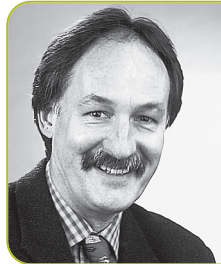


Mario Lazzarini

ingénieur agronome ETS,
Administration des contributions
du Canton de Zoug



Max Ledergerber

économiste d'entreprise
ESCEA/HES, Office des contri-
butions du Canton d'Argovie

Impacts fiscaux de la 1^{re} révision de la LPP

Le 3^e paquet entre en vigueur au 1^{er} janvier 2006 – son impact au niveau fiscal sera notable. Les dispositions destinées à combattre les abus donnent lieu à des questions d'interprétation dont les réponses revêtent une grande importance pour la planification au plan de la prévoyance et de la fiscalité.

1. Introduction

1.1 Eléments principaux de la 1^{re} révision de la LPP

La 1^{re} révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) a été adoptée par l'Assemblée fédérale en date du 3 octobre 2003. Le Conseil fédéral a décidé une mise en vigueur en trois étapes:

- les dispositions relatives à la transparence (amélioration de l'information des assurés ainsi que des représentants des salariés et des employeurs), à l'administration paritaire des institutions de prévoyance et à la dissolution des contrats d'affiliation sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004 (1^{er} paquet);
- à l'exception des règles ayant trait à la fiscalité, les autres dispositions (abaissement du seuil d'entrée pour la prévoyance obligatoire, réduction de la déduction de coordination, abaissement échelonné du taux de conversion, vérification régulière et adaptation du taux d'intérêt minimal) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (2^e paquet);

- les dispositions revêtant une importance au plan fiscal (notion de la prévoyance, salaire assurable, rachat d'années de cotisation, normes concernant les abus) entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2006 (3^e paquet).

1.2 Modifications applicables au 1^{er} janvier 2006

Les amendements entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2006 comprennent aussi bien des modifications de la loi (LPP, code civil) que des modifications d'ordonnances (OPP 2¹, OEPL², OPP 3³, ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs).

L'élément central est constitué par le nouvel art. 1 LPP qui, pour la première fois, contient une définition légale de la notion de la prévoyance professionnelle ainsi que les principes à observer. Formées jusqu'alors par la pratique et la jurisprudence exclusivement, les maximes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et d'assurance ont été expressément incluses dans la loi. Dans l'OPP 2 modifiée, le Conseil fédéral a fixé des critères d'appréciation concrets pour ces fondements.

Le principe, selon lequel le salaire assuré ou le revenu assuré des travailleurs indépendants ne doit pas dépasser le revenu soumis aux cotisations AVS, a également été ancré dans l'art. 1 LPP. Il revêt une importance notable au plan fiscal.

Compliquée, difficile à mettre en œuvre dans la pratique et la plupart du temps inefficace, la limitation du rachat d'années de cotisation (actuel art. 79a LPP) a été abrogée et remplacée par le principe selon lequel l'institution de prévoyance ne peut permettre le rachat que jusqu'à hauteur des prestations réglementaires (art. 79b, al. 1^{er}, LPP).

D'après l'art. 79b LPP, 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. Lorsque des versements anticipés ont été accordés pour l'encouragement à la propriété du logement, des rachats facultatifs ne peuvent être effectués que lorsque ces versements anticipés ont été remboursés. Ces dispositions ont été intégrées à la loi principalement en vue de lutter contre des abus dans le domaine fiscal. Elles ont donc un impact important au plan fiscal.

2. Principes de la prévoyance professionnelle

2.1 Adéquation

Les prestations de la prévoyance professionnelle, conjointement avec celles de l'AVS et l'AI, doivent permettre à la personne assurée de maintenir son niveau de vie de manière appropriée. Selon la conception générale, tel est le cas lorsque les prestations au titre de la LPP et celles au titre de l'AVS et de l'AI atteignent en commun au moins 60% du dernier salaire ou du dernier revenu assujéti aux cotisations AVS. Le principe d'adéquation est défini en relation avec les prestations de vieillesse et doit prévenir une surassurance.

