



Marina Züger

lic. en droit, experte-fiscale diplômée, cheffe de la division juridique, Administration fiscale du canton de Zurich, présidente du groupe de travail Prévoyance de la Conférence suisse des impôts

Les nouvelles dispositions d'ordre fiscal de la LPP*

Avec l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP, une part notable de la pratique actuelle concernant la reconnaissance fiscale de la prévoyance professionnelle a fait son entrée dans le droit de la prévoyance professionnelle. En outre, de nouvelles prescriptions sur l'admissibilité des rachats, notamment sur leurs rapports avec les versements de capital, ont été édictées, ce qui se répercute sur l'appréciation des abus du point de vue fiscal.

Il existe, dans le 2^e pilier, un champ de tension entre les possibilités offertes par le droit de la prévoyance et les limites fondées sur des motifs fiscaux. Ce rapport est mis en lumière dans le cadre des explications données ci-après. A ce propos, nous commenterons les mesures existantes, destinées à prévenir les abus dans le domaine de la fiscalité.

I. Interaction du droit de la prévoyance et du droit fiscal

Le droit fiscal a joué, depuis toujours, un rôle important dans le cadre de la prévoyance professionnelle et exercé une influence substantielle sur son développement. Ainsi, la Constitution fédérale prévoit que la Confédération peut obliger les cantons à accorder des allègements fiscaux pour le 2^e pilier. Ces principes ont été concrétisés, dans les art. 80 à 84 LPP, sous le titre «Dispositions d'ordre fiscal en matière de prévoyance». Ces normes ont également été introduites, ultérieurement, dans la LIFD et la LHID.

Les institutions de prévoyance professionnelle sont exonérées de l'impôt sur le bénéfice, à condition que leurs ressources soient affectées durablement et exclusivement à la prévoyance en faveur du personnel. Demeure réservée la

perception de l'impôt sur les gains immobiliers au niveau cantonal.

La LPP a introduit le modèle dit vaudois, selon lequel les cotisations acquittées aux institutions de prévoyance professionnelle peuvent être déduites dans leur intégralité, tandis que les prestations qu'elles versent sont, en contrepartie, entièrement imposables.

La déductibilité des cotisations se réfère, à cet égard, à l'ensemble des versements, primes et cotisations acquittés en vertu de la loi, des statuts ou du règlement à des institutions de prévoyance professionnelle. Outre les cotisations ordinaires, les montants de rachat sont également déductibles. Les contributions de l'employeur ainsi qu'une partie des cotisations des personnes de condition indépendante¹ font partie des charges ordinaires justifiées par l'usage commercial ou peuvent être déduites – dans la mesure où il s'agit de contributions non périodiques – sur la base des dispositions spéciales des art. 27 al. 2 let. c et 59 al. 1^{er} let. b LIFD respectivement des art. 10 al. 1^{er} let. d et 25 al. 1^{er} let. b LHID. L'imposition intégrale des prestations est réalisée, pour les versements de rentes, par le fait que ces dernières – sous réserve des dispositions transitoires – sont imposées à 100% avec les autres revenus. Par contre, les prestations en capital provenant de la prévoyance sont imposées, conformément

aux art. 38 LFID respectivement 11 al. 3 LHID, séparément des autres revenus et assujetties à un impôt annuel spécial. Ce dernier est calculé, pour l'impôt fédéral direct, sur la base de taux représentant le cinquième des barèmes ordinaires. Les cantons connaissent des méthodes distinctes pour le calcul de l'impôt annuel². En général, ces règles d'imposition mènent à une charge fiscale inférieure à celle résultant du versement de prestations périodiques en lieu et place d'une prestation en capital.

Les expectatives provenant de la prévoyance professionnelle sont exceptées de l'impôt sur la fortune et les rendements courants restent insignifiants au plan fiscal. Les privilèges fiscaux prennent cependant fin avec l'exigibilité.

II. Règles légales destinées à la prévention des abus

1. Aperçu du développement des normes légales

Le droit fiscal ayant un rattachement direct avec celui de la prévoyance, l'interaction des possibilités offertes par le droit de la prévoyance avec les conséquences au plan du droit fiscal entraîne un grand nombre de constellations sujettes à des abus.

Vu que la réglementation de la prévoyance professionnelle – principalement dans le régime sur-obligatoire – était lacunaire, la notion de la prévoyance professionnelle a été concrétisée dans la pratique fiscale. Le Tribunal fédéral a débattu en particulier des principes régissant la prévoyance professionnelle ainsi que de l'appréciation de certains procédés abusifs sous l'aspect de l'évasion fiscale. Dans un premier temps, il n'existait guère de normes légales en vue d'empêcher des abus.

Des mesures concrètes ont alors été prises dans le cadre du programme de stabilisation 1998. Le Conseil fédéral a été chargé de présenter des mesures visant à promouvoir l'équité fiscale et à combler des lacunes injustifiées dans la fiscalité, entre autres dans le domaine du 2^e pilier. L'art. 79a LPP, entre-temps abrogé à nouveau, a fait son entrée dans la loi.

Dans le cadre des délibérations en relation avec la 1^{re} révision de la LPP, la discussion liée à la lutte contre l'emploi abusif du 2^e pilier a été réouverte. Par la suite, une disposition traitant du but de la prévoyance professionnelle a été introduite, laquelle décrit la notion de la prévoyance et fixe les principes – développés dans la pratique fiscale – de l'adéquation, de la collectivité, de l'égalité de traitement, de la planification ainsi que le principe d'assurance. Ces maximes devaient être concrétisées par le Conseil fédéral sur la base de la pratique en vigueur. En outre, une limitation du salaire maximal assurable ainsi que diverses règles relatives aux possibilités de rachat ont été décidées. Ces dispositions sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2006, après que le Conseil fédéral a édicté la modification de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) en tant que 3^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP.

2. Normes légales dans le droit de la prévoyance

Ci-après, nous faisons référence aux normes applicables du droit de la prévoyance qui, directement ou indirectement, présentent un arrière-plan de nature fiscale.

2.1 Définition et principes de la prévoyance professionnelle

L'art. 1^{er} al. 1^{er} LPP stipule que la prévoyance professionnelle comprend des mesures prises sur une base collective et exclut par conséquent des solutions «à la carte» conçues à titre individuel.

Selon l'art. 1^{er} al. 2 LPP, le salaire assuré dans la prévoyance professionnelle ou le revenu assuré ne doit pas dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS. Sont dès lors en contradiction avec l'art. 1^{er} al. 2 LPP les plans de prévoyance dans lesquels un salaire assuré reste

assuré en dépit d'une réduction ou d'une cessation durable de l'activité lucrative³. Les assurances dites externes ne sont donc plus licites sans restrictions. L'art. 47 LPP, qui n'a pas été modifié, devra à l'avenir faire l'objet d'une interprétation étroite.

