

Rachat et prestations sous forme de capital

# Durcissement de la jurisprudence fiscale, quelles sont les limites?

Le Tribunal Fédéral (ci-après «le TF») confirme et durcit sa position.

Il refuse systématiquement de défiscaliser des versements extraordinaires (rachats) effectués dans l'institution A alors qu'une prestation sous forme de capital est versée par l'institution B dans le délai de trois ans.

EN BREF

Il n'y a qu'un pas pour que le TF applique, sans base légale, son interprétation de l'art. 79 al. 3 LPP à l'ensemble des rapports de prévoyance du couple, soit par déclaration fiscale. Nous encourageons les autorités fiscales à analyser de manière critique l'application de cette jurisprudence.

Le droit suisse a développé la théorie de l'évasion fiscale pour lutter contre les structures insolites qui n'auraient pour seul but d'économiser des impôts. L'appréciation de l'état de fait permettant de conclure à une évasion fiscale se fait à posteriori selon une approche économique. Selon la jurisprudence, il y a évasion fiscale lorsque trois conditions cumulatives sont réunies:

- la forme juridique choisie par le contribuable apparaît comme insolite, inappropriée, en tout cas inadaptée au but économique poursuivi;
- il y a lieu d'admettre que ce choix a été arbitrairement exercé dans le seul but d'économiser des impôts;
- le procédé choisi conduit effectivement à une notable économie d'impôt.

Lorsque ces trois conditions sont remplies, l'imposition doit être fondée non pas sur la forme choisie par le contribuable, mais sur la situation économique réelle (but poursuivi par le contribuable).

## Reviement de jurisprudence

L'analyse de l'évasion fiscale ne peut se faire qu'à posteriori sur la base du cas d'espèce. Or, en mars 2010, le TF a décidé d'objectiver cette notion dans le cadre de l'application de l'art. 79 al. 3 LPP<sup>1</sup> en refusant systématiquement la déduction des rachats lorsque des prestations sous forme de capital sont versées

durant le délai de blocage de trois ans.<sup>2</sup> Selon le TF, cette disposition a été introduite en 2006 dans la loi pour lutter contre les abus fiscaux en matière de prévoyance professionnelle quel que soit le cas d'espèce. Dans ce sens, le TF s'éloigne de l'interprétation de l'Office fédéral des assurances sociales.<sup>3</sup> Quiconque effectue des rachats a donc, selon la décision du TF, l'interdiction de percevoir des prestations en capital d'aucune sorte pendant les trois ans qui suivent, même si le rachat a servi à financer une rente ou qu'il ne sera versé qu'ultérieurement. Cette interprétation a été confirmée par la Conférence suisse des impôts<sup>4</sup> (ci-après «la CSI»). La CSI se penche toutefois sur les aspects pratiques de l'application de cette jurisprudence et exclut de son champ d'application les rachats peu importants (absence de matérialité), soit généralement des rachats annuels inférieurs à 12 000 francs. Chaque autorité

<sup>2</sup> ATF du 12 mars 2010 (2C\_658/2009), confirmé par les arrêts du TF du 24 novembre 2010 (2C\_614/2010) et du 13 septembre 2013 (2C\_243/2013, 2C\_244/2013).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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), approuvé par le Comité de la CSI en séance du 3 novembre 2010 [www.steuerkonferenz.ch](http://www.steuerkonferenz.ch).

<sup>1</sup> L'art. 79 b al. 3 LPP énonce que «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.»

**Isabelle Amschwand**  
lic. iur.,  
CEO Trianon SA



fiscale a fixé ses propres limites. Cette jurisprudence s'appliquait dans le cas où le rachat et la prestation concernaient un seul rapport de prévoyance.

### Durcissement de la jurisprudence

Dans son arrêt publié en janvier dernier<sup>5</sup> le TF requiert désormais une stricte interprétation de l'art. 79b, al. 3 LPP non seulement au sein de la même institution de prévoyance mais également lorsque plusieurs rapports de prévoyance sont en jeu. Quiconque effectue un rachat dans une institution de prévoyance donnée ne peut désormais plus percevoir de prestation en capital provenant d'une autre institution de prévoyance dans les trois années qui suivent. En se référant à son argumentation de 2010, le TF décide à priori qu'il y a évasion fiscale quel que soit le cas d'espèce et s'éloigne non seulement de l'interprétation faite par les autorités responsables de l'application du droit de la prévoyance au sein d'une même institution mais semble se substituer au législateur. En effet, les dispositions de la LPP et de ses ordonnances fixent les règles applicables aux institutions de prévoyance selon un système de vase clos par institution voire œuvre de prévoyance. Les exceptions doivent être explicitement prévues par la législation comme le fait l'art. 1a OPP 2 qui analyse le respect du principe d'adéquation en cas de pluralité de rapports de prévoyance.

Une analyse à posteriori du cas d'espèce sous l'angle de l'évasion fiscale nous semble justifiée alors que nous doutons de l'application systématique, soit à priori, de l'interprétation d'une disposition du droit de la prévoyance applicable par institution à la pluralité des rapports de prévoyance sans base légale.

De plus, cette jurisprudence ne pourrait s'adresser à priori qu'aux assurés ou petits groupes d'assurés pouvant décider librement de l'organisation de leur prévoyance. En effet, elle ne tient pas compte de l'évolution du système, des efforts fournis par les entreprises pour garantir une prévoyance adéquate à leurs collaborateurs malgré les pressions économiques grandissantes. Prenons l'exemple d'une grande société qui décide de restructurer

sa prévoyance de la manière suivante pour continuer à offrir une bonne prévoyance à ses collaborateurs dans devoir supporter des risques potentiels devenu trop lourds:

- L'institution de prévoyance A offre une couverture enveloppante pour tous les salaires AVS jusqu'à un montant de 90 000 francs, les prestations vieillesse sont versées sous forme de rentes ou de capital.
- L'institution de prévoyance B offre une couverture surobligatoire pour les salaires entre 90 000 et 250 000 francs, les prestations vieillesse sont versées sous forme de capital pour éviter de supporter les risques liés à la longévité et financiers sur les rentiers.
- L'assuré X dont le salaire AVS s'élève à 110 000 francs reçoit une rémunération extraordinaire ou fait un héritage à 63 ans et en profite pour améliorer sa prévoyance et obtenir une rente plus élevée dès 65 ans. Il touchera obligatoirement un capital de l'institution de prévoyance B.
- Bien que l'assuré n'a aucun pouvoir sur la structure de sa prévoyance et a pour but d'améliorer sa rente vieillesse, son rachat ne sera pas défiscalisé selon la jurisprudence du TF de janvier 2015 alors que la législation fiscale (art. 33 LIFD et 9 LHID) autorise explicitement la déduction des contributions extraordinaires et que le droit de la prévoyance est strictement respecté puisque l'institution A versera une prestation sous forme de rente. Relevons enfin que l'assuré n'a aucun pouvoir sur l'organisation de sa prévoyance.

Les exemples de structures conduisant à une application choquante de la jurisprudence du TF sont multiples et se développent rapidement.

Cette interprétation systématique du TF, indépendante du rapport de prévoyance, a-t-elle des limites? Il n'y a qu'un pas pour que le TF applique, sans base légale, son interprétation de l'art. 79 al. 3 LPP à l'ensemble des rapports de prévoyance du couple, soit par déclaration fiscale.

### Application par les autorités fiscales

Nous encourageons vivement les autorités fiscales à analyser de manière cri-

tique l'application de cette nouvelle jurisprudence, comme elles l'ont fait en 2010, en tenant compte de la législation applicable et de l'évolution de la structure de la prévoyance. Pourquoi pénaliser la quasi-totalité des assurés pour quelques cas d'abus? Les autorités fiscales disposent pour cela de l'instrument de l'évasion fiscale. |

<sup>5</sup> Arrêt du TF du 15 janvier 2015, 2C\_488/2014, 2C\_489/2014.

Einkauf und Leistungen in Kapitalform

# Verschärfung der Steuerrechtsprechung – Wo sind die Grenzen?

Das Bundesgericht (BGer) bestätigt und verschärft seine Position. Es lehnt Steuererleichterungen für ausserordentliche Einzahlungen (Einkäufe) bei einer Institution A systematisch ab, wenn innerhalb von drei Jahren Leistungen in Kapitalform von der Institution B bezogen werden.

## IN KÜRZE

Es fehlt nur noch ein Schritt, bis das Bundesgericht seine Auslegung von Art. 79b Abs. 3 BVG ohne gesetzliche Grundlage auf sämtliche Vorsorgeverhältnisse eines Ehepaars (das heisst auf die Steuererklärung) ausweitet. Wir fordern die Steuerbehörden auf, die Anwendung dieser neuen Rechtsprechung kritisch zu prüfen.

Das schweizerische Recht hat eine Theorie über die Steuerumgehung entwickelt, um absonderliche Rechtsgestaltungen zu verhindern, deren Ziel allein die Steuerersparnis ist. Die Beurteilung des Sachverhalts, aufgrund dessen auf Steuerumgehung geschlossen wird, erfolgt nachträglich gemäss einem wirtschaftlichen Ansatz. Gemäss der Rechtsprechung liegt Steuerumgehung vor, wenn drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- Die vom Steuerpflichtigen gewählte rechtliche Struktur scheint ungewöhnlich, zweckentfremdet und auf alle Fälle für das verfolgte wirtschaftliche Ziel ungeeignet.
- Deshalb ist diese Wahl als willkürlich zu betrachten. Sie wurde allein zum Zweck der Steuerersparnis getroffen.
- Das gewählte Verfahren führt zu einer erheblichen Steuerersparnis.

Sobald diese drei Bedingungen erfüllt sind, muss sich die Besteuerung auf den realen wirtschaftlichen Sachverhalt stützen (das vom Steuerpflichtigen verfolgte Ziel) und nicht auf die vom Steuerpflichtigen gewählte Form.

## Änderung der Rechtsprechung

Die Analyse der Steuerumgehung ist im Einzelfall erst im Nachhinein möglich. Im März 2010 entschied das Bundesgericht aber, zur Tragweite dieses Konzepts im Rahmen der Anwendung von Art. 79b Abs. 3 BVG<sup>1</sup> Stellung zu

<sup>1</sup> Art. 79b Abs. 3 BVG: «Wurden Einkäufe getätigt, so dürfen die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden.»

nehmen. Es verweigert die Abzugsberechtigung immer dann, wenn während der dreijährigen Sperrfrist Leistungen in Form von Kapital ausgerichtet werden.<sup>2</sup> Gemäss Bundesgericht wurde diese Bestimmung 2006 ins Gesetz aufgenommen, um den Steuermisbrauch im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge unabhängig vom Einzelfall zu bekämpfen. Das Gericht weicht also von der Auslegung des Bundesamts für Sozialversicherungen ab.<sup>3</sup> Wer einen Einkauf tätigt, kann gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts innerhalb der folgenden drei Jahre keinerlei Leistung in Form von Kapital beziehen, auch wenn der Einkauf der Finanzierung einer Rente diene oder erst später ausbezahlt wird. Die Vereinigung der Schweizerischen Steuerbehörden<sup>4</sup> (SSK) hat diese Auslegung bestätigt. Die SSK beschäftigt sich jedoch mit den praktischen Aspekten der Umsetzung dieser Rechtsprechung. Sie schliesst kleinere Einkäufe, das heisst jährliche Einkäufe von weniger als 12 000 Franken, generell aus. Jede

<sup>2</sup> BGE vom 12. März 2010 (2C\_658/2009), bestätigt durch die BGE vom 24. November 2010 (2C\_614/2010) und vom 13. September 2013 (2C\_243/2013, 2C\_244/2013).

<sup>3</sup> Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 88 vom 28. November 2005, Rz. 511, bestätigt in den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 93 vom 11. Juli 2006, Rz. 540, und Nr. 110 vom 15. Januar 2009, Rz. 678.

<sup>4</sup> Analyse zum Bundesgerichtsentscheid vom 12. März 2010 (2C\_658/2009) zur Abzugsberechtigung von Einkäufen bei nachfolgendem Kapitalbezug (steuerrechtliche Tragweite von Art. 79b Abs. 3 BVG), die der SSK-Vorstand in seiner Sitzung vom 3. November 2010 genehmigte. [www.steuerkonferenz.ch](http://www.steuerkonferenz.ch).

Steuerbehörde hat ihre eigenen Grenzen festgelegt. Das Urteil galt für einen Fall, in dem der Einkauf und die Leistung ein einziges Vorsorgeverhältnis betrafen.

### Verschärfung der Rechtsprechung

In seinem im Januar 2015 veröffentlichten Entscheid<sup>5</sup> verlangt das Bundesgericht nunmehr eine strikte Auslegung von Art. 79b Abs. 3 BVG nicht mehr nur für eine einzige Vorsorgeeinrichtung, sondern auch im Fall mehrerer Vorsorgeverhältnisse. Wer einen Einkauf in eine bestimmte Vorsorgeeinrichtung tätigt, kann in den drei Folgejahren keine Kapitalleistung von einer anderen Vorsorgeeinrichtung beziehen. Unter Bezugnahme auf die Erwägungen von 2010 entscheidet das Bundesgericht unabhängig vom Einzelfall, dass Steuerumgehung vorliegt.

Damit weicht es nicht nur von der Auslegung der für die Anwendung des Vorsorgerechts zuständigen Behörden ab, sondern scheint auch die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen. Das BVG und die dazugehörigen Verordnungen legen die Regeln für die Vorsorgeeinrichtungen nämlich so fest, dass sie für einzelne Institutionen oder Vorsorgewerke gelten. Die Ausnahmen müssen vom Gesetz ausdrücklich erwähnt werden, so zum Beispiel in Art. 1a BVV 2. Dieser analysiert die Einhaltung des Prinzips der Angemessenheit im Fall mehrerer Vorsorgeverhältnisse.

Uns scheint eine Analyse des Einzelfalls in Bezug auf Steuerumgehung ex post gerechtfertigt. Wir stellen aber infrage, dass sich die Auslegung einer vorsorgerechtlichen Bestimmung, die für einzelne Einrichtungen gilt, ohne gesetzliche Grundlage systematisch und von vornherein auf mehrere Vorsorgeverhältnisse anwenden lässt.

Darüber hinaus könnte eine solche Rechtsprechung auch nicht von vornherein für Versicherte oder kleine Gruppen von Versicherten gelten, die frei über die Organisation ihrer Vorsorge entscheiden können. Sie lässt nämlich die Entwicklung des Systems ausser acht: Die Anstrengungen der Unternehmen, für ihre Mitarbeitenden trotz des wachsenden wirtschaftlichen Drucks eine angemessene

sene Vorsorge zu gewährleisten. Nehmen wir das Beispiel eines Grossunternehmens, das beschliesst, seine Vorsorge neu zu strukturieren. Ziel ist, den Mitarbeitenden eine gute Vorsorge anzubieten, ohne die zu gross gewordenen potenziellen Risiken tragen zu müssen:

- Die Vorsorgeeinrichtung A bietet für alle AHV-Löhne bis zum Betrag von 90 000 Franken eine umhüllende Abdeckung an. Die Altersleistungen werden in Form von Renten oder Kapital ausgerichtet.
- Die Vorsorgeeinrichtung B bietet für alle AHV-Löhne zwischen 90 000 und 250 000 Franken eine überobligatorische Abdeckung an. Die Altersleistungen werden in Form von Kapital ausgerichtet, um den finanziellen Risiken infolge der Langlebigkeit der Rentner auszuweichen.
- Der Versicherte X hat einen AHV-Lohn von 110 000 Franken. Er erhält eine ausserordentliche Vergütung oder tritt mit 63 Jahren eine Erbschaft an. Mit diesem Geld will er seine Vorsorge verbessern und ab 65 eine höhere Rente beziehen. Sein Guthaben bei der Vorsorgeeinrichtung B wird er obligatorisch als Kapital beziehen.
- Obwohl der Versicherte die Struktur seiner Vorsorge nicht bestimmen kann und seine Altersrente aufbessern will, profitiert sein Einkauf gemäss dem Bundesgerichtsentscheid vom Januar 2015 von keiner Steuererleichterung. Dies widerspricht den steuerrechtlichen Bestimmungen (Art. 33 DBGER und Art. 9 StHG), die für ausserordentliche Beiträge ausdrücklich Abzüge vorsehen. Auch hat der Versicherte das Vorsorgerecht strikte eingehalten, da die Einrichtung A ihre Leistung als Rente ausrichten wird. Zu unterstreichen ist, dass der Versicherte keinerlei Einfluss auf die Organisation seiner Vorsorge hat.

Zahlreich sind die strukturellen Konstellationen, die zu einer schockierenden Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts führen.

Hat diese systematische, vom Vorsorgeverhältnis unabhängige Auslegung des Bundesgerichts Grenzen? Es fehlt nur noch ein Schritt, bis das Gericht seine Auslegung von Art. 79b Abs. 3 BVG ohne gesetzliche Grundlage auf sämtli-

che Vorsorgeverhältnisse eines Ehepaars (das heisst auf die Steuererklärung) ausweitet.

### Anwendung durch die Steuerbehörden

Wir fordern die Steuerbehörden auf, die Anwendung dieser neuen Rechtsprechung wie bereits im Jahr 2010 kritisch zu prüfen. Es gilt, die anwendbare Gesetzgebung und die Entwicklung der Vorsorgestruktur zu berücksichtigen. Wieso sollen praktisch sämtliche Versicherte für ein paar wenige Missbrauchsfälle bestraft werden? Die Steuerbehörden können diese mit den Mitteln gegen die Steuerumgehung bekämpfen. **I**

### Isabelle Amschwand

<sup>5</sup> BGE vom 15. Januar 2015, 2C\_488/2014, 2C\_489/2014.