A teneur de l'art. 1, al. 2, OPP 2, le principe d'adéquation est observé:

- lorsque les prestations réglementaires ne dépassent pas 70% du dernier salaire ou revenu AVS assurables perçus avant la retraite; ou
- lorsque le montant total des cotisations réglementaires de l'employeur et des salariés ne dépasse pas annuellement 25% de la somme des salaires ou des revenus AVS assurables.

Les deux modes de calcul aboutissent à des résultats pratiquement identiques.

De plus, pour les salaires dépassant le montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1^{er}, LPP (2005 = 77 400 francs), les prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle, ajoutées à celles de l'AVS/AI, ne doivent pas dépasser 85% du dernier salaire ou revenu AVS assurables perçus avant la retraite (art. 1, al. 3, OPP 2).

Le principe d'adéquation se réfère à l'ensemble des rapports de prévoyance d'une personne assurée (art. 1a OPP 2).

Les institutions de prévoyance qui autorisent les rachats en vue du refinancement d'une retraite anticipée doivent concevoir leur plan de prévoyance de telle façon que, si l'assuré renonçait à une retraite anticipée, les prestations versées ne dépassent pas de plus de 5% l'objectif réglementaire des prestations (art. 1b OPP 2).

2.2 Collectivité

L'institution de prévoyance peut offrir des plans de prestations distincts pour différentes catégories de collectivités d'assurés (art. 1c, al. 1^{er}, OPP 2), sans que le principe de collectivité soit violé. Cependant, les dispositions réglementaires doivent définir clairement les critères selon lesquels les collectivités sont constituées. L'appartenance à un collectif doit être déterminée sur la base de critères objectifs (par exemple, le nombre d'années de service, la fonction exercée, la situation hiérarchique, l'âge ou le niveau de salaire). Le principe de

collectivité est également respecté lorsqu'une seule personne est assurée dans le plan de prévoyance mais que le règlement prévoit d'assurer en principe d'autres personnes (collectif virtuel; art. 1c, al. 2, OPP 2). La possibilité d'assurer d'autres personnes doit toutefois être réaliste. Une solution «sur mesure» destinée à une personne spécifique demeure illicite.

Contrairement aux salariés, les personnes de condition indépendante peuvent décider individuellement si elles souhaitent s'assurer auprès du 2^e pilier. Elles peuvent choisir si elles veulent s'assurer conjointement avec leur personnel ou auprès de l'institution de prévoyance de leur association professionnelle ou auprès de l'institution supplétive. Au demeurant, elles peuvent aussi mettre sur pied leur prévoyance exclusivement dans le régime sur-obligatoire, sans devoir assurer le régime obligatoire LPP. En comparaison avec les salariés, les personnes de condition indépendante sont donc plus libres dans l'aménagement de leur prévoyance. C'est pour cette raison que l'art. 1c, al. 2 (2^e phrase), OPP 2 relève expressément que le collectif virtuel ne s'applique pas à l'assurance facultative des personnes de condition indépendante.

Au sein d'une collectivité, une institution de prévoyance peut proposer, selon l'art. 1d, al. 1^{er}, OPP 2, jusqu'à trois plans de prévoyance pour les personnes assurées de chaque collectif. Cela signifie qu'une institution de prévoyance peut, d'une part, procéder à une répartition des personnes assurées dans différents groupes (collectifs) et, d'autre part, offrir au sein de ces collectifs au plus trois plans de prévoyance distincts. Il en résulte un certain assouplissement du principe de collectivité. Les conditions-cadres, selon lesquelles la somme des parts que représentent, en pourcentage du salaire, les cotisations dans le plan de prévoyance aux cotisations les plus basses doit atteindre au moins les deux tiers de la somme qu'elles représentent dans le plan de prévoyance aux cotisations les plus élevées, et que le montant de la cotisation de l'employeur doit être le même dans chaque plan de prévoyance, doit veiller à éviter des disparités trop fortes et à garantir la collectivité.

