

La fiscalité des salariés

du 17 juin 2003

Polydôme, Lausanne-Ecublens

Indemnités de départ, aspects suisses (circulaire AFC du 13.10.02)

Conférenciers :

M. Etienne VON STRENG

Expert fiscal diplômé, avocat,
Etude Python, Schifferli, Peter & Associés, Genève

M. Frédéric VUILLEUMIER

Expert fiscal diplômé, avocat, Etude Oberson & Associés, Genève

SEMINAIRE de la CHAMBRE

du 17 juin 2003

Lausanne

La fiscalité des salariés

**Sujet VI : Indemnités de départ, aspects suisses (Circulaire AFC du
13.10.02)**

SOLUTIONS DES CAS PRATIQUES

Conférenciers :

Frédéric VUILLEUMIER
Avocat au barreau de Genève
Expert fiscal diplômé
Etude Oberson & Associés, Genève

Etienne von Streng
Avocat au barreau de Genève
Expert fiscal diplômé
*Etude Python, Schifferli, Peter & Associés,
Genève*

CAS N° 1

A. APERCU THEORIQUE - Versement de capitaux de l'employeur analogues à ceux de la prévoyance : Art. 17 al. 2 et 38 LIFD¹

1. Dispositif légal

L'article 17 alinéa 2 LIFD prévoit expressément que tant (1) les versements de capitaux provenant d'une *institution de prévoyance* (ci-après aussi « IP ») effectués en relation avec une activité lucrative dépendante que (2) les versements de capitaux analogues effectués directement par l'*employeur* à son employé sont imposables d'après les dispositions de l'article 38 LIFD, soit séparément et au 1/5ème du barème ordinaire.

Contrairement à ce que prévoyait l'AIFD, l'**article 17 al. 2 LIFD étend l'imposition selon l'art. 38 LIFD à d'autres prestations que celles provenant du 2e pilier**, puisque celui-ci ne peut pas être assuré directement par l'employeur, mais uniquement par une fondation, une coopérative ou une institution de prévoyance conformément aux articles 48 al. 2 LPP et 331 al. 1 CO.

Les prestations en capital versées par l'employeur à l'employé à la fin des rapports de service sont imposées selon l'article 38 LIFD à condition qu'elles revêtent un caractère de prévoyance². En revanche, si la prestation en capital ne revêt pas de caractère de prévoyance, ce versement ne pourra pas bénéficier de l'application de l'article 38 LIFD.

La LIFD ne précise pas ce qui constitue le caractère de prévoyance en matière de prestations versées directement par l'employeur et non par une institution de prévoyance. Ce sujet n'a été que très marginalement abordé par la doctrine.

2. Jurisprudence et pratique administrative antérieures à la circulaire 1/2003

C'est du canton de Zurich, qui connaît depuis relativement longtemps une disposition analogue à celle de l'article 17 al. 2 LIFD, que provient l'essentiel de la pratique administrative publiée et de la jurisprudence sur la question de

¹ Les chapitres « aperçu théorique » en début de chaque cas sont extraits de la version française adaptée d'un article en langue allemande publié par les mêmes auteurs in IFF Forum für Steuerrecht 2003/1 p. 30, à paraître prochainement dans la RDAF.

² Communication de l'Administration fédérale des contributions relativement aux innovations apportées par la LIFD (30 octobre 1992) in Arch. 61 (1992/93), p. 12.

la définition du caractère de prévoyance des prestations directes de l'employeur.

Selon la jurisprudence zurichoise³, la prestation en capital de l'employeur a un but de prévoyance lorsqu'elle sert objectivement à atténuer une diminution effective ou vraisemblable du niveau de vie de l'employé, respectivement de ses héritiers, c.à.d. en règle générale lors de la survenance d'un cas de prévoyance pour cause d'âge, invalidité ou décès. Le traitement fiscal de la prévoyance est également possible en cas de résiliation anticipée du contrat de travail par l'employeur pour cause de rationalisation et que l'employé ne peut pas s'attendre à retrouver un nouvel emploi aux mêmes conditions financières. C'est le but de la prestation en capital qui est déterminant pour qu'elle soit privilégiée fiscalement. Selon la jurisprudence considérée, le besoin de prévoyance doit être vérifié par rapport au futur et non par rapport au passé de l'employé.

Jusqu'à la fin 1998, la circulaire du 15 mai 1995 de l'AfC ZH⁴ prévoyait que, en règle générale, une telle prestation de l'employeur avait le caractère de prévoyance lorsque le bénéficiaire avait atteint l'âge de 55 ans. Cette pratique a été relativisée à partir de l'année fiscale 1999 suite à la publication d'un arrêt important de la Commission cantonale de recours du canton de Zurich du 24 novembre 1998⁵. La nouvelle pratique, également applicable à l'époque pour l'impôt fédéral direct⁶, prévoit qu'il faut aussi entendre par versements de capitaux analogues à la prévoyance, les prestations de l'employeur qui échoient à la même occasion que les prestations en capital du 2^{ème} pilier versées par une institution de prévoyance en cas de rupture anticipée du rapport de prévoyance (cas de libre passage)⁷, pour autant qu'elles aient objectivement pour but d'atténuer les conséquences financières d'un cas de prévoyance futur. Selon cet arrêt, l'âge de l'employé n'est pas le seul élément pour déterminer le caractère de prévoyance de l'indemnité en capital. Il faut toutefois relever que, plus l'âge de l'employé au moment du paiement est avancé, plus le caractère de prévoyance sera établi. De manière générale, il doit être tenu compte de l'ensemble des circonstances (devoir contractuel de l'employeur à la prestation, situation professionnelle, état de la prévoyance, explications des participants).

Un arrêt important a été rendu par le Tribunal fédéral en date du 6 mars 2001⁸. A la suite d'un licenciement collectif pour cause de restructuration de la société, un employé de 48 ans licencié le 30 novembre 1996, a été mis au bénéfice d'une prestation à bien plaisir intitulée "paiement compensatoire pour l'âge et les années de service", d'un montant brut de CHF 120'000 environ qu'il a reçu directement sur son compte bancaire, et cela "à titre de

³ Résumée de façon très complète in PETER-SZERENYI, p. 224 et s., avec les arrêts cités.

⁴ Publiée in ZStP 1995 p. 188 et ss, spéc. ch. 2a

⁵ ZStP 1999 p. 348 et ss.

⁶ PETER-SZERENYI, p. 223.

⁷ Circulaire n°6/1999 de l'Administration fiscale cantonale zurichoise (citée par PETER-SZERENYI, p. 223 note de bas de page 1175).

⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 mars 2001, in StR 2001 p. 345 = RDAF 2001 II 253.

compensation d'éventuelles lacunes ou des manques à gagner durables dans la prévoyance professionnelle". Le 18 décembre 1996, l'employé a versé la somme sur un compte de libre passage. Après une période de chômage de plusieurs mois, l'employé a retrouvé un emploi dès le 1 septembre 1997 et a fait virer son indemnité de départ sur son compte auprès de l'institution de prévoyance du nouvel employeur. Selon le TF, le fait que l'indemnité avait été versée en premier lieu sur un compte salaire dont le contribuable avait la libre disposition implique que les fonds n'étaient pas affectés dès le début exclusivement et irrévocablement à la prévoyance.

Selon ce même arrêt⁹, le Tribunal fédéral indique que les prestations suivantes revêtent le caractère de prévoyance dans la mesure où elles servent exclusivement et irréversiblement à atténuer les risques financiers liés à l'âge, l'invalidité et la mort :

- Les indemnités de départ versées par l'employeur, au sens de l'art. 339 b CO ;
- Les indemnités versées à bien plaie à titre de compensation d'éventuelles lacunes dans l'application des principes régissant la prévoyance, soit avant-tout celui de la collectivité et de l'égalité.

Le canton de Lucerne s'est également penché de manière approfondie sur cette question et a émis tout récemment une circulaire¹⁰ qui pose notamment les règles suivantes :

- Les prestations en capital reçues **avant l'âge de 50 ans** sont en principe qualifiées de revenu du travail ;
- La qualification des prestations en capital reçues **entre 50 et 58 ans** doit être examinée de cas en cas. Le problème provient du fait que l'on ne peut généralement pas déterminer si l'activité lucrative sera abandonnée définitivement. Les critères suivants revêtent une importance à cet égard : i) santé du bénéficiaire de la prestation, ii) les perspectives sur le marché du travail (formation, connaissances, branche, etc.), iii) mode de calcul et montant de la prestation (par exemple, compensation de la réduction des prestations du 2^{ème} pilier due à la retraite anticipée) ;
- Les prestations en capital reçues **après l'âge de 58 ans** sont qualifiées de prestation de prévoyance i) en cas de cessation définitive d'activité, ii) en cas de sortie de l'institution de prévoyance (respectivement maintien passif dans l'IP) et iii) lorsque le montant de la prestation est supérieur à 6 mois de salaire.

3. La nouvelle circulaire 1/2003

3.1 Présentation

⁹ consid. 3c/bb.

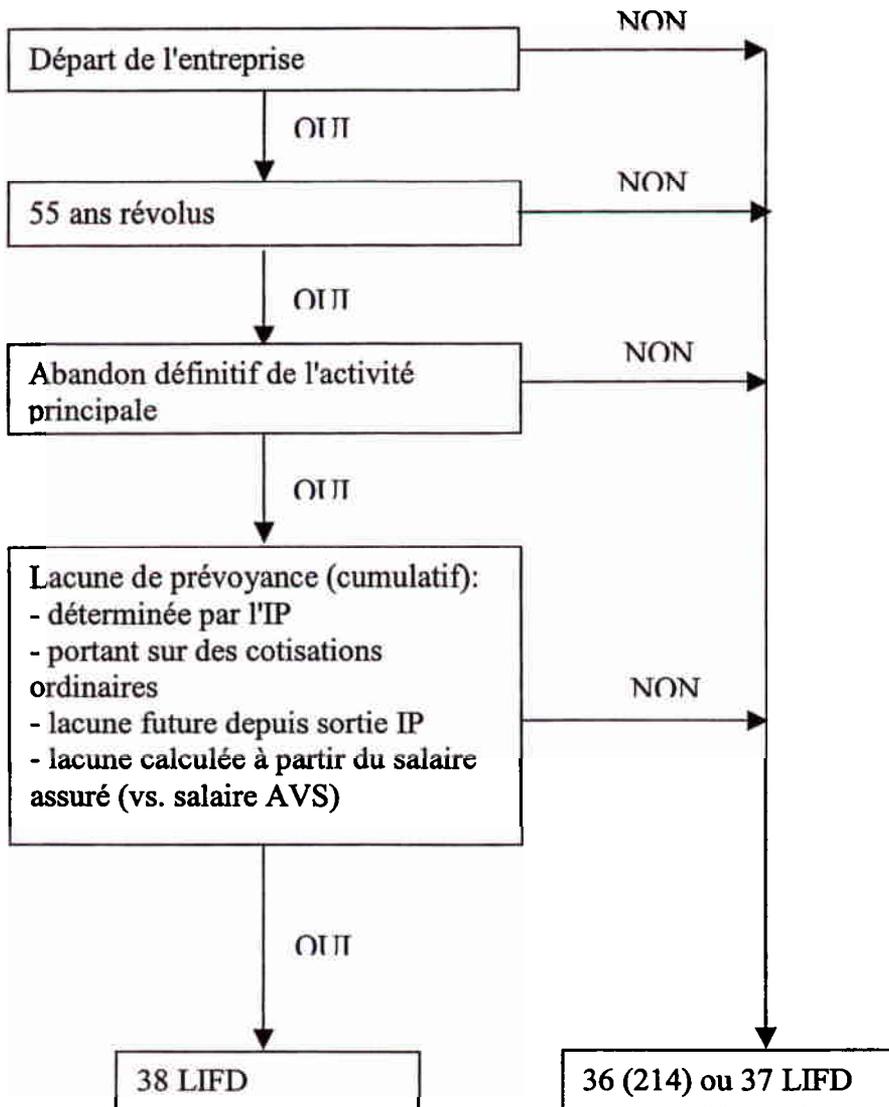
¹⁰ Publiée in StR 2002, p. 289.

La circulaire 1/2003 indique que les versements de capitaux analogues au sens de l'article 17 al. 2 LIFD ont un caractère de prévoyance lorsqu'ils sont destinés exclusivement et irrévocablement à atténuer les conséquences financières découlant des risques liés à vieillesse, à l'invalidité et au décès. L'indemnité doit être similaire aux prestations LPP et servir objectivement à assurer de façon adéquate au destinataire le maintien de son niveau de vie habituel lors de la réalisation d'un cas de prévoyance (âge, décès, invalidité). L'appréciation doit être faite sur la base d'une vision de l'avenir effectuée au moment du versement de la prestation en capital.

L'Administration fédérale des contributions subordonne la reconnaissance du caractère de prévoyance pour un versement de capital analogue selon l'article 17 al. 2 LIFD aux *trois conditions cumulatives* suivantes :

- 1^{er} la personne contribuable quitte l'entreprise à l'âge de 55 ans révolus ou ultérieurement;
- 2^e l'activité lucrative (principale) est définitivement abandonnée ou doit l'être (selon l'AFC, le versement de capital doit être effectué lors de cessation prématurée des rapports de travail, en principe dans les mêmes circonstances que les prestations de libre passage de l'IP) ;
- 3^e Le départ de l'entreprise ou de l'IP entraîne une *lacune de prévoyance* :
 - i) déterminée par l'IP, et ;
 - ii) portant sur les cotisations ordinaires de l'employeur et du salarié et ;
 - iii) pour la période depuis la sortie de l'IP et l'âge ordinaire de la retraite (une lacune déjà existante lors de la sortie de l'IP n'entre pas en ligne de compte dans le calcul) et ;
 - iv) la lacune est fondée sur le salaire assuré précédemment.

L'interprétation de l'art. 17 al. 2 LIFD par l'AFC est schématisée ci-dessous :



3.2 Critique

Nous nous proposons de répartir les règles établies dans la circulaire n° 1/2003 IFD en trois catégories :

3.2.1 Règles justifiées

- A notre avis, les règles suivantes posées par la circulaire sont justifiées :
- La *limitation du champ d'application* de l'article 17 al. 2 LIFD aux prestations de l'employeur ayant un *caractère de prévoyance*;
- La *définition du caractère de prévoyance* donnée par la circulaire (prestations destinées exclusivement et irrévocablement à atténuer les conséquences financières découlant des risques liés à *vieillesse*, à l'invalidité et au décès) ;

- Le moment où s'effectue l'examen du caractère de prévoyance, c'est-à-dire au moment du versement. Ainsi, le traitement fiscal de la prévoyance ne devrait à notre avis pas pouvoir être remis en question si la prévision de l'avenir s'avère ensuite fautive, par exemple parce que l'employé a repris un emploi ;
- La nature de l'indemnité : l'indemnité versée par l'employeur doit être *similaire aux prestations LPP* et servir *objectivement* à assurer de façon adéquate au destinataire le *maintien de son niveau de vie habituel* lors de la réalisation d'un cas de prévoyance. Ce but de maintien du niveau de vie antérieur ressort de l'article 113 al. 2 lit. a de la Constitution fédérale. De manière plus concrète, l'indemnité de départ, une fois convertie en rente et cumulée aux autres revenus du travail et/ou de remplacement du bénéficiaire, ne doit pas conduire à élever le niveau de vie de ce dernier par rapport à sa situation antérieure au départ.

3.2.2 « Safe harbour rules »

D'autres règles retenues par la circulaire sont à notre avis trop rigides et, de ce fait, devraient être interprétées comme des « Safe harbour rules ». En d'autres termes, ces règles posent des présomptions qui trouvent leur justification pour des raisons de praticabilité, mais la possibilité doit être laissée au contribuable de les réfracter. Il s'agit des règles suivantes :

- *Limite d'âge minimum de 55 ans révolus* : Comme exposé au chiffre 3.1.2 ci-dessus, ce même seuil de 55 ans limite était prévu jusqu'à fin 1998 par la pratique administrative zurichoise, mais a été modifiée pour tenir compte d'un arrêt de la Commission cantonale de recours du canton de Zurich du 24 novembre 1998 selon lequel l'âge de l'employé n'est pas un élément unique déterminant pour le caractère de prévoyance de l'indemnité en capital, mais constitue plutôt un indice. La doctrine est également d'avis que la limite de 55 ans est trop schématique¹¹. En outre, le Tribunal fédéral a relevé, dans son arrêt du 6 mars 2001 que les indemnités de départ versées par l'employeur au sens de l'art. 339 b CO ont un caractère de prévoyance. Or, l'âge minimum prévu par l'article 339 b al. 1 CO pour de telles indemnités est de 50 ans. La limite de 50 ans est également retenue par la circulaire fiscale du canton de Lucerne exposée au chiffre 3.1.2 ci-dessus. Enfin, il faut relever qu'on ne saurait fixer un âge minimum pour les prestations versées par l'employeur en cas d'invalidité ou de décès de l'employé ;
- *Le bénéficiaire de la prestation en capital quitte l'entreprise au moment du versement et abandonne définitivement son activité lucrative principale ou va le faire* : L'article 17 al. 2 LIFD n'exige pas le respect de cette condition puisqu'il ne vise que les *versements de capitaux analogues versés par l'employeur*. La qualification *analogue* faisant

¹¹ JUD, p 199.

référence à la prévoyance professionnelle, force est de constater que la LPP n'exige pas non plus le respect de cette condition pour qu'un assuré puisse prétendre à une prestation de prévoyance. En effet, l'article 13 al. 1 LPP prévoit que les assurés ont droit à des prestations de vieillesse dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans (hommes) et 62 ans (femmes). L'alinéa 2 de ce même article prévoit que le règlement de l'IP peut déroger à ce principe en prévoyant que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. Faute d'une telle exception dans le règlement, le droit aux prestations de vieillesse naît dès l'atteinte de l'âge ordinaire de la retraite, nonobstant la continuation de l'activité lucrative. En outre, le caractère définitif de la cessation de l'activité lucrative principale n'est pas requis pour donner droit aux prestations de vieillesse. Le tribunal fédéral a jugé plusieurs fois que le contribuable qui quitte l'entreprise en ayant atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée ne peut pas s'opposer à la décision de l'IP de lui verser les prestations de vieillesse, ceci même s'il a l'intention de reprendre une autre activité lucrative. Dans un tel cas, l'assuré qui aurait pris sa retraite anticipée et reçu sa prestation de vieillesse sous forme de capital imposée selon l'art. 38 LIFD ne saurait voir cette imposition remise en question s'il reprend une activité lucrative. Il ne doit pas en aller différemment de l'employé qui reçoit une indemnité de départ imposée selon l'art. 17 al. 2 LIFD et qui reprend une autre activité quelques mois après son départ. La vraie question n'est pas, à notre sens, de savoir si l'activité principale est définitivement abandonnée, mais de s'assurer que la lacune de prévoyance couverte par l'indemnité en capital de l'employeur subsisterait en cas de maintien par l'employé de son activité ou en cas de reprise d'une autre activité. A cet égard, les critères fixés par la circulaire lucernoise tels qu'exposés ci-dessus peuvent être utiles.

3.2.3 Règles contestables

La circulaire 1/2003 contient une troisième catégorie de règles qui sont à notre sens criticables :

- **Lacune de prévoyance mesurée par rapport au salaire assuré** par l'institution de prévoyance: comme indiqué au chiffre 3.1.1.1 ci-dessus, l'article 17 al. 2 LIFD offre, contrairement à ce que prévoyait l'AIFD, l'imposition selon l'art. 38 LIFD à **d'autres prestations que celles du 2^e pilier** puisque celui-ci ne peut pas être couvert par l'employeur directement, mais uniquement par une fondation, une coopérative ou une institution de prévoyance conformément aux articles 48 al. 2 LPP et 331 al. 1 CO. Il ressort de l'article 113 al. 2 lit. a de la Constitution fédérale que la prévoyance professionnelle, conjuguée avec l'AVS, doit permettre à l'assuré de maintenir de manière appropriée son niveau de vie antérieur. Or, on sait que ce résultat n'est obligatoirement atteint (en cas de période de cotisation complète) que pour les revenus

inférieurs ou égaux au montant-limite supérieur selon l'art. 8 al. 1 LPP (CHF 75'960 pour l'année 2003). L'employeur est libre de ne pas assurer la partie du salaire excédent ce montant. Dès lors, la solution préconisée par la circulaire 1/2003 revient à pénaliser davantage encore les employés qui ont déjà la malchance d'être affiliés à un plan de prévoyance ne couvrant pas l'intégralité de leur salaire AVS.

Exemple : Monsieur A et Monsieur B, employés par deux entreprises différentes, ont tous deux un salaire annuel de CHF 300'000, sont licenciés à l'âge de 55 ans et reçoivent de leur employeur une indemnité de départ de CHF 500'000. Le taux de cotisation total pour leur tranche d'âge est de 20%. Le salaire assuré de Monsieur A correspond à son salaire AVS et celui de Monsieur B est de CHF 100'000. Le montant à hauteur duquel l'indemnité de CHF 500'000 bénéficie de l'imposition selon l'article 38 LIFD correspond à la lacune de prévoyance pour les 10 années restantes jusqu'à 65 ans et peut être calculé comme suit :

Monsieur A : CHF 300'000 x 20% x 10 ans = CHF 600'000

Monsieur B : CHF 100'000 x 20% x 10 ans = CHF 200'000

Pour Monsieur A, l'indemnité de départ de CHF 500'000 bénéficiera ainsi dans sa totalité de l'imposition séparée selon l'article 38 LIFD.

Monsieur B ne pourra en revanche bénéficier de cette imposition qu'à hauteur de CHF 200'000. Il sera soumis à une imposition plus importante pour la différence de CHF 300'000. La solution proposée par la circulaire 1/2003 entraîne donc un traitement fiscal plus dur pour Monsieur B alors que c'est lui qui a le plus besoin d'un « coup de pouce » sous forme d'indemnité de départ versée par son employeur, afin de compenser en partie au moins l'inconvénient résultant de son faible salaire assuré. La lacune de prévoyance pour l'application de l'article 17 al. 2 LIFD ne doit donc pas être mesurée par rapport au salaire assuré, mais par rapport au *salaire AVS*.

La mesure de la lacune de prévoyance par rapport au salaire assuré entraîne une importante limitation du champ d'application de l'article 17 al. 2 LIFD dès lors que ce salaire assuré est très souvent inférieur au salaire effectif (i.e. salaire AVS). L'explication de cette restriction est vraisemblablement à rechercher dans la crainte de l'AFC que les employeurs abusent des indemnités de départ. Un tel abus existerait si l'employeur contourne sciemment les exigences du 2^{ème} pilier (collectivité, égalité, planification, etc.) par le versement d'indemnités de départ à caractère individuel destinées à « compléter » un plan de prévoyance minimum. La solution retenue par l'AFC va ainsi trop loin puisqu'elle présuppose un tel abus de l'employeur et ignore la faculté laissée à ce dernier de prévoir des prestations à but de prévoyance en dehors du cadre du 2^{ème} pilier.

- *La lacune de prévoyance n'est calculée que pour la période du départ jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite (lacune future)* : Selon la circulaire 1/2003, il est exclu d'appliquer l'art. 38 LIFD à une indemnité de départ

destinée à compenser une lacune de prévoyance existant déjà au moment du départ (lacune passée). Nous ne voyons pas de justification fondée à cette distinction, qui nous paraît pour le moins artificielle. En effet, cette distinction n'est prévue ni par l'article 17 al. 2 LIFD ni par la LPP ou l'article 339 b CO. Nous comprenons d'autant moins cette distinction qu'elle n'a pas été reprise dans la circulaire n° 1/2003 s'agissant des contributions directes de l'employeur sur les réserves mathématiques des employés¹². Peut-être le but de cette règle est-il d'empêcher de contourner les nouvelles dispositions relatives au rachat d'années d'assurances¹³ par le biais de l'article 17 al. 2 LIFD. Dans l'affirmative, il aurait suffi de l'indiquer explicitement dans la circulaire avec un simple renvoi à la notion d'évasion fiscale. Peut-être la règle vise-t-elle un but d'égalité en ce sens que l'employeur ne finance pas les rachats des autres employés. Ce serait ignorer le principe de la liberté contractuelle. Dans tous les cas, ce but d'empêcher une évasion fiscale ne saurait justifier l'interdiction de calculer la lacune de prévoyance par rapport au passé. D'une part, les cas dans lesquels l'indemnité en capital couvre une lacune passée sur la base du salaire assuré (i.e. lacune dans le plan de prévoyance) ne représentent pas obligatoirement une évasion fiscale. D'autre part et surtout, l'indemnité en capital selon l'art. 17 al. 2 LIFD peut être destinée à compenser une lacune passée sur la base du salaire AVS, lacune qui ne pourrait pas faire l'objet d'un rachat dans le plan de prévoyance et que l'on ne saurait dès lors suspecter de contourner les dispositions sur le rachat¹⁴.

Exemple : Les expatriés résidant en Suisse restent affiliés, en règle générale, aux institutions sociales et de prévoyance de leur pays d'origine. Dans certains pays, dont l'Allemagne, le système de prévoyance ne permet pas d'assurer convenablement le maintien du niveau de vie antérieur. Pour palier à ces carences, il n'est pas rare que l'employeur verse à ses cadres sortant une indemnité de départ dont le but est de combler les déficiences inhérentes à certains systèmes de prévoyance auxquels l'employeur et l'employé sont contraints de participer. Il serait contraire à l'esprit de l'art. 17 al. 2 LIFD de dénier le caractère de prévoyance à des indemnités couvrant des lacunes passées de prévoyance.

4. Conclusion

Trois conditions cumulatives devraient à notre avis être remplies pour que l'article 17 al. 2 LIFD trouve application :

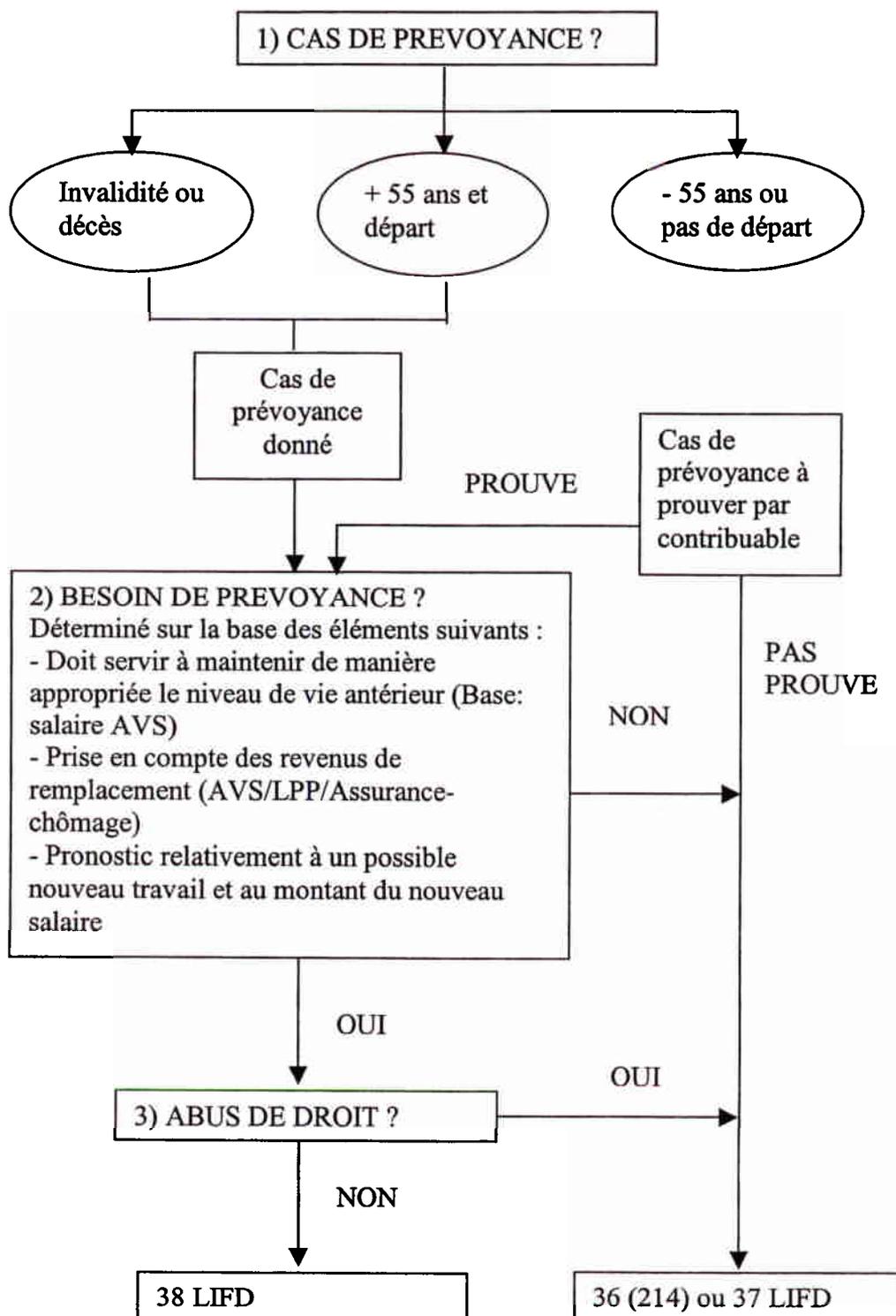
¹² Cf. exemple 4 de la circulaire 1/2003

¹³ Art. 79 a LPP et 60 a OPP 2 (RS 831.441.1). La limitation prévue par la circulaire n°1/2003 sous-entend que le comblement des lacunes passées devrait avoir lieu au moyen du rachat.

¹⁴ Le paiement par l'employeur d'une telle lacune passée est à notre avis justifiable, notamment dans les cas où la prestation de l'employeur couvre toute la période passée durant laquelle l'employé a été à son service.

- **Cas de prévoyance** (i.e. invalidité, décès ou retraite): l'existence d'un cas de prévoyance est :
 - (i) *Donnée* lorsque l'indemnité est versée pour cause de décès ou d'invalidité de l'employé ;
 - (ii) *Présumée* lorsque l'indemnité est versée pour cause de retraite lorsque l'employé quitte l'entreprise et est âgé de 55 ans révolus ;
 - (iii) *A prouver par le bénéficiaire* lorsque l'indemnité est versée pour cause de retraite lorsque l'employé ne quitte pas l'entreprise et/ou est âgé de moins de 55 ans révolus.
- **Besoin de prévoyance** : l'indemnité en capital versée par l'employeur doit permettre à l'employé de maintenir de façon appropriée son niveau de vie. En d'autres termes, cette indemnité, une fois convertie en rente et cumulée avec les prestations AVS et de prévoyance professionnelle, ne doit pas conduire à un revenu supérieur au dernier salaire AVS de l'employé. Le pronostic, effectué au moment du versement de l'indemnité, de retrouver un travail et le nouveau salaire probable doivent être pris en compte dans le calcul du besoin de prévoyance. Il en va de même du salaire actuel lorsque l'employé ne quitte pas l'entreprise. Les critères développés dans la circulaire de l'Administration fiscale du canton de Lucerne peuvent être utiles à cet égard.
- **Absence d'abus de droit** : l'employeur ne doit pas contourner les principes du 2^{ème} pilier en prévoyant une couverture de prévoyance professionnelle à dessein trop faible qui serait complétée par des indemnités de départ individuelles couvrant un besoin de prévoyance calculé non seulement par rapport au salaire assuré, mais également sur la partie comprise entre le salaire assuré et le salaire AVS.