L'art. 1^{er} al. 3 LPP ne fait qu'énumérer les principes valables dans la prévoyance professionnelle; les principes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification ainsi que le principe d'assurance ont été précisés dans l'OPP 2.

La concrétisation du principe d'adéquation dans l'art. 1^{er} OPP 2 s'oriente sur la pratique fiscale, d'après laquelle les prestations de vieillesse provenant d'institutions de prévoyance, de pair avec celles de l'AVS, ne doivent pas dépasser, en règle générale, le dernier salaire net, lequel correspond aux 85% – ancrés dans l'art. 1^{er} al. 3 OPP 2 – du dernier salaire brut soumis à la cotisation AVS. A elles seules, les prestations provenant de la prévoyance professionnelle doivent s'élever, à cet égard, à 70% au plus du dernier salaire soumis à la cotisation AVS ou les cotisations des salariés et des employeurs pour les prestations de vieillesse à 25% au plus des salaires assurables soumis à la cotisation AVS. Le principe d'adéquation d'un plan de prévoyance s'apprécie, en premier lieu, selon le modèle de calcul à la base du plan applicable. En cas de pluralité de rapports de prévoyance, l'employeur doit veiller à l'observation de l'adéquation de l'ensemble desdits rapports.

En vertu de l'art. 1b OPP 2, le règlement peut prévoir que l'objectif réglementaire des prestations peut être atteint par des rachats individuels déjà dans l'éventualité d'une *retraite anticipée*. Toutefois, ce préfinancement ne doit pas mener à des prestations substantiellement supérieures en cas de renonciation à la retraite anticipée. Cette restriction est censée éviter

l'accumulation, sur une base individuelle, d'avoirs de prévoyance additionnels au titre du préfinancement de la retraite anticipée.

Comme cela est désormais ancré dans l'art. 1c al. 1^{er} OPP 2, le principe de *collectivité* permet, depuis toujours, de répartir les salariés d'une entreprise dans différentes catégories d'assurés, pour autant que cela s'opère en fonction de critères objectifs et définis dans le règlement. Partant, il est illicite de faire usage de critères de sélection qui, d'emblée, ne s'appliquent qu'à une personne. La pratique de la collectivité dite virtuelle a cependant été reprise⁴. Ainsi, une assurance pour une personne spécifique remplit également l'exigence de la collectivité si, conformément au règlement, l'admission d'autres personnes est, par principe, possible. Dans le cadre de l'assurance facultative des personnes de condition indépendante, la collectivité virtuelle est, en revanche, exclue, à teneur de l'art. 1c al. 2 OPP 2. Selon l'art. 44 LPP, le travailleur indépendant ne peut s'affilier qu'à l'institution de prévoyance de son propre personnel, à celle dont il relève à raison de sa profession ou à l'institution supplétive. Une affiliation individuelle à une institution collective ou à une assurance dans un propre plan de prévoyance est donc illicite. Des possibilités de choix individuel limitées ont tenu compte du besoin d'une certaine flexibilisation. Des conditions générales claires – sous la forme d'une restriction à trois plans au plus ainsi que d'une certaine marge en termes de cotisations – sont cependant stipulées pour le choix entre des plans de prévoyance différents. L'art. 1d OPP 2 continue toutefois à exclure un aménagement volontaire de l'affiliation à des plans de prévoyance déterminés⁵. Pour ce qui est du respect du principe d'*égalité de traitement*, l'art. 1f OPP 2 prescrit que tous les assurés d'un même collectif sont soumis à des conditions réglementaires iden-

tiques. Au demeurant, il y a également lieu d'observer le principe constitutionnel de l'égalité de traitement. Selon la conception du Tribunal fédéral⁶, les réserves librement disponibles doivent notamment être alimentées de façon équivalente et proportionnelle pour tous les salariés.

Le principe de *planification* exige que tous les éléments du financement et du versement des prestations soient fixés dans le règlement – et donc d'avance – avec précision. L'art. 1g OPP 2 cite expressément les diverses prestations octroyées, leur mode de financement et les conditions auxquelles elles sont versées, les plans de prévoyance proposés ainsi que les différents collectifs d'assurés. L'institution de prévoyance et les assurés doivent s'orienter en tout temps sur des dispositions réglementaires. Des dérogations pour des cas particuliers ne sont pas licites, même si elles ont lieu d'un commun accord.

Le *principe d'assurance* s'est développé sur la base de la conception selon laquelle la simple constitution d'un capital d'épargne attribué individuellement aux preneurs de prévoyance ne représente pas une prévoyance professionnelle⁷. Il découle, à ce propos, de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral que la prévoyance professionnelle – en sus de l'épargne – doit aussi englober la couverture actuarielle des risques de décès et d'invalidité. Cependant, le Tribunal fédéral ne s'est pas clairement exprimé sur l'étendue de la couverture d'assurance. Dans l'art. 1h OPP 2, le Conseil fédéral a précisé, à ce sujet, que le principe d'assurance est observé lorsqu'au moins 6% de toutes les cotisations sont destinées au financement des prestations pour les risques de décès et d'invalidité. Cette exigence s'applique pour chaque institution ou caisse de prévoyance d'une institution collective⁸. La répartition des cotisations pour le financement des prestations en cas de décès et d'invalidité reste du ressort des institutions de prévoyance; toutefois, sur la base de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral et du libellé de la disposition d'ordonnance, les deux risques doivent, dans tous les cas, être pourvus d'une couverture d'assurance. Contrairement à l'ancienne pratique, les purs fonds d'épargne ne sont plus autorisés. Les institutions de prévoyance qui existaient déjà le 1^{er} janvier 2006, mais qui ne satisfont pas aux nouvelles exigences, ne doivent pas être liquidées, mais les avoirs existants ne doivent plus être accumulés⁹.

Enfin, le Conseil fédéral a fait usage de son droit de définir l'*âge minimal de la retraite*, qu'il a fixé à 58 ans. Des exceptions s'appliquent, d'après l'art. 1i al. 2 OPP 2, lors de restructurations d'entreprises ainsi que pour les per-

sonnes exerçant des professions dans lesquelles la sécurité publique exige une retraite avant l'âge de 58 ans. Il existe au surplus une disposition transitoire selon laquelle les institutions de prévoyance peuvent maintenir, jusqu'en 2011, un âge réglementaire de la retraite inférieur pour les assurés qui étaient déjà assurés le 31 décembre 2005.

2.2 Limitation du montant du salaire assurable

Le salaire assurable dans la prévoyance professionnelle fait dorénavant l'objet d'une limitation quant à son montant. Conformément à l'art. 79c LPP, un salaire ou un revenu peut être assuré, dans le cadre du 2^e pilier, au maximum à concurrence du décuple du montant limite supérieur, soit actuellement 795 600 francs. La restriction est applicable au-delà de tous les rapports de prévoyance d'une personne déterminée.

2.3 Rachats

Sur la base du nouvel art. 79b al. 1^{er} LPP, en vertu duquel l'institution de prévoyance ne peut permettre le rachat que jusqu'à hauteur des prestations réglementaires, les rachats servent à atteindre, au plus, le niveau de prestations qui serait réalisé à l'aide des cotisations réglementaires ordinaires compte tenu d'une durée entière de contribution. Avec cette disposition, il est exclu que des règlements de prévoyance fixent des objectifs de prestations qui ne peuvent être atteints qu'au moyen de rachats. Il convient de considérer, dans le même contexte, la disposition d'exécution de l'art. 60a al. 1^{er} OPP 2, laquelle exige que le calcul du rachat et le plan de prévoyance reposent sur les mêmes hypothèses actuarielles. Lors de l'aménagement de la table des rachats, l'institution de prévoyance ne peut donc pas procéder d'un intérêt versé sur les avoirs de vieillesse plus élevé que dans le plan de prévoyance comme tel¹⁰.

Afin d'éviter une double assurance dans la prévoyance professionnelle, l'art. 60a al. 2 et 3 OPP 2 prévoit qu'il y a lieu de tenir compte, lors du calcul du rachat, des avoirs de prévoyance existant sous une autre forme:

- D'une part, il en va ainsi des avoirs du pilier 3a, dans la mesure où ils excèdent le montant qui aurait pu être accumulé dans le «petit» pilier 3a en sus du 2^e pilier¹¹. Une appréciation schématique est effectuée à cet égard pour des raisons de praticabilité¹².
- D'autre part, il en va d'avoirs de libre passage qu'une personne assurée n'a pas dû transférer à l'institution de prévoyance conformément aux art. 3 et 4 al. 2^{bis} LFLP¹³.

De plus, le Conseil fédéral a stipulé, à l'art. 60b OPP 2, que les personnes arrivant de l'étranger

peuvent effectuer, dans les cinq premières années suivant leur entrée dans une institution de prévoyance suisse, des rachats annuels à concurrence de 20% au plus du salaire assuré. D'un point de vue fiscal, on évite ainsi que des personnes qui ne séjournent en Suisse que temporairement ne puissent réduire leur revenu imposable par le biais de rachats élevés et percevoir ensuite, après un départ pour l'étranger, leur avoir de prévoyance assorti d'une charge fiscale modique, voire sans charge fiscale du tout.

Une disposition essentielle pour la prévention d'abus est l'art. 79b al. 3 LPP, lequel a pour objet le rapport – particulièrement délicat dans l'optique de la fiscalité – du rachat avec le versement du capital. D'après la première phrase de cette norme, les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital avant l'échéance d'un délai de trois ans. La deuxième phrase dispose qu'en cas d'octroi de versements anticipés pour l'encouragement à la propriété, des rachats ne peuvent être effectués que lorsque ces versements anticipés ont été remboursés. La règle de l'art. 79b al. 3 LPP soulève quelques questions qui seront traitées avec de plus amples détails au chapitre IV.

2.4 Autres dispositions

Les normes suivantes, qui servent à tout le moins indirectement à éviter des abus d'ordre fiscal, sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2005 déjà:

- L'art. 4 al. 4 LPP exige que les avoirs de prévoyance des personnes de condition indépendante soient affectés durablement à la prévoyance professionnelle, et restreint ainsi les possibilités de ces derniers de percevoir lesdits avoirs. Autrefois, un travailleur indépendant pouvait se faire verser son avoir de prévoyance, en tout temps, en espèces. Dans le droit en vigueur, un versement en liquide n'est en revanche licite qu'au moment de la prise en charge de l'activité indépendante ou dans le délai d'une année. Si une personne de condition indépendante dissout son 2^e pilier, l'avoir de prévoyance doit être transféré à une institution de libre passage. Un transfert – neutre au plan fiscal – a lieu à la nouvelle institution de prévoyance en cas de réaffiliation au 2^e pilier.
- Il résulte de l'art. 65e al. 3 LPP en corrélation avec l'art. 44a OPP 2 – qui ont été intégrés dans le cadre des mesures destinées à supprimer les découverts – que les réserves ordinaires de cotisations d'employeurs peuvent être alimentées au plus à concurrence du quintuple de la contribution patronale annuelle, ce en conformité avec la pratique fiscale actuelle.

3. Normes légales dans le droit fiscal

Le droit fiscal lui-même ne comporte pas de règles légales spécialement axées sur l'emploi abusif du 2^e pilier. Toujours est-il que les dispositions de nature fiscale stipulent que seules sont déductibles des contributions «légales, statutaires ou réglementaires» respectivement «à condition que toute utilisation contraire à leur but soit exclue»¹⁴.

En outre, les normes de droit fiscal veillent à assurer l'imposition des prestations de prévoyance, ce qui a lieu, d'une part, au moyen des obligations d'informer et de produire une attestation¹⁵ et, d'autre part, par un impôt prélevé à la source sur des prestations provenant d'institutions de prévoyance et versées à des destinataires domiciliés à l'étranger¹⁶.

Les règles de droit fiscal relatives aux distributions de bénéfices occultes ne se rapportent pas spécifiquement au domaine du 2^e pilier, mais y revêtent néanmoins une importance. Si des actionnaires se trouvent, en tant que collaborateurs, dans une situation meilleure que le reste du personnel, il convient de se poser la question de savoir si ce statut privilégié est fondé sur l'activité et la position au sein de l'entreprise ou la responsabilité du directeur actionnaire et si, de ce fait, il aurait été accordé également à un salarié ne participant pas à la société dans des circonstances sinon identiques¹⁷. A cet égard, des distributions de bénéfices occultes peuvent aussi se présenter lorsque les principes de la prévoyance professionnelle, notamment ceux de collectivité, de planification et d'égalité de traitement, sont respectés¹⁸.

III. Tâches et pouvoirs des autorités fiscales après l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP

Après que la 1^{re} révision de la LPP a entraîné l'intégration formelle d'une partie importante de la pratique actuelle concernant la reconnaissance de la prévoyance professionnelle par le fisc et la prévention d'abus dans des dispositions du droit de la prévoyance, les questions suivantes se posent:

- (1) L'autorité fiscale peut-elle encore examiner, dans le cas d'espèce, si les cotisations déduites sont conformes aux règlements? Que se passe-t-il si une institution de prévoyance verse des prestations contraires aux règlements?
- (2) L'autorité fiscale peut-elle examiner si les règlements et les démarches concrètes de l'institution de prévoyance répondent aux exigences de la loi? Quel est le rapport avec l'évasion fiscale?