2.3 Egalité de traitement

Le principe d'égalité de traitement (art. 1f OPP 2) résulte de l'art. 8 Cst. Cette maxime exige que toutes les personnes assurées dans le même collectif et d'après le même plan doivent être traitées selon les mêmes conditions dudit plan. Le principe d'égalité de traitement n'interdit pas de prévoir des plans de prévoyance distincts pour les cadres, les cadres supérieurs et la direction. En revanche, il est illicite de stipu-

ler une assurance sur mesure assortie de prestations très élevées et destinée à un seul employé cadre, alors que ses collègues au même échelon hiérarchique reçoivent, sans motifs objectifs, des prestations plus modiques.

2.4 Planification

Le principe de planification (art. 1g OPP 2) exclut le versement de prestations qui ne sont pas prévues dans le règlement. Ce dernier doit fixer, de façon compréhensible, les différentes prestations, leur mode de financement ainsi que les prestations visées pour les personnes assurées.

2.5 Principe d'assurance

Les risques du décès et de l'invalidité doivent être assurés afin de permettre, dans le cas de prévoyance, le maintien du niveau de vie de manière appropriée. C'est pourquoi le législateur a voulu ancrer expressément le principe d'assurance dans la loi.

Selon l'art. 1h, al. 1^{er}, OPP 2, le principe d'assurance est respecté lorsque l'institution de prévoyance affecte au moins 6% du montant total des cotisations au financement des prestations relevant de la couverture des risques de décès et d'invalidité. Est déterminant, pour le calcul de ce pourcentage minimal, la totalité des cotisations des collectivités et des plans de l'employeur auprès d'une institution.

Dans le cas d'institutions de prévoyance, par exemple de fondations collectives auxquelles plusieurs employeurs sont affiliés, la part minimale de 6% de primes de risque pour chaque salarié affilié doit être respectée. Dans une institution disposant de plusieurs plans de prévoyance, cette part minimale doit être observée globalement pour tous les plans. Cela signifie qu'il est par exemple licite de proposer pour les employés cadres un pur plan d'épargne dans le régime sur-obligatoire lorsque ces derniers sont assurés auprès de la même institution de prévoyance et qu'au moins 6% de toutes les cotisations servent globalement, pour tous les plans, à la couverture des risques.

2.6 Age minimum de la retraite

Sur la base de l'art. 1i, al. 1^{er}, OPP 2, les règlements des institutions de prévoyance ne peuvent pas prévoir d'âge de retraite inférieur à 58 ans révolus. Cet âge minimal s'applique aussi bien à la retraite réglementaire ordinaire qu'à la retraite anticipée la plus précoce possible.

Des âges de retraite inférieurs sont possibles, à teneur de l'art. 1i, al. 2, OPP 2, lors de restructurations d'entreprises ou dans le cas de rapports de travail où un âge de retraite inférieur est prévu pour des motifs de sécurité publique. Lors de retraites anticipées prévues dans le règlement, il convient d'observer en particulier

que les prestations de prévoyance sont considérées, au plan du droit de la prévoyance et du droit fiscal, comme des prestations de vieillesse, et non comme des prestations de libre passage lorsque les rapports de service sont dissous à un moment où il existe un droit réglementaire à des prestations de vieillesse. Un transfert sur un compte de libre passage n'est dès lors pas licite (ATF 120 V 306 du 29 décembre 1994, ATF B 86/02 du 23 mai 2003, ATF B 38/02 du 5 août 2003).

3. Rachat en vue de combler des lacunes de cotisations

3.1 Calcul du rachat

Les rachats servent à combler des lacunes dans la prévoyance professionnelle. En font partie toutes les cotisations versées facultativement par la personne assurée, les éventuelles prestations d'entrée de l'employeur selon l'art. 7, al. 1^{er}, LFLP et les cotisations versées en vue de compenser une retraite anticipée. Le rachat doit être stipulé dans le règlement. Le calcul du rachat doit se fonder sur les mêmes principes professionnellement reconnus que la détermination du plan de prévoyance (art. 60a, al. 1^{er}, OPP 2). Il y a lieu d'observer les principes d'adéquation et de planification.