Notre interprétation de l'article 17 al. 2 LIFD a été schématisée dans le tableau ci-dessous.



B. SOLUTION DU CAS PRATIQUE

1.1

Le rapport de travail d'un membre de direction d'entreprise âgé de 58 ans est dissout d'un commun accord. L'employeur verse une indemnité en capital de CHF 600'000 représentant trois ans de salaire :

Variante 1¹⁵

Le rapport de prévoyance est résilié ; l'avoir de libre passage est transféré par l'employeur sur un compte de libre-passage. L'activité lucrative est définitivement abandonnée. L'âge ordinaire de la retraite selon le règlement de prévoyance de l'employeur est de 65 ans pour les hommes. Agé de 58 ans, l'assuré aurait donc pu poursuivre sa prévoyance durant 7 ans. L'institution de prévoyance lui atteste qu'il existe une lacune dans sa prévoyance de l'ordre de CHF 280'000 pour les 7 années restantes résultant de son départ prématuré, en se fondant sur le dernier salaire assuré de CHF 100'000 (salaire AVS : CHF 200'000).

a) *Solution de la circulaire n°1 du 3 octobre 2002 (solution de l'exemple 3)*

La somme de CHF 600'000 doit être imposée comme suit :

- CHF 280'000 représentent un « versement de capital analogue effectué par l'employeur » selon l'article 17, alinéa 2 LIFD. Ce montant est soumis à un impôt annuel entier, au 1/5 des barèmes, selon l'article 38 LIFD.
- CHF 320'000 représentent une prestation transitoire au sens de l'article 23, lettre a LIFD. L'imposition s'effectue globalement avec les autres revenus. Pour le calcul du taux, le montant est à répartir sur 7 ans (revenu acquis en compensation jusqu'au moment de l'âge ordinaire de la retraite).

b) *Solution selon les auteurs*

La solution préconisée par l'AFC de n'appliquer les articles 17 al. 2 et 38 LIFD qu'à la partie de l'indemnité couvrant la « lacune future » de CHF 280'000 n'a pas de fondement juridique et est artificielle. Il faut se référer aux trois conditions énumérées à la page 11 ci-avant :

- **Cas de prévoyance** (i.e. invalidité, décès ou retraite): l'existence d'un cas de prévoyance est présumée dans le cas d'espèce (55 ans révolus) ;
- **Besoin de prévoyance** : il faut vérifier que, une fois convertie en rente et cumulée avec les prestations AVS et de prévoyance professionnelle, l'indemnité ne conduise pas à un revenu supérieur au dernier salaire AVS de l'employé. Le pronostic, effectué au moment du versement de l'indemnité, de retrouver un travail et le nouveau salaire probable

¹⁵ Exemple 3 de la circulaire AFC du 3 octobre 2002 modifié s'agissant du salaire assuré

doivent être pris en compte dans le calcul du besoin de prévoyance. Dans le cas d'espèce, on peut faire le pronostic que, vu son âge, le bénéficiaire de l'indemnité ne retrouvera pas de travail avant 65 ans.

- **Absence d'abus de droit** : l'employeur ne doit pas contourner les principes du 2^{ème} pilier en prévoyant une couverture de prévoyance professionnelle a dessein trop faible qui serait complétée par des indemnités de départ individuelles couvrant un besoin de prévoyance calculé non seulement par rapport au salaire assuré, mais également sur la partie comprise entre le salaire assuré et le salaire AVS.

Si ces deux dernières conditions sont réunies à leur tour, l'intégralité de l'indemnité de départ devrait bénéficier de l'imposition selon les articles 17 al. 2 et 38 LIFD.

Variante 2¹⁶

La convention précise qu'il faut considérer l'indemnité comme une somme transitoire jusqu'au moment où l'âge de la retraite est atteint. Le contribuable continue à être assuré auprès de l'institution de prévoyance de l'entreprise ; l'employeur prend à sa charge jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite anticipée de 61 ans les cotisations du 2^{ème} pilier dues par l'employeur et l'employé. Le règlement de l'institution de prévoyance admet une telle pratique. L'activité lucrative – sauf exception d'une éventuelle activité de conseiller fondée sur des honoraires – est définitivement abandonnée.

a) *Solution de la circulaire n°1 du 3 octobre 2002 (solution de l'exemple 2)*

La prestation en capital de CHF 600'000 doit être imposée globalement avec les autres revenus. Il s'agit d'une prestation transitoire au sens de l'article 23, lettre a LIFD. Le calcul du taux doit être effectué selon l'article 37 LIFD en tenant compte d'un traitement annuel de CHF 200'000 (taux de la rente pour versements de prestations périodiques).

Comme, lors du départ de l'entreprise et partant de la cessation de l'activité lucrative, il n'existe pas de lacune dans la prévoyance selon le règlement, le versement du capital doit être considéré comme une prestation transitoire et imposé avec les autres revenus.

b) *Solution selon les auteurs*

Il faut en premier lieu déterminer le but du paiement de la prestation de CHF 600'000 :

- Si le but est effectivement de payer sous forme de capital les salaires annuels de CHF 200'000 pendant les trois prochaines années, la solution de l'AFC est à notre avis fondée :
- Si le but de l'employeur est en revanche de combler la lacune de prévoyance de son employé, alors il s'agit de déterminer si les trois conditions mentionnées à la page 11 ci-avant sont remplies :

¹⁶ Exemple 2 de la circulaire AFC du 3 octobre 2002

- **Le cas de prévoyance** est présumé vu l'âge du bénéficiaire
- **Le besoin de prévoyance** doit être calculé i) non seulement par rapport au futur (ce qui est admis par l'AFC), mais également par rapport au passé et ii) par rapport au salaire AVS et non seulement par rapport au salaire assuré. Le besoin de prévoyance futur pour la partie du salaire correspondant au salaire assuré de 57 à 61 ans n'existe pas car le contribuable continue à être assuré dans l'institution de prévoyance. En revanche, peuvent encore subsister :
 - la lacune passée (25 à 57 ans) par rapport au salaire AVS ;
 - la lacune future (57 à 61 ans) par rapport à la différence entre le salaire AVS et le salaire assuré ;
 - la lacune future (57 à 65 ans) par rapport au salaire AVS.
- **Absence d'abus de droit**

Si ces trois conditions sont remplies, l'imposition devrait avoir lieu selon les articles 17 al. 2 et 38 LIFD.

1.2

L'entreprise a prévu contractuellement pour l'ensemble de ses cadres qui quitteraient l'entreprise en remplissant les conditions de l'article 339b al. 1 CO (âge minimum de 50 ans et au minimum 20 ans de service) une indemnité à raison des longs rapports de travail selon les articles 339b et s. CO correspondant à 1 an de salaire. Un cadre, licencié à l'âge de 54 ans, remplit ces conditions et reçoit une indemnité de CHF 200'000.

a) *Traitement fiscal*

Le cas de l'indemnité à raison des longs rapports de travail des articles 339 b et suivants CO n'est pas traité par la circulaire fédérale n°1 du 3 octobre 2002.

La *ratio legis* de l'indemnité à raison des longs rapports de travail des articles 339 b et suivants CO, vise principalement un but de prévoyance¹⁷.

Dans un arrêt¹⁸, le Tribunal Fédéral a confirmé que le but premier de cette indemnité est un but prévoyance sociale mais il a aussi ajouté que lorsque la fin des rapports de travail ne coïncide pas avec l'octroi d'une pension, cette indemnité a pour but permettre au travailleur de vivre jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel emploi¹⁹.

Dans son arrêt du 6 mars 2001 mentionné dans la partie théorique (A.) ci-dessus, le Tribunal fédéral a clairement indiqué que l'indemnité à raison des longs rapport de travail prévue par l'article 339b CO sert exclusivement et

¹⁷ P. Engel, *Contrat de droit suisse*, p. 358; P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, p. 363 n° 2954, Brunner Böhler, Waeber, *commentaire du contrat de travail*, ad 339 b, p. 252.

¹⁸ ATF 115 II 30; JT 1989, 601.

¹⁹ P. Tercier, *op.cit.*, p. 363 n°2954

irréversiblement à atténuer les risques liés à l'âge, l'invalidité et la mort²⁰. Dès lors, la première condition des trois conditions mentionnées ci-dessus, à savoir celle de l'existence d'un cas de *prévoyance*, doit être admise malgré le fait que le contribuable n'a pas encore atteint l'âge de 55 ans révolus.

Si les deux autres conditions ci-dessus, à savoir le *besoin de prévoyance* et l'*absence d'un abus de droit*, sont remplies, alors l'imposition a lieu selon les articles 17 al. 2 et 38 LIFD.

b) *Traitement AVS*

Le traitement AVS des indemnités de départ a été profondément modifié avec la récente entrée en vigueur de l'article 8ter RAVS dont l'alinéa 1 dispose :

« Jusqu'à concurrence de huit mois de salaire, les prestations suivantes ne sont pas comprises dans le salaire déterminant:

- a. *l'indemnité à raison de longs rapports de travail de l'art. 339b du code des obligations (CO), après déduction des prestations de remplacement au sens de l'art. 339d CO;*
- b. *l'indemnité allouée par l'employeur à ceux de ses employés qui n'étaient pas assurés à la prévoyance professionnelle obligatoire;*
- c. *l'indemnité versée en vertu d'un plan de retraite anticipée prévu par l'employeur;*
- d. *l'indemnité versée en cas de résiliation des rapports de service lors de la fermeture ou de la fusion d'entreprises. »*

La lettre a. ci-dessus est applicable en l'espèce. Toutefois, il est vraisemblable que les prestations de remplacement (i.e. part des cotisations de l'employeur dans la prestation de libre-passage versée par l'IP) excèdent 8 mois de salaire.

²⁰ ATF du 6 mars 2001 in StR 2001 p. 345 = RDAF 2001 II 256 consid. Bb.

CAS N° 2

A. APERCU THEORIQUE - Versement de capitaux de l'employeur effectués directement à l'institution de prévoyance de son entreprise

Un tel versement de l'employeur peut intervenir :

- soit aux réserves mathématiques des employés (ch. 1 ci-dessous);
- soit à la fortune libre de l'IP (ch. 2 ci-dessous).

1. Versement par l'employeur aux réserves mathématiques des employés (fortune liée)

Le principe de planification interdit que le montant des cotisations et la décision de leur versement soient fixés librement par l'employeur ou l'employé²¹. Les contributions extraordinaires de l'employeur sont une exception tolérée au principe de la planification²², mais elles doivent respecter le principe de l'adéquation²³ et le principe de l'égalité²⁴.

Selon un arrêt du Tribunal fédéral du 16 mai 1995²⁵, l'article 81 LPP contraint les autorités fiscales à admettre la déduction des contributions de l'employeur uniquement s'il s'agit de contributions allant en augmentation de la fortune liée (i.e. réserves mathématiques, réserves pour contributions patronales ou réserves spéciales, par opposition à la fortune libre²⁶).

Nous distinguerons le traitement fiscal des contributions individuelles (ch. 1.1 ci-dessous) des contributions collectives (ch. 1.2 ci-dessous) et nous concluons ce chapitre

1.1 Contribution individuelles

Il s'agit de contributions faites par l'employeur pour le compte d'un ou plusieurs employés individuels, par opposition à la contribution collective de l'employeur sur les réserves mathématiques de tous les employés appartenant à un même cercle objectivement déterminé.

Il faut distinguer les contributions à bien plaie (ch. 1.1.1 ci-dessous) des contributions obligatoires selon le règlement (ch. 1.1.2 ci-dessous).

²¹ PETER-SZERENYI, p. 126.

²² STEINER, Beletage, p. 640. Voir toutefois l'arrêt du Tribunal administratif VD du 6.11.2000 (StR 2001 p. 120, spéc. cons. 3 b p. 127) qui indique qu'un plan bel-étage financé uniquement par des contributions extraordinaires de l'employeur viole le principe de la planification.

²³ PETER-SZERENYI, p. 168.

²⁴ cf. supra.

²⁵ StE 1998 B 72.14.2 n° 21 cité in Séminaire ACI/OVEC, Montreux, 5 novembre 1996, cas n° 4.

²⁶ Sur la notion de fortune libre, voir ch. 12 ci-après.

1.1.1 A bien plaire

En principe, la contribution volontaire (i.e. non obligatoire selon le règlement) de l'employeur sur la réserve mathématique de certains collaborateurs dont le cercle n'a pas été clairement et objectivement délimité est assimilée au versement d'un complément de salaire à l'employé suivi d'un rachat de l'employé²⁷. La prestation est déductible chez l'employé au titre de rachat dans les limites de l'art. 79 a LPP.

La circulaire 1/2003 va dans le même sens puisqu'elle prévoit au chiffre 3.3. p. 3 que les attributions à bien plaire par l'employeur font en principe partie du salaire et qu'il en va de même pour les attributions particulières prévues réglementairement dont seuls bénéficient certains salariés à titre individuel. Selon la circulaire 1/2003, un tel paiement direct à l'IP est admis seulement si :

- Un rapport de travail existe encore ;
- Le règlement prévoit un tel rachat ;
- Une lacune de prévoyance existait déjà au moment de quitter l'entreprise ;
- Une lacune dans la prévoyance se manifeste au moment de quitter l'entreprise et son institution de prévoyance.

Nous sommes d'accords avec les 3 premières conditions. Nous ne comprenons pas la 4^{ème} qui semble en contradiction avec la 3^{ème} et avec l'exemple 4 de la circulaire.

1.1.2 Réglementaires

Pour autant que les principes cardinaux de la LPP soient respectés (adéquation, collectivité, équivalence relative, planification), les contributions réglementaires de l'employeur et de l'employé sont des cotisations (obligatoires) et non plus un rachat (volontaire)²⁸.

Dans cette mesure les cotisations employeur ne représentent pas un revenu chez l'employé pour l'impôt sur le revenu.

Exemples :

²⁷ Voir StR 2001 p. 120 ; circ. ACI-VD N° 36 ch. 3.4; information de l'Administration fiscale cantonale genevoise n° 1/90. Selon STEINER, Grenzen, p. 384, il existe la possibilité d'utiliser le bonus entièrement ou partiellement comme un rachat de l'employeur. Toutefois, l'employeur doit alors respecter le principe de l'égalité et effectuer un rachat proportionnellement égal pour tous les assurés de l'institution de prévoyance.

²⁸ STEINER., Grenzen, p. 384.

- Plan bel-étage dont le règlement prévoit une contribution obligatoire totale annuelle de 20% du bonus (50% employeur / 50% employé)²⁹ ;
- Selon le Règlement de l'IP, le Conseil de Fondation peut prévoir le versement de contributions exceptionnelles sur les réserves mathématiques individuelles des affiliés ayant fait l'objet de transferts au sein du Groupe et qui, de ce fait, n'ont plus la même couverture de prévoyance que celle à laquelle ils auraient eu droit s'ils avaient toujours travaillé pour la société suisse de Groupe. Le versement respecte les principes de planification, d'adéquation et d'égalité (car tous les assurés qui remplissent les mêmes conditions objectives sont traités de manière identique). Dès lors que le versement est réglementairement obligatoire pour l'employeur une fois prise la décision du Conseil de Fondation, il ne doit pas être considéré comme un salaire chez les employés considérés et l'article 79a LPP n'est pas applicable³⁰.

1.2 Contributions collectives

La circulaire 1/2003 ne traite pas des contributions collectives de l'employeur aux réserves mathématiques des employés. Cette question importante en pratique est analysée ci-dessous.

1.2.1 Cercle des bénéficiaires objectivement délimité

Si, conformément aux principes d'égalité de traitement, la répartition sur les comptes des assurés est faite selon une clé appropriée, fondée sur des critères objectifs tels que les années de service, l'âge, le montant des salaires etc., le cercle des bénéficiaires est alors objectivement délimité et une attribution directe sur les réserves mathématiques est possible sans qu'elle soit qualifiée de complément de salaire³¹.

Le principe de planification est mieux respecté si la même clé est utilisée plusieurs années de suite. En règle générale, il serait souhaitable que la clé soit inscrite dans le règlement de l'IP ou dans le contrat d'adhésion à la fondation collective, de sorte que tous les versements lui obéissent s'ils sont crédités au personnel³².

La clé de répartition ne saurait avantager manifestement des proches de l'entreprise³³. Dans un tel cas, on est en présence d'une prestation à

²⁹ Le fait de faire supporter à l'employeur l'entier de la cotisation de 20% du bonus serait en soi possible mais le principe d'égalité voudrait qu'une telle générosité soit en adéquation avec la solution retenue dans le plan de base : un plan des cadres très généreux basé sur les bonus violerait le principe de l'égalité si le plan de base est un plan minimal (PETER-SZERENYI, p. 126).

³⁰ Art. 60a al. 2 lit. b i.f. OPP 2. Commentaire de l'Office fédéral des assurances sociales in Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 56, page 10, 2^{ème} paragraphe.

³¹ Circulaire ACI-VD n° 36 ch. 3.1 et CFI, cas d'application, cas d'application A.3.5.2, Bern 2002

³² CFI, cas d'application, cas d'application A.3.5.2, dernier tiret.

³³ idem.

l'actionnaire non déductible chez l'employeur et imposable au titre de distribution dissimulée de bénéfice chez l'actionnaire.

L'employeur peut par exemple participer au rachat effectué par l'employé à la double condition que cette possibilité soit prévue par les statuts ou le règlement³⁴ et que le financement partiel de rachats par l'employeur ne soit pas limité à certaines catégories de personnel ou pour certaines personnes seulement³⁵. A noter que cette possibilité ne serait pas admissible selon l'Administration fédérale des contributions si elle n'est prévue que pour les cadres³⁶.

1.2.2 Cercle des bénéficiaires non objectivement délimité

Dans ce cas, les contributions de l'employeur sont traitées comme des revenus chez les employés, suivis cas échéant d'un rachat (idem contributions individuelles à bien plaisir³⁷).

1.2.3 L'application de l'art. 79a LPP aux contributions directes de l'employeur

Un auteur, qui est par ailleurs l'un des responsables de l'Administration fédérale des contributions, a écrit que l'article 79a LPP est également applicable aux rachats effectués par l'employeur³⁸.

La circulaire IFD n° 3/2001-2002 de l'AFC du 22.12.00, page 1 ch. 2, qui a été publiée ultérieurement, va moins loin puisqu'elle dispose que « il faut entendre par rachat au sens de l'art. 79a LPP toutes les cotisations versées volontairement par l'assuré (art. 60a, al. 2 OPP 2), ainsi que les prestations d'entrée assumées par l'employeur, conformément à l'art. 7, al. 1 LFLP ». A contrario, les contributions volontaires ultérieures de l'employeur ne devraient pas être considérées comme des rachats. Cette vue semble corroborée par la circulaire 1/2003 qui ne mentionne ni dans le texte de la circulaire ni dans l'exemple 4 le fait que le « rachat » doit respecter les limites de l'article 79a LPP pour être déductible.

A notre avis, il faut plutôt distinguer les cas suivants :

- Prestation d'entrée individuelle assumée par l'employeur conformément à l'art. 7, al. 1 LFLP : cette prestation est qualifiée de rachat selon la circulaire précitée de l'AFC. Cette position est discutable dans la mesure où une telle interprétation va au-delà du texte de l'article 79a LPP ainsi que de l'article 60a OPP 2. Il faut

³⁴ Toutefois, selon l'Administration fédérale des contributions, le co-financement du rachat par l'employeur ne devrait pas impérativement être prévu réglementairement, contrairement au rachat par l'employé et ses modalités ; a noter encore que la pratique de l'AFC ZH exige que ce co-financement soit prévu réglementairement (PETER-SZERENYI, p. 200).

³⁵ CFI, cas d'application, cas d'application A.3.1.2, Bern 2002.

³⁶ PETER-SZERENYI, p. 199, note de bas de page 1055.

³⁷ cf. 3.2.1.1.1 ci-dessus

³⁸ NEUHAUS, p. 286.

également se souvenir que l'article 79a LPP, très flou, a été critiqué par la doctrine³⁹.

- Rachat volontaire individuel financé par l'employeur : selon les considérations ci-dessus, un tel rachat est analysé fiscalement comme un salaire en nature en faveur de l'employé suivi d'un rachat effectué par ce dernier. Dans ce cas, la contribution de l'employeur constitue un revenu imposable d'employé et il serait donc justifié d'appliquer l'article 79a LPP, mais la pratique de l'Administration fédérale des contributions semble floue à cet égard.
- Rachat ou autre contribution individuelle de l'employeur dont le règlement prévoit un financement obligatoire de l'employeur : non soumis à 79a LPP selon l'article 60a al. 2 lit. b OPP 2, car il s'agit d'une mesure collective d'amélioration de la prévoyance de tous les assurés. Du point de vue de l'employé, ce versement ne constitue pas un revenu imposable (opération neutre).
- Contribution de l'employeur aux réserves mathématiques des employés répartie selon une clé objective et en application d'une faculté offerte par le règlement : à notre avis, l'article 79a LPP n'est pas applicable dans ce cas. Du point de vue de l'employé, ce versement ne constitue pas un revenu imposable (opération neutre).

2. Versement aux fonds libres de l'institution de prévoyance

Cet aspect n'est pas non plus couvert par la circulaire n°1/2003.

La fortune libre de l'IP peut être utilisée à la libre appréciation du Conseil de fondation pour verser des prestations aux destinataires dans le besoin, améliorer l'assurance des assurés, adapter les rentes en cours à l'augmentation du coût de la vie, etc.

L'employeur peut effectuer des contributions volontaires et extraordinaires à la fortune libre de l'IP et ces montants ne sont alors liés à aucun but particulier, mais doivent servir exclusivement à l'amélioration de la situation des assurés⁴⁰. Ces contributions ne sont pas limitées par le principe de la planification, mais doivent respecter les autres principes cardinaux de la LPP (adéquation, égalité, collectivité).

Selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 mai 1995 mentionné ci-avant⁴¹, la déduction des attributions à bien-plaire, qui vont en augmentation de la fortune libre relève de la législation et de la pratique cantonales. Ce principe a été repris par l'Administration fiscale cantonale genevoise dans une lettre circulaire du 20 mai 1998. Dans le canton de Vaud, toute attribution de l'employeur, portant la fortune au-delà de 4 fois la masse des salaires

³⁹ SCHNIDER, p. 947, VON STRENG/ENDERLI/BARKE/VUILLEUMIER, p. 768.

⁴⁰ PETER-SZERENYI, p. 167.

⁴¹ StE 1998 B 72.14.2 n° 21 cité in Séminaire ACI/OVEC (5 novembre 1996, Montreux) cas n° 4.

(compte tenu des réserves de cotisations patronales), ne pourra pas être portée en diminution du bénéfice imposable.

En application du principe de l'affectation exclusive au but de prévoyance, il est exclu que la fortune de la caisse de pension puisse retourner aux fondateurs; ce principe est violé notamment, lorsque le conseil de fondation utilise les avoirs libres dans l'intérêt des actionnaires dominants ou du chef d'entreprise⁴².

L'utilisation des fonds libres doit s'effectuer selon une clé de répartition objective entre les différents comptes de prévoyance⁴³ en respectant les principes d'égalité et d'adéquation (interdiction de sur-assurance). Selon les circonstances, une telle répartition pourrait entraîner une distribution cachée de dividende⁴⁴. L'Office fédéral des assurances sociales a défini que les critères suivants étaient admissibles pour la répartition des réserves de cotisation de l'employeur ayant fermé son entreprise⁴⁵. La doctrine reconnaît que ces critères sont applicables également pour la définition d'une clé objective de répartition de la fortune libre⁴⁶:

- Age de l'assuré ;
- Etat civil ;
- Salaire touché et fonction assumée dans l'entreprise ;
- Obligations familiales ;
- Durée des rapports de service chez l'employeur en question ;
- Date de la résiliation du contrat de travail ;
- Somme des cotisations payées ;
- Avoir de vieillesse ;
- Etc.

Le seul organisme compétent et habilité à disposer des fonds libres conformément au but assigné à la prévoyance est l'organe supérieur de l'IP, le conseil de fondation, respectivement la commission de prévoyance dans les fondations collectives⁴⁷. A Genève, l'Autorité de surveillance des Fondations est chargée, entre autres, de contrôler et d'approuver les clés de répartition des fonds libres ainsi que l'octroi de prestations bénévoles extra-réglementaires à certains bénéficiaires.

Dans le respect des principes évoqués, une répartition des fonds libres de l'institution de prévoyance effectuée sur décision du Conseil de fondation au

⁴² ATF 103 Ib 13 ; StR 1987 p. 418 et Circulaire n°36 de l'ACI-VD (avril 96, p. 7), ch. 4.4

⁴³ MAUTE/STEINER/RUFENER, p. 152

⁴⁴ MAUTE/STEINER/RUFENER, p. 152

⁴⁵ Bulletin de la prévoyance professionnelle n°3 (22 avril 1987).

⁴⁶ MAUTE, STEINER, RUFENER, p. 152, note de bas de page 195.

⁴⁷ Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 54 du 9 octobre 2000. ch. 328, p. 1.

profit des réserves mathématiques des affiliés ne constitue pas un salaire imposable chez les assurés concernés.

B. SOLUTION DU CAS PRATIQUE N° 2

Le Règlement de la caisse de pensions d'une entreprise prévoit la possibilité pour l'employeur d'effectuer des contributions directes sur les réserves mathématiques des affiliés :

2.1 « rachat spécial »

Les cadres reçoivent en principe leur bonus normal augmenté de 20%. Ils ont la faculté d'effectuer un « rachat spécial » en demandant à leur employeur, préalablement au versement du bonus, de verser sur leur réserve mathématique dans la caisse de pensions une partie du bonus, mais limitée à 20% ;

Voir chiffre 1.1.1 de la partie théorique A. ci-dessus. Il s'agit d'une contribution volontaire (i.e. non obligatoire selon le règlement) de l'employeur sur la réserve mathématique d'un collaborateur n'appartenant pas à un cercle clairement et objectivement délimité. Cette contribution directe est assimilée au versement d'un complément de salaire à l'employé suivi d'un rachat de l'employé. La prestation est déductible chez l'employé au titre de rachat dans les limites de l'art. 79 a LPP

2.2 Contribution directe selon clé objective

L'entreprise effectue une contribution directe sur les réserves mathématiques des cadres affiliés à la caisse de pensions : 90% des cadres reçoivent un montant, variable et déterminé selon une clé de répartition objective

Voir chiffres 1.2.1 et 1.2.3 de la partie théorique A. ci-dessus. Si, conformément aux principes d'égalité de traitement, la répartition sur les comptes des assurés est faite selon une clé appropriée, fondée sur des critères objectifs tels que les années de service, l'âge, le montant des salaires etc., le cercle des bénéficiaires est alors objectivement délimité et une attribution directe sur les réserves mathématiques est possible sans qu'elle soit qualifiée de complément de salaire.

A notre avis, l'article 79a LPP n'est pas applicable dans ce cas.

2.3 Prestation de départ individuelle versée sur réserve mathématique

Le rapport de travail d'un membre de direction d'entreprise âgé de 58 ans est dissout par suite de restructuration. Selon les calculs de l'institution de prévoyance, la lacune dans la prévoyance au moment de la cessation des rapports de travail représente une somme de CHF 320'000 résultant du manque d'années de cotisations. Suite à cette sortie prématurée, il se manifeste une nouvelle lacune de l'ordre de CHF 280'000 résultant des 7 années manquantes jusqu'au moment ordinaire de la retraite compte tenu du dernier salaire assuré. L'employeur se déclare prêt à liquider le cas et va exécuter un transfert individuel sur le compte de prévoyance du démissionnaire s'élevant à CHF 600'000 représentant les lacunes

de prévoyance existantes avant et après la cessation des rapports de travail. L'activité est définitivement abandonnée⁴⁸.

Il s'agit d'une contribution volontaire de l'employeur sur la réserve mathématique d'un collaborateur n'appartenant pas à un cercle clairement et objectivement délimité assimilée au versement d'un complément de salaire à l'employé suivi d'un rachat de l'employé (cf. cas 2.1 ci-dessus).

C'est également la solution du cas n°4 de la circulaire n°1 du 3 octobre 2002 : il n'y a pas d'imposition au moment du versement de la prestation en capital sur le compte-prévoyance du salarié dès lors que le transfert s'effectue avant la cessation des rapports de travail. La somme de rachat doit figurer dans le certificat de salaire à titre de salaire et doit être attestée comme rachat dans l'institution de prévoyance. Il est intéressant de noter que la circulaire ne mentionne pas :

- que le rachat doit respecter la limite de l'article 79a LPP ni que ;
- que le règlement doit prévoir la possibilité d'un rachat de la lacune de prévoyance future jusqu'à la retraite ni que ;
- le règlement doit expressément autoriser les contributions directes de l'employeur sur les réserves mathématiques des employés.

2.4 Dotation aux fonds libres

L'employeur effectue une dotation globale aux fonds libres de la caisse de pensions qui n'atteignent pas la limite maximale fixée par les autorités fiscales. Cette dernière répartit cette dotation, grâce à une clé de répartition objective, entre les réserves mathématiques de 90% des cadres.

Voir chiffre 2. de la partie théorique A. ci-dessus.

L'utilisation des fonds libres doit s'effectuer selon une clé de répartition objective entre les différents comptes de prévoyance⁴⁹ en respectant les principes d'égalité et d'adéquation (interdiction de sur-assurance).

Dans le respect des principes évoqués, une répartition des fonds libres de l'institution de prévoyance effectuée sur décision du Conseil de fondation au profit des réserves mathématiques des affiliés ne constitue pas un salaire imposable chez les assurés concernés.

⁴⁸ Exemple 4 de la circulaire AFC du 3 octobre 2002.

⁴⁹ MAUTE/STEINER/RUFENER, p. 152

CAS N° 3

A. APERCU THEORIQUE – Art. 24 lit. c LIFD

1. Versement d'une indemnité en capital faite en espèces par l'employeur au salarié sortant

Le traitement fiscal de ce genre de versement en capital dépend de son caractère de prévoyance. Si ses caractéristiques sont analogues à celles d'un versement de capitaux provenant d'une institution de prévoyance, l'indemnité en capital sera soumise séparément à un impôt ordinaire au 1/5ème du taux selon les art. 17 al. 2 et 38 LIFD. Dans le cas contraire, l'indemnité constitue un revenu pleinement imposable en vertu de l'art. 23 lit. c LIFD. Dans les deux cas, le contribuable subit une imposition. Toutefois, cette imposition peut-elle être évitée lors d'un changement d'emploi en application de l'art. 24 lit. c LIFD ?

