)	(45 000)	(45 000)
Excédent intérêts passifs	(20000)	(65 000)	(20 000)	(20 000)
Limite maximale 50000	(20000)	(50 000)	(20 000)	(20 000)
Revenu net imposable	180000	150 000	135 000	135 000
Excédent négatif non déduit	0	15000	0	0

Variante A: Le contribuable est propriétaire d'un immeuble qu'il occupe, d'une valeur vénale de 1 200 000, avec une valeur locative de 25 000. L'immeuble est grevé d'une hypothèque de 900 000 dont le taux est de 5%. Il est indépendant et son revenu est de 200 000.

Variante B: Même cas que A, mais notre indépendant vient d'acheter sa raison individuelle pour 600 000. Cet achat a été entièrement financé par un crédit bancaire au taux de 7,5%. Le crédit n'est pas comptabilisé. Le prix d'achat a notamment servi à reprendre les comptes courant et capital de l'ancien titulaire à hauteur de 200 000. Le goodwill n'a pas été comptabilisé (bilan fiscal différent du bilan comptable).

Variante C: Même cas que B, mais le goodwill de 400 000 a été comptabilisé. 400 000 du crédit commercial se trouvent en contrepartie au passif.

Comme dans l'exemple précédent, la nouvelle disposition permettra la déduction intégrale des intérêts dans la variante B. Il importe peu que tout ou partie du crédit bancaire soit comptabilisé: l'entier des intérêts commerciaux est déductible (variante C).

3.2.2 Participation de plus de 20%: option pour la fortune commerciale

Si une personne physique reprend une entreprise constituée sous la forme de personne morale, elle possédera des actions ou des parts sociales en contrepartie de son achat. Elles seront considérées comme fortune mobilière privée et leur rendement sera imposé selon l'article 20 al. 1 let. c LIFD [15]. Les intérêts passifs du financement tomberont donc sous le coup de l'article 33 LIFD nouvelle teneur, qui limite leur déduction au revenu de la fortune plus 50 000 francs. Si l'entrepreneur ne possède pas de revenu de fortune suffisant, il pourrait ne pas pouvoir déduire l'entier des intérêts passifs nécessaires au financement de son entreprise. Cette situation est courante dans les PME dont le versement des dividendes est généralement bas.

Le législateur a donc prévu à l'article 18 al. 2 LIFD la possibilité pour les personnes physiques d'opter, au moment de l'acquisition, pour la qualification

commerciale d'une participation d'au moins 20% d'une personne morale. Si cette option est exercée, l'article 27 al. 2 let. d permettra alors de qualifier comme commerciaux les intérêts du financement et de les déduire intégralement. L'option ne peut être exercée

Exemple 3: Reprise d'une PME sous forme de SA. (cf. *tableau 5*)

Un entrepreneur veut prendre sa retraite et vendre sa société anonyme à l'un de ses cadres, qui possède déjà une part minoritaire du capital (10%). Pour

«En date du 6 novembre 1998, la commission spéciale du programme de stabilisation du Conseil national vote une version entièrement remodelée du projet de loi.»

que lors de l'acquisition de la participation. L'exemple 3 illustre la disposition.

En cas d'option pour la déduction limitée des intérêts, il en découle en contrepartie que l'éventuel gain en cas de revente de la participation est imposable. La différence entre le produit de l'aliénation et le prix d'achat sera imposable: le principe de la valeur comptable s'applique. En cas de perte lors de la revente, elle peut être déduite des revenus [16]. Les articles de loi concernant le revenu des indépendants (LIFD chapitre 3 section 3), tels que les amortissements, les pertes, le emploi, s'appliquent également à ces éléments de fortune commerciale.

cela, ce dernier contracte un crédit, garanti par le nantissement de l'entier de ses actions, au taux de 7%. Le prix convenu pour 90% des actions s'élève à 1 350 000. Son futur salaire, de 200 000 net, et les dividendes de l'entreprise, 40 000, serviront à honorer les intérêts et le remboursement du prêt. Le futur patron est déjà propriétaire d'un immeuble qu'il occupe, d'une valeur vénale de 1 200 000, avec une valeur locative de 25 000. L'immeuble est grevé d'une hypothèque de 900 000 dont le taux est de 5%.

Si l'acquéreur décide de ne pas opter pour la déclaration des actions sous fortune commerciale (variante A), la

Tableau 5
Reprise d'une PME sous forme de SA.

	Variante A fortune privée	Variante B 1 fortune commerciale	Variante B 2 fortune commerciale
Revenu d'activité lucrative dépendante	200 000	200 000	200 000
Revenu de fortune mobilière commerciale		0	40 000
./. Intérêts passifs commerciaux	(0)	(94 500)	(94 500)
Revenu de fortune mobilière privée	40 000	40 000	0
Revenu de fortune immobilière	25 000	25 000	25 000
Total rendement brut fortune privée	65 000	65 000	25 000
./. Intérêts passifs privés	(139 500)	(45 000)	(45 000)
Excédent intérêts passifs privés	(74 500)	(0)	(20 000)
Limite maximale 50000	(50 000)	(0)	(20 000)
Revenu net imposable	150 000	125 500	125 500
Excédent négatif non déduit	24 500	0	0

limite de l'article 33 LIFD nouvelle mouture s'applique. Il ne pourra déduire l'entier de ses intérêts passifs. S'il décide de le faire, il baissera son revenu imposable de 24 500 (variante B 1). En revanche, la future revente de ses actions sera imposable, en cas de gain, au titre du revenu. Dans notre exemple, la qualification commerciale des dividendes liés aux titres déclarés comme commerciaux n'influence pas le revenu net final (variante B 2). On verra par la suite que tel n'est pas toujours le cas.

3.3 Problèmes

Ventilation des intérêts passifs commerciaux et privés

Comme nous l'avons vu dans les exemples 1 et 2 ci-dessus, la qualification commerciale ou privée d'intérêts passifs peut influencer directement le revenu imposable. Or, on cherchera en vain leur définition précise dans les documents préparatoires, les bulletins officiels ou les textes de loi définitifs. Cela pose donc un problème de taille auquel la pratique devra répondre.

La difficulté consistera principalement à: i) qualifier comme commerciaux des intérêts passifs non comptabilisés et ii) à ressortir des comptes commerciaux les intérêts privés comptabilisés. Le premier cas est décrit par les variantes B et C de l'exemple 2. Le deuxième cas pourra par exemple provenir de la comptabilisation d'une dette importante dans l'entreprise en contre-partie d'un solde total débiteur des comptes courant et capital de l'entrepreneur, ou en contre-partie d'un bien privé activé.

Divergence entre les répartitions intercantionales et selon la LIFD des intérêts passifs

En général, les répartitions intercantionales des intérêts passifs, et partant également souvent les répartitions intercommunales et internationales, sont réalisées pour les personnes physiques proportionnellement à la répartition géographique des actifs bruts. Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une répartition mais d'une étape dans le calcul de contrôle concernant la limite de l'article 33 LIFD de 50 000

francs, la LIFD attribuera d'abord l'entier des intérêts passifs commerciaux au lieu de l'exploitation («objektmässig»). Les deux systèmes divergent donc.

Une autre différence entre la répartition intercantonale et l'attribution de contrôle de la LIFD peut survenir lors de l'achat d'une société de personnes, dont l'associé est considéré comme indépendant. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière de répartition intercantonale exclut ces actifs et revenus de la répartition proportionnelle des dettes et intérêts globaux (Sondervermögen). La LIFD au contraire attribuera au lieu de l'exploitation les intérêts passifs découlant de l'achat d'une part de la société, selon le bilan fiscal.

Suivi des participations de plus de 20%

Des problèmes peuvent se poser lorsqu'un contribuable acquiert ou aliène par étapes sa participation. Les deux scénarios ci-dessous, basés sur l'exemple 3, le démontrent.

Supposons que le futur propriétaire de l'entreprise ait dû contracter un emprunt pour acquérir sa participation minoritaire de 10%: la nouvelle disposition de l'article 18 LIFD ne lui est d'aucun secours s'il dépasse déjà la limite de déduction des intérêts passifs instaurée à l'article 33 LIFD. Il détient en effet moins de 20% du capital. Lorsqu'il rachète le reste des actions, cette limite de 20% est franchie et l'option pour une déduction sans limite des intérêts devient possible: qu'advient-il des intérêts sur les premiers 10%? Peut-on qualifier ces premières actions de professionnelles, et donc également déduire les intérêts qui leur sont liés?

Supposons maintenant que notre entrepreneur ait racheté l'ensemble du capital et choisi l'option de la fortune commerciale pour cette tranche de 90% des actions. Il désire comme son prédécesseur faire participer l'un de ses collaborateurs au capital: il va pour cela lui aliéner 10% des actions. Comment qualifier les actions vendues? Correspondent-elles aux premiers 10%, donc privées et vendues

sans imposition, ou aux derniers 90%, donc commerciales avec un gain comptable imposable?

Rendement des participations d'au moins 20%

Si le contribuable, qui possède une participation d'au moins 20%, opte pour sa qualification professionnelle selon l'article 18 LIFD, il se pose alors la question de la qualification du revenu de ces titres. Doit-on les qualifier de revenu d'indépendant, en suivant la qualification de leur source, ou au contraire de revenu de la fortune mobilière privée? Peut-on les considérer comme étant des revenus d'indépendant uniquement pour la répartition des intérêts passifs commerciaux et privés, et comme revenus de la fortune privée pour ce qui est de leur imposition propre (exemple 3 variante B 2)?

3.4 Solutions possibles

Ventilation des intérêts passifs commerciaux et privés

Plusieurs principes sont potentiellement envisageables, séparément ou conjointement, pour distinguer les intérêts passifs commerciaux et privés:

- principe de la prépondérance;
- principes de la répartition proportionnelle, ou par objet ou selon la garantie de la dette;
- principe de la force probante de la comptabilité commerciale (Massgeblichkeitsprinzip);
- principe de l'utilisation économique des fonds.

Le principe de la prépondérance correspond à la méthode utilisée actuellement pour distinguer les actifs commerciaux de la fortune privée [17]. Elle attribuerait l'entier des intérêts passifs d'une dette en fonction de l'utilisation actuelle prépondérante de celle-ci. Cette attribution peut donc varier dans le temps.

La méthode de répartition proportionnelle se rencontre souvent dans les répartitions intercantionales (méthode fractionnaire indirecte). Selon cette méthode, les intérêts passifs sont répar-

tis proportionnellement à la localisation des actifs bruts. A l'opposé, la répartition par objet lie les intérêts passifs aux actifs qu'ils ont servi juridiquement à financer. Le lien peut découler de la forme du contrat de prêt ou des garanties fournies pour l'obtenir (garantie de la dette).

Le principe de la force probante de la comptabilité permet à l'entrepreneur, maître de son entreprise et responsable des comptes, de déterminer clairement quels sont les intérêts commerciaux. Ils seront comptabilisés et englobés dans les comptes annuels.

Finalement, le principe de l'utilisation économique des fonds considère que l'utilisation économique initiale des fonds empruntés détermine la qualification des intérêts qui leur sont liés. La qualification ne change pas jusqu'à l'amortissement de la dette. Chaque augmentation de la dette devra être qualifiée selon ce principe. Ce principe est souvent lié à celui de la répartition par objet.

Divergence entre les répartitions intercantionales et selon la LIFD des intérêts passifs

Cette divergence n'est pas à proprement parler un problème fiscal, mais elle compliquera la tâche des autorités de taxation et rendra plus difficile la compréhension de la taxation pour le contribuable touché par ces calculs. Deux alternatives sont possibles pour résoudre cette complication: la première consiste à accepter cette divergence, la deuxième serait d'adapter la jurisprudence à la nouvelle «répartition» selon la LIFD/LHID.

Suivi des participations de plus de 20%

Un triple choix est ici possible si le contribuable dépasse en deux étapes de la barre des 20% de participation et opte pour la qualification commerciale de la participation. Les alternatives sont: i) le refus de qualifier la participation initiale comme commerciale lors de l'achat subséquent (voire également la deuxième tranche si elle ne dépasse pas 20%); ii) l'obligation de qualifier l'entier de la participation en bloc

comme commerciale; iii) le libre choix laissé à l'entrepreneur concernant la qualification de la participation initiale de moins de 20%, étant entendu que la deuxième tranche sera qualifiée de commerciale.

Quant au suivi de la participation en cas d'aliénation, les méthodes comptables habituelles de gestion du stock sont possibles: LIFO, FIFO, valeur moyenne et autres.

l'angle de l'évasion fiscale [18]. Il est vrai que cela privilégiera la tenue de livres comprenant les intérêts passifs chez les indépendants; ce n'est en soi pas une mauvaise chose du point de vue économique.

En complément à ce premier principe, l'application de l'utilisation économique des fonds permet de fixer lors de la prise de dette, si nécessaire avec les autorités fiscales, quels seront les

«Il est apparu par la suite que la notion de prévoyance devait être circonscrite en ce sens que la conclusion d'assurances de capitaux à primes uniques ne devrait plus intervenir en franchise d'impôt une fois l'âge de la consommation de la prévoyance atteinte.»

Rendement des participations de plus de 20%

Les choix portent ici sur: i) la qualification que l'on donne au rendement de la participation pour la «répartition» des intérêts passifs, soit privée (exemple 3, variante B 1) soit commerciale (exemple 3, variante B 2); ii) la qualification que l'on donne au rendement de la participation pour son imposition propre, soit revenu de fortune mobilière privée (art. 20 LIFD) soit revenu d'activité indépendante (art. 18 LIFD).

3.5 Solutions proposées

Séparation des intérêts passifs commerciaux et privés

Nous proposons l'utilisation du principe de la force probante de la comptabilité commerciale pour ce qui est des intérêts comptabilisés, et celui de l'utilisation économique des fonds pour les intérêts non comptabilisés, basée sur le bilan fiscal.

Le premier principe a le grand mérite de la praticabilité lors de la procédure de la taxation, voire de litige. D'éventuels abus pourront être traités sous

intérêts commerciaux ou privés [19]. Dans un cas classique comme l'exemple 2 variante B ci-dessus, cela permet dans tous les cas de figure la déduction intégrale des intérêts passifs commerciaux. Le bilan fiscal, qui est de toute façon établi, indique clairement l'utilisation des fonds.

Le principe de la prépondérance ne nous semble pas indiqué pour la répartition des intérêts passifs. Il s'agirait de qualifier l'utilisation des fonds empruntés en contrôlant si leur utilisation est principalement commerciale ou privée. En cas d'utilisation mixte d'un prêt, une qualification unique, privée ou commerciale, est précisément en contradiction avec l'idée de la modification législative. La lacune à combler pourrait être recréée, l'entier des intérêts commerciaux ne pouvant être déduit selon les cas. Il faut aussi signaler la difficulté pour les autorités de taxation qui consistera à effectuer cette qualification lors de chaque période fiscale.

La répartition proportionnelle des intérêts passifs conformément aux répartitions intercantionales comporte le même inconvénient qu'une répartition selon la méthode de la prépondérance. En effet, si le contribuable possède

d'autres actifs privés que son entreprise, une partie des intérêts sur la dette qu'il a spécialement contractée pour l'investissement commercial en question pourra être, par le jeu de la répartition proportionnelle, qualifiée de privée. Sa déduction sera donc peut-être limitée en fonction du reste de sa situation personnelle.

La méthode consistant à contrôler les garanties données en contrepartie de la dette commerciale nous semble également inadéquate. Elle mettrait une barrière inutile à la mise en garantie d'un bien mobilier ou immobilier clairement privé à disposition d'un prêt utilisé commercialement, en empêchant la qualification commerciale des intérêts

du prêt. Nous laisserons ici de côté la problématique concernant la qualification commerciale de biens clairement privés mis en gage pour des dettes commerciales [20], qui peut être un frein supplémentaire à l'investissement.

Divergence entre les répartitions intercantionales et selon la LIFD des intérêts passifs

Si la divergence de traitement des intérêts passifs perdure, on peut se poser la question d'une modification de la jurisprudence en matière de répartitions intercantionales. Il serait plus aisé et logique dans le système instauré par le programme de stabilisation de répartir d'abord les intérêts commerciaux, et donc partant aussi les dettes, à l'endroit où se trouvent les actifs financés en suivant la «répartition» LIFD. Les intérêts privés seraient ensuite répartis proportionnellement aux actifs bruts privés.

Quant au traitement des sociétés de personnes, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qui exclut ces actifs et revenus de la répartition proportionnelle des dettes et intérêts globaux garde en grande partie sa justification. Il s'agit en effet de limiter le nombre de niveaux dans lesquels il faut extraire de la comptabilité les intérêts et les dettes pour permettre une répartition. Il ne s'agit donc pas de répartir les intérêts et dettes comptabilisés dans l'entreprise. Par contre, et en reprenant le raisonnement du paragraphe précédent, il semblerait logique d'inclure le solde net selon bilan fiscal des SNC et SC dans les répartitions intercantionales, et d'imputer les intérêts commerciaux y relatifs en suivant la «répartition» LIFD.

Suivi des participations de plus de 20%

Le libre choix du contribuable, soit l'option iii), nous semble correspondre tant à un esprit de simplification de la taxation qu'à la volonté du législateur de permettre la déduction intégrale des intérêts passifs commerciaux.

En cas d'aliénation d'une partie de la participation qualifiée de mixte, le libre choix du contribuable comporte ici également les mêmes avantages. Il ne serait toutefois pas choquant que les

Tableau 6

Assurances de capitaux à primes uniques

LIFD

Art. 20, 1^{er} al., let. a (droit en vigueur)

¹ Est imposable le rendement de la fortune mobilière, en particulier:
a. Les intérêts d'avoirs, y compris les rendements versés, en cas de vie ou de rachat d'assurances de capitaux susceptibles de rachat et acquittées au moyen d'une prime unique, sauf si ces assurances de capitaux servent à la prévoyance. Est réputé servir à la prévoyance le paiement de la prestation d'assurance à compter du moment où l'assuré a accompli sa 60^e année et en fonction d'un rapport contractuel qui a duré au moins cinq ans. Dans ce cas, la prestation est exonérée;

Art. 20, 1^{er} al., let. a (texte du message)

¹ Est imposable le rendement de la fortune mobilière, en particulier:
a. ...
Est réputé servir à la prévoyance le paiement de la prestation d'assurance à compter du moment où l'assuré a accompli sa 60^e année, en vertu d'un rapport contractuel qui a duré au moins dix ans et qui a été conclu avant l'accomplissement de la 60^e année. Dans ce cas, la prestation est exonérée;

Art. 20, 1^{er} al., let. a (texte selon la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998)

¹ Est imposable le rendement de la fortune mobilière, en particulier:
a. ...
La prestation d'assurance est réputée servir à la prévoyance lorsqu'elle est versée à un assuré de 60 ans révolus en vertu d'un contrat qui a duré au moins cinq ans et qui a été conclu avant le 66^e anniversaire de ce dernier. Dans ce cas, la prestation est exonérée;

Art. 205a, al. 2 – nouveau

² Les rendements des assurances visées à l'art. 20, al. 1, let. a, qui ont été conclues entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 1998, demeurent exonérés si, lorsque l'assuré touche la prestation, le contrat a duré au moins cinq ans et que l'assuré a 60 ans révolus.

LHID

Art. 7, al. 1^{er} – nouveau (texte selon la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998)

Le texte correspond à celui de la LIFD.

Art. 72b – nouveau

¹ Les cantons adapteront leur législation cantonale aux modifications des articles 7, al. 1^{er}, ..., pour l'entrée en vigueur de ces modifications.

Art. 78a – nouveau

L'art. 7, al. 1^{er}, s'applique aux assurances de capitaux acquittées au moyen d'une prime unique et conclues après le 31 décembre 1998.

autorités fiscales réglementent les calculs lors d'aliénations partielles selon les méthodes habituelles de gestion de stock. On se rappellera, par analogie, le chiffre 3.3.2 de la circulaire AFC numéro 9 du 9 juillet 1998 concernant la réduction pour participations.

Rendement des participations de plus de 20%

Il faut bien avouer que la modification de l'article 18 al. 2 LIFD pose des problèmes de systématique concernant l'activité indépendante liée à cette participation. La volonté du législateur était d'imposer au titre du revenu de l'indépendant uniquement le gain réa-

lisé sur la vente d'une participation choisie comme commerciale. Seuls les mouvements de la participation elle-même devaient engendrer un revenu ou une perte d'indépendant. Or l'attribution de la participation à la fortune commerciale permet d'un côté l'application des articles 27 à 32 LIFD concernant les indépendants, mais semble d'un autre côté qualifier les dividendes reçus de cette participation comme revenu tiré d'une activité indépendante, soumis à l'AVS. Pourra-t-on, dans le futur, qualifier sa participation de commerciale mais le dividende qui lui est lié de privé? La question reste ouverte, mais il semble raisonnable qu'il faille, quelle que soit la réponse, lier la quali-

fication des intérêts passifs avec la qualification concernant l'imposition du dividende, afin de simplifier la taxation.

3.6 Conclusion

Un nouveau système, semblable aux «baskets» américains ou aux revenus catégoriels allemands, verra le jour pour ce qui est des intérêts passifs. L'objectif du législateur, qui était de ne pas limiter la déduction des intérêts commerciaux, est atteint. On pourra pourtant regretter que cette modification importante du système fiscal n'ait pas pu être soupesée et commentée plus amplement avant son adoption, pour permettre son application de manière simple et pratique.

Quant à la qualification commerciale optionnelle des participations d'au moins 20 %, on a vu dans les exemples chiffrés qu'elle ne s'adresse qu'à des cas où les montants en jeu sont relativement importants. Devait-on dès lors légiférer pour ces cas particuliers, alors qu'en règle générale les repreneurs de telles entreprises ont les moyens et l'habitude de faire appel à des conseillers fiscaux? Ces derniers n'auraient pas manqué de proposer les deux autres alternatives mentionnées dans les débats des chambres fédérales. Ces alternatives, soit la création d'une société simple ou d'une société holding détenant les titres, permettent la déduction des intérêts passifs en question [21]. La modification légale ne semble dès lors pas pleinement justifiée au regard de la complexité qu'elle apporte au système fiscal.

4. Assurances de capitaux à primes uniques

(cf. *tableau 6*)

4.1 LIFD

Suite à l'introduction de la LIFD, les rendements provenant d'assurances de capitaux susceptibles de rachat acquittées au moyen d'une prime unique [22] sont imposés, sauf si l'assurance sert à la prévoyance (art. 20, 1^{er} al., let. a LIFD). La matière imposable est constituée par la différence entre la prime

Tableau 7

Revenus provenant de rentes viagères

LIFD

Art. 22, al. 3 (droit en vigueur)

³ Les revenus provenant de rentes viagères et les autres revenus périodiques provenant de droits d'habitation, d'usufruits ou de contrats d'entretien viager sont imposables à raison de 60 pour cent si les prestations sur lesquelles se fonde la prétention ont été fournies exclusivement par le contribuable. Sont assimilées aux prestations du contribuable les prestations de ses proches; il en est de même des prestations de tiers si le contribuable a acquis sa prétention par dévolution d'héritage, legs ou donation.

Art. 22, al. 3 (texte du message)

³ Les rentes viagères et les revenus provenant de contrats d'entretien viager sont imposables à raison de 40 pour cent.

Art. 22, al. 3 (texte selon la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998)

Le texte correspond à celui du message.

Art. 33, 1^{er} al., let. b (droit en vigueur)

¹ Sont déduits du revenu:

- b. Les rentes et les charges durables; le débirentier qui a obtenu une contre-prestation ne peut déduire ses prestations que lorsque le total des rentes versées excède la valeur de la contre-prestation;

Art. 33, 1^{er} al., let. b (texte du message)

¹ Sont déduits du revenu:

- b. Les charges durables et 40 pour cent des rentes viagères versées par le débirentier;

Art. 33, 1^{er} al., let. b 3 (texte selon la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998)

Le texte correspond à celui du message.

LHID

Les textes correspondent à ceux de la LIFD.

Art. 72b – nouveau (texte selon la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998)

¹ Les cantons adapteront leur législation cantonale aux modifications des articles ... 7, al. 2 ; 9, al. 2, let. b ... , pour l'entrée en vigueur de ces modifications.

unique et la somme versée à la fin du rapport contractuel.

Dans un système d'imposition du revenu total (art. 16 1^{er} al. LIFD), l'exonération de tels revenus ne trouve aucun fondement, l'épargnant et l'assuré devant être mis sur un pied d'égalité. La loi réserve expressément le cas de la prévoyance.

Un cas de prévoyance est réalisé, d'après le droit actuel, entre autres lorsque cumulativement:

- la prestation d'assurance est versée à un assuré de 60 ans révolus
- le rapport contractuel a duré au moins cinq ans.

Dans ce cas, la prestation est exonérée.

Il est apparu par la suite que la notion de prévoyance devait être circonscrite en ce sens que la conclusion d'assurances de capitaux à primes uniques ne devrait plus intervenir en franchise d'impôt une fois l'âge de la consommation de la prévoyance atteint. En effet, la conclusion de ce type d'assurances à 70 ou 80 ans ne sert plus un but de prévoyance. C'est dans cette optique que le message concernant le programme de stabilisation 1998 a modifié la disposition de la LIFD.

Ainsi, pour les contrats conclus dès le 1^{er} janvier 1999, la prestation d'assurance est réputée servir à la prévoyance lorsque cumulativement:

- elle est versée à un assuré de 60 ans révolus
- en vertu d'un contrat qui a duré au moins cinq ans
- qui a été conclu avant le 66^e anniversaire de l'assuré.

Pour les contrats conclus entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 1998, la prestation d'assurance est réputée servir à la prévoyance (art. 205a, al. 2 LIFD) lorsque cumulativement:

- elle est versée à un assuré de 60 ans révolus
- en vertu d'un contrat qui a duré au moins cinq ans.

Pour les contrats conclus avant le 1^{er} janvier 1994, la prestation d'assu-

rance est réputée servir à la prévoyance (art. 205a, al. 1 LIFD) lorsque:

- elle est versée à un assuré de 60 ans révolus
ou
- en vertu d'un contrat qui a duré au moins cinq ans.

4.2 LHID

La LHID ne connaît à ce jour pas de dispositions analogues à celles de la LIFD en matière d'imposition des rendements provenant d'assurances de capitaux acquittées au moyen d'une prime unique.

Le programme de stabilisation instaure un nouvel article 7, al. 1^{er}, identique au texte de la LIFD. L'adaptation des dispositions cantonales est obligatoire. Elle doit en principe entrer en vigueur sans délai transitoire supplémentaire pour les cantons, à savoir au 1^{er} janvier 2001.

per une partie [24]. L'usufruit peut être établi sur des meubles, des immeubles, des droits ou un patrimoine. Il confère à l'usufruitier un droit de jouissance complet sur la chose [25].

D'après le droit actuel, les prestations provenant de rentes viagères, droits d'habitation et usufruits, acquises à titre onéreux sont imposables à 60%. Tel est le cas, lorsque le contribuable a fourni exclusivement les prestations sur lesquelles se fondent les prétentions (p.ex. en cas de conclusion d'une assurance de rentes viagères). Les prestations de proches sont assimilées à des prestations du contribuable. Il en est de même des prestations de tiers si le contribuable a acquis sa prétention par succession, legs ou donation. Les prestations provenant de prétentions acquises à titre gratuit sont imposables à 100%.

L'impôt sur le revenu ne doit pas frapper le capital qui est à la source du revenu, mais seulement ce dernier. En imposant 60% des rentes viagères, le

«Les modifications législatives sont inspirées dans une large mesure des dispositions fiscales genevoises en la matière (art. 21 lit. e LCP).»

L'article 7, al. 1^{er} LHID s'applique aux assurances conclues après le 31 décembre 1998. Les cantons connaissant pour l'heure l'imposition de tels revenus devront introduire des dispositions transitoires à l'instar de la LIFD.

5. Revenus provenant de rentes viagères, droits d'habitation et usufruits

(cf. *tableau 7*)

Le contrat de rente viagère est le contrat par lequel une personne s'oblige à faire à une autre des prestations fixes, à intervalles réguliers, jusqu'au décès du créancier ou d'une autre personne [23]. Le droit d'habitation est le droit de demeurer dans une maison ou d'en occu-

légitimeur soumet une part du remboursement du capital à l'impôt. En effet, la part des intérêts (en principe seuls imposables) compris dans la rente correspond rarement, compte tenu de l'espérance de vie moyenne du bénéficiaire, à un taux de 60% [26]. C'est ainsi que la nouvelle disposition abaisse ce taux à 40% sans faire une distinction entre les prestations acquises à titre onéreux ou gratuit.

En ce qui concerne les autres revenus touchés par cette disposition, le message précise: «Etant donné qu'à présent, l'imposition des revenus des droits d'habitation, des droits de jouissance et des gages est réglée dans la même disposition à côté de l'imposition des rentes, ce qui pose d'importants problèmes d'interprétation et de

délimitation, il faut également trouver une réglementation judiciaire pour ces revenus». Cette nouvelle réglementation *judiciaire* consiste en une imposition à 100% des revenus dans tous les cas de figure (prestations acquises à titre onéreux ou gratuit).

En résumé, les conditions d'imposition des rentes viagères ont été assouplies, tandis que les autres revenus se voient imposer plus lourdement.

Au sujet des déductions, l'article 33, al. 1, let. b a été aligné sur les dispositions régissant l'imposition des rentes viagères. Ainsi, le système de la pleine déductibilité des rentes, différée au moment où les versements excèdent la valeur de la contre-prestation, a cédé le pas à une déduction immédiate proportionnelle. Le débirentier réduit par conséquent son revenu imposable du 40% de chaque rente versée. Pour les contrats débutés sous l'égide de l'ancien droit, le législateur n'a pas prévu de droit transitoire. Le traitement des dettes de rentes appartenant à la fortune commerciale du contribuable ne subit pas de modifications.

Les dispositions de la LHID ont été modifiées dans le même sens. L'adaptation des législations cantonales est obligatoire.

6. Mesures touchant la fiscalité de la prévoyance professionnelle [27]

6.1 Introduction

S'agissant de la prévoyance professionnelle, le projet de loi présenté par le Conseil fédéral dans le cadre du message [28], prévoyait les mesures suivantes:

1. Article 38 al. 2 LIFD: imposition séparée des prestations en capital provenant de la prévoyance au taux de 1/2 des taux ordinaires, et au minimum de 2%, en lieu et place de 1/5 des taux ordinaires;
2. Article 79a LPP: application des mesures ci-dessous y compris dans les

cas où l'institution de prévoyance n'est pas inscrite au registre de la prévoyance professionnelle;

3. Article 79b LPP: limitation du salaire assurable dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire et subrogatoire à 4 fois le maximum du salaire coordonné selon la LPP, lequel se monte actuellement à 72360 francs. Le salaire maximum assurable s'élèverait donc à 289440 francs;
4. Article 79c LPP: limitation des prestations obligatoires et subrogatoires de la prévoyance à 70% du revenu assurable, soit une limitation des prestations à 202608 francs;
5. Article 79d LPP: limitation du rachat des prestations réglementaires au tiers du maximum du salaire coordonné selon la LPP multiplié par le nombre d'années depuis l'entrée

En novembre 1998, la commission spéciale du programme de stabilisation du Conseil national présidée par le député Yves Christen a proposé de renoncer à l'ensemble des mesures mentionnées ci-dessus, à l'exception des mesures 5 à 7. Cette décision était fondée sur le fait que la politique des trois piliers ne devait pas être remise en cause par de trop fréquents changements du régime fiscal, ce qui pourrait mettre en danger la sécurité des épargnants [29].

Il ne faut toutefois pas en conclure que le danger de voir réapparaître des propositions de restriction massive des privilèges fiscaux jusqu'ici accordés à la prévoyance professionnelle est désormais écarté. En effet, le Conseil fédéral aurait, entre autres, à nouveau proposé de limiter le salaire assurable dans le

Tableau 8 L'article 79a LPP

Art. 79a Rachat

- 1 Le présent article s'applique à tous les rapports de prévoyance, que l'institution de prévoyance soit inscrite au registre de la prévoyance professionnelle ou non.
- 2 L'institution de prévoyance peut autoriser l'assuré à racheter les prestations réglementaires jusqu'à concurrence du montant supérieur fixé à l'article 8, al. 1, multiplié par le nombre d'années entre l'entrée dans l'institution et l'âge réglementaire de la retraite.
- 3 Le rachat autorisé en vertu de l'al. 2 correspondant à la différence entre la prestation d'entrée nécessaire à la prestation d'entrée disponible.
- 4 L'al. 2 s'applique:
 - a. au rachat effectué lors de l'entrée de l'assuré dans l'institution de prévoyance;
 - b. au rachat des prestations réglementaires effectuées ultérieurement.
- 5 Les rachats effectués en cas de divorce en vertu de l'article 22 al. 3, de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage ne sont pas soumis à l'alinéa 2.

dans l'institution de prévoyance jusqu'à l'âge normal de la retraite;

6. Article 4 al. 2 bis LFLP: obligation pour l'institution de libre passage de verser le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance de l'affilié. Obligation à l'assuré d'informer l'institution de libre passage et la nouvelle institution de prévoyance;
7. Article 11 al. 2 LFLP: Faculté pour l'institution de prévoyance de réclamer la prestation de sortie provenant du rapport de prévoyance antérieur ainsi que le capital de prévoyance provenant d'une autre forme admise de prévoyance.

prévoyance professionnelle dans le cadre du projet de première révision de la LPP [30].

Le projet «reficelé» de la commission spéciale a été adopté par les chambres sans modification importante, à l'exception de l'adoption de la motion Spoerry, que nous aborderons ci-dessous.

6.2 La limitation du rachat des prestations réglementaires (article 79a LPP)

Le rachat des prestations réglementaires de prévoyance professionnelle est

une contribution extraordinaire de l'assuré, prévue par les statuts ou le règlement de l'institution de prévoyance, ayant un caractère irrégulier, exceptionnel, conditionnel et généralement volontaire. Les rachats permettent de compléter un déficit dans les prestations de vieillesse futures de l'assuré du par exemple à des années d'assurance passées non accomplies, à une augmentation de salaire, à une amélioration du plan de prévoyance ou à l'annonce de la retraite anticipée.

De façon simplifiée, le montant maximum du rachat possible est déterminé par la différence entre l'avoir-vieillesse existant au moment du calcul avec l'avoir-vieillesse maximal possible selon le plan de prévoyance à la date du calcul. Le montant du rachat peut donc être très important pour les personnes assurées tardivement à la LPP (p. ex. expatriés étrangers détachés en Suisse) et pour celles ayant obtenu une importante augmentation de salaire au cours de leur carrière.

Sur le plan fiscal, les différentes lois en vigueur ne font aucune distinction entre la déductibilité des contributions extraordinaires et ordinaires. La déductibilité de contributions de rachat est donc prévue dans le cadre général des articles 34^{quater} al. 5 Cst, 81 al. 2 LPP, 33 al. 1 lit. d LIFD et 9 al. 2 lit. d LHID.

La pratique des différentes autorités fiscales a toutefois soumis à des conditions plus restrictives la déductibilité des contributions de rachat. Rédigée par la Présidente de la commission LPP de la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat, la circulaire n° 36 de l'Administration cantonale des impôts du canton de Vaud exprime l'opinion de la majorité des autorités fiscales cantonales en la matière. Selon la page 5 de cette circulaire, «le montant du rachat autorisé ne saurait conduire à une rente de retraite (ou sa valeur capitalisée) supérieure à celle que l'assuré obtiendrait en cotisant depuis l'âge de 25 ans (art. 7, al. 1 LPP), sur la base du dernier salaire déterminant». On déduit de ce principe d'une part que le rachat est toujours calculé par rapport au salaire assuré au moment du calcul et, d'autre part, que le rachat destiné à combler

un déficit de prévoyance issu d'hypothétiques augmentations futures de salaires n'est pas admissible.

La loi fédérale sur le programme de stabilisation 98 a introduit dans la LPP une limitation importante au montant du rachat maximum. Quand bien même cette mesure n'a été reprise ni par la LIFD ni par la LHID, elle aura un effet fiscal direct dès lors qu'un rachat qui excède le montant autorisé par la LPP ne saurait être admis fiscalement (cf. [tableau 8](#)).

6.2.1 Champ d'application de la mesure

Selon l'alinéa 1 de l'article 79a LPP, la mesure de limitation du rachat de prestations réglementaires s'applique à tous les rapports de prévoyance, que les institutions de prévoyance soient inscrites au registre de la prévoyance professionnelle ou non. Cela signifie que les rapports de prévoyance qui vont au-delà de la prévoyance obligatoire tombent également sous le coup de cette nouvelle disposition [\[31\]](#).

6.2.2 Mécanisme du calcul de la limitation du rachat

L'article 79a al. 2 et al. 3 LPP, prévoit une *double limitation* dans le montant du rachat, celui-ci correspondant à la *plus petite* des deux limites suivantes:

6.2.2.1 Limite par rapport au *passé* (79a al. 3 LPP)

Selon l'alinéa 3 de l'article 79a LPP, le rachat ne peut être supérieur à la différence entre la prestation d'entrée nécessaire (selon le plan de prévoyance et les principes d'adéquation, de collectivité, etc.) et la prestation d'entrée disponible. Il s'agit donc de la limite «classique» du rachat telle que décrite au chiffre 6.2 ci-dessus. Cette limite existait déjà à l'article 9 de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP). Elle n'apporte donc rien de nouveau.

6.2.2.2 Limite par rapport au *futur* (79a al. 2 LPP):

Selon l'alinéa 2 de l'article 79a LPP, le montant du rachat ne peut pas dépasser

72 360 francs multiplié par le nombre d'années entre l'entrée dans l'institution et l'âge réglementaire de la retraite. Le montant de 72 360 francs correspond au montant-limite supérieur prévu à l'article 8 al. 1 LPP pour le calcul du salaire coordonné minimum. Ce montant est adapté tous les 2 ans.

L'idée de cette disposition est d'empêcher des situations abusives [\[32\]](#) telles qu'un rachat important par un assuré de 63 ans, 2 ans avant la retraite. Selon le message du Conseil fédéral [\[33\]](#), il ne devrait plus être possible en effet d'utiliser la prévoyance professionnelle, surtout à un âge avancé, pour placer un capital à des conditions privilégiées.

Cette disposition ne doit pas être comprise, comme on a pu le lire dans la presse, comme limitant le rachat autorisé à 72 360 francs par an. Un assuré qui entre dans une caisse à 55 ans peut très bien racheter en une seule fois 10 x 72 360 francs.

Point de départ du nombre d'années à multiplier par 72360 francs

Le point de départ du nombre d'années jusqu'à la retraite (à multiplier par 72 360 francs) correspond, selon l'article 79a al. 2 LPP, au moment de l'entrée dans l'institution. A notre avis, cette disposition doit être interprétée à la lumière des principes généraux applicables au rachat. Comme mentionné au chiffre 6.2 ci-dessus, un de ces principes généraux veut que le montant du rachat soit toujours calculé par rapport au jour où le rachat est décidé. Ainsi, il faut comprendre que le point de départ de l'entrée dans l'institution n'est valable que pour les cas traditionnels de rachats prévus à l'article 9 LFLP, soit les rachats lors de l'entrée dans une institution de prévoyance.

Pour les rachats ultérieurs, le point de départ du nombre d'années jusqu'à la retraite n'est pas la date de l'entrée dans l'institution, mais bien celle de la date effective de la décision de rachat. Ainsi, si l'assuré décide de racheter les prestations manquantes seulement quelques années après son admission

dans l'institution de prévoyance, c'est ce moment qui tiendra lieu de début pour déterminer le nombre d'années à multiplier par 72 360 francs [34].

A notre avis, c'est la notification de la décision de rachat à l'institution de prévoyance et non la date du paiement effectif qui devrait faire partir le délai. Par exemple, si lors de l'entrée dans une institution de prévoyance, un assuré a le droit d'effectuer un rachat d'un montant de 800 000 francs et qu'il notifie à l'institution de prévoyance son engagement, au sens de l'article 6 al. 1 LFLP, de racheter ledit montant en annuités de 100 000 francs chacune, la déductibilité de chacune de ces annuités devra à notre avis être acceptée une fois pour toutes sans qu'il soit nécessaire d'effectuer ultérieurement et pour chaque annuité le calcul de contrôle selon l'article 79a al. 2 LPP. L'assuré aura donc intérêt à prendre les devants et ne pas attendre d'avoir 60 ans pour commencer à effectuer des rachats.

Détermination de la dernière année à multiplier par 72360 francs

Selon l'article 79a al. 2 LPP, cette dernière année est celle durant laquelle l'assuré atteint l'âge réglementaire de la retraite. Faut-il entendre par âge réglementaire:

- l'âge ordinaire de la retraite AVS? Cet âge correspond à 65 ans pour les hommes, à 62 ans pour les femmes nées en 1938 ou avant, 63 ans pour les femmes nées en 1939, 1940 et 1941, et 64 ans pour les femmes nées en 1942 ou ultérieurement. Une retraite anticipée est possible jusqu'à un maximum de deux ans avant l'âge ordinaire de la retraite. Un ajournement de la retraite est possible jusqu'à un maximum de 5 ans après l'âge ordinaire de la retraite;
- l'âge ordinaire de la retraite pour le 2^{ème} pilier? Selon l'article 13 al. 1 LPP, cet âge correspond à 65 ans pour les hommes et à 62 ans pour les femmes. Selon l'alinéa 2 de cette même disposition, le règlement de l'institution de prévoyance peut prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'ac-

tivité lucrative prend fin. En d'autres termes, les institutions de prévoyance sont libres de fixer l'âge ordinaire de la retraite. Ainsi, certaines caisses de pension ont fixé dans leur règlement une limite d'âge différente pour l'ensemble des salariés, par exemple à 62 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes [35]. Il est aussi possible de fixer l'âge ordinaire de la retraite pour tous les employés à 70 ans;

- l'âge de la retraite anticipée/ajournée pour le 2^e pilier? L'institution de

un simple changement du règlement de fixer cet âge ordinaire de la retraite à 70 ans pour bénéficier d'une limite de rachat supérieure. Cette solution présenterait en outre l'inconvénient d'être difficilement praticable pour les autorités fiscales dès lors que, dans chaque cas de rachat, elles devraient obtenir du contribuable un exemplaire du ou des règlements;

- l'âge de la retraite anticipée ou ajournée selon le règlement doit également être rejeté. Outre le fait

«Si la déduction des intérêts passifs privés a été limitée, tel n'est pas le cas des intérêts passifs commerciaux.»

prévoyance est totalement libre quant à la fixation de l'âge minimal pour la retraite anticipée ou l'âge maximal pour l'ajournement de la retraite. En pratique toutefois, l'âge minimal pour la retraite anticipée est fixé dans une fourchette de 55 à 60 ans et l'âge maximal pour un ajournement de retraite est généralement arrêté à 70 ans.

A notre avis, l'âge réglementaire de la retraite à prendre en compte dans le cadre de la limite de l'article 79a al. 2 LPP pour la détermination du nombre d'année à multiplier par 72'360 francs doit être celui de *l'âge légal de la retraite selon l'article 13 al. 1 LPP, à savoir 65 ans pour les hommes et 62 ans pour les femmes*. Toute autre interprétation conduirait à des résultats choquants et ne serait pas praticable pour les autorités fiscales. En effet:

- l'âge ordinaire de la retraite AVS est différent pour les femmes selon leur année de naissance, pour des motifs propres à l'AVS. Il n'est dès lors pas approprié de reporter cette différenciation pour le 2^e pilier;
- l'âge ordinaire réglementaire de la retraite selon le 2^e pilier n'est pas non plus adéquat. En effet, il suffirait par

que cette solution présenterait les mêmes problèmes de praticabilité pour les autorités fiscales que ceux décrits ci-dessus, elle irait à l'encontre de la nécessité pour l'assuré qui souhaite prendre une retraite anticipée de préfinancer les années manquantes de cotisation entre l'âge de la retraite anticipée et l'âge ordinaire de la retraite.

Le Tribunal fédéral a déjà tranché une question identique dans le cadre de l'article 156 AIFD. Cette disposition, qui a été reprise mot à mot pour l'article 205 LIFD, les contributions de rachat sont déductibles pour autant que les prestations de vieillesse commencent à courir ou deviennent exigibles après le 31 décembre 2001. Dans un arrêt du 28 septembre 1990 [36], le Tribunal fédéral a relevé que la date à partir de laquelle la rente ordinaire de l'AVS est servie n'est pas déterminante à cet égard. Le Tribunal fédéral a relevé en outre que l'on ne saurait accorder une importance au fait que le règlement prévoit la possibilité de prendre une retraite anticipée assortie d'une réduction des prestations de vieillesse. L'application de ce même principe conduit à écarter la prise en compte de l'âge de la retraite anticipée dans le cadre de l'article 79a al. 2 LPP.

6.2.3 Rachats effectués en cas de divorce

Selon l'article 22 al. 1 LFLP, en cas de divorce, le tribunal peut décider qu'une partie de la prestation de sortie acquise par un conjoint pendant la durée du mariage sera transférée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint et imputée sur les prestations de divorce destinées à garantir la prévoyance.

Selon le nouvel article 122 du Code Civil, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2000 dans le cadre du nouveau droit du divorce, lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la LFLP. Avec effet également au 1^{er} janvier 2000, l'article 22 LFLP sera remplacé par les articles 22a à 22c LFLP.

Tant le droit actuel (article 22 al. 3 LFLP) que le droit futur (article 22c LFLP) prévoient que l'institution de prévoyance doit accorder au conjoint débiteur la possibilité de racheter la prestation de sortie transférée.

Partant du principe qu'il serait injuste d'appliquer la nouvelle disposition anti-abus de l'article 79a al. 2 LPP visant à limiter le rachat par rapport au futur, la députée au Conseil des Etats Vreni Spoerry a proposé une motion sur ce point qui a été acceptée de justesse. Dès lors, un alinéa 5 a été introduit à l'article 79a LPP qui prévoit que l'article 79 al. 2 n'est pas applicable aux rachats effectués en cas de divorce en vertu de l'article 22 al. 3 LFLP. D'un point de vue pratique, les rachats effectués après le divorce sont toujours soumis au calcul de contrôle de l'article 79a al. 2 LPP, mais le montant de la prestation de sortie transférée est simplement rajouté au résultat de calcul de cette dernière disposition.

L'article 22 al. 3 LFLP étant remplacé par l'article 22c LFLP avec effet au 1^{er} janvier 2000, il va de soi que l'exception de l'article 79a al. 5 LPP sera applicable également aux rachats effec-

tués en cas de divorce dans le cadre de la nouvelle loi sur le divorce.

6.2.4 Conclusion

Le mécanisme du nouvel article 79a LPP limite de façon importante la faculté pour un assuré de combler des lacunes de prévoyance au moyen du rachat d'années d'assurance:

- un assuré *jeune* pourra racheter un montant important selon la limite par rapport au futur (car il a devant lui un grand nombre d'années jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite), mais un montant réduit par rapport au passé (car il n'a qu'une faible lacune de prévoyance à combler). Il ne pourra donc racheter qu'un montant réduit;
- un assuré *âgé* pourra racheter un montant réduit selon la limite par rapport au futur, mais un montant important par rapport au passé (comblement des lacunes de prévoyance dues à des années manquantes de cotisation ou des augmentations de salaire). Il ne pourra donc racheter qu'un montant réduit.

L'âge permettant un rachat optimum sera donc généralement situé dans la période de 45 à 50 ans. Cet âge optimum dépendra en outre du montant du salaire assuré, de celui des cotisations, de l'ampleur des augmentations de salaires au cours de la carrière ainsi que du nombre d'années manquantes de cotisation (séjours à l'étranger, etc.). Un calcul précis devra être effectué dans chaque cas.

Comme il est hautement vraisemblable que la modification entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2001, l'assuré au dessus de cet âge optimum aura donc intérêt à procéder en 1999 ou en 2000 au montant maximum de rachat possible selon le plan de prévoyance et les limites fiscalement admises dans le canton de son domicile.

La nouvelle limite introduite par le nouvel article 79a al. 2 LPP est critiquable à de nombreux égards:

- la limitation entraîne une inégalité de traitement qui a été relevée pendant les débats par le député Anton Cot-

Urs Ursprung, nouveau directeur de l'Administration fédérale des contributions



Urs Ursprung

Le Conseil fédéral a désigné Urs Ursprung, 50 ans, membre de la direction de la Centrale électrique de Laufenburg – qui dépend du groupe Watt – en tant que nouveau directeur de l'Administration fédérale des contributions (AFC). Succédant à Dieter Metzger, qui a pris sa retraite à fin juin, M. Ursprung prendra ses fonctions le 1^{er} mars 2000. L'intérim sera assumé d'ici-là par le directeur adjoint Samuel Tanner.

M. Ursprung a étudié le droit aux Universités de Lausanne et Bâle et a obtenu en 1975 le brevet argovien d'avocat. De 1976 à 1983, il a dirigé le service juridique de l'Office des contributions du canton d'Argovie, office dont il a assumé la direction de 1983 à 1989. Depuis 1990, il est l'un des deux membres de la direction de la Centrale électrique de Laufenburg. Dans cette fonction, il a assumé la responsabilité de la conduite d'une entreprise réalisant un chiffre d'affaires de 500 millions de francs et employant 500 collaborateurs. M. Ursprung a notamment dirigé le secteur commercial des sociétés en Suisse et en Allemagne, les préparatifs en vue de la libéralisation des marchés, les questions de concessions ainsi que les questions en relation avec la planification et la réalisation de nouvelles orientations stratégiques.

L'Administration fédérale des contributions (AFC), avec ses quelque 1000 collaboratrices et collaborateurs, est responsable de la conception, de l'élaboration et de la mise en oeuvre du droit fiscal fédéral: taxe sur la valeur ajoutée, impôt fédéral direct, impôt anticipé, droits de timbre et taxe d'exemption de l'obligation de servir. La négociation des conventions de double imposition avec d'autres Etats est aussi de son ressort. L'AFC procure une grande partie des recettes fédérales et veille à une application uniforme et intégrale de la législation fiscale fédérale.

Toutes nos félicitations!

tier. Ce dernier a déposé une motion, refusée, selon laquelle doivent être exemptés de la limitation selon l'alinéa 2 les rachats de prestations d'entrée lors de changement d'emploi [37]. En effet, en cas d'entrée dans une institution de prévoyance, un rachat plus ou moins important est souvent nécessaire afin de permettre d'obtenir les prestations prévues par le règlement. De plus, les employés ne peuvent souvent pas choisir s'ils entendent ou non changer d'emploi. A notre époque, il est fréquent d'effectuer une partie de sa carrière professionnelle à l'étranger. Dans un tel cas, cette personne ne pourra pas racheter la totalité de ses années manquantes de cotisations pour la replacer dans la situation qui serait la sienne si elle n'avait jamais quitté la Suisse. Dès lors, le nouvel article 79a LPP pénalise la mobilité sur le marché du travail;

- le système des trois piliers en général et celui de la prévoyance professionnelle en particulier sont tellement complexes et étroitement imbriqués entre eux et avec d'autres lois qu'il est illusoire de penser pouvoir combler une lacune par des petites retouches sans mettre l'ensemble en danger. Ainsi, on peut regretter qu'il ait été légiféré de manière superficielle sur la limitation du rachat dans le cadre d'un programme de stabilisation alors que ce sujet aurait dû être étudié de manière approfondie dans le cadre de la première révision de la LPP.

Notes

- 1 Sur le principe, les frais sont déductibles pour autant qu'ils constituent un coût nécessaire et directement lié à l'acquisition d'un revenu imposable. Toutefois, le système fiscal suisse admet par ailleurs la déduction de certains frais, dont font partie les intérêts passifs, sans que ceux-ci soient nécessairement en relation directe avec l'acquisition d'un revenu – imposable ou pas –, au motif qu'ils diminuent effectivement la capacité contributive de l'assujéti (Höhn, Grundriss des Steuerrechts, 1993, § 13 N 44).
- 2 Rapport Behnisch, ch. 1.7, p. 143.
- 3 L'art. 21 e LCP prévoit un système analogue, qui limite la déduction des intérêts passifs à concurrence du rendement brut de la fortune ou de la moitié de l'ensemble des revenus bruts, y compris le salaire, si cette dernière est plus élevée.

- 4 L'absence de rendement de fortune mobilière peut résulter de l'inexistence d'une fortune, mais aussi d'une mauvaise conjoncture boursière ou de placement en titres sans rendement imposable.
- 5 La Commission était du reste parfaitement consciente de l'imperfection d'un tel système, qui «ne tiendra pas équitablement compte en pratique de tous les cas particuliers», Rapport Behnisch, ch. 1.7.
- 6 Rapport Behnisch, ch. 1.4.4.; dans le même sens, la Chambre genevoise immobilière avait proposé au Grand Conseil genevois d'admettre la possibilité pour les propriétaires occupant leur immeuble, de déduire la totalité des intérêts sur leur habitation, pour autant que celle-ci ne soit pas hypothéquée au-delà de 80% (in Rapport au Grand Conseil, PL 6794-A, p. 3).
- 7 La LHID stipule que les cantons seront obligés d'imposer la valeur locative (LHID 7, al. 1), sans en fixer le ni le seuil, ni les modalités. Les cantons conserveront à l'avenir leur liberté d'appréciation (Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, I/1 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 7 N 44). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a du reste reconnu qu'un abattement de 40% sur le loyer du marché, était compatible avec LHID 9 et avec la constitution (ATF 125 I 65).
- 8 Rapport Behnisch, annexe 4.5., p. 3.
- 9 Voir chiffre 3 ci-dessous.
- 10 SJ 1995 253.
- 11 Message concernant le programme de stabilisation 1998, chiffre 262.33 in fine: «Par ailleurs, on précisera que les intérêts des dettes commerciales sont toujours déductibles».
- 12 Introduit en Commission du Conseil national sous l'impulsion de Monsieur Friderici: intervention du Conseiller fédéral Villiger du 2 décembre 1998, Bulletin officiel, p. 2407; intervention du 2 mars 1999 du Conseiller aux Etats Edouard Delalay, Bulletin Officiel, p. 19 et 49.
- 13 Dr. Markus Neuhaus en a déjà fait le commentaire: EC 12/98, page 1343.
- 14 Pour l'historique de cet abandon: MM Neuhaus, Agner et Steinmann, EC 6-7/99, page 593; Dr. Martin Arnold, ASA 10 67, page 593; Jürg Altorfer, EC 4/99, page 371.
- 15 Dans le cas général; pour l'apport dans une société simple ou une holding, voir sous chiffre 3.6.
- 16 Rapport de l'AFC du 12.1.99 à la Commission du Conseil des Etats, p. 4.
- 17 Höhn – Waldburger, Steuerrecht Band II, § 38 36.
- 18 On peut imaginer qu'en cas d'abus des normes de financement soient applicables, par analogie avec les circulaires actuelles concernant les personnes morales. Ces normes ne devraient pas s'appliquer dans le cas général, car elles iraient à l'encontre de la volonté du législateur de permettre la déduction intégrale des intérêts passifs commerciaux.
- 19 Signalons que le canton de Genève, dans son droit actuel, applique ce principe pour séparer les intérêts privés et commerciaux.
- 20 Höhn – Waldburger, Steuerrecht Band II, § 38 47.

- 21 Interventions du 3 mars 1999 des Conseillers aux Etats Vreni Spoerry et Edouard Delaloye, Bulletin officiel, p. 49, citant le rapport présenté le 2 novembre 1998 par l'AFC à la Commission. On voit pourtant mal dans le cas de la société holding comment compenser des intérêts passifs avec du revenu imposable, sauf à utiliser la technique classique, aujourd'hui refusée pour impôt élué, du «debt-push down». Il s'agit plutôt de faire détenir les actions par une société active qui peut compenser ces intérêts par du bénéfice imposable. On notera que ces trois systèmes mènent à une imposition de la plus-value en cas de réalisation, la plus-value n'étant taxée effectivement dans le cas de détention par une personne morale que lors du versement du dividende y relatif.
- 22 Les assurances de capitaux sont des assurances sur la vie à prestation unique en cas de réalisation de l'événement assuré. En font partie les assurances en cas de décès, les assurances en cas de vie, les assurances mixtes et les assurances à terme fixe. Une assurance de capital est susceptible de rachat dans la mesure où elle garantit la constitution d'un capital et où la réalisation de l'événement assuré est certaine.

Lorsque le contrat d'assurance n'est pas basé dès le début sur un paiement périodique et systématique des primes pendant toute la durée de l'assurance, on a affaire à une assurance de capital à prime unique.

AFC, circulaire N° 24, Assurances de capitaux à primes uniques, période fiscale 1995/96, du 30 juin 1995.

- 23 Pierre Tercier, La partie spéciale du Code des Obligations, Schulthess, 1988.
- 24 CC art. 776.
- 25 CC art. 745.
- 26 Peter Locher, Besteuerung von Renten und rentenähnlichen Rechtsverhältnissen in der Schweiz, Revue Suisse de Jurisprudence, 1991, p. 181 ss.
- 27 L'auteur remercie Madame Francine Oberson, responsable en prévoyance professionnelle auprès des Retraites Populaires, Monsieur Jean-Pierre Beausoleil, expert en prévoyance professionnelle auprès de Lombard Odier & Cie ainsi que Monsieur Stéphane Bise, spécialiste en prévoyance professionnelle auprès de Trianon Conseils pour leurs conseils éclairés.
- 28 FF 1999 p. 3 et ss.
- 29 BO CN 1998, séance du 1^{er} décembre 1998, intervention de M. Yves Christen.
- 30 Prévoyance professionnelle suisse 5/99, page 321.
- 31 Message du Conseil fédéral concernant le programme de stabilisation 1998, FF 1999 p. 99.
- 32 BO CE, séance du 3 mars 1999, intervention Anton Cottier.
- 33 FF 1999 p. 100.
- 34 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la stabilisation in FF 1999 p. 100.
- 35 Carl Helbling, Les institutions de prévoyance et la LPP, Berne et Stuttgart, 1991, page 154.
- 36 ATF 116 Ia 277 = Arch 60 326.
- 37 BO CE, séance du 3 mars 1999, Proposition Cottier.

ZUSAMMENFASSUNG

Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 1998

Einleitung

Die steuerrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Stabilisierungsprogramm 1998 werden am 1. Januar 2001 in Kraft treten. Sie betreffen sowohl das DBG als auch das StHG und das BVG. Die Eidgenössische Steuerverwaltung ist im Begriff, ein Rundschreiben zu diesem Thema zu verfassen, welches im Herbst 1999 veröffentlicht werden soll.

Das Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 1998 sieht die folgenden steuerlichen Massnahmen vor:

Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen

Um missbräuchlichen Praktiken mittels künstlicher Verschuldung entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber Massnahmen erlassen, die auf eine Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen abzielen, wenn die gesamte Zinsbelastung oder Teile davon nicht Aufwendungen entsprechen, die zur Erzielung des steuerbaren Einkommens vonnöten sind (Art. 33, Abs. 1, Bst. a DBG und Art. 9, Abs. 2, Bst. a StHG).

Gemäss der Gesetzesnovelle sind lediglich diejenigen Schuldzinsen abzugsfähig, die zur Erzielung von steuerbaren Erträgen aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen aufgewendet werden, zuzüglich eines Pauschalbetrags von höchstens 50 000 Franken. Unter Erträgen versteht man hier steuerbare Brutto-Vermögenserträge gemäss der diesbezüglichen geltenden Bestimmungen des DBG und StHG. Vorbehältlich des Pauschalbetrags von 50 000 Franken verbietet also das neue System den Abzug der Schuldzinsen von anderen steuerbaren Einkünften z. B. aus der Erwerbstätigkeit oder aus Renten.

Der Pauschalbetrag von 50 000 Franken wurde insbesondere vorgesehen,

um die Massnahmen zur Wohneigentumsförderung nicht zu untergraben. Ausserdem soll er die bei Eigentümern auftretende Differenz zwischen einem steuerlich geringwertigen Bruttoertrag aus unbeweglichem Vermögen (der Mietwert kann bezogen auf die Marktsituation um 30 % (DB) niedriger liegen) und den höheren, durch den Hypothekenmarkt diktierten Finanzierungskosten auffangen. Die besagte Pauschale wird sich übrigens für hoch verschuldete Immobilieneigentümer als ungenügend erweisen.

Abzug gewerblicher Schuldzinsen und Ausweitung des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit

Die neue Begrenzung des Abzugs von Schuldzinsen findet lediglich auf private Schuldzinsen Anwendung, nicht aber auf gewerbliche Zinsen: Diese bleiben vollständig abzugsfähig. Die Trennlinie zwischen privaten und gewerblichen Zinsen muss in der Praxis noch gezogen werden. Diverse mögliche Abgrenzungskriterien könnten angewendet werden: Der Vorzug könnte dem Kriterium der buchmässigen Erfassung von Zinsen gewährt werden und, nachgeordnet, der gewerblichen Verwendung der Mittel. Die Autoren erläutern die neuen gesetzlichen Bestimmungen anhand von Beispielen und weisen auf einige Anwendungsprobleme hin, insbesondere im interkantonalen Verhältnis. Im Interesse der Steuerbehörden und der Steuerzahler ist es von vorrangigem Interesse, dass praktikable Verfahren zur Abgrenzung von privaten und gewerblichen (zum Abzug zugelassen) Schuldzinsen gefunden werden.

Option der Übertragung einer Beteiligung von mindestens 20 % ins Geschäftsvermögen

Gemäss der neuen gesetzlichen Grundlage ist die Begrenzung der Abzugsfähigkeit privater Schuldzinsen im Falle des Betriebsübergangs nicht an-

wendbar: Die zum Erwerb einer Beteiligung aufgewendeten Zinsen scheinen also voll abzugsfähig zu sein. Hingegen ist ein bei der Veräusserung eventuell erzielter Mehrwert als Einkommen zu versteuern.

Kapitalversicherungen mit Einmalprämien

Gemäss des im laufenden Jahr noch geltenden Rechts sind die Erträge aus rückkaufsfähigen Kapitalversicherungen mit Einmalprämie, die der Altersvorsorge dienen, steuerbefreit. Als der Vorsorge dienend gelten heute (1) Versicherungsleistungen an Personen, die ihr 60. Lebensjahr vollendet haben, bei (2) Verträgen mit einer Mindestlaufzeit von fünf Jahren.

Um missbräuchlichen Praktiken zu begegnen, verlangt der Gesetzgeber neu (3) den Abschluss vor dem 66. Geburtstag des Versicherten. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass nach Erreichen dieser Altersgrenze der Vorsorgezeitraum abgelaufen ist und der Abschluss einer Versicherung nicht mehr eigentlich dem Vorsorgeziel dient. Das Steuerprivileg unterliegt unterschiedlichen Bedingungen, abhängig davon, ob der Vertrag vor dem 1. Januar 1994, gemäss DBG bis zum 31. Dezember 1998, oder danach abgeschlossen wurde.

Einkommen aus Leibrenten, Wohnrecht und Nutzniessung

Nach heute geltendem Recht sind Einkünfte aus Leibrenten, Wohnrecht und Nutzniessung zu 60 % steuerbar, wenn die Leistungen, auf denen der Anspruch beruht, ausschliesslich vom Steuerpflichtigen erbracht worden sind. Hingegen sind Leistungen aus unentgeltlich erworbenen Ansprüchen heute zu 100 % steuerbar.

Es hat sich erwiesen, dass der steuerbare Anteil von 60 % höher liegt als der Ertrag des eingesetzten Kapitals und

ZUSAMMENFASSUNG

somit einen Teil des Kapitals umfasst, das zum Erwerb des Einkommens eingesetzt wurde. Steuerbar sollte aber lediglich der Ertrag und nicht die Kapitalrückzahlung sein.

Daher wird mit der neuen Bestimmung der *steuerbare Anteil der Leibrente auf 40% gesenkt*, unabhängig davon, ob der Anspruch entgeltlich oder unentgeltlich erworben wurde.

Für *Einkünfte aus Wohnrecht, Nutznutzung oder Verpfändung* sieht die neue Regelung eine Besteuerung zu 100% anstelle von jetzt 60% vor. Zudem wird ein *unmittelbarer proportionaler Abzug von 40%* gewährt; dies ersetzt den vollständigen Abzug von Renten und dauernden Lasten beim Rentenschuldner, sofern der Gesamtbetrag der ausgezahlten Renten den Wert der Gegenleistung überschreitet.

Begrenzung des Einkaufs von Versicherungsjahren (Art. 79 a BVG)

Die Begrenzung des Einkaufs von reglementarischen Leistungen bezieht sich sowohl auf die obligatorische berufliche Vorsorge als auch auf den Anteil der Vorsorge, der über die obligatorische Vorsorge hinausgeht.

Artikel 79a Abs. 2 und 3 BVG sehen eine *zweifache Begrenzung* des Einkaufsbetrags vor, wobei die jeweils *geringere Begrenzung* Anwendung findet.:

Vergangenheitsbezogene Begrenzung (Art. 79 a, Abs. 3 BVG)

Laut Artikel 79a, Absatz 3 BVG darf die Einkaufssumme nicht grösser sein als die Differenz zwischen der benötigten und der zur Verfügung stehenden Eintrittsleistung (gemäss Vorsorgeplan und den Prinzipien von Übereinstimmung und Kollektiv). Wir finden hier die «klassische» Einschränkung des Einkaufs wieder, die keine Neuerung darstellt.

Zukunftsbezogene Begrenzung (Art. 79 a, Abs. 2 BVG)

Laut Artikel 79a, Abs. 2 BVG darf die Einkaufssumme nicht den Betrag von 72 360 Franken, multipliziert mit der Anzahl von Jahren zwischen dem Beitritt zur Vorsorgeeinrichtung und dem reglementarischen Rentenalter, überschreiten.

Diese Bestimmung zielt darauf ab, missbräuchlichen Einkauf auszuschliessen, wie z.B. einen beträchtlichen Einkauf durch einen 63-Jährigen zwei Jahre vor Erreichen des Rentenalters.

Ausgangszeitpunkt der mit 72 360 Franken zu multiplizierenden Jahre

Der Ausgangszeitpunkt zur Berechnung der Versicherungsjahre bis zum Rentenalter (mit 72 360 Franken zu multiplizieren) entspricht laut Artikel 79a, Abs. 2 BVG dem Zeitpunkt des Beitritts zur Vorsorgeeinrichtung.

Werden Versicherungsjahre nach dem Beitritt eingekauft, so entspricht der Ausgangszeitpunkt der Versicherungsjahre bis zum Rentenalter nicht dem Beitrittsdatum, sondern dem Datum der Einkaufsentscheidung. Wir sind der Ansicht, dass die Mitteilung über die Einkaufsentscheidung an die Vorsorgeeinrichtung den Beginn der Frist darstellen sollte, und nicht der Zeitpunkt der endgültigen Zahlung.

Feststellung des letzten mit 72 360 Franken zu multiplizierenden Jahres

Laut Artikel 79a, Absatz 2 BVG entspricht das letzte Jahr dem Jahr, in welchem der Versicherte das reglementarische Rentenalter erreicht.

Wir vertreten die Ansicht, dass das reglementarische Rentenalter, das im Rahmen der Begrenzung laut Artikel 79a, Abs. 2 BVG zur Feststellung der mit 72 360 Franken zu multiplizierenden Jahre angenommen wird, dem *gesetzlichen Rentenalter laut Artikel 13*

Abs. 1 BVG entsprechen sollte. Dieses liegt bei *65 Jahren für Männer* und *62 Jahren für Frauen*. Jegliche andere Interpretation würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen und wäre für die Steuerbehörden nicht praktikabel.

Wiedereinkäufe im Scheidungsfall

Ausgehend von dem Grundsatz, dass es ungerecht wäre, die neue Bestimmung aus Artikel 79a, Abs. 2 BVG zur Bekämpfung des Missbrauchs, welche eine zukunftsbezogene Begrenzung darstellt, hier anzuwenden, wurde der Absatz 5 in Artikel 79a BVG eingefügt. Er sieht vor, dass Artikel 79a, Abs. 2 nicht auf den Wiedereinkauf im Falle der Ehescheidung gemäss Artikel 22 Abs. 3 FZG angewendet wird.

Schlussfolgerung

Die Bestimmungen des neuen Artikels 79a BVG schränken die Möglichkeit des Versicherungsnehmers erheblich ein, Vorsorgelücken mittels Einkauf von Versicherungsjahren zu schliessen.

Hier bietet die im neuen Artikel 79a, Abs. 2 BVG eingeführte Begrenzung in mehrfacher Hinsicht Anlass zur Kritik:

- Sie führt zur Ungleichbehandlung von Personen, die einen Teil ihres Erwerbslebens im Ausland verbracht haben. Die betroffenen Personen können in diesem Fall nicht alle fehlenden Beitragsjahre zurückkaufen, um ihren Versicherungsschutz dem Stand anzupassen, den sie erreicht hätten, wenn sie die Schweiz nie verlassen hätten. Daher bestraft der neue Artikel 79a BVG von nun an die Mobilität auf dem Arbeitsmarkt.
- Wir bedauern, dass der Gesetzgeber die Begrenzung der Einkaufsmöglichkeiten oberflächlich im Rahmen des Stabilitätsprogramms geregelt hat, wo es dieses Thema doch verdient hätte, im Rahmen der ersten BVG-Revision eingehender behandelt zu werden.

EvS/LE/CLB/FV/CHW