Les personnes de condition indépendante qui ne sont pas assurées au titre du 2^e pilier ont la possibilité de verser 20% de leur revenu, au maximum 30 960 francs (état 2005), dans le pilier 3a. Pour ce cercle de personnes, ce dernier représente, dans une certaine étendue, un succédané pour le 2^e pilier. Lors d'un rachat d'années de cotisation, la part de l'avoir du pilier 3a dépassant la somme qui aurait pu être constituée si elle avait toujours fait partie d'un 2^e pilier, est portée en compte pour la somme de rachat. Sans cette opération, la prévoyance de ces personnes serait inadéquatement élevée par rapport à celles qui étaient toujours assurées au titre du 2^e pilier. Dans l'intérêt d'une solution simple au plan administratif, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)

a mis sur pied une table indiquant, pour chaque classe d'âge, le montant non imputable. A cet égard, le moment à partir duquel la personne assurée a effectivement alimenté un pilier 3a n'est pas déterminant.

Enfin, l'art. 60a, al. 3, OPP 2 relève que si une personne assurée dispose d'un avoir de libre passage qui ne devait pas être transféré dans une institution de prévoyance, le montant maximal de la somme de rachat possible est diminué de ce montant.

La somme de rachat annuelle versée par les personnes arrivant de l'étranger qui n'ont jamais été affiliées à une institution de prévoyance en Suisse ne doit pas dépasser, pendant les cinq années qui suivent leur entrée dans l'institution de prévoyance suisse, 20% du salaire assuré tel qu'il est défini par le règlement (art. 60b OPP 2). A l'expiration de ce délai, un rachat de l'ensemble des prestations réglementaires est possible.

La limitation du rachat applicable jusque là (art. 79a LPP) devient caduque au 1^{er} jan. 06.

3.2 Versement sous forme de capital consécutivement à un rachat

Conformément à l'art. 79b, al. 3, LPP, 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. Cette disposition s'applique aussi aux versements au titre de l'encouragement à la propriété du logement, car un versement anticipé afférent entraîne également le prélèvement de deniers provenant de la prévoyance professionnelle sous forme de capital. Le Conseil fédéral n'a pas édicté de règles d'exécution dans l'OPP 2 pour cette norme légale, bien que des questions d'interprétation se posent à cet égard. Avec l'exclusion du versement de capital dans un délai de trois ans après un rachat, le législateur voulait empêcher que la prévoyance professionnelle ne devienne un compte courant destiné à des fins d'optimisation fiscale. L'avantage fiscal susceptible d'être réalisé en déduisant intégralement les montants de rachat de revenu imposable, tandis que le prélèvement de capital subséquent est imposé séparément du reste du revenu à un taux privilégié, est notable; dans de tels cas, il ne peut fréquemment se justifier par des considérations relevant du droit de la prévoyance.

Pour ce qui est de la question de savoir dans quelle mesure le versement du capital est exclu, la formulation du texte de la loi est par contre quelque peu malheureuse. Sur la base de la volonté du législateur de prévenir les abus fiscaux, il y a lieu de conclure qu'un prélèvement du capital dans le délai de blocage de trois ans est exclu purement et simplement

(intervention du Conseiller aux Etats Jean Studer, Neuchâtel: «... On passe ensuite à alinéa 3 et on constate qu'une autre limitation a été fixée: le rachat effectué ne peut pas être compensé sous la forme d'une prestation en capital avant l'échéance d'un délai de trois ans.»). En revanche, s'il ne fallait prélever sous forme de rente que la part de la prestation de sortie ou de vieillesse qui correspond au rachat effectué, il resterait, par exemple, possible qu'une personne procède à la mi-janvier 2006 à un rachat de 500 000 francs et reçoive deux semaines plus tard un versement de capital de 500 000 francs; on présupposerait uniquement qu'elle dispose encore d'un avoir de vieillesse qu'elle se fait verser comme rente dans l'étendue d'au moins 500 000 francs.