1.1 Jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de l'application de l'article 24 lit. c LIFD

Le Tribunal fédéral a jugé que, sur le principe, une prestation compensatoire versée par un employeur dans le cadre d'un licenciement au titre de "*compensation d'éventuelle lacune ou des manques à gagner durables dans la prévoyance professionnelle*" peut être exonérée d'impôt en vertu de l'art. 24 lit. c LIFD, à la condition qu'elle soit affectée dès le départ exclusivement et irrévocablement à la prévoyance professionnelle. Une indemnité en capital est affectée initialement de façon exclusive et irrévocable à la prévoyance lorsqu'elle trouve son origine dans l'amélioration de la couverture de prévoyance de l'employé en atténuant les risques financiers liés à l'âge, l'invalidité et la mort⁵⁰. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral juge que les indemnités de départ versées par l'employeur au sens de l'art. 339 b CO, de même que celles versées à bien plaisir à titre de compensation d'éventuelles lacunes dans l'application des principes régissant la prévoyance, sont susceptibles de bénéficier d'une exonération d'impôt en vertu de l'art. 24 lit. c LIFD.

Cette jurisprudence confère donc à l'art. 24 lit. c LIFD sa portée juridique et en établit la condition générale d'application. A fortiori, le Tribunal fédéral critique et qualifie de "*trop absolue*" l'opinion doctrinale⁵¹ selon laquelle l'art. 24 lit. c LIFD ne serait applicable qu'aux prestations provenant exclusivement de la prévoyance. Cette critique s'étend donc aussi à l'avis de ceux qui estiment

⁵⁰ Arrêt du 6 mars 2001, consid. 3 bb, in PRA 2001 p. 769 et RDAF 2001 II 254.

⁵¹ AGNER/DIGERONIMO/NEUHAUS/STEINMANN, Commentaire, complément, art. 24 N 4a.

que l'art. 24 lit. c LIFD serait devenu totalement obsolète⁵². Relevons que l'avis du Tribunal fédéral est partagé par plusieurs auteurs⁵³.

Dès lors, l'art. 24 lit. c LIFD, de même que l'art. 7 al. 4 lit. e LHID, conservent leur force juridique et demeurent à notre avis pleinement applicables tant et aussi longtemps que le législateur ne les aura pas modifiées⁵⁴. La Circulaire 1/2003 induit donc en erreur en concluant de manière générale que ces dispositions ne sont plus applicables (« überholt »)⁵⁵.

1.2 Appréciation de la condition générale d'application de l'art. 24 lit. c LIFD: «affectation initiale, irrévocable et exclusive à la prévoyance»

La jurisprudence précitée mérite une analyse sur la façon dont le Tribunal fédéral a apprécié si le versement fait en espèces à l'employé par son employeur était initialement, irrévocablement et exclusivement affecté à la prévoyance. En l'état, il a été jugé que le versement litigieux n'était pas initialement affecté à la prévoyance, mais ne l'a été qu'ultérieurement sur décision de l'employé, âgé de 48 ans, du fait que l'indemnité avait été versée en premier lieu sur un compte salaire dont le contribuable avait la libre disposition. En outre, comme cette indemnité n'avait a priori⁵⁶ aucun caractère social justifiant une exemption des cotisations sociales, il semble que cela ait d'emblée exclu qu'elle puisse avoir un caractère de prévoyance.

Examinons tout d'abord si l'assujettissement d'une indemnité de départ aux cotisations sociales est déterminante pour établir si elle revêt un caractère de prévoyance. A l'époque des faits, les indemnités de départ revêtant les caractéristiques de l'art. 339 b CO⁵⁷, ainsi que les prestations allouées volontairement par l'employeur lors de la cessation des rapports de services et destinées à couvrir les mêmes éventualités que celles visées par la prévoyance professionnelle (invalidité, décès ou vieillesse)⁵⁸, pouvaient être exemptes de cotisations sociales. Depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 2001, l'art. 8ter RAVS définit exhaustivement et de manière plus précise les prestations ayant un caractère social, lorsqu'elles sont allouées par l'employeur lors de la cessation des rapports de service (quatre cas). Or, les prestations sociales selon l'art. 8ter RAVS ne revêtent pas toutes nécessairement un caractère de prévoyance. Inversement, il serait erroné de considérer qu'une prestation sociale ne tombant pas sous le coup de l'art. 8ter RAVS n'ait pas le caractère de prévoyance requis par l'art. 24 lit. c LIFD. A

⁵² YERSIN et LAFFELY MAILLARD, *Steuer Revue* 1996, p. 519.

⁵³ LOCHER, *Kommentar zum DBG*, art. 24 N 32; ZIGERLIG/JUD, *Kommentar*, art. 24 N 14.

⁵⁴ Dans ce sens également LOCHER, *Kommentar zum DBG*, art. 24 N 32; ZIGERLIG/JUD, *Kommentar*, art. 24 N 14; MAUTE/STEINER/RUFENER, p. 170 Nota 265.

⁵⁵ Circulaire 1/2003, ch. 3.4.

⁵⁶ En réalité l'indemnité de départ a été déclarée spontanément avec le salaire déterminant pour le calcul des charges sociales. Il n'est en revanche pas certain qu'une Caisse de compensation n'ait eu à se prononcer sur le «caractère social» de l'indemnité en application de l'art. 6 al. 2 lit. i RAVS.

⁵⁷ Art. 6 al. 2 lit. i RAVS; ATF 123 V 241 consid. 2c/aa.

⁵⁸ Art. 6 al. 2 lit. k et 6bis RAVS; ATF 123 V 245 consid. 2d/aa.

titre d'exemple, si une indemnité de départ selon l'art. 339 d CO, après déduction des prestations de remplacement, excède huit mois de salaire, celle-ci sera intégralement soumise aux cotisations sociales. Cela ne saurait toutefois préjuger du caractère de prévoyance de cette indemnité. Par conséquent, le caractère de prestation sociale d'une indemnité de départ selon le nouvel art. 8ter RAVS, n'est à notre avis qu'un indice pour déterminer si celle-ci revêt aussi un caractère de prévoyance au sens de l'art. 24 lit. c ou 17 al. 2 LIFD.

D'autre part, il nous paraît également excessif, voire erroné, de refuser l'application de l'art. 24 lit. c LIFD au motif que le contribuable avait la libre disposition des fonds préalablement à leur affectation ultérieure à son 2ème pilier. Cet argument semble contraire à la lettre et à l'esprit mêmes de l'art. 24 lit. c LIFD qui prévoit explicitement, dans le texte, que le réinvestissement soit effectué par le *bénéficiaire* pendant une durée de 12 mois. De plus, selon le Message⁵⁹, le but même de cette disposition est de faciliter fiscalement le libre passage, c'est-à-dire reconnaître la neutralité fiscale d'un transfert effectué par l'employé sortant d'une indemnité de départ ayant caractère de prévoyance, à condition que cette indemnité (i) soit dès l'origine destinée à couvrir de façon irrévocable et exclusive un risque financier lié à l'âge, l'invalidité ou le décès et (ii) qu'elle soit réinvestie dans le 2ème pilier dans le délai d'une année.

Cette analyse nous conduit à penser que les critères retenus par le Tribunal fédéral pour juger si la condition de l'affectation initiale, irrévocable et exclusive était remplie en l'espèce, nous apparaissent pour l'un devenu trop restrictif en regard de l'art. 8ter RAVS et, pour l'autre, contraire à l'art. 24 lit. c LIFD. Il convient donc de s'en distancer à l'avenir. Vu son caractère général, la condition générale d'application de l'art. 24 lit. c LIFD requiert une appréciation qui tienne compte des circonstances de chaque cas pour déterminer si, au moment du versement à l'employé (initialement), le capital sert exclusivement et irréversiblement à atténuer les risques financiers liés à l'âge, l'invalidité et la mort.

1.3 Autres conditions d'application de l'art. 24 lit. c LIFD

Pour que l'article 24 lit. c LIFD s'applique, il faut encore que le versement en capital fait par l'employeur soit réinvesti dans un délai d'un an auprès d'une institution de prévoyance ou serve à acquérir une police ou un compte⁶⁰ de libre-passage dans le même délai.

Le *réinvestissement* comprend en tous les cas le rachat *dans les limites de l'art. 79a LPP*. Par rapport au rachat, l'art. 24 lit. c LIFD garantit l'exonération

⁵⁹ FF1983 III, art. 24 LIFD, p. 174.

⁶⁰ La disposition s'étend également aux comptes de libre passage (art. 10 al. 2 OLP) ; ZIGERLIG/JUD, Kommentar, art. 24 N 13.

de la prestation en capital, même si le versement de l'indemnité et le rachat interviennent sur deux périodes fiscales différentes.

L'acquisition par l'employé d'une police ou d'un compte de libre passage semble théoriquement exclue par la LFLP et l'OLP. Le but des police et compte de libre passage est d'assurer le maintien de l'affectation des fonds à la prévoyance en application de la LFLP et de l'OLP. Par conséquent un libre passage ne peut en principe être financé qu'au moyen de la prestation de sortie, que verse l'institution de prévoyance directement auprès de l'institution de libre passage⁶¹. Les seules exceptions sont les versements de l'assuré sur une police ou un compte de libre passage suite (i) à un remboursement d'un versement anticipé affecté à la propriété du logement⁶² et (ii) le paiement de cotisations périodiques dues pour la couverture supplémentaire des risques de décès et d'invalidité⁶³. Cela étant, il arrive qu'en pratique les institutions d'assurance ou les banques acceptent d'ouvrir une police ou un compte de libre passage que l'employé lui-même finance. Dans ces circonstances, l'art. 24 lit.c LIFD peut-il encore s'appliquer, alors que l'achat d'un compte ou d'une police de libre passage ne serait théoriquement pas possible selon la LFLP et l'OLP ? Selon Maute/Steiner/Rufener⁶⁴, l'art. 24 lit. c LIFD est applicable même si l'achat d'une police ou compte de libre passage est susceptible d'enfreindre une règle en matière de prévoyance. Il nous apparaît aussi impensable d'exclure l'application de l'art. 24 lit. c LIFD tant que le législateur n'en aura pas adapté le texte⁶⁵.

Le délai de 12 mois court à partir du moment où le versement en capital est acquis, c.à.d. dès l'instant où le contribuable reçoit un droit ferme à son obtention. En règle générale, cette prétention naît au moment du versement par l'institution de prévoyance à l'employé⁶⁶.

2. Versement de capital par l'employeur sur un compte ou une police de libre passage de l'employé sortant (art. 4 LFLP)

Il faut tout d'abord examiner si un versement direct par l'employeur sur un compte ou une police de libre passage de l'employé est juridiquement possible en vertu de l'art. 4 LFLP. Un tel versement est non seulement possible, mais obligatoire lorsque l'indemnité en question est assujettie à la *loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle* (LFLP). En effet, la LFLP s'applique par analogie aux régimes de retraite dans lesquels l'assuré a droit à des prestations lors de la survenance d'un cas de prévoyance (art. 1 al. 3 LFLP). Selon le message⁶⁷, l'art. 1 al. 3 LFLP vise précisément les cas où les prestations ne sont pas versées par une institution

⁶¹ Art. 12 et 18 OLP.

⁶² Art. 83a al. 2 LPP et 14 al. 2 OEPL.

⁶³ Art. 18 al. 2 OLP.

⁶⁴ MAUTE/STEINER/RUFENER, *Steuern und Versicherungen*, p. 170 et Nota 265.

⁶⁵ Dans le même sens, LOCHER, *Kommentar zum DBG*, Art. 24 N 32 (et références).

⁶⁶ Prévoyance et impôts, cas A 4.3.1, A 4.2.5.

⁶⁷ FF 1992 III p. 568.

de prévoyance, *mais directement par l'employeur*. Il cite comme exemple les régimes de retraite prévus par la Confédération, les cantons et les communes tout en relevant que ce type de réglementation est également concevable dans le régime sur-obligatoire de la prévoyance professionnelle. Ce qui est déterminant selon le message, ce n'est pas le mode de financement de ce type de prestation (par l'employeur et non par l'institution de prévoyance), mais bien le fait que, dans le cadre du rapport de travail, l'employeur ait promis une prestation au travailleur en cas de survenance d'un cas de prévoyance. A notre connaissance, cette disposition légale n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence.

Exemple : Une entreprise a établi un règlement contractuel, applicable à l'ensemble de ses cadres, qui prévoit dès l'âge de 62 ans (âge de la retraite anticipée) le versement d'un complément de retraite correspondant à 2 ans de salaire. Toutefois, ce complément de retraite, cumulé avec les prestations de prévoyance et de l'AVS, ne peut excéder 80% du dernier salaire. En cas de décès ou d'invalidité avant 62 ans, l'intégralité du montant est acquise au cadre ou à ses ayants-droits. Un cadre est licencié à 40 ans et s'inscrit au chômage. L'entreprise lui verse un prorata de son complément de retraite (15/37^{ème}⁶⁸). La LFLP s'appliquant à ce versement, l'employeur n'a juridiquement pas le droit de le verser en mains de l'employé et doit le verser sur un compte ou une police de libre passage. Ce versement sera effectué en conformité de l'art. 4 LFLP.

Par conséquent, lorsqu'un employeur effectue un versement de capital sur un compte ou une police de libre passage de l'employé sortant en respectant l'art. 4 LFLP, le transfert de l'indemnité est neutre sur le plan fiscal. L'art. 24 lit. c LIFD s'applique, dans la mesure où le bénéficiaire acquiert contractuellement un droit ferme à une indemnité à caractère de prévoyance, que l'employeur verse directement au 2^{ème} pilier de son employé. La Circulaire 1/2003 ne respecte donc pas le droit fédéral en considérant qu'un tel transfert n'est pas possible selon la LFLP et que, dès lors, l'art. 24 lit. c LIFD n'est pas applicable⁶⁹.

3. Versement d'une prestation de libre passage faite en espèces par l'institution de prévoyance en faveur du salarié sortant (art. 5 LFLP)

3.1 Traitement fiscal des prestations de sorties versées en espèces

En vertu de l'art. 2 LFLP, l'assuré a droit à une prestation de sortie s'il quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage). Par conséquent, dans les cas où l'assuré n'aurait pas encore atteint l'âge ordinaire ou réglementaire de la retraite au moment du changement d'emploi, sa couverture de prévoyance professionnelle est obligatoirement maintenue. Le transfert de la prestation de sortie s'effectue

⁶⁸ 15 = 40 ans moins 25 ans. 37 = 62 ans moins 25 ans = durée maximale.

⁶⁹ Circulaire 1/2003, ch. 3.4.

directement auprès de la nouvelle institution de prévoyance ou sur un compte ou une police de libre passage (art. 3 et 4 LFLP) et l'avoir vieillesse de l'assuré demeure irrévocablement et exclusivement affecté à sa prévoyance, sans que l'assuré ne puisse en disposer. Ces transferts sont donc neutres fiscalement⁷⁰.

Le cas que nous traitons ici est celui du paiement en espèces d'une prestation de sortie en raison notamment d'un départ définitif de Suisse ou du début d'une activité lucrative indépendante non soumise à la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 5 LFLP). Le versement en espèces d'une prestation de sortie rompt la couverture initiale de l'assurance obligatoire, car les fonds ne sont plus irrévocablement et exclusivement liés au circuit de la prévoyance. L'art. 5 LFLP entraîne la liquidation obligatoire du rapport d'assurance, ce qui exclu son *maintien*. D'après la Circulaire 22/1995, les prestations de sortie faites en espèces sont donc imposables selon l'art. 38 LIFD au taux applicable l'année de leur acquisition (versement ou comptabilisation)⁷¹. Si le bénéficiaire entend par la suite *rétablir* sa prévoyance, il devra observer les formes usuelles d'affiliation, de rachat, etc. auprès d'une institution de prévoyance professionnelle⁷². Dans ce contexte, la Circulaire 1/2003⁷³, se fondant sur la Circulaire 22/1995⁷⁴, estime que l'art. 24 lit. c LIFD ne peut pas s'appliquer.

3.2 L'art. 24 lit. c LIFD est-il applicable ?

Son application doit être analysée sous l'angle du *rétablissement* d'un 2ème pilier par l'assuré, suite au versement reçu en espèces de la prestation de sortie selon l'art. 5 LFLP, le maintien de la prévoyance étant en effet exclu. D'un point de vue du droit de la prévoyance, le rétablissement d'un 2ème pilier est admissible (Wiedereinbringung in die 2. Säule)⁷⁵. Dès lors, l'art. 24 lit. c LIFD prend tout son sens.

A titre d'exemple, un contribuable cessant son activité salariée au 30 juin pour s'établir à son propre compte, peut exiger le versement en espèces de sa prestation de sortie, étant facultativement soumis à la prévoyance professionnelle, et procéder librement à un apport auprès de l'institution de prévoyance de son groupe professionnel dans le délai de 12 mois à compter du versement effectif des fonds⁷⁶. Il en va de même, si ce contribuable renonce finalement à son activité indépendante et reprend finalement un emploi salarié dans le délai de 12 mois. Dans ces cas, l'art. 24 lit. c LIFD doit

⁷⁰ YERSIN, LAFFELY MAILLARD, *Steuerrevue* 1996, p. 520 et 521; Circulaire 22/1995, ch. 2.1.

⁷¹ Circulaire 22/1995, ch. 2.3.

⁷² YERSIN, LAFFELY MAILLARD, *op. cit.*, p. 521.

⁷³ Circulaire 1/2003, ch. 3.4.

⁷⁴ Circulaire 22/1995, ch. II.1.

⁷⁵ ZIGERLIG/JUD, *Kommentar DBG*, Art. 24 N 14.

⁷⁶ Certes, un rachat dans les limites de l'art. 79a LPP serait éventuellement possible, mais il n'en demeure pas moins que l'art. 24 lit. c LIFD offre le bénéfice d'une exonération complète de la prestation de sortie durant 12 mois, le cas échéant à cheval sur deux périodes fiscales.

trouver application⁷⁷, car rien ne s'y oppose. Il semble d'ailleurs que la Commission LPP ait été de cet avis⁷⁸; toutefois le Groupe de travail prévoyance qui lui a succédé ne se prononce pas explicitement sur la question⁷⁹.

La Circulaire 1/2003, de même que la Circulaire 22/1995, ne tiennent donc pas compte de la possibilité de rétablissement d'un 2ème pilier, qu'autorise la législation en matière de prévoyance et contreviennent ainsi au droit fédéral en refusant catégoriquement l'application de l'art. 24 lit. c LIFD.

4. Versements d'une prestation d'assurance en espèces faite par l'institution de prévoyance au salarié sortant (art. 13 LPP)

Reste à analyser la portée de l'art. 24 lit. c LIFD lors de la survenance d'un cas de prévoyance (âge, décès ou invalidité). Plus particulièrement, faut-il admettre qu'un contribuable se prévale de l'art. 24 lit. c LIFD lorsque la résiliation de ses rapports de travail intervient à un âge auquel ce dernier a droit, en vertu des dispositions du règlement de l'institution de prévoyance, à des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée.

4.1 Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Selon un premier arrêt publié du Tribunal fédéral⁸⁰, l'assuré ne peut exiger de l'institution de prévoyance que son avoir vieillesse lui soit versé sur un compte ou une police de libre passage lorsqu'au moment de la résiliation de son rapport de travail, le règlement de prévoyance lui donnait un droit à des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée. L'âge réglementaire de la retraite anticipée constitue, selon le Tribunal fédéral, un cas de prévoyance donnant droit à une prestation d'assurance selon l'art. 13 al. 2 LPP, qui exclu de ce fait le droit à une prestation de sortie (selon l'ancien droit : art. 27 al. 2 LPP et 331b al. 1 CO). En l'espèce, le règlement de prévoyance ne donnait pas le choix à l'employé résiliant ses rapports de travail, alors qu'il avait atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée (55 ans), d'exiger de l'institution de prévoyance que lui soit versé son avoir vieillesse autrement que sous la forme d'une rente. Cette jurisprudence a été confirmée à deux reprises⁸¹, notamment dans un cas où le salarié sortant, âgé de 62 ans, avait manifesté l'intention de poursuivre une activité professionnelle à caractère indépendant.

⁷⁷ Même opinion ZIGERLIG/JUD, Kommentar DBG, Art. 24 N 14.

⁷⁸ Référence in ZIGERLIG/JUD, Kommentar DBG, Art. 24 N 14.

⁷⁹ Prévoyance et impôts, cas 5.1.2. exclu l'application de l'art. 24 lit. c LIFD par rapport à l'achat d'une police ou compte de libre passage, sans faire référence aux autres possibilités de rétablissement du 2^{ème} pilier.

⁸⁰ ATF 120 V 306 ss.

⁸¹ Arrêt du Tribunal administratif du 23 juin 1993 en la cause V. c/ Caisse de pension Migros in RJN 1993 249; ATF du 28 février 1998 in RSAS 1998 126.

Cependant, dans deux arrêts plus récents⁸², le Tribunal fédéral a expressément déclaré que la question était « pour le moins discutable », de savoir s'il était encore possible de soutenir, comme l'a fait la jurisprudence précitée, que la loi manquerait son but de prévoyance si l'assuré était en droit de choisir entre diverses formes de maintien de la prévoyance, alors que la LFLP en organise dorénavant les modalités (en vigueur depuis 1995). La question demeure ouverte. Dans le premier arrêt, l'assuré, âgé de 63 ans, n'a manifestement pas repris d'activité. Le Tribunal fédéral a cependant expressément réservé l'hypothèse du maintien de la prévoyance lors d'un changement d'emploi en se référant à l'art. 3 LFLP⁸³, sous-entendu alors même que l'assuré aurait atteint l'âge réglementaire de la retraite. Dans sa dernière jurisprudence connue, le Tribunal fédéral établit le catalogue des arguments qui auraient pu le conduire à revoir sa jurisprudence ancienne à la lumière de la LFLP, dont le but premier est précisément de faciliter le maintien et l'édification de la prévoyance lors d'un changement d'emploi⁸⁴. Cela étant, comme en l'espèce l'assuré était en droit de choisir entre une prestation de sortie et une rente vieillesse en cas de retraite anticipée, le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher la question de savoir si un assuré aurait pu exiger de l'institution que sa prévoyance soit maintenue sous une forme admise par la LFLP (art. 3 et 4 LFLP), et ce même si le règlement de prévoyance avait obligatoirement prévu le versement d'une prestation d'assurance en cas de retraite anticipée.

4.2 Analyse et critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Fondamentalement la question est de savoir si le fait d'atteindre l'âge limite réglementaire fixé avant l'âge ordinaire de la retraite (65 ans) constitue un cas de prévoyance qui exclut le droit à une prestation de sortie. Selon KOLLER⁸⁵, et contrairement aux auteurs sur lesquels se fonde le Tribunal fédéral, cela ne saurait être déduit ni de la législation en matière de prévoyance, ni du message.

En outre, vu le but de la LFLP, il convient de prendre en compte le contexte de chaque cas et les motifs qui conduisent l'employé sortant à demander une prestation de sortie en lieu et place d'une prestation d'assurance, sous forme de rente ou de capital. Jusqu'à présent, la jurisprudence évoquée ne permet pas à l'assuré en préretraite de choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage, et ceci indépendamment du fait que la personne concernée ait réellement l'intention de prendre sa retraite, qu'elle souhaite éventuellement exercer une autre activité lucrative ou qu'elle quitte définitivement la Suisse⁸⁶. Or, selon les cas, l'assuré ayant atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée aura intérêt à maintenir sa prévoyance, notamment (i) en cas de licenciement économique d'un employé qui reprend

⁸² ATF 126 V 89; Arrêt du 24 juin 2002 B 38/00 Gb, cons. 4b.

⁸³ ATF 126 V 89, cons. 5b.

⁸⁴ FF 1992 III, p. 567 (Version en allemand: BBl 1992 III 570 und 573).

⁸⁵ Thomas KOLLER, AJP 5/95 S. 499.

⁸⁶ Bulletin de la prévoyance professionnelle No 32, No. 191.

par la suite un nouvel emploi⁸⁷, (ii) en cas de changement d'emploi volontaire avant l'âge ordinaire de la retraite (65 ans)⁸⁸ ou encore, (iii) en cas de cessation définitive d'activité professionnelle et maintien volontaire de la prévoyance professionnelle jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite⁸⁹ (art. 4 LFLP et 10 OLP).

Dans tous ces cas de figure, mais plus particulièrement dans les hypothèses (i) et (ii), nier à l'assuré un droit à une prestation de sortie selon l'art. 2 al. 1 LFLP nous semble clairement contraire au but premier de la LFLP. En effet, au lieu de pouvoir maintenir sa prévoyance, l'assuré sera contraint d'accepter une prestation d'assurance – et bien souvent obligatoirement une rente – moins importante du fait de l'avoir reçue avant l'âge ordinaire de la retraite (réduction du droit aux prestations selon l'art. 13 al. 2 LPP). De plus, si la prévoyance ne parvient pas à être maintenue lors d'un changement d'emploi, la nouvelle institution de prévoyance serait en droit d'émettre des réserves par rapport à l'état de santé de l'assuré, ces réserves ayant pour conséquence de réduire pour 5 ans au plus sa couverture risques invalidité et décès (art. 331c CO par opposition à l'art. 14 LFLP). Sur le plan fiscal, cela ne serait pas neutre en admettant que les conditions d'application de l'art. 24 lit. c LIFD ne soient pas remplies (réinvestissement au delà de 12 mois).

Vu le but de la LFLP et les critiques récentes du Tribunal fédéral et de la doctrine, il n'est aujourd'hui plus possible de réfuter, aussi clairement qu'auparavant, à un employé sortant ayant atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée, un droit à une prestation de sortie selon l'art. 2 al. 1 LFLP, et ce, à notre avis, dans toutes les hypothèses où l'employé désire maintenir sa prévoyance sous une forme prévue par la LFLP (3 et 4 LFLP).

4.3 L'art. 24 lit. c LIFD est-il applicable ?

La question se pose uniquement lorsque l'institution de prévoyance verse en espèces à l'assuré une prestation d'assurance, en admettant qu'il *aurait été en droit d'exiger* une prestation de sortie à la lumière des dernières jurisprudences. Dans ce cas, nous sommes d'avis que l'assuré conserve la faculté de maintenir sa prévoyance en respectant la LFLP, que ce soit en transférant son patrimoine de prévoyance auprès d'une nouvelle institution en cas de changement d'emploi (art. 3 LFLP), ou en ouvrant un compte ou une police de libre passage (art. 4 LFLP et 10 OLP).

Comme l'administration fiscale fonde sa pratique sur les anciennes jurisprudences en matière de prévoyance⁹⁰, il y a aujourd'hui lieu de la revoir à la lumière des jurisprudences plus récentes. Celles-ci devraient clairement

⁸⁷ Cas soulevé par l'OFAS in Bulletin de la prévoyance professionnelle 36 No. 206.

⁸⁸ Problématique soulevée par l'OFAS in RSAS 1998 126.

⁸⁹ De l'avis de l'OFAS, l'ajournement des prestations de vieillesse jusqu'à 70 ans pour les hommes et 67 ans pour les femmes n'est pas lié à la continuation de l'exercice d'une activité lucrative (Bulletin de la prévoyance professionnelle No 30, Art. 16, p. 14).

⁹⁰ MAUTE/STEINER/RUFENER, p. 170.

conduire –tôt ou tard- à l'application de l'art. 24 lit. c LIFD dans les cas de retraite anticipée où l'employé sortant maintient sa prévoyance dans un délai de 12 mois suivant le versement en espèces de la prestation d'assurance. L'application de la législation en matière de prévoyance ne doit pas nous faire oublier que l'art. 24 lit. c LIFD est une disposition de droit fiscal dont la portée se doit d'être analysée pour elle-même. Dès lors, nous partageons l'avis de MAUTE/STEINER/RUFENER⁹¹, selon qui l'art. 24 lit. c LIFD devrait être appliqué lorsque la prestation sert effectivement à acquérir une police ou un compte de libre passage dans le délais d'un an, et ce même si ce transfert est susceptible d'enfreindre une règle en matière de LPP.

En conclusion, nous estimons que l'art. 24 lit c. LIFD doit s'appliquer à tous les cas de retraite anticipée où l'employé sortant, contraint de recevoir une prestation d'assurance de l'institution de prévoyance *-alors qu'il aurait été en droit d'exiger une prestation de sortie-*, décide néanmoins de maintenir sa prévoyance en application des articles 3 et 4 LFLP. Selon l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine, la Circulaire 1/2003 mériterait le cas échéant d'être également modifiée sur ce point, de même que la Circulaire 22/1995 refusant aussi l'application de l'art. 24 lit. c LIFD en cas de versement d'une prestation de sortie en espèces.

5. Droit cantonal genevois et vaudois

Le droit fiscal genevois contient une disposition identique à l'art. 24 lit. c LIFD. Ce qui a été dit plus haut sur le plan fédéral est donc valable *mutatis mutandis* sur le plan cantonal genevois.

En revanche, la loi sur les impôts directs cantonaux (LIVD) n'a pas complètement repris l'art. 7 al. 2 LHID en ce sens que le réinvestissement de l'indemnité de départ sur une police de libre passage n'est pas prévu. Si, comme nous le pensons, l'art. 7 al. 2 LHID conserve sa portée sur ce point également, il serait directement applicable en matière cantonale en vertu de la force contraignante du droit fédéral en matière d'harmonisation des impôts directs des cantons (art. 72 al. 2 LHID).

B. SOLUTION DU CAS PRATIQUE N° 3

- a) **Variante 1⁹²**: L'employeur verse une prestation en capital d'un montant de CHF 300'000 en espèces, en vue de couvrir les lacunes futures de la prévoyance découlant de la cessation prématurée de l'activité lucrative; il la transfère directement sur un compte de libre passage de l'employé. La lacune de prévoyance a été calculée par l'institution de prévoyance de l'employeur sur base du salaire actuel.

⁹¹ MAUTE/STEINER/RUFENER, p. 170 et Note de bas de page 265.

⁹² Exemple 5 de la circulaire AFC du 3 octobre 2002.

Selon la Circulaire AFC 1/2003: Lorsqu'un assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie (art. 2 LFLP). Si l'assuré ne reprend pas un nouvel emploi avec affiliation obligatoire auprès de l'institution de prévoyance du nouvel employeur, il est néanmoins obligé de maintenir sa prévoyance sous une autre forme (art. 4 LFLP). La prévoyance est maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage (art. 10 al. 1 OLP). En vertu de l'art. 18 al. 1 OLP, les polices et comptes de libre passage sont financés au moyen de la prestation de libre passage. Vu ces dispositions, l'administration fédérale des contributions exclut qu'une police ou un compte de libre passage puisse être financé directement par l'employeur⁹³. Dans le cas d'espèce, l'Administration fiscale se réserve le droit d'exiger du contribuable l'annulation de la transaction ou de prendre les mesures qui s'imposent concernant le compte de libre passage ou la police de libre passage. En pratique, l'administration fiscale imposera la prestation en capital qu'elle assujettira soit (i) à une imposition réduite au 1/5^{ème} du taux du barème ordinaire si la prestation revêt un caractère de prévoyance selon l'art. 17 al. 2 LIFD (imposition séparée et impôt annuel entier), soit (ii) comme revenu ajouté aux autres revenus imposables du contribuable. En l'espèce, vu que les conditions d'application prévues par la Circulaire AFC 1/2003 sont remplies (55 ans révolus, cessation définitive de l'activité lucrative et lacune future de prévoyance), l'indemnité de CHF 300'000 sera soumise à un impôt annuel entier, au 1/5^{ème} des barèmes, selon l'art. 38 LIFD.

*Les auteurs du séminaire ne partagent cependant pas cet avis*⁹⁴. Un versement direct par l'employeur sur un compte ou une police de libre passage de l'employé est juridiquement possible en vertu de l'art. 4 LFLP. En effet, la LFLP s'applique par analogie aux régimes de retraite dans lesquels l'assuré a droit à des prestations lors de la survenance d'un cas de prévoyance (art. 1 al. 3 LFLP). Selon le Message⁹⁵, l'art. 3 al. 1 LFLP vise précisément les cas où les prestations ne sont pas versées par une institution de prévoyance, mais *directement par l'employeur*. Il cite comme exemple les régimes de retraite prévus par la Confédération, les cantons et les communes tout en relevant que ce type de réglementation est également concevable dans le régime sûr – obligatoire de la prévoyance professionnelle. Ce qui est déterminant selon le Message, ce n'est pas le mode de financement de ce type de prestation (par l'employeur et non par l'institution de prévoyance), mais bien le fait que, dans le cadre du rapport de travail, l'employeur ait promis une prestation au travailleur en cas de survenance d'un cas de prévoyance.

⁹³ Circulaire AFC No 1/2003, ch. 3.4.

⁹⁴ Voir également: *Steuerliche Behandlung von Abgangsentschädigungen und anderen Kapitalabfindungen des Arbeitsgebers*, IFF Forum für Steuerrecht 2003/1, 3.3.2.

⁹⁵ FF 1992 III p. 568.

A ces conditions, une indemnité de départ versée par l'employeur directement sur un compte ou un police de libre passage est neutre sur le plan fiscal⁹⁶.

En l'espèce, le versement de l'indemnité de CHF 300'000 serait neutre sur le plan fiscal, si elle ait été versée en conformité d'un règlement contractuel garantissant des prestations pour le cas de prévoyance.

- b) **Variante 2:** L'employeur verse les CHF 300'000 en espèces directement sur le compte de son employé, lequel décide de les affecter intégralement à l'acquisition d'une police de libre-passage.

Selon la circulaire AFC 1/2003: Vu qu'une police ou un compte de libre passage ne peut en principe être financé autrement qu'au moyen d'une prestation de libre passage (art. 18 al. 1 OLP), la Circulaire AFC 1/2003 exclut l'acquisition par le salarié sortant d'une police ou d'un compte de libre passage au moyen de l'indemnité de départ reçue de l'employeur. Cette solution était celle prévue par la Circulaire AFC 22/1995 (ch. II.1). De ce fait, l'Administration fiscale exclut l'application de l'art. 24 lit. c LIFD, au motif qu'elle est contraire à la législation en matière de prévoyance⁹⁷.

De ce fait, l'indemnité de CHF 300'000 devrait être soumise à une imposition séparée au 1/5^{ème} du barème, vu son caractère de prévoyance (voir ci-dessus ch. a)).

Selon les auteurs: En admettant que l'acquisition par l'employé d'une police ou d'un compte de libre passage soit théoriquement exclu par la LFLP et l'OLP, il arrive qu'en pratique des compagnies d'assurance ou des banques acceptent qu'un employé finance au moyen de ses fonds propres l'acquisition d'une police ou d'un compte de libre passage. Vu sous cet angle, nous pensons qu'il doit être possible d'appliquer l'art. 24 lit. c LIFD (art. 7 al. 4 lit. e LHID) garantissant l'exonération fiscale d'un tel investissement au 2^{ème} pilier pour autant qu'il soit effectué en-déans les 12 mois qui suivent le versement de l'indemnité. Nous pensons en effet, comme d'autres auteurs⁹⁸, qu'il est impensable d'exclure l'application de l'art. 24 lit. c LIFD tant que le législateur n'en aura pas modifié le texte.

En l'espèce, vu le caractère de prévoyance de l'indemnité de CHF 300'000, il nous paraîtrait légitime et défendable d'invoquer l'application de l'art. 24 lit. c LIFD (art. 7 al. 4 lit. e LHID) et requérir l'exonération fiscale de la prestation en capital ayant servi à acquérir une police de libre passage.

⁹⁶ Au même titre qu'un transfert d'une prestation de sortie dans une nouvelle institution de prévoyance ou dans un institution de libre passage; circulaire AFC No 22/1995, II, 2.1.

⁹⁷ Cette interprétation est notamment fondée sur l'opinion de certains auteurs dont Yersin/Laffely Maillard, *Steuerrevue* 1996, p. 519.

⁹⁸ Maute/Steiner/Ruffener, *Steuern und Versicherungen*, 1999, p. 170 et *nota* 265; Locher, *Kommentar zum DBG*, art. 24 N. 32 (et références).

- c) **Variante 3⁹⁹**: Deux ans après la cessation d'activité, l'employé âgé de 60 ans reprend un poste de direction auprès d'un nouvel employeur avec un salaire identique au précédent. L'employé a la faculté de racheter des années de cotisation manquantes auprès de son nouvel employeur. Il transfère son compte de libre-passage auprès de la nouvelle institution de prévoyance et rachète en plus des années de cotisations manquantes pour CHF 100'000.

Le transfert de son compte de libre passage auprès d'une nouvelle institution de prévoyance est neutre fiscalement¹⁰⁰. Quant au rachat, il est déductible fiscalement dans les limites de l'art. 79 a LPP, nonobstant une imposition antérieure au titre de l'art. 17 al. 2 LIFD; son application exige en effet que le contribuable ait définitivement cessé son activité lucrative. A défaut de base légale autorisant la révision ou interdisant le rachat dans ce cas, l'imposition selon l'art. 17 al. 2 sera néanmoins maintenue et le rachat admis.

- d) **Variante 4**: Sur une offre d'un nouvel employeur, l'employé reprend une activité professionnelle 11 mois après la cessation de son activité antérieure et procède en même temps à un rachat d'années de cotisations pour CHF 100'000 auprès de l'institution de prévoyance du nouvel employeur.

La Circulaire autorise l'application de l'art. 24 lit. c LIFD dans l'hypothèse de la reprise d'une activité dans les douze mois suivant la cessation *présumée définitive* de l'emploi précédant. Dans ce cas, l'indemnité de départ est exonérée fiscalement et le rachat non déductible. Cet exemple illustre bien que la condition de la "cessation définitive de l'activité lucrative" doit être interprétée avec souplesse.

⁹⁹ Exemple 6 de la circulaire AFC du 3 octobre 2002.

¹⁰⁰ Circulaire AFC 22/1995, 2 II.1.

CAS N° 4

A. APERCU THEORIQUE - Versements de capitaux remplaçant des prestations périodiques (art. 37 LIFD)

1. En droit fédéral

1.1 Champs d'application de l'art. 37 LIFD

En vertu du principe de la capacité contributive, selon lequel des contribuables de même capacité financière doivent payer des impôts équivalents¹⁰¹, le revenu que constitue un versement en capital destiné à éteindre une *créance donnant droit* à des prestations périodiques doit entraîner un impôt sur le revenu équivalent à celui que le contribuable aurait dû subir s'il avait perçu les prestations périodiques en lieu et place du versement en capital. L'art. 37 LIFD propose ainsi de soumettre l'intégralité du versement en capital à une progression juste et objective. Celle-ci est déterminée par la conversion en rente annuelle de la prestation versée sous forme de capital; la rente annuelle ainsi déterminée est ajoutée aux autres revenus réalisés au cours de la même période fiscale pour déterminer le taux d'imposition. En droit fédéral, la conversion peut être effectuée de diverses manières : Lorsque le droit aux prestations périodiques s'étend sur une période déterminée (par exemple 10 ans), la conversion est effectuée en divisant le montant du versement en capital par le nombre d'années (prestation annuelle moyenne)¹⁰² ; Lorsque le versement en capital remplace une rente de durée indéterminée (viagère), la conversion peut avoir lieu sur base de la table de conversion éditée en 1990 par l'Office fédéral des assurances privées¹⁰³.

Anciennement, seules les prestations en capital destinées à éteindre un droit à des *prestations périodiques futures* étaient susceptibles d'être imposées selon l'art. 37 LIFD. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 octobre 2000¹⁰⁴, l'art. 37 LIFD s'applique également aux versements remplaçant le droit à des *prestations périodiques passées*, lorsque (i) le contribuable avait droit à des prestations périodiques, (ii) que leur versement a été retenu dans le passé, et ce (iii) indépendamment de la volonté du contribuable. A titre d'exemple, l'arrêt précité indique les contributions d'entretien (art. 125 CCS) et les rappels de salaires. Par conséquent, l'art. 37 LIFD peut dorénavant s'appliquer à certaines formes de versement en capital remplaçant des prestations périodiques futures ou passées.

¹⁰¹ ATF 112 I a 240.

¹⁰² BAUMGARTNER, *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, Art. 37 N 13.

¹⁰³ Circulaire AFC No. 4 du 9 mars 1990, in Archives 58, p. 648.

¹⁰⁴ Arrêt du 5 octobre 2000, www.bger.ch: 2A.68/2000/leb, traduit in RDAF 2002, p. 6 ss.

1.2 L'art. 37 LIFD est-il applicable aux indemnités de départ ?

Le cadre de la question est celui des indemnités de départ ne revêtant pas un caractère prépondérant de prévoyance, car dans cette hypothèse celles-ci sont soumises à une imposition selon l'art. 17 al. 2 et 38 LIFD¹⁰⁵.

Selon l'ancien droit¹⁰⁶, les versements de capitaux effectués par un employeur à la fin des rapports de service étaient imposables au taux de la rente, pour autant qu'ils aient un caractère prépondérant de prévoyance (art. 339a, b et c CO). Selon le nouveau droit¹⁰⁷, ces versements ne sont dorénavant plus imposables au taux de la rente (art. 37 LIFD), mais au 1/5ème du taux selon les art. 17 al. 2 et 38 LIFD. Dès lors, selon le Tribunal fédéral¹⁰⁸, "*l'application de l'art. 37 LIFD est par exemple exclue [...] en cas d'indemnité pour cause de départ (cf. à ce sujet art. 17 al. 2 LIFD), [ou] en cas de paiements de salaires fondés sur un accord, dans le cadre d'un long rapport de service (ASA 48 72ss [Art. 40 al. 2 AIFD refusé à une indemnité dont le caractère principal n'était pas la prévoyance])*".

Ce dernier arrêt n'analyse en revanche pas la portée de l'art. 37 LIFD par rapport aux versements de capitaux à la fin des rapports de service, lorsqu'ils remplacent des prestations périodiques auxquelles l'employé avait droit, sans que ceux-ci revêtent le caractère de prévoyance. Tel serait notamment le cas d'un versement en capital destiné à compenser une prétention salariale passée (rattrapage de salaire trop faible) ou une prétention contractuelle future résultant du contrat de travail¹⁰⁹. Avec Ivo Baumgartner¹¹⁰, nous sommes d'avis, qu'en vertu du principe de la capacité contributive et de la jurisprudence récente, rien ne permet d'exclure l'application de l'art. 37 LIFD à ce genre cas.

2. En droit cantonal genevois

2.1 L'art. 17 LIPP-V et l'Information 5/2000

Le texte de cette disposition s'étend au-delà du cadre impératif de l'art. 11 al. 2 LHID, qui n'exige pas que des versements en capital à la fin des rapports de service soient soumis au taux de la rente. Le législateur genevois a manifestement voulu maintenir un traitement fiscal identique à l'ancien droit cantonal (art. 31 B LCP) et fédéral (art. 40 al. 4 AIFD). Ce faisant, le

¹⁰⁵ Ch. 3.1 ci-dessus.

¹⁰⁶ Art. 40 al. 4 AIFD, ASA 48 82 s.

¹⁰⁷ AGNER/JUNG/STEINMANN, Kommentar, art. 37 N 4; Circulaire AFC du 30 octobre 1992, in ASA 61, p. 6 ss ad 37 et 17 LIFD.

¹⁰⁸ Arrêt du 5 octobre 2000, www.bger.ch: 2A.68/2000/Ieb, traduit in RDAF 2002, p. 6 ss.

¹⁰⁹ StE 1998 B 29.2 nr. 5.

¹¹⁰ Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2A, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) ad art. 37 N. 12.

législateur genevois a délibérément souhaité offrir un régime d'imposition non moins favorable que celui pratiqué sous l'égide de l'ancien droit¹¹¹.

Les modalités et conditions d'imposition, selon l'art. 17 LIPP-V, des prestations en capital versées par l'employeur à la fin des rapports de service sont contenues dans une Information No. 5/2000 de l'Administration fiscale genevoise.

D'après cette Information, seules les indemnités de départ destinées à remplacer des *prestations périodiques futures* sont en principe susceptibles d'être imposables selon l'art. 17 LIPP-V¹¹². Afin de déterminer si l'indemnité de départ constitue une prestation périodique future ou, au contraire, si elle doit être assimilée à un complément de salaire -imposable avec les autres revenus au taux ordinaire-, l'Information propose trois critères : (i) le motif du versement (récompense pour services rendus dans le passé par opposition au versement en capital destiné à remplacer des prestations périodiques futures), (ii) l'âge du bénéficiaire et (iii) le fait que le bénéficiaire reprenne un emploi directement ou rapidement après la fin des rapports de service¹¹³. En réalité, ces critères servent habituellement à déterminer si l'indemnité revêt un caractère de prévoyance, dont l'Information ne parle au demeurant à aucun endroit, mais ne permettent en revanche pas d'établir si l'indemnité de départ concernée est juridiquement destinée à remplacer des prestations périodiques dont fait l'objet l'article 17 al. 2 LIPP-V. La circulaire introduit des conditions d'application que nous jugeons donc peu claires et trop restrictives¹¹⁴ par rapport au texte de l'art. 17 LIPP-V, dont le champ d'application n'est pas limité aux seules indemnités de départ remplaçant des prestations périodiques futures.

2.2 Quelles indemnités de départ bénéficient du régime de l'art. 17 LIPP-V ?

Vu que l'art. 17 LIPP-V reprend en substance le régime en vigueur sous l'ancien droit cantonal et fédéral, son champ d'application doit être déterminé davantage à la lumière de la jurisprudence qui s'y rapportait, qu'au vu de l'interprétation qu'en fait l'Administration selon l'Instruction 5/2000.

En règle générale, les versements de capitaux effectués par un employeur à la fin des rapports de service étaient imposables au taux de la rente selon l'art. 31 B LCP, pour autant qu'ils aient eu un caractère prépondérant de prévoyance (art. 339a, b et c CO)¹¹⁵. Comme l'art. 17 LIPP-V reprend le texte de l'art. 31 B LCP (ancien), les indemnités de départ à caractère de prévoyance devraient donc en principe être imposables au taux de la rente

¹¹¹ La formulation de l'art. 17 LIPP-V n'a soulevé aucune remarque dans le cadre de la procédure législative, in *Mémorial du Grand Conseil* 2000 44/VIII 7293.

¹¹² Information No. 5/2000, ch. 4.2.

¹¹³ Information No. 5/2000, ch. 4.1.

¹¹⁴ Dans ce sens CLOPATH, RDAF 56 p. 523 ss., p. 534.

¹¹⁵ Par analogie en matière fédérale : ASA 48, p. 82 s.

selon l'art. 17 LIPP-V ; d'ailleurs l'Information 5/2000 le sous-entend en faisant référence à des critères liés à la prévoyance (not. l'âge du bénéficiaire, la reprise ou non d'un emploi). Dans pareille hypothèse, une indemnité de départ à caractère de prévoyance serait traitée différemment sur le plan fédéral (1/5ème du taux ; 17 al. 2 et 38 LIFD), qu'au plan cantonal (taux de la rente). Or, cette différence de traitement ne semble pas avoir été voulue, ni même anticipée, par le législateur¹¹⁶ ; au demeurant, elle semblerait contraire à la volonté des autorités fiscales¹¹⁷.

En admettant que ce traitement fiscal différencié résulte d'une lacune involontaire de la loi, comme nous le pensons, il serait alors possible de soumettre les indemnités de départ versées par l'employeur ayant caractère de prévoyance à une imposition analogue au droit fédéral, c.à.d. au 1/5ème du taux ordinaire selon l'art. 18 LIPP-V.

Quant aux indemnités de départ destinées à remplacer des prestations périodiques, passées ou futures, auxquelles l'employé avait droit et n'ayant pas le caractère de prévoyance (p.ex. rattrapage de salaire trop faible ou acquittement d'une prétention contractuelle future résultant du contrat de travail), c'est à double titre qu'elles tombent dans le cadre de l'art. 17 LIPP-V, comme de l'art. 37 LIFD¹¹⁸.

En conclusion, l'art. 17 LIPP-V s'applique : (i) aux indemnités de départ dont les caractéristiques sont celles d'une prestation en capital remplaçant des prestations périodiques futures ou passées, voire (ii) aux indemnités de départ à caractère de prévoyance, pour autant qu'il soit démontré que ceci correspond à la volonté réelle du législateur (à défaut l'art. 18 LIPP-V leur est applicable). Toute autre indemnité constituera très vraisemblablement un complément de salaire.

3. En droit cantonal vaudois

Le texte de l'art. 48 al. 1 LIVD est identique à celui de l'art. 11 al. 2 LHID et de l'art. 37 LIFD. A ce jour, le canton de Vaud n'a publié aucune circulaire sur cette disposition. Selon nous, son champ d'application doit donc être le même qu'en matière fédérale, et ce qui a été dit à ce sujet doit être valable *mutatis mutandis*¹¹⁹.

En substance, si l'indemnité de départ n'a pas un caractère de prévoyance, mais qu'elle vise à remplacer les prestations périodiques passées ou futures, elle sera soumise à l'impôt au taux de la rente, selon l'art. 48 LIVD. A notre avis, la jurisprudence du Tribunal fédéral du 5 octobre 2000 admettant l'application de l'art. 37 LIFD à un versement en capital indemnisant des

¹¹⁶ Ni l'exposé des motifs, ni la préconsultation, ni le rapport de la Commission fiscale, ni les débats n'en font état, in MGC 2000 22/IV 3543.

¹¹⁷ Information 5/2000, ch. 5.

¹¹⁸ Ch. 1.2. ci-dessus.

¹¹⁹ Ch. 1. ci-dessus.

prestations échues dans le passé, doit s'appliquer *mutatis mutandis*. En revanche, si l'indemnité de départ ne vise pas à remplacer des prestations périodiques, elle sera soumise (i) à un impôt annuel entier à 50% du taux correspondant à ce seul revenu si elle a été acquise durant la brèche de calcul en 2001 et 2002 (art. 82 et 262 al. 1 LIVD) et, (ii) à compter de 2003, à 100% à l'impôt sur le revenu (art. 27 lit. c LIVD).

L'art. 48 al. 2 LIVD traite des rachats d'assurance de rentes viagères dites vaudoises. Il s'agit d'une assurance de type 3ème pilier B dont le traitement fiscal dépend du droit applicable au moment du rachat¹²⁰.

B. SOLUTION DU CAS PRATIQUE

M. DAMATO est engagé en tant qu'expatrié pour une durée déterminée de cinq ans par une entreprise suisse en 1997. En 1998, M. DAMATO est licencié par l'entreprise de façon abusive. Par la suite, il retrouve un travail et s'établit en Suisse. Après une procédure devant les tribunaux, M. DAMATO obtient de son ancien employeur le paiement en 2003 de (i) CHF 600'000 correspondant au rattrapage partiel de salaire 1998 à 2001 et (ii) une indemnité pour tort moral de CHF 40'000.

i) Traitement fiscal de l'indemnité de CHF 600'000

Anciennement, seules les prestations en capital destinées à éteindre un droit à des prestations périodiques futures étaient susceptibles d'être imposées selon l'art. 37 LIFD. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 octobre 2000¹²¹, l'art. 37 LIFD s'applique également aux versements remplaçant le droit à des prestations périodiques passées, lorsque (i) le contribuable avait droit à des prestations périodiques, (ii) que leur versement a été retenu dans le passé, et ce (iii) indépendamment de la volonté du contribuable. Dans l'arrêt en question, il s'agissait du paiement rétroactif d'une rente versée par la caisse nationale d'assurance accident (CNA). Le Tribunal fédéral a en effet estimé que la prestation en capital de la CNA ne servait incontestablement qu'à payer ultérieurement des rentes accumulées, qui normalement auraient dû être versées périodiquement¹²². Selon le Tribunal fédéral, le champ d'application de l'art. 37 LIFD s'étend non seulement aux rentes dans le domaine des assurances sociales, mais également à des contributions d'entretien (art. 125 CCS) ou des rappels de salaire, fondé sur l'art. 8 al. 3 Cst. (l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale). Par conséquent, l'art. 37 LIFD peut dorénavant s'appliquer à certaines formes de versement en capital remplaçant des prestations périodiques futures ou passées.

En l'espèce, l'indemnité de CHF 600'000 correspond au salaire auquel M. DAMATO aurait eu droit s'il n'avait pas été abusivement licencié.

¹²⁰ Pour plus de détails : SKAWRONSKI, p. 43 ss.

¹²¹ Arrêt du 5 octobre 2000, www.bger.ch: 2A.68/2000/leb, traduit in RDAF 2002, p. 6 ss.

¹²² ATF 112 I a, consid. 2.

L'indemnité vise donc clairement à acquitter sous forme d'un versement en capital des prestations périodiques annuelles. Par jugement du Tribunal des prud'hommes, M. DAMATO acquiert en 2003 une prétention ferme et réalise un revenu imposable. Selon nous, ce revenu est imposable au taux de la rente en vertu de l'art. 37 LIFD. La prestation en capital doit donc être convertie en rente annuelle en vue de la détermination du taux d'imposition. Vu que le droit aux prestations périodiques s'étend sur une période déterminée (1998 à 2001), la conversation doit être effectuée, selon nous, en divisant le montant du versement en capital par le nombre d'années (prestation annuelle moyenne)¹²³. Ainsi, le calcul se présenterait de la manière suivante: CHF 600'000 \div 4 = CHF 150'000 à ajouter aux autres revenus en vue de la fixation du taux d'imposition.

ii) Traitement fiscal de l'indemnité pour tort moral de CHF 40'000

En droit fiscal suisse, l'indemnité en réparation d'un dommage n'est pas qualifiée comme revenu et n'est donc pas imposable, si cette indemnité *compense une perte de capital* entraînée par le fait dommageable (*damnum emergens*). Ce principe s'applique en particulier à l'indemnité pour tort moral qui est expressément exonérée selon l'art. 24 lit. g LIFD. A noter qu'une indemnité pour tort moral visant à compenser un gain manqué (*lucrum cessans*) est susceptible d'être considérée comme un revenu, *a fortiori* imposable¹²⁴.

En admettant que l'indemnité pour tort moral de CHF 40'000 ait été allouée à M. DAMATO de manière à compenser un fait dommageable assimilable à une perte en capital, résultant par exemple d'une atteinte illicite à sa personnalité (art. 49 CO), elle serait exonérée fiscalement en vertu de l'art. 24 lit. g LIFD.

¹²³ Correspond à la pratique des autorités fiscales; Baumgartner, Kommentar zum DBG, art. 37 N. 13.

¹²⁴ Zigerlig/Jud, Kommentar zum DBG, ad 24 N. 27.

Bibliographie générale

Doctrine

- AGNER PETER/DIGERONIMO ANGELO/NEUHAUS HANS-JÜRIG/STEINMANN
GOTTHARD, *Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband*, Zürich 2000 (cit.: *Commentaire/Complément*)
- AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, *Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer*, Zürich 1995 (cit.: *Commentaire*)
- BARKE CLAUDE-ALAIN, v. *von Streng Etienne/Enderli Luc/Barke Claude-Alain/Vuilleumier Frédéric*
- BAUMGARTNER IVO P., in: *Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, Basel u.a. 2000, Art. 35 – 39 (cit.: *Commentaire*)
- CONFERENCE SUISSE DES IMPOTS. COMMISSION LPP, *Prévoyance et impôts, cas d'application de prévoyance professionnelle et de prévoyance individuelle*, Bern 2002 (cit.: CFI, cas d'application)
- CLOPATH GION, *Traitement des indemnités de licenciement en droit fiscal suisse et genevois*, RDAF 2000, p. 523 ss.
- DIGERONIMO ANGELO, v. *Agner Peter/Digeronimo Angelo/Neuhaus Hans-Jürg/Steinmann Gotthard*
- ENDERLI LUC, v. *von Streng Etienne/Enderli Luc/Barke Claude-Alain/Vuilleumier Frédéric*
- EXPERTENGRUPPE CAGIANUT, *Steuerharmonisierung, Bericht zur Steuerharmonisierung, Schriftenreihe der Treuhandskammer, Bd. 128*, Zürich 1994 (cit.: *Rapport Cagianut*)
- JUD GUIDO, s. *Zigerlig Rainer/Jud Guido*
- JUD HEINRICH, *Besteuerung von Leistungen aus Sozialplänen im Zürcher Steuerrecht*, in *ZStP* 1995, p. 183 ss.
- *Steuerfolgen von Stellenwechsel und Entlassung in: Thomas Geiser/Peter Münch, Stellenwechsel und Entlassung*, Basel 1997, N 15.47 s.
- JUNG BEAT, v. *Agner Peter/Digeronimo Angelo/Neuhaus Hans-Jürg/Steinmann Gotthard*
- v. *Agner Peter/Jung Beat/Steinmann Gotthard*
- KOLLER THOMAS, *Vorzeitige Pensionierung und Anspruch auf Freizügigkeitsleistung: Bemerkungen zu einem eigenartigen Spannungsverhältnis*, *AJP/PJA* 4/95, p. 497
- LAFFELY MAILLARD GLADYS, v. *Yersin Danielle/Laffely Maillard Gladys*

-
- LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1 - 48 DBG, Therwil/Basel 2001 (zit.: Commentaire)
- MAUTE WOLFGANG/STEINER MARTIN/RUFENER ADRIAN, Steuern und Versicherungen, 2. Auflage, Bern 1999
- NEUHAUS HANS-JÜRIG, Die steuerlichen Massnahmen im Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungspaket 1998, in: ASA 68 (1999/2000) 273 ss.
- *s. Agner Peter/Digeronimo Angelo/Neuhaus Hans-Jürg/Steinmann Gotthard*
- PETER ERICH/WALSER HERMANN, Der Einkauf von Beitragsjahren in der Zweiten Säule, Gedanken zum Kreischreiben Nr. 3 der EStV vom 22. Dezember 2000, in StR 2001, p. 482 ss.
- PETER-SZERENYI LINDA, Der Begriff der Vorsorge im Steuerrecht, Zürich 2001
- REICH MARKUS, in: Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/1 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Basel/Frankfurt a.M. 1997, Art. 1, 7-11, 74, 76, 79 (cit.: Commentaire)
- RUFENER ADRIAN, v. Maute Wolfgang/Steiner Martin/Rufener Adrian
- SCHNIDER PETER, Vollzugsnotstand, Einkaufsregelung in letzter Minute, in SPV 2000, p. 947
- SKAVRONSKI DANIEL, Les nouveautés de la loi des impôts directs du canton de Vaud (LI 2001), Lausanne 2001
- STEINER MARTIN, Beletage-Versicherung – Möglichkeiten und Grenzen aus steuerlicher Sicht, in ASA 58 (1990), p. 625 ss. (cit.: Steiner, Beletage)
- Steuerliche Grenzen einer Individualisierung der zweiten Säule, in StR 1997, p. 379 ff. (cit.: Steiner, Grenzen)
- Überobligatorische berufliche Vorsorge und Steuerrecht, in StR 1989, p. 361 ff (cit.: Steiner, Vorsorge)
- *v. Maute Wolfgang/Steiner Martin/Rufener Adrian*
- STEINMANN GOTTHARD, Neue Anwendungsfälle aus der Steuerpraxis im Bereich der Vorsorge, in StR 1997, p. 293 ss.
- *v. Agner Peter/Digeronimo Angelo/Neuhaus Hans-Jürg/Steinmann Gotthard*
- *v. Agner Peter/Jung Beat/Steinmann Gotthard*
- VON STRENG ETIENNE/ENDERLI LUC/BARKE CLAUDE-ALAIN/VUILLEUMIER FRÉDÉRIC, Loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998, in EC 1999, p. 768

VUILLEUMIER FRÉDÉRIC, v. *von Streng Etienne/Enderli Luc/Barke Claude-Alain/Vuilleumier Frédéric*

WALSER HERMANN, v. *Peter Erich/Walser Hermann*

WEIDMANN HEINZ, Die steuerliche Behandlung von Zuwendungen an Personalvorsorgeeinrichtungen, in StR 1990, p. 107 ss

YERSIN DANIELLE/LAFFELY MAILLARD GLADYS, L'imposition des revenus provenant de la prévoyance dès 1995, in StR 1996, p. 519

ZIGERLIG RAINER/JUD GUIDO, in: Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Basel/Genf/München 2000, Art. 23-24, 33, 83-101, 104-108, 136-139 (cit.: Commentaire)

Travaux législatifs

Message du Conseil fédéral sur l'harmonisation fiscale du 25 mai 1983 (FF 1983 Vol. III p. 1 et ss)

Mémorial des séances du Grand Conseil genevois 2000: Projet (PL 8202-A)

Circulaires administratives

Circulaire de l'ACI-VD n° 36 sur les institutions de prévoyance et leur financement (avril 1996)

Information de l'Administration fiscale cantonale genevoise n° 1/1990 sur l'adéquation des mesures de prévoyance

Information de l'Administration fiscale cantonale genevoise n° 5/2000 sur l'imposition des prestations en capital versées à l'employé par l'employeur à la fin des rapports de service

Circulaire d'information de l'Association Suisse des Institutions de Prévoyance (ASIP) n° 25 (15 mars 2001)

Circulaire de l'AFC Nr. 1/2003 sur les indemnités de départ et les versements de capitaux de l'employeur (3 octobre 2002)

Circulaire de l'AFC Nr. 3/2001-2002 sur les limites du rachat dans la prévoyance professionnelle selon la loi fédérale du 19 mars 1999 sur le programme de stabilisation 1998 (22 décembre 2000)

Circulaire de l'AFC Nr. 22/1995-1996 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (4 mai 1995)

Circulaire de l'AFC Nr. 4/1991-1992 sur les tableaux pour convertir en rentes viagères les prestations en capital (9 mars 1990)

Communication de l'Administration fédérale des contributions relativement aux innovations apportées par la LIFD (30 octobre 1992) in Arch. 61 (1992/93), p. 6.

Mitteilung des KStA Zürich zur Besteuerung von Leistungen aus Sozialplänen
(vom 15. Mai 1995), in ZStP 1995, 180 ss.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 32 de l'OFAS relatif à la LFLP
(21 avril 1995)

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 36 de l'OFAS (16 septembre
1996)

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 56 de l'OFAS offrant un
commentaire de l'article 60a OPP 2 (29 décembre 2000)