

Titre Ernst&Young



DOMINIQUE CHRISTIN
AVOCAT, BCCC AVOCATS SÀRL

EN DROIT

Chapo

AUTEUR
Fonction

Texte.

■

Rachats et versements de capital LPP: le piège fiscal

Celui qui envisage de retirer une partie de son avoir LPP pour financer l'acquisition de son logement ferait bien de se méfier. La jurisprudence du Tribunal Fédéral risque de lui jouer un sale tour, s'il a effectué un rachat d'années de cotisations au cours des trois dernières années.

Au titre de la lutte contre l'évasion fiscale, le Tribunal Fédéral a en effet décidé, dans un arrêt très critiqué du 12 mars 2010 (2C_658/2009 et 2C_659/2009), que tout retrait de capital intervenant dans les trois ans suivant un rachat doit être considéré comme une évasion fiscale. Peu importe que l'avoir de vieillesse existant avant le rachat fût suffisant pour couvrir le versement de capital: ce versement sera considéré comme abusif. Les déductions fiscales liées au rachat intervenu au cours des trois dernières années seront biffées a posteriori. Les taxations effectuées seront rouvertes, l'impôt corrigé comme si aucun rachat n'avait eu lieu et un supplément d'impôt réclamé au contribuable, avec intérêts! Cet arrêt, bien que très critiqué, a été confirmé dans un nouvel arrêt du 24 novembre 2010 (2C_614/2010).

Cette jurisprudence repose sur l'interprétation malheureuse de l'art. 79b al. 3 LPP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Selon la première phrase de cette disposition: «Les presta-

tions 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».

Les rachats étant déductibles au taux plein, alors que les retraits de capital sont imposés à un taux réduit, la tentation est en effet grande d'utiliser sa caisse de pension à des fins d'économie fiscale, plutôt qu'à des fins de prévoyance. Les abus ont été régulièrement sanctionnés par les autorités fiscales sous l'angle de l'évasion fiscale. L'article 79b al. 3 LPP a été introduit dans le but de concrétiser la pratique anti-abus des autorités fiscales. L'interprétation que le Tribunal Fédéral en propose va toutefois au-delà de ce but.

Quelles sont «les prestations résultant d'un rachat», qui ne peuvent pas être versées sous forme de capital pendant trois ans? Le texte paraît clair. Et le but de la disposition aussi: il s'agit de bloquer

On ne peut que recommander aux candidats propriétaires de mettre en gage leur droit aux prestations LPP. Plutôt que de demander un versement anticipé.

pour trois ans les sommes versées volontairement par le contribuable à titre d'un rachat. Le capital existant déjà avant le rachat ne devrait pas être concerné. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'Office Fédéral des Assurances Sociales (OFAS) interprète l'article 79b al. 3 LPP (cf. son Bulletin de la Prévoyance Professionnelle n°88 du 28 novembre 2005). Pourtant, le Tribunal Fédéral considère qu'il ne faut pas prendre cet article au pied de la lettre. Selon notre Haute Cour, il n'est pas possible d'établir un lien direct entre un rachat et un versement de capital. Car toutes les sommes accumulées dans l'avoir LPP forment un tout, sans qu'on ne puisse distinguer s'il a été financé par les cotisations ordinaires, les rachats ou les intérêts. Un retrait en capital ne peut donc être attribué à tel ou tel rachat effectué au cours des trois dernières années. Ce qui justifie, aux yeux des juges, de sanctionner fiscalement tout versement en capital intervenant dans les trois ans suivant un rachat, même si la capital existant avant le rachat était suffisant pour couvrir le versement en question.

Si l'on comprend la logique du Tribunal Fédéral, force est de constater qu'elle pose un problème de cohérence dans l'application d'une norme. Comment justifier qu'une même disposition légale soit interprétée de manières divergentes par les autorités de la prévoyance, d'une part, et par les autorités fiscales, d'autre part? Cela n'est évidemment pas satisfaisant du point de vue de la sécurité juridique.

La systématisation induite par le Tribunal Fédéral est par ailleurs injuste et injustifiée. Injuste car elle va frapper des contribuables qui n'avaient aucune intention de commettre un abus. Et injustifiée car, dans les cas de versement anticipé de capital pour l'encouragement à la propriété en tous cas, elle fait double emploi avec la deuxième phrase de l'article 79b al. 3 LPP: «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».

Prenons un exemple. Monsieur Dindon Delafarce dispose d'un avoir de vieillesse de 600.000 francs à fin 2007. Il effectue des rachats d'années de cotisation de 30.000 francs en 2008, 2009 et 2010. Il décide, durant l'été 2010, d'acheter une maison pour en faire sa résidence principale. Pour financer cette acquisition, il demande à sa caisse de pension de lui faire un versement en capital de 500.000 francs.

En vertu de la deuxième phrase de l'article 79b al. 3, toutes les contributions volontaires que Monsieur Delafarce fera ultérieurement à sa caisse de pension seront traitées comme des remboursements non déductibles fiscalement du capital retiré. La non déductibilité de ces versements est suffisante pour éviter les abus. Biffer en outre les déductions fiscales des rachats 2008, 2009 et 2010 constitue, à notre sens, une double sanction non voulue par le législateur.

Il reste à espérer que les autorités fiscales n'appliqueront pas la jurisprudence 2010 du Tribunal Fédéral à des cas de versement anticipé pour l'encouragement à la propriété. Car cela nuirait aux vœux du législateur, c'est-à-dire favoriser l'accession à la propriété de son propre logement, qui constitue en soi une mesure de prévoyance. En attendant que ce genre de cas soit examiné par le Tribunal Fédéral, on ne peut que conseiller aux candidats propriétaires de mettre en gage leur droit aux prestations LPP, plutôt que de demander un versement anticipé. ■

MiFID or not MiFID?

L'article publié sous ce titre dans *INDICES* du mois dernier (février 2011) mentionne que «Le délai de consultation des acteurs du marché a été prolongé au 2 avril prochain». En réalité, il a été prolongé jusqu'au 2 mai 2011. A noter par ailleurs que la version française du rapport est dorénavant accessible en ligne (<http://www.finma.ch/f/aktuell/pages/aktuell-vertriebsregeln-fristverlaengerung-20110125.aspx>).