D'un autre côté, l'art. 37, al. 2, LPP dispose explicitement que la personne assurée peut demander qu'un quart de son avoir de vieillesse lui soit versé sous forme de versement de capital unique. Il se pose ainsi la question de savoir si un prélèvement de capital ne doit pas aussi être possible – à tout le moins dans cette étendue – lors d'un rachat au cours d'une période antérieure de trois ans.

On peut également conclure de la volonté du législateur qu'en présence de plusieurs rapports de prévoyance (régime obligatoire LPP auprès de l'institution A et régime sur-obligatoire auprès de l'institution B) il faut avoir une perspective globale de l'ensemble des rapports de prévoyance d'une personne assurée. Selon la volonté du législateur, il ne serait guère admissible d'effectuer un rachat auprès de l'institution A – dont les prestations sont versées sous forme de rente – et de recevoir immédiatement après les prestations de l'institution B sous forme de capital. Toutefois, on ne peut nier que la perspective globale suppose, lors de la mise en œuvre, des clarifications additionnelles auprès des institutions de prévoyance. Les questions encore ouvertes concernant l'application de l'art. 79b, al. 3, LPP font actuellement l'objet d'un examen approfondi par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Il est prévu de les traiter dans une prochaine édition des «Bulletins de la prévoyance professionnelle».

Le nouveau régime devrait sans doute mener à ce que les règlements des institutions de prévoyance vont exclure, pour des raisons de technique administrative, les rachats au cours des trois années précédant le départ à la retraite. La problématique demeure néanmoins, car les nouvelles règles s'appliquent aussi aux rachats avec prélèvement consécutif au titre de l'encouragement à la propriété du logement ou avec un motif subséquent pour un versement en espèces (prise en charge d'une activité lucrative indépendante, départ à l'étranger).

L'art. 79b LPP est applicable à tous les rachats effectués après son entrée en vigueur. Ces nouvelles normes ne s'appliquent pas aux rachats entrepris jusqu'au 31 décembre 2005 sous la limitation des rachats valable jusque là. Les rachats effectués avant l'entrée en vigueur de cet article ne font donc pas obstacle au versement sous forme de capital.

3.3 Rachat postérieur au versement anticipé au titre de l'encouragement à la propriété du logement

Si des versements anticipés ont été accordés pour l'encouragement à la propriété du logement, des rachats facultatifs ne peuvent être effectués, d'après l'art. 79b, al. 3, LPP, que lorsque ces versements anticipés ont été remboursés.

La loi ne prévoit aucun régime transitoire pour cette disposition. Un tel régime n'est par ailleurs pas nécessaire. La norme se rapporte aux rachats postérieurs au 1^{er} janvier 2006. A cet égard, il ne joue aucun rôle que des versements anticipés aient eu lieu avant ou après le 1^{er} janvier 2006. Partant, le nouveau régime est également applicable pour un rachat planifié en 2006 lorsqu'un versement anticipé a été effectué, par exemple, en 1996 (cf. Bulletin de l'OFAS no. 84/487 du 12 juillet 2005).

Dans les cas où le remboursement d'un versement anticipé pour l'encouragement à la propriété du logement n'est plus admis en vertu de l'art. 30d, al. 3, let. a, LPP (jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse), le règlement doit permettre, selon l'art. 60d OPP 2, des rachats volontaires pour autant que ces rachats, ajoutés aux retraits anticipés, ne dépassent pas les prétentions de prévoyance maximales admises par le règlement (cf. Bulletin de l'OFAS no. 84/487 du 12 juillet 2005).

4. Salaire assurable et revenu assurable

4.1 Salaire assurable des personnes exerçant une activité lucrative dépendante

A teneur de l'art. 1, al. 2, LPP, le salaire assurable ne doit pas dépasser le revenu soumis aux cotisations AVS. Le revenu provenant d'une activité lucrative dépendante est décrit dans la LAVS. Selon l'art. 5, al. 2, de ladite loi, le salaire déterminant englobe également les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Par conséquent,

le salaire assurable au sens de la LPP comprend notamment aussi les bonus, les participations aux bénéfices et d'autres formes de prestations accessoires au traitement.