1. Appréciation de la conformité des cotisations et des prestations aux règlements

Il semble clair que les autorités fiscales peuvent examiner, dans le cas concret, si les contributions déduites l'ont été conformément aux dispositions réglementaires. Si tel n'est pas le cas, la déduction peut être refusée, sans autres, sur la base des normes fiscales.

Par contre, en ce qui concerne le versement de prestations contraires aux règlements, les conceptions relatives aux répercussions fiscales ne sont pas unanimes. PETER LOCHER défend l'opinion que même les prestations d'une institution de prévoyance perçues de façon illégitime revêtent le caractère de prestations de prévoyance au sens des prescriptions d'ordre fiscal¹⁹. Dans une décision du 3 mars 2005²⁰, la Commission de recours en matière fiscale du canton de Zurich a cependant estimé qu'en cas de non-restitution des prestations perçues à tort de bons motifs plaident en faveur d'une imposition en tant que revenu ordinaire. Sinon, le privilège fiscal serait étendu à des prestations qui n'auraient pas dû avoir lieu du tout ou en tous les cas pas de la manière effectivement pratiquée, ce qui équivaldrait à une prime au profit de procédés contraires au droit de la prévoyance. Déjà par le passé, DANIELLE YERSIN²¹ s'était prononcée en faveur du refus de l'imposition privilégiée, car il est impossible de qualifier des prestations comme provenant de la prévoyance si les règles mises sur pied à cet effet sont violées. A mon avis, la question doit être considérée dans une optique purement fiscale et le privilège fiscal doit dès lors être refusé si le versement de prestations contraire aux règlements est lié, dans le cas concret, à des avantages fiscaux qui, dans l'hypothèse d'un comportement conforme aux règlements, ne seraient pas intervenus.

2. Examen de la conformité aux prescriptions légales

2.1 Appréciation de questions relevant du droit de la prévoyance par les autorités fiscales

C'est en particulier dans le cadre des décisions portant sur les déductions fiscales que les autorités fiscales sont confrontées à la tâche de répondre, au préalable, à la question de l'admissibilité de la contribution afférente au plan du droit de la prévoyance.

Cependant, depuis le 1^{er} janvier 2006, l'examen de la conformité à la loi de normes réglementaires relève aussi du domaine d'attribution des autorités de surveillance LPP. Selon l'opinion générale de la doctrine, une autorité a le droit d'examiner, à titre de question préjudicielle, une question de droit provenant de la sphère de compétence d'une autre autorité. A

cet égard, elle est liée par la pratique claire ou par les décisions de l'autorité compétente à raison de la matière. Les dispositions du 3^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP représentent toutefois des règles particulières en ce sens qu'elles font certes partie, formellement, du droit de la prévoyance, mais qu'elles sont avant tout motivées par des raisons de nature fiscale. Lors de l'interprétation des règles, ce sont donc non seulement de purs aspects de droit de la prévoyance qui revêtent de l'importance, mais aussi des réflexions d'ordre fiscal. Il convient d'en conclure, à mon avis, que les autorités fiscales sont liées par la pratique claire des autorités de surveillance LPP dans la mesure où de purs aspects de droit de la prévoyance sont débattus. En revanche, lorsqu'il s'agit d'apprécier des règles motivées par des raisons fiscales, les autorités fiscales disposent d'un pouvoir de décision autonome.

En vue de prévenir des doublons et de simplifier les procédures, les autorités de surveillance LPP et les autorités fiscales se sont cependant entendues, dans l'intervalle, pour le domaine de l'examen général des règlements – soit pour la question de savoir si les règlements sont conformes aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance – en ce sens que les autorités fiscales renoncent, dans les conditions convenues, à un propre examen des règlements et s'appuient sur l'appréciation faite par les autorités de surveillance²².

2.2 Interprétation des normes du droit de la prévoyance, motivées par des raisons fiscales, et évasion fiscale

Pour les autorités fiscales, il peut néanmoins se révéler nécessaire, dans certains cas, d'interpréter des règles légales de la prévoyance. Lors de l'interprétation, il convient non seulement de se fonder sur le libellé d'une disposition, mais aussi de se questionner sur la véritable portée d'une norme et sur son sens.

Dans l'interprétation des règles du 3^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP, il faut prendre en considération que le législateur souhaitait certes continuer à encourager la prévoyance professionnelle par le biais d'allègements fiscaux, mais aussi placer certains garde-fous et empêcher des abus. Le but général des dispositions, consistant à prévenir des abus, est toutefois relativement proche de la notion d'évasion fiscale.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il se présente une évasion fiscale:

- (1) lorsque la forme dont le contribuable a revêtu une opération est insolite, inadéquate ou anormale, en tout cas inadaptée aux données économiques;
- (2) que le choix de cette forme est abusif et n'a pour but que de faire l'économie d'impôts

qui auraient été perçus si l'on avait normalement réglé l'affaire; et

- (3) que la voie choisie entraîne effectivement une notable économie d'impôts pour le cas où le fisc l'admettrait.

Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP, il faut toujours tirer au clair, d'emblée, si le comportement peut être subsumé sous les normes de prévoyance motivées par des raisons fiscales. Ce n'est qu'ensuite qu'il convient d'examiner si, le cas échéant, il se présente une évasion fiscale, ce qui doit toutefois être admis avec une certaine retenue, car l'instrument de l'évasion fiscale ne peut servir à ignorer des possibilités d'aménagement relevant du droit de la prévoyance dès que celles-ci sont liées à un potentiel d'économies d'impôts.

IV. Questions spécifiques

1. Rachat avec versement subséquent du capital (art. 79b al. 3 1^{re} phrase, LPP)

A défaut de base légale particulière, la pratique et la jurisprudence ont, à ce jour, examiné les rachats avec versement subséquent du capital sous l'angle de l'évasion fiscale²³. Certains cantons avaient également publié des lignes directrices générales à ce sujet à l'attention de la pratique²⁴.

L'art. 79b al. 3 1^{re} phrase, LPP comprend désormais la disposition suivante concernant la relation entre rachat et versement subséquent du capital:

«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.»

Il résulte du libellé – ou à tout le moins de la conclusion inverse – qu'un versement de capital à l'expiration de trois ans depuis un rachat ne suscite aucune difficulté. Il se pose toutefois la question de savoir si des rachats excluent complètement un prélèvement de capital dans les trois années à venir. A cet égard, il convient d'abord de tirer au clair ce que l'on entend par «prestations résultant d'un rachat». La formulation éveille l'impression d'une liaison directe entre un rachat et une prestation. Cependant, les prestations provenant d'institutions de prévoyance ne sont pas financées par des fonds déterminés, mais par le capital de prévoyance de l'assuré en tant que tout. Ainsi, la disposition ne peut être comprise de façon littérale. Le texte permet en outre des interprétations différentes:

- Les «prestations résultant d'un rachat» peuvent être comprises comme les «presta-

tions additionnelles devant y être attribuées». On présume ainsi que les prestations en capital subséquentes sont financées, en premier lieu, par le capital de prévoyance existant déjà avant le rachat. Ainsi, l'intégralité de l'avoir de prévoyance acquis avant le rachat ne serait pas touchée par la restriction.

- Par «prestations résultant d'un rachat», on peut cependant aussi entendre «les prestations versées subséquentement». A cet égard, on admet que les rachats servent, en premier lieu, au financement des prestations en capital immédiatement consécutives, ce qui exclurait de façon générale un prélèvement de capital dans les trois ans à venir après un rachat (désigné également par «Last in – First out»).
- Les «prestations résultant d'un rachat» peuvent enfin se référer à toutes les prestations, ce qui aurait pour conséquence une limitation au prorata de la possibilité de versement du capital²⁵.

Partant, il y a lieu de rechercher la portée véritable du libellé, tout en tenant compte d'autres éléments d'interprétation, tels que notamment la genèse, le contexte de la loi ainsi que le sens et le but.

Il ressort des délibérations devant le Parlement que l'art. 79b al. 3 LPP était censé empêcher qu'un rachat ne soit compensé par une prestation en capital avant l'expiration de trois ans²⁶. Certes, le législateur voulait en principe autoriser des rachats, mais l'argent ne devait pas

pouvoir faire l'objet d'un nouveau prélèvement immédiat²⁷. Un compte courant pourvu d'un privilège fiscal dans la caisse de pensions n'est pas souhaitable, raison pour laquelle il fallait instituer un délai de blocage de trois ans pour le retrait des deniers. Les travaux préparatoires ne fournissent aucun éclaircissement sur la question de savoir si un versement de capital devait être prohibé dans le délai de trois ans, de façon générale et sans égard à l'état de l'avoir de vieillesse avant le rachat, mais ils ne l'excluent non plus. Il est à présumer que le Parlement n'y a pas voué des réflexions approfondies, mais s'est laissé guider par l'idée d'éviter que les institutions de prévoyance ne soient utilisées à titre d'instruments d'épargne fiscale. Il ne saurait donc être imputé au législateur qu'il souhaitait tout à fait consciemment exclure tout versement de capital dans les trois ans suivant un rachat.

En revanche, les travaux préparatoires confirment qu'avec le prélèvement des «institutions de prévoyance» on entend non seulement des prestations de vieillesse, mais aussi, par exemple, des versements anticipés en vue de la propriété du logement²⁸. Il doit en aller de même pour les paiements en espèces sur la base de l'art. 5 LFLP. Par contre, d'après une conception unanime, les versements de capitaux en cas d'invalidité ou de décès ne sont pas considérés comme des retraits de capitaux au sens de cette disposition.

Se fondant sur l'analyse du libellé et des travaux préparatoires, l'OFAS a défendu, dans son «Bulletin de la prévoyance professionnelle» no. 88, du 28 novembre 2005, l'opinion selon laquelle – dans une pure optique de droit de la prévoyance – seul le montant correspondant au rachat, intérêts inclus, ne peut pas être prélevé sous forme de capital pendant une période de trois ans. L'Office n'a pas pris en considération des réflexions d'ordre fiscal, lesquelles ne résultent pas clairement du libellé et dont il faut dès lors tenir compte dans le cadre d'une interprétation plus étendue, car les autorités fiscales s'y prêtent mieux.

Ainsi, il reste aux tribunaux et autorités fiscales à répondre à la question de savoir ce qui devait être stipulé avec la prescription de l'art. 79b, al. 3, 1^{re} phrase, LPP compte tenu de son sens et de son but. Il ne saurait être conclu du but général, visant à prévenir l'emploi d'institutions de prévoyance à titre d'instruments d'épargne fiscale, que l'objectif consiste à exclure tout prélèvement de capital dans le délai de trois ans, parce qu'il en résulte dans tous les cas les mêmes avantages fiscaux. Considérant le libellé équivoque, cela ne semblerait pas approprié. Au contraire, divers exemples – discutés non seulement lors des délibérations devant le Parlement, mais aussi dans la juris-

prudence – démontrent que l'on voulait créer un instrument destiné à éviter des placements temporaires de deniers dans le 2^e pilier pour des motifs purement fiscaux²⁹. Manifestement, on n'a pas aspiré à une libéralisation, mais sans doute à une clarification de la question litigieuse – appréciée de manière différente par les tribunaux – portant sur l'admissibilité de rachats et de versements de capitaux rapprochés dans le temps et, par conséquent, à une certaine objectivation. Malheureusement, l'art. 79b al. 3 1^{re} phrase LPP n'a pas pu amener de clarification susceptible de générer la sécurité juridique. Toujours est-il qu'il est possible d'en tirer la déduction selon laquelle les cas qui, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, ont été taxés d'évasions fiscales peuvent être subsumés, sans autres, sous la nouvelle disposition légale. Cependant, la portée de la nouvelle norme légale devrait aller au-delà, notamment en ce qui concerne la proximité dans le temps du rachat avec le versement du capital, car le législateur s'est exprimé de manière relativement claire à ce sujet. Sur la base de la proximité avec la notion d'évasion fiscale, l'élément subjectif représente un indice certes notable, mais non incontournable pour un comportement abusif au sens d'un placement dans le 2^e pilier, effectué de façon ciblée, temporaire et pour des raisons purement fiscales. En dernière analyse, c'est l'image objective que l'état de fait concret transmet qui est décisive.

Revêtent, à cet égard, de l'importance en tant que critères pour un *placement temporaire ciblé*:

- le bref laps de temps entre le rachat et le prélèvement du capital, le législateur procédant d'une période de soupçon de trois ans (au plus); à cet égard, le placement ciblé est d'autant plus probable que le laps de temps est court;
- la certitude quant au versement imminent sous forme de capital au moment du rachat³⁰ ou la possibilité de déterminer encore la forme du versement de la prestation avec ou après le rachat;
- en cas de départ à l'étranger, la possibilité de prélever en tout temps l'avoir de prévoyance en espèces³¹;
- la concentration, dans le temps, des rachats sur la phase précédant le prélèvement du capital³².

Entrent en considération en tant que critères d'appréciation pour des *motifs d'ordre purement fiscal*:

- le fait que le comportement ne fait aucun sens du point de vue du droit de la prévoyance, parce qu'aucune amélioration notable de la protection conférée par la pré-

voyance n'intervient (par exemple, rente de vieillesse immuablement élevée, pas d'accroissement de la couverture d'assurance);

- l'utilisation inopportune de deniers de prévoyance (par exemple, versement anticipé pour la propriété du logement en vue de réduire l'hypothèque, assorti d'une augmentation subséquent)³⁴;
- le financement du rachat par des fonds étrangers;
- le montant du rachat par rapport à celui de l'avoir de vieillesse actuel³⁵.

S'il est constaté, sur la base des critères ci-dessus, qu'un comportement viole le sens de la norme de l'art. 79b al. 3 1^{re} phrase LPP, il se pose la question des répercussions. Les institutions de prévoyance ont l'obligation de veiller, à tout le moins, à ce qu'aucun prélèvement de capital ne soit opéré dans l'étendue du rachat. En règle générale, une rente sera versée dans l'étendue afférente. Au cas où un règlement ne prévoit que des prestations de vieillesse sous forme de capital, l'institution de prévoyance doit conclure une assurance de rente en faveur de l'assuré. Un ajournement (partiel) de la prestation en capital au-delà de l'âge de la retraite est en revanche exclu³⁶. Si ce sont les autorités fiscales qui qualifient de violation de l'art. 79b al. 3 1^{re} phrase LPP un rachat avec versement de capital subséquent, il apparaît comme admissible, du point de vue fiscal, que l'on fasse «marche arrière» sur la base du constat desdites autorités. A défaut, il est approprié de considérer l'opération de rachat et de versement subséquent du capital comme une unité, ce qui a pour conséquence que le rachat n'est pas admis au titre d'une déduction et que la prestation en capital est imposée dans une étendue réduite. Si une taxation exécutoire existe déjà pour la période fiscale du rachat, une correction dans la procédure de rappel d'impôt n'est pas exclue, car un prélèvement de capital dans les années ultérieures se répercute sur la période fiscale du rachat. En cas d'appartenance à plusieurs institutions de prévoyance, il se pose la question de savoir s'il faut appliquer une optique consolidée ou considérer chaque institution pour elle-même. L'effet fiscal devant être évité avec l'art. 79b al. 3 1^{re} phrase LPP survient également en présence d'une pluralité d'institutions de prévoyance, ce qui plaiderait en soi pour une perspective globale. Par contre, au plan du droit de la prévoyance, on ne peut entendre par «prestations résultant d'un rachat» que des prestations provenant de l'avoir de prévoyance qui, auparavant, avait été alimenté en sus au moyen du rachat. L'art. 79b al. 3 1^{re} phrase LPP ne permet donc pas d'optique consolidée³⁷. Cependant, vu que la disposition de

l'art. 79b al. 3 1^{re} phrase LPP relative aux abus n'exclut pas l'évasion fiscale dans le même contexte, il convient d'examiner – dans les cas où un rachat dans une institution de prévoyance est effectué en même temps qu'un versement de capital provenant d'une autre institution – s'il existe une évasion fiscale selon la pratique actuelle³⁸.

2. Versement du capital avec rachat subséquent (art. 79b al. 3 2^e phrase LPP)

La constellation inverse a été réglée à l'aide de la 2^e phrase de l'art. 79b al. 3 LPP, à savoir celle d'un versement de capital suivi d'un rachat. La disposition ne se rapporte cependant qu'aux prélèvements de capitaux sous forme de versements anticipés pour la propriété du logement et a la teneur suivante:

«Lorsque des versements anticipés ont été accordés pour l'encouragement à la propriété, des rachats facultatifs ne peuvent être effectués que lorsque ces versements anticipés ont été remboursés.»

Contrairement à la 1^{re} phrase, cette 2^e phrase ne comprend pas de restriction dans le temps. Au contraire, on exige – lorsque suite à un versement anticipé il faut réalimenter de fonds le 2^e pilier – qu'un remboursement du versement anticipé ait lieu³⁹ avant de pouvoir procéder à des rachats déductibles des impôts. L'actuelle possibilité de choix devient ainsi caduque. La solution selon l'art. 14 al. 1^{er} OEPL, abrogé au 1^{er} janvier 2006 – d'après lequel des rachats peuvent être effectués après un versement anticipé dans la mesure où, ajoutés aux versements anticipés, ils ne dépassent pas les prestations de prévoyance maximales prévues par le règlement – n'est poursuivie que dans le cadre de la disposition d'exception de l'art. 60d OPP 2 pour tous les cas où un remboursement sur la base de l'art. 30d al. 3 LPP n'est plus licite.

La formulation de l'art. 79b al. 3 2^e phrase LPP est absolue. Il ne peut en être déduit que l'obligation de remboursement ne s'applique qu'aux versements anticipés provenant d'une institution de prévoyance déterminée⁴⁰. Le libellé plaide, au contraire, en faveur d'une perspective globale. Rien ne peut être déduit pour la 2^e phrase du fait que la 1^{re} phrase de l'art. 79b al. 3 LPP ne s'applique que pour chaque institution individuellement. Il y a lieu d'observer toutefois que les prescriptions du droit de la prévoyance se rapportent généralement à l'institution de prévoyance en tant que sujet de droit et que des exceptions nécessitent une justification particulière. Un tel motif pourrait être perçu, dans le cas présent, dans l'arrière-plan fiscal de la disposition. Si le législateur ne veut permettre la déductibilité fiscale de contributions de rachat que postérieurement au rem-

boursement de versements anticipés en arriéré, la question de savoir en provenance de quelle institution de prévoyance les versements anticipés ont été effectués ne joue en soi aucun rôle. De même, les cas traités par les tribunaux jusqu'alors sous l'aspect de l'évasion fiscale concernaient régulièrement des institutions de prévoyance distinctes⁴¹. Par contre, les problèmes pratiques résultant d'une perspective globale ne doivent pas revêtir d'importance décisive pour l'interprétation.

3. «Splitting» de versements de capital

Pour ce qui est de la problématique du versement partiel en capital, le législateur n'a, à ce jour, édicté des dispositions spéciales relatives aux abus ni dans le droit de la prévoyance, ni dans le droit fiscal, bien qu'un prélèvement échelonné permette de freiner la progression fiscale.

L'annualité de l'impôt sur le revenu interdit d'imposer conjointement des prestations en capital provenant de périodes fiscales différentes. Une *addition* n'est requise que s'il faut procéder, lors de versements de prestations en capital dans des années distinctes, d'un afflux fiscal dans la même année fiscale. Tel est notamment le cas lorsque des prestations en

capital diverses reposent sur le même événement de prévoyance. Ainsi, par exemple, un versement de la prestation de vieillesse au moyen d'acomptes ne mène pas à des impôts annuels séparés; au contraire, l'imposition a lieu, globalement, au moment de la survenance du cas de prévoyance⁴². Si, de façon licite, il existe plusieurs comptes de libre passage, rien ne peut toutefois être objecté, d'un point de vue fiscal, à un prélèvement des différents avoirs dans des années distinctes. Dans ce cas, on ne peut non plus parler d'une évasion fiscale. Dans le cadre des conditions légales, le prélèvement partiel du capital, est également conforme à la volonté du législateur lors de versements anticipés pour la propriété du logement⁴³.

La question de l'admissibilité de prélèvements partiels de capital se pose aussi dans le cas des *retraites partielles*⁴⁴. A ce jour, le droit de la prévoyance ne contient aucune prescription relative à ce type de retraite. Cependant, la pratique les accepte depuis longtemps lorsqu'elles sont dotées d'une base réglementaire afférente. Dans l'optique fiscale, on exige parfois que la cessation partielle de l'activité lucrative soit clairement manifestée et, partant, substantielle et durable. Des versements partiels de capital

sont également admis, dans ce contexte, dans la mesure où ils ne mènent pas à un morcellement inapproprié du prélèvement des deniers⁴⁵.

V. Résumé

D'une part, les abus d'ordre fiscal dans le 2^e pilier sont marqués par le fait que la déductibilité de cotisations n'est pas définie dans le droit fiscal, mais se rattache directement à celui de la prévoyance. D'autre part, ils résultent du fait qu'une combinaison de rachats et de versements de capital entraîne, selon les circonstances, des allègements fiscaux injustifiés. La 1^{re} révision de la LPP n'a rien changé à ces conditions cadres. Celle-ci a cependant introduit diverses normes qui ont été reprises, pour l'essentiel, de la jurisprudence et de la pratique fiscale actuelle. Ainsi, le droit de la prévoyance comporte, depuis le 1^{er} janvier 2006, également des dispositions délimitant le 2^e pilier et déclarant certains procédés incompatibles avec le but de la prévoyance professionnelle. Ces normes motivées par des raisons fiscales doivent être respectées par les autorités et organes chargés de la mise en œuvre du droit

de la prévoyance; cependant, les autorités fiscales doivent aussi interpréter ces règles dans le cadre de leur domaine d'attribution. Dans la mesure où il ne faut pas juger de purs aspects de droit de la prévoyance, les autorités fiscales disposent, à cet égard, d'un pouvoir d'appréciation autonome. Si le sens littéral d'une disposition est équivoque, il convient de dégager le sens de la norme en tenant compte du contexte sous l'angle du droit de la prévoyance et des motifs de nature fiscale. Par conséquent, l'interprétation des nouvelles dispositions se substituera à l'avenir au comblement de lacunes auquel la jurisprudence et la pratique fiscale avaient procédé à ce jour. Dans une large étendue, elle prendra également la relève de l'appréciation de procédés sous l'angle de l'évasion fiscale d'après la pratique actuelle. Toutefois, l'instrument de l'évasion fiscale ne deviendra pas entièrement superflu. Dans le cas de la disposition centrale de l'art. 79b al. 3 LPP concernant le rapport entre rachat et versement du capital, il se révèle que le législateur – dans son effort de délimitation de la prévoyance professionnelle, digne d'être encouragée, par rapport à son emploi abusif à des fins fiscales – a manqué l'objectif consistant à générer la sécurité juridique. Les travaux préparatoires, le contexte de la loi ainsi que le sens et le but de la norme permettent néanmoins de dégager pour l'interprétation des critères d'appréciation un tant soit peu concevables et vérifiables. ■

* Version abrégée d'un article publié dans les Archives de droit fiscal suisse (Archives volume 75, fascicule 9, p. 513 ss.) sous le titre «Steuerliche Missbräuche nach Inkrafttreten der 1. BVG-Revision». Le présent article reflète l'opinion personnelle de l'auteur.

- ¹ Part dite de l'employeur, voir aussi, à ce propos, TF du 15.3.2001, StE 2001 A 24.32 no. 4 = StR 2001, 419.
- ² Voir aperçu (état au 31.12.2005) dans: CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2006, p. 348.
- ³ Voir à ce propos le message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (réforme structurelle) du 15 juin 2007.
- ⁴ Cette pratique a été instituée par le Tribunal administratif (VGer) du canton de Zurich dans l'arrêt du 17.5.2000 (StE 2001 B 72.14.1 no. 17) après que le TF avait refusé, dans sa précédente jurisprudence, l'assurance d'un employé unique d'une personne morale (ATF 120 Ib 199 = Archives 64, 152 = StE 1995 B 27.1 no. 19). Par la suite, le TF a également relativisé sa pratique (TF du 20.3.2002, StE 2002 B 72.14.1 no. 20 = StR 2002, 488).
- ⁵ Voir aussi, à ce propos, TF du 29.7.2004, Archives 74, 749 = StR 2005, 32; *Conférence suisse des impôts*, Prévoyance et fiscalité, Cas d'application A.2.3.1.
- ⁶ TF du 29.7.2004, Archives 74, 749 = StR 2005, 32.
- ⁷ TF du 16.5.1995, StE 1998 B 72.14.2 no. 21, TF du 26.2.2001, Archives 71, 384 = StE 2001 B 72.14.2 no. 27 et, après l'adoption de la 1^{re} révision de la LPP, TF du 13.2.2004, StE 2004 B 96.12 no. 14.
- ⁸ En conformité avec les explications données par le TF dans le jugement du 13.2.2004, StE 2004 B 96.12 no. 14, consid. 2.4.4, une observation consolidée de plusieurs institutions de prévoyance est dès lors exclue. Cependant, si plusieurs plans de prévoyance existent au sein de la même institution dans le cadre d'un concept de prévoyance intégré, la part minimale de 6% doit être atteinte pour tous les plans.
- ⁹ OPP 2, Dispositions finales de la modification du 10.6.2005, let. c.
- ¹⁰ A l'origine, la LPP procédait de la règle d'or, selon laquelle le versement d'un intérêt sur les avoirs de vieillesse permet de compenser l'évolution des salaires, renchérissement inclus. Dans un arrêt du 15.11.2005 (StE 2006 B 27.1 no. 32), le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall a également considéré comme licite une addition d'intérêts limitée. D'après la pratique actuelle, un écart de la règle d'or, c'est-à-dire une différence entre intérêt versé sur l'avoir de vieillesse et accroissement du salaire de 2% au plus, est accepté (voir www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/2123/2123_1_fr.doc).
- ¹¹ La prescription selon la circulaire no. 3 de l'AFC du 22.12.2000, ch. 3.4 – qui correspondait à un arrêt du Tribunal administratif du canton de Saint-Gall du 14.12.2000 (StE 2001 B 27.1 no. 24) – est ainsi remplacée.
- ¹² L'OFAS publie une table révélant dans quelle étendue les avoirs provenant du (grand) pilier 3^a ne doivent pas être portés en compte; voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 94 (OFAS), du 28.9.2006, Annexe.
- ¹³ La même réflexion s'applique aussi dans le cas où une personne assurée a déjà perçu ou perçoit des prestations de vieillesse d'une précédente institution de prévoyance; voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 91 (OFAS), du 6.4.2006, ch. 527, et VGer ZH du 20.12.2006, StR 2007, 433.
- ¹⁴ Art. 33, al. 1^{er}, let. d, LIFD resp. art. 9, al. 2, let. d, LHID ainsi que art. 27, al. 2, let. c, et art. 59, al. 1^{er}, let. b, LIFD resp. art. 10, al. 1^{er}, let. d, et art. 25, al. 1^{er}, let. b, LHID; voir aussi TF du 26.2.2007 RF 2007, 359.
- ¹⁵ Art. 7 resp. 19 LIA ou art. 129, al. 1er, let. b, LIFD resp. art. 45, let. b, LHID.
- ¹⁶ Art. 95 LIFD resp. art. 35, al. 1^{er}, let. f, LHID ainsi que art. 96 LIFD resp. art. 35, al. 1^{er}, let. g, LHID.
- ¹⁷ Voir TF du 20.3.2002, Pra 2002 no. 208 = StE 2002 B 72.14.1 no. 20.
- ¹⁸ Cf. à ce propos *Conférence suisse des impôts*, Prévoyance et fiscalité, Cas d'application A.2.2.3. Il en va notamment ainsi lors d'un financement purement patronal des prestations (VGer ZH du 23.8.1983, StE 1984 B 72.13.22 no. 1) ou lors de la prise en charge de cotisations de salariés (VGer SZ du 26.11.1992, StE 1994 B 72.13.22 no. 29) et lors de rachats par la société. Dans un jugement du 29.7.2004 (Archives 74, 749 = StR 2005, 32), le TF a déjà considéré comme violation des principes du droit de la prévoyance l'exécution de versements uniques par la société en faveur de l'actionnaire unique.
- ¹⁹ PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Therwil/Bâle 2001, N 6 ad art. 38; de même: PETER AGNER/ANGELO DIGERONIMO/HANS-JÜRGEN NEUHAUS/GOTTHARD STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband des Kommentars von Peter Agner, Beat Jung und Gotthard Steinmann, Zurich 2000, art. 38 N 1a.
- ²⁰ Commission de recours en matière fiscale (StRK) ZH du 3.3.2005, StE 2005 B 26.13 no. 18.
- ²¹ DANIELLE YERSIN, L'évolution du droit fiscal en matière de prévoyance professionnelle et de prévoyance individuelle liée, Archives 62 (1993/94) p. 129 ss., p. 144.
- ²² S. dazu www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/2126/2126_1_de.pdf.
- ²³ Elusion fiscale admise dans: ATF 131 II 627 = Pra 2006 no. 116, TF du 13.8.2003, StR 2003, 879, TF du 10.3.2004, 2A.389/2003, TF du 14.3.2006, 2A.461/2005, TF du 13.4.2006, 2A.705/2005, Commission de recours en matière d'impôt fédéral (BSRK) ZH du 26.6.2002, StE 2002 B 27.1 no. 27, VGer LU du 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 no. 30, VGer SZ du 24.1.2005, StR 2006, 128; évasion fiscale niée dans: VGer ZH du 23.1.2002, StE 2002 B 27.1 no. 26 = StR 2002, 485, VGer AG du 19.12.2002, StE 2003 B 27.1 no. 29, Commission de recours de l'administration (VRK) SG du 24.6.2004, StE 2005 B 27.1 no. 31.
- ²⁴ Grisons: StR 1999, 708; Soleure: StR 2003, 712; Thurgovie: StR 2006, 324.
- ²⁵ Voir PETER LANG/WOLFGANG MAUTE, Steuerliche Aspekte der 1. BVG-Revision, StR 2004, p. 2 ss., p. 12.
- ²⁶ Voir BO 2002 S 1052.
- ²⁷ Voir BO 2002 S 1035.
- ²⁸ Cf. BO 2003 N 630 où figurent des exemples.
- ²⁹ Cf. aussi Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 83 (OFAS), du 16.6.2005, ch. 484, p. 2.
- ³⁰ Voir aussi TF du 14.3.2006, 2A.461/2005; BSt-RK ZH du 26.6.2002, StE 2002 B 27.1 no. 27; VGer LU du 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 no. 30; *Conférence suisse des impôts*, Prévoyance et fiscalité, Cas d'application A.3.1.11.
- ³¹ Voir aussi TF du 14.3.2006, 2A.461/2005; VGer ZH du 31.8.2005, StE 2006 A 12 no. 13.
- ³² Voir aussi TF du 10.3.2004, 2A.389/2003; VGer ZH du 23.1.2002, StE 2002 B 27.1 no. 26.
- ³³ Voir aussi TF du 13.4.2006, 2A.705/2005; ATF 131 II 627 = Pra 2006 no. 116.
- ³⁴ Voir aussi TF du 13.8.2003, StR 2003, 879.
- ³⁵ Voir aussi VGer ZH du 31.8.2005, StE 2006 A 12 no. 13.
- ³⁶ Voir à ce propos Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 88 (OFAS), du 28.11.2005, ch. 511, avec précisions dans: Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 93 (OFAS), du 11.7.2006, ch. 540.
- ³⁷ Lors d'un changement d'emploi, le délai de blocage perdure néanmoins; voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 91 (OFAS), du 6.4.2006, ch. 527.
- ³⁸ Voir VGer LU du 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 no. 30.
- ³⁹ Au plan fiscal, il s'effectue, selon l'art. 83a, al. 2, LPP en corrélation avec l'art. 14, al. 2, OEPL, une restitution de l'impôt payé sur le versement anticipé, sans intérêt.
- ⁴⁰ Cette conception est défendue – toutefois sans motifs circonstanciés – par l'OFAS dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 88, du 28.11.2005, ch. 511, question 8. En revanche, il est clair que l'obligation de rembourser le versement anticipé perdure lors d'un changement d'institution de prévoyance (voir aussi art. 12 OEPL).
- ⁴¹ Voir TF du 13.8.2003, StR 2003, 879; VGer LU 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 no. 30.
- ⁴² Voir TF du 26.5.2000, Pra 2000 no. 169 = StR 2000, 573, et VGer ZH du 24.11.1999, StE 2000 B 21.2 no. 11.
- ⁴³ Dans un jugement du 18.5.2004 (2A.509/2003), le TF a toutefois placé le versement anticipé précédant immédiatement un versement des prestations de vieillesse sous forme de capital sous la réserve d'une répression fiscale des abus.
- ⁴⁴ De telles dispositions devraient être introduits dans le cadre de la 11^e révision de l'AVS.
- ⁴⁵ Dans la pratique actuelle, un prélèvement de capital opéré deux fois est encore reconnu.