

**Analyse relative à l'application concrète
de l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2010 (2C_658/2009)**

**Déduction des rachats et versements ultérieurs
sous forme de capital**

(Portée de l'art. 79b al.3 LPP sur le plan fiscal)

Table des matières

A.	Rappel de la problématique	2
B.	Interprétation du point de vue du droit de la prévoyance par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)	2
C.	Arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2010 relatif à la portée sur le plan fiscal de l'art. 79b al. 3 LPP	3
D.	Conclusions tirées de l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2010	4
E.	Application concrète de l'arrêt du Tribunal fédéral dans la Procédure de taxation	4
1.	Problématique	4
2.	Application concrète de l'arrêt du Tribunal fédéral sur le plan de la procédure	5
	a) Réouverture des taxations entrées en force	5
	b) Conséquences sur l'imposition des prestations en capital	6
	c) Détection des cas et problématique des rachats peu importants (absence de matérialité)	7
3.	Dispositions transitoires	7
F.	Résumé	7

A. Rappel de la problématique

Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent examiné la problématique de rachats effectués auprès d'institutions de prévoyance professionnelle suivis de versements sous forme de capital sous l'angle de l'évasion fiscale¹.

Dans le cadre de la 1ère révision LPP, certaines normes ont été intégrées dans la LPP afin de combattre les abus dans le 2ème pilier. L'art. 79b al.3 LPP traitant de la relation entre rachat et prestation en capital prévoit la règle suivante:

„Les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans.“

L'interprétation de cette disposition n'était pas claire. La question de savoir si cette disposition était directement applicable à la problématique de la déduction des rachats sur le plan fiscal était controversée.

B. Interprétation du point de vue du droit de la prévoyance par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)

L'Office fédéral des assurances sociales est d'avis que seul le montant correspondant au rachat, y compris les intérêts, ne peut être retiré sous forme de capital dans les trois ans. Par conséquent, toute la prévoyance acquise avant le rachat n'est pas concernée par cette disposition². La Cour de droit social (assurances sociales) n'a pas encore rendu d'arrêt par rapport à cette question d'interprétation.

C. Arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2010 relatif à la portée sur le plan fiscal de l'art. 79b al. 3 LPP

Le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt du 12 mars 2010 (2C_658/2009), pris position pour la première fois par rapport à la portée de l'art. 79b al.3 LPP sur le plan fiscal.

¹ ATF 131 II 627 cons. 4.2 et 5.2 p. 633 ss.; 593 cons. 4 p. 603ss; Archives 78 289 cons. 5; RDAF 2009 II 9 cons. 4 et 5; 368 cons. 8; StE 2004 A 21.13 no 6 cons. 3; Revue fiscale 62/2007 636 cons. 4.1; 58/2003 879 cons. 3.2; Arrêts 2C_555/2007 du 3 Mars 2008 cons. 3 et 4 ainsi que 2A.705/2005 du 13 avril 2006 cons. 5.

² Bulletin de la prévoyance professionnelle no 88 du 28 novembre 2005, ch. 511, confirmé par le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 93 du 11 juillet 2006, ch. 540 et No 110 du 15 janvier 2009, ch. 678.

Le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 79b al.3 LPP est certes en premier lieu une norme relevant du droit de la prévoyance, mais il se fonde clairement sur des raisons d'ordre fiscal. Selon une interprétation grammaticale, il ne règle que le problème de l'admissibilité d'une prestation en capital dans un délai de trois ans à compter du rachat. Les délibérations parlementaires relatives à l'art. 79b al. 3 LPP démontrent très clairement que le législateur voulait, en introduisant un délai de blocage, combattre les mêmes abus permettant une économie d'impôt que ceux qui avaient conduit le Tribunal fédéral à refuser la déduction des rachats en présence d'une évasion fiscale³. Le Tribunal fédéral estime dès lors que l'art. 79b al.3 LPP est également applicable à la question de la déductibilité des rachats suivis de versements sous forme de capital. Etant donné que la problématique découlant du droit fiscal est distincte de celle relevant du droit de la prévoyance, les prises de positions de l'Office fédéral des assurances sociales ne déploient pas d'effet obligatoire à l'encontre des autorités fiscales. Le Tribunal fédéral ne pouvait ainsi s'exprimer que sur la portée de l'art. 79b al.3 LPP sur le plan fiscal, c'est-à-dire sur la question de savoir si le rachat effectué peut être déduit du revenu imposable.

Le Tribunal fédéral considère ainsi que l'art. 79b al. 3 LPP reprend et concrétise la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le refus de la déduction du rachat en cas d'évasion fiscale dans le sens d'une réglementation uniforme et impérative. Si cette disposition soumet à un délai de blocage – interdisant le versement sous forme de capital – de trois ans les „prestations résultant d'un rachat“, il ne faut pas la comprendre dans le sens qu'elle établit un lien direct entre le rachat et la prestation. Il faut aussi opposer à ce lien direct le fait que les prestations d'une institution de prévoyance sont financées par tout le capital de prévoyance à disposition de la personne assurée. En raison de ces considérations, l'art. 79b al.3 LPP doit être interprété de telle manière que toute prestation en capital versée dans le délai de trois ans est abusive et que tout rachat effectué dans ce délai ne doit pas être admis en déduction du revenu imposable.

Le Tribunal fédéral précise encore ce qui suit par rapport au cas d'espèce:

„Cette assimilation conséquent – ne souffrant en principe aucune exception – des prestations en capital versées dans le délai de trois ans à une déduction fiscale abusive se révèle être également exacte dans le cas d'espèce. Une séparation claire entre le rachat et le versement d'une rente, d'une part, et les avoirs accumulés durablement et le versement sous forme de capital, d'autre part, a certes été effectuée dans le cas d'espèce. Comme cela a déjà été démontré (...), cette différence par rapport au modèle classique d'abus n'est cependant pas déterminante. Au contraire, on a également affaire en l'occurrence à un rachat suivi peu de temps après d'un versement sous forme

³ ATF du 12.3.2010, 2C_658/2009

de capital des fonds du 2^{ème} pilier, de sorte que le « va-et-vient » des fonds ne permet pas une amélioration appropriée de la couverture d'assurance, mais doit être considéré comme un placement purement transitoire motivé par des raisons fiscales. L'art. 79b al.3 LPP permet de lutter contre de tels cas de figure, dès lors qu'il s'applique (dans le cadre du droit fiscal déterminant en l'espèce) de manière uniforme et obligatoire : cela implique que la déduction du rachat doit toujours être refusée, lorsqu'une prestation en capital est versée durant le délai de blocage.“

Le contenu de cet arrêt du Tribunal fédéral peut être résumé de la manière suivante:

- L'arrêt ne reporte pas à la question (relevant du droit de la prévoyance) de savoir si une prestation en capital peut être versée après qu'un rachat a été effectué, mais à la question (relevant du droit de fiscal) de savoir si les rachats peuvent être déduits du revenu imposable.
- Les prises de position de l'OFAS relatives à l'interprétation de l'art. 79b al.3 LPP ne sont pas déterminantes sur le plan fiscal.
- En se fondant sur l'art. 79b al.3 LPP (dans le cadre du droit fiscal), il convient de refuser systématiquement la déduction du rachat, lorsqu'une prestation en capital est versée durant le délai de blocage de trois qui commence à courir à partir de la date où le rachat a été effectué.

D. Conclusions tirées de l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2010

On peut tirer les conclusions suivantes de cet arrêt:

- Le motif de refus de la déduction du rachat n'est plus l'évasion fiscale, mais l'art. 79b al.3 LPP fondé sur des considérations d'ordre fiscal. Les autorités fiscales ne doivent dès lors plus apporter la preuve de l'existence d'une évasion fiscale.
- Le seul élément déterminant pour refuser la déduction du rachat est le respect du délai de trois ans. Les éléments concrets du cas d'espèce ne sont dès lors plus déterminants selon l'arrêt du Tribunal fédéral. L'élément subjectif ne semble plus être déterminant, étant donné que le Tribunal fédéral estime que l'art. 79b al.3 LPP est une réglementation uniforme et obligatoire et qu'il ne procède à aucune relativisation sur le plan subjectif. On doit dès lors en conclure qu'il convient de procéder à la reprise, même si le versement sous forme de capital n'était pas prévisible au moment du rachat.

- Le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé sur la question de savoir s'il convient d'adopter une vision consolidée en présence de pluralité de plans ou d'institutions de prévoyance. S'il convient de juger uniquement l'aspect fiscal de la problématique, comme le Tribunal fédéral l'a précisé, une vision consolidée tombe sous le sens. En effet, la question de savoir si le rachat et la prestation en capital découlent du même plan ou de la même institution de prévoyance ou au contraire de plusieurs plans ou institutions différentes ne joue pas de rôle sur le plan fiscal.
- L'arrêt du Tribunal fédéral n'a pas pour conséquence qu'un versement sous forme de capital est exclu dans le délai de trois ans. Le Tribunal a laissé expressément ouverte la question de savoir si une prestation en capital peut être versée dans ce délai. Les institutions de prévoyance peuvent dès lors verser des prestations dans le délai de trois ans, pour autant qu'elles respectent les directives applicables en matière de droit de la prévoyance.

E. Application concrète de l'arrêt du Tribunal fédéral dans la procédure de taxation

1. Problématique

Le Tribunal fédéral ne se penche guère sur les questions d'application concrètes dans son arrêt du 12 mars 2010. Les questions juridiques et pratiques suivantes se posent en lien avec l'application concrète de l'arrêt :

- Est-il possible de revenir sur des périodes fiscales entrées en force dans le cadre desquelles des rachats ont été admis en déduction (réouverture de taxations entrées en force)?
- Un revers est-il nécessaire?
- Quelles simplifications sont envisageables sur le plan de la procédure?
- Est-il possible de renoncer à une reprise fiscale en cas de rachats peu importants ?
- Quelles mesures les administrations fiscales doivent-elles prendre afin de détecter les cas dans lesquels le délai de trois ans n'est pas respecté?
- Des dispositions transitoires peuvent-elles être mises sur pied, en particulier pour les cantons qui avaient jusqu'alors des pratiques plus libérales?

2. Application concrète de l'arrêt du Tribunal fédéral sur le plan de la procédure

a) Réouverture des taxations entrées en force

Il apparaît clairement qu'il ne sera pas possible – pour des raisons purement organisationnelles – de laisser ouvertes durant trois ans toutes les taxations dans le cadre desquelles des rachats ont été effectués. Il ne serait pas non plus équitable que le laps de temps durant lequel des reprises sont effectuées dépende dans chaque cas d'espèce du moment où les autorités procèdent à la taxation de la période concernée.

Il est possible de rouvrir une taxation entrée en force selon les articles 151 al.1 LIFD et 53 al.1 LHID par le biais d'un rappel d'impôt lorsque des moyens de preuve ou des faits jusque là inconnus de l'autorité fiscale lui permettent d'établir qu'une taxation entrée en force est incomplète. La procédure en rappel d'impôt s'applique ainsi lorsque il se révèle a posteriori que les fondements de la décision de taxation initiale étaient erronés dès le départ. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral des faits nouveaux importants postérieurs à la taxation peuvent toutefois justifier un rappel d'impôt s'ils rétroagissent au jour où la décision a été prise⁴. Ainsi le Tribunal fédéral a, dans l'hypothèse des restructurations – déjà avant l'entrée en vigueur des dispositions légales expresses correspondantes – admis, voire même ordonné l'imposition des réserves latentes transférées par le biais d'une procédure en rappel d'impôt lors d'une transformation suivie de la vente des droits de participation durant le délai de blocage de cinq ans⁵. Puisque le Tribunal fédéral part également de l'existence d'un délai de blocage de trois ans s'agissant de la problématique de la déduction du rachat et du versement subséquent sous forme de capital, une correction dans le cadre de la procédure en rappel d'impôt se révèle être également possible dans ce cas de figure.

Certains cantons faisaient signer un revers – souvent seulement en cas de rachats d'une certaine importance – dans lequel le contribuable donne son accord à une reprise du rachat (révision) en cas de versement d'une prestation en capital dans le délai de trois ans. Ce procédé était souvent justifié en raison de l'existence d'une base légale incertaine. Etant donné que le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 79b al.3 LPP règle de manière obligatoire la reprise du rachat en cas de prestation en capital dans le délai de trois ans, un revers ne semble plus nécessaire. La signature du revers dans chaque cas d'espèce est assez problématique sur le plan pratique particulièrement dans les grands cantons. Il serait cependant judicieux de faire figurer dans les décisions de taxation un module de texte sur lequel figurerait la possibilité de reprise ultérieure des rachats. Il est également possible de poursuivre la procédure du revers qui permet d'informer les contribuables des conséquences fiscales en cas de versement ultérieur sous forme de capital.

⁴ ATF du 14.10.1998, Revue fiscale 1999, p.196.

⁵ ATF du 8.12.1987, Archives 58, p.169.

b) Conséquences sur l'imposition des prestations en capital

Le Tribunal fédéral ne s'est jusqu'à présent pas exprimé par rapport aux conséquences d'une reprise du rachat sur l'imposition ultérieure de la prestation en capital. Il se justifie, particulièrement dans l'hypothèse d'un délai de blocage objectivé, de procéder à une correction de l'imposition de la prestation en capital à hauteur du rachat refusé en déduction du revenu imposable.

Lorsque l'imposition de la prestation en capital est déjà entrée en force, une révision ultérieure de la taxation est judiciaire. Le Tribunal fédéral n'a jamais reconnu expressément un tel droit⁶, mais a toujours considéré qu'une rectification est admissible⁷.

c) Détection des cas et problématique des rachats peu importants (absence de matérialité)

Si des rachats sont revendiqués en déduction lors de l'examen de la déclaration d'impôt et qu'une déclaration de prestations en capital figure déjà dans le dossier, il est facile de procéder à la correction de la taxation. Il est plus difficile pour l'autorité fiscale de détecter en pratique les cas où une reprise ultérieure des rachats doit être effectuée lorsqu'une prestation en capital est versée après coup. Il conviendrait ainsi de vérifier systématiquement, lors de l'imposition des prestations en capital, si des rachats ont été effectués dans les périodes antérieures. Les rachats peuvent figurer dans la déclaration d'impôt soit séparément en tant que déduction soit dans le certificat de salaire, lorsque les rachats ont été versés par l'employeur et portés en déduction du salaire. Dans beaucoup de cantons, les prestations en capital sont imposées immédiatement sur la base des déclarations fédérales (LIA) sans examen de la déclaration d'impôt.

Une détection des cas sur le plan informatique s'impose dès lors. Une telle détection sera limitée – pour des raisons techniques – aux rachats invoqués séparément en déduction et ne sera pas possible pour les rachats portés directement en déduction dans le certificat de salaire. Ces derniers sont en règle générale d'un montant peu importants. Le Tribunal fédéral laisse en effet une marge d'appréciation permettant d'admettre la déduction de rachats peu importants (absence de matérialité) lorsqu'il précise que « l'assimilation conséquente – ne souffrant en principe aucune exception – des prestations en capital versées dans le délai de trois à une déduction fiscale abusive se révèle être également exacte dans le cas d'espèce ». Il semble dès lors justifié de renoncer de manière générale à une correction lorsque l'on a affaire à des rachats peu importants (absence de matérialité). Dans de tels cas, l'économie d'impôt que le législateur visait est également moins importante.

⁶ ATF du 14.3.2006, 2A.461/2005, cons. 5.4.

⁷ ATF du 10.3.2004, 2A.389/2003, cf. également l'ATF du 7.4.2010, 2C_721/2009.

3. Dispositions transitoires

Avant cette jurisprudence, les cantons avaient des appréciations différentes des cas de figure de rachats suivis de prestations en capital. Alors que certains cantons procédaient déjà à des reprises de rachats suivis de prestations en capital dans un délai de trois ans, d'autres cantons basaient leur appréciation sur la question de savoir si on avait affaire à un abus (manifeste). Certains cantons ont même repris la prise de position de l'OFAS valable en droit de la prévoyance. Les contribuables se sont ainsi fondés sur la pratique cantonale applicable. Il est dès lors possible d'appliquer l'arrêt du 12 mars 2010 en introduisant des „dispositions transitoires“. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral ne doit ainsi être appliquée impérativement qu'aux rachats effectués en 2010, respectivement depuis la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral (19 août 2010). Les autorités fiscales cantonales peuvent dès lors appliquer leurs pratiques cantonales aux rachats effectués antérieurement. En tout état de cause il convient de réserver les cas où des renseignements divergents ont déjà été donnés par les administrations fiscales dans des cas d'espèce.

Il est ainsi possible pour les contribuables de s'adapter à la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, pour autant que cela soit planifiable au moment du rachat. Cela devrait donc diminuer le nombre de cas où une correction (ultérieure) doit être effectuée.

F. Résumé

L'analyse de l'arrêt du 12 mars 2010 peut être résumée de la manière suivante:

1. Conformément aux considérations du Tribunal fédéral, il convient de refuser systématiquement la déduction des rachats, sur la base de **l'art. 79b al. 3 LPP** (dans le cadre du droit fiscal), lorsque des prestations en capital sont versées durant le **délai de blocage de trois ans**. Il n'est pas nécessaire, selon le Tribunal fédéral, d'examiner les circonstances du cas d'espèce. Il convient d'adopter une vision consolidée par contribuable pour ce qui a trait au respect du délai de trois ans.
2. Si la décision de taxation admettant la déduction des rachats est déjà entrée en force, il convient de procéder à une **correction ultérieure** de la taxation par le biais d'une procédure en rappel d'impôt. Il convient, dans la mesure du possible, de rendre attentif le contribuable qui fait des rachats que ces derniers pourront être repris (refusés en déduction) si une prestation en capital est versée dans le délai de trois ans.

-
3. Le Tribunal fédéral laisse une certaine marge de manoeuvre avec la formulation choisie dans l'arrêt du 12 mars 2010 et permet d'admettre la déduction **des rachats peu importants** (absence de matérialité). En renonçant à reprendre les rachats peu importants, les cas de rachat par acompte déduits du salaire devraient être peu concernés par la nouvelle procédure.
 4. En cas de refus de déduction des rachats effectués auprès d'une institution de prévoyance, il convient de procéder à une **réduction de l'imposition de la prestation en capital ultérieure** dans la mesure du rachat effectué, le cas échéant par le biais de la procédure de révision.
 5. Afin de prendre en considération la confiance que des pratiques plus libérales ont pu faire naître, il convient de mettre en pratique la jurisprudence du Tribunal fédéral en introduisant des **dispositions transitoires**. Il convient d'appliquer obligatoirement cette jurisprudence aux rachats effectués en 2010, respectivement depuis la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral (19 août 2010). Les rachats effectués antérieurement seront appréciés selon les pratiques cantonales applicables.