4.2 Revenu assurable des personnes exerçant une activité lucrative indépendante

Conformément à l'art. 1, al. 2, LPP, le revenu assurable des personnes exerçant une activité lucrative indépendante ne doit pas dépasser le revenu soumis aux cotisations AVS. Le revenu déterminant est calculé sur la base de l'art. 9 LAVS et des art. 17 ss. RAVS en tenant compte des correctifs du droit de l'AVS.

Il va de soi que le revenu des personnes exerçant une activité lucrative indépendante est assujéti à des fluctuations annuelles en partie notables. Il s'y ajoute le fait que le revenu déterminant soumis aux cotisations AVS n'est établi qu'après l'entrée en force de chose jugée de la décision y relative des autorités AVS, celles-ci s'appuyant sur la taxation fiscale exécutoire. Ainsi, l'institution de prévoyance ne connaît pas le revenu soumis aux cotisations AVS dans l'année d'assurance en question. En cas de mise en œuvre littérale de l'art. 1, al. 2, LPP, le fisc ne peut non plus opérer de constat définitif de l'observation de la limitation du salaire assurable dans la procédure d'imposition.

Devant cet arrière-plan, il semble approprié de se fonder, comme par le passé, sur le gain moyen pendant une période représentative lorsqu'il y a lieu de fixer le revenu assurable des personnes de condition indépendante. Dans la pratique, il s'agit en règle générale du revenu moyen des trois à cinq années précédentes. La légitimation pour cette solution pragmatique résulte de l'art. 3, al. 1^{er}, OPP 2, qui prévoit que dans les professions où les conditions d'occupation et de rétribution sont irrégulières, le salaire coordonné peut être déterminé selon le salaire moyen de chaque catégorie professionnelle, en dérogation au salaire AVS déterminant.

4.3 Limitation des gains assurables

D'après l'art. 79c LPP, le salaire assurable du salarié ou le revenu assurable de l'indépendant selon le règlement de prévoyance est limité au décuple du montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1^{er}, LPP (état 2005: 77 400 francs × 10 = revenu maximal assurable 774 000 francs).

La limitation concerne l'ensemble des rapports de prévoyance de la personne assurée. En cas de pluralité de rapports de prévoyance de la même personne, il existe le danger que la limite supérieure soit franchie sans que les diverses assurances soient en mesure de le constater elles-mêmes. Il incombe dès lors aux

assurés concernés d'informer sur les gains assurés auprès d'autres institutions (art. 60c, al. 2, OPP 2). Si une personne a assuré le régime obligatoire auprès d'une institution et le régime sur-obligatoire auprès d'une autre (ou de plusieurs autres) institution(s), la réduction doit s'effectuer exclusivement sur la partie sur-obligatoire.

Le législateur a renoncé à une disposition transitoire qui aurait permis aux personnes assurées de poursuivre une prévoyance existante pour un revenu non plafonné selon les dispositions telles qu'elles étaient en vigueur avant le 1^{er} janvier 2006. L'art. 79c LPP est donc également applicable aux rapports de prévoyance qui existaient déjà avant la mise en vigueur de la nouvelle limitation. Toutefois, il n'est pas conforme à la volonté du législateur d'entraver les assurés plus âgés en ce qui concerne l'assurance des risques du décès et de l'invalidité. Lorsqu'il existe déjà des rapports de prévoyance, la limitation du salaire assurable ou du revenu assurable pour les risques du décès et de l'invalidité d'après l'art. 79c LPP ne s'applique pas pour les personnes assurées ayant accompli l'âge de 50 ans le 1^{er} janvier 2006. L'épargne en vue de la retraite est cependant assujéti à la nouvelle limitation également dans le cas de ces personnes assurées. ■

¹ Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

² Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

³ Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance