



À LA UNE

Prévoyance professionnelle et fiscalité : les limites et leur interprétation

En offrant des avantages fiscaux dans le cadre d'un système visant essentiellement à garantir, pour les personnes soumise à la prévoyance professionnelle, un «revenu de remplacement» en cas de survenance d'un cas de prévoyance, le risque existe que le système soit utilisé comme un pur moyen de réaliser des économies d'impôts. Des limites existent, mais elles peuvent parfois être interprétées différemment.

Le système de prévoyance professionnelle offre certains avantages fiscaux intéressants. A titre d'exemple, on citera le fait que les institutions de prévoyance de droit privé ou de droit public qui possèdent la personnalité juridique, enregistrées ou non, et dont les éléments de fortune sont exclusivement affectés à des fins de prévoyance professionnelle, sont exonérées des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes, ainsi que des impôts sur les successions et sur les donations perçus par les cantons et les communes. De plus, les cotisations des employeurs sont, en matière d'impôts directs perçus par la Confédération, les cantons et les communes, considérées comme des charges d'exploitation. Point intéressant, les cotisations versées par les salariés et les indépendants sont également déductibles en matière d'impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes.

En offrant des avantages fiscaux dans le cadre d'un système visant essentiellement à garantir, pour les personnes soumise à la prévoyance professionnelle, un «revenu de rem-

placement» en cas de survenance d'un cas de prévoyance, le risque existe cependant que ce système soit utilisé comme un pur moyen de réaliser des économies d'impôts. Compte tenu des intérêts en jeu, des cautèles aux avantages fiscaux offerts ont progressivement été mises en place, tout d'abord par les autorités fiscales, confirmées par la jurisprudence et, pour certaines, par le législateur. Mais les limites fiscales posées peuvent parfois être interprétées différemment selon qu'on se place du point de vue fiscal ou de celui de la prévoyance professionnelle.

La notion d'évasion fiscale

Dans ce cadre, l'analyse de l'art. 79b al. 3 LPP est intéressante. Cette disposition, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006 et situé dans la Partie 6 de la loi intitulée « Etendue des prestations, dispositions d'ordre fiscal et dispositions spéciales », reprend et concrétise la notion d'évasion fiscale développée par la jurisprudence. Cet article prévoit 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. A première vue, la lettre de la disposition peut sembler claire. Dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 88 du 28 novembre 2005, l'OFAS avait d'ailleurs pris position en indiquant à ce propos que « seul le montant correspondant au rachat, y compris les intérêts, ne peut être retiré sous forme de capital dans les 3 ans. Par conséquent, toute la prévoyance acquise avant le rachat n'est pas concernée par cette disposition ». Mais c'était sans prendre en compte l'approche plus « fiscale » des autorités chargées de la perception de l'impôt.

Dans un arrêt du 12 mars 2010 (2C_658/2009 et 2C_659/2009), le Tribunal fédéral a été amené à préciser la portée de cette disposition. Invité à trancher la question de la déductibilité fiscale de rachats effectués par un assuré en 2004, 2005 et 2006, il a été amené à analyser la situation sous l'angle de l'évasion fiscale (pour les rachats effectués avant 2006) et sous celui de l'article 79b al. 3 LPP (applicable au rachat effectué après 2006). Sous l'angle de l'évasion fiscale (abus de droit), les autorités fiscales, puis les tribunaux, devaient analyser la question de savoir si les rachats effectués constituaient un abus de droit, à savoir s'ils visaient réellement l'amélioration de la couverture d'assurance (ce qui correspond au but de la prévoyance professionnelle) ou uniquement une économie d'impôts. Dans son analyse du rachat effectué après l'entrée en vigueur de l'article 79b al. 3 LPP, le Tribunal fédéral a objectivé l'application de cette norme, à savoir qu'en principe tout versement d'une prestation en capital effectué dans les trois ans suivant un rachat doit être considéré comme abusif et, partant, permet aux autorités fiscales de reprendre,

au titre de revenu, tous les montants affectés aux rachats qui avaient pu, à ce titre, être déduits du revenu.

Le Tribunal précise toutefois que cette analyse s'applique du point de vue fiscal, mais n'empêche pas une institution de prévoyance de continuer à verser en capital les montants qui ne sont pas issus de rachats effectués dans les trois dernières années. Il reste donc possible pour une institution de prévoyance de verser des prestations en capital même si des rachats ont été effectués dans les trois ans précédant ce versement ; à noter toutefois que ces capitaux ne bénéficieront pas des avantages fiscaux accordés aux prestations de la prévoyance professionnelle.

Vision consolidée

Amené à se prononcer sur la question de savoir ce qu'il advenait de rachats effectués dans une institution de prévoyance, suivis d'un retrait en capital dans une autre institution, le Tribunal fédéral a imposé une vision consolidée de la prévoyance professionnelle jusque-là discutée par la doctrine. Dans un arrêt du 15 janvier 2015 (arrêt 2C-488/2014), le Tribunal fédéral a ainsi considéré que l'article 79b al. 3 LPP s'applique, même si le rachat et le retrait sont effectués par un même assuré dans deux institutions de prévoyance différentes. Il s'ensuit que les autorités fiscales et les tribunaux sont fondés à examiner les objectifs et les modes opératoires de l'assuré l'ayant conduit à effectuer des rachats et ses conséquences concrètes sur les prestations de la prévoyance professionnelle.

Il apparaît que cette vision consolidée de la prévoyance professionnelle pourrait s'étendre encore. En pratique, même si l'application objectivée de l'art. 79b al. 3 LPP n'est pas (encore?) reprise telle quelle à d'autres situations, les autorités fiscales ont tendance à vouloir étendre cette vision consolidée de la prévoyance professionnelle au niveau du couple.

Ainsi, dans le cadre d'un couple formant un seul et même sujet fiscal, lorsque des rachats sont effectués par l'un des époux et que, dans un délai relativement court, l'autre époux effectue un retrait en capital d'un montant plus ou moins analogue, les autorités fiscales vont analyser la question de la déductibilité des rachats sous l'angle de l'évasion fiscale. Elles s'interrogeront donc sur l'intérêt et la pertinence de la démarche du couple du point de vue de la prévoyance professionnelle et chercheront à vérifier si les rachats et retraits effectués revêtent un caractère insolite, inapproprié ou étrange ayant pour seul but de réaliser une économie d'impôts (qui serait effective si le procédé utilisé était admis par l'autorité fiscale) qui n'existerait pas en utilisant une autre manière de faire.

Les institutions de prévoyance se trouvent souvent en première ligne sur les questions qui se posent dans le cadre de rachats et/ou de versements en capitaux. Ainsi, même s'il ne leur appartient en aucune façon de fournir des conseils d'ordre fiscal, il peut sembler judicieux d'attirer l'attention des assurés sur les problèmes éventuels en cas de rachat.

FORMATION

Les Journées de la prévoyance 2016



Se déroulant en deux sessions de deux jours à choix, les Journées de la prévoyance rassemblent plus de 200 acteurs du 2^e pilier romand. Cet événement de référence vous propose un programme attractif fait d'ateliers consacrés à des thèmes d'actualité, de conférences animées par des spécialistes, d'exposés de personnalités de premier plan, sans oublier un grand débat réunissant des représentants des milieux politiques, patronaux et syndicaux.

Rendez-vous en juin 2016

La septième édition des Journées de la prévoyance aura lieu du 8 au 10 juin 2016 à Montreux. Le programme détaillé est disponible sur le site www.journeesdelaprevoyance.ch. Il est également possible de s'inscrire en ligne.

A bientôt !

Quelques jurisprudences intéressantes

Dans un arrêt du 13 novembre 2015 (9C_119/2105 – publié aux ATF 141 V 650), le Tribunal fédéral s’est penché sur la question de l’étendue de la garantie des prestations légales par le fonds de garantie.

Etat de fait

Par décision du 12 novembre 2010, l’Autorité de surveillance du canton de Zurich a ordonné la liquidation de l’institution de prévoyance C., au vu de sa santé financière « désespérée ». Après que l’institution de prévoyance en liquidation a demandé une avance du fonds de garantie de CHF 2’319’092, celui-ci lui accorda finalement CHF 1’500’000, refusant toute prestation pour 30 personnes, au motif qu’elles n’étaient pas des assurés actifs de l’institution. Ces personnes, spontanément ou par l’intermédiaire de leur ancien employeur, avaient transféré leur prestation de libre passage auprès de l’institution de prévoyance C., qui avait conservé et géré ces fonds. Au vu de ce refus, l’institution de prévoyance a saisi le Tribunal administratif fédéral, puis le Tribunal fédéral.

En droit

Selon l’art. 56 al. 1 lit. b LPP, le fonds de garantie garantit les prestations légales dues par des institutions de prévoyance devenues insolvable ou, lorsqu’il s’agit d’avois oubliés, par des institutions liquidées. Il garantit les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvable, pour autant que ces prestations reposent sur des rapports de prévoyance auxquels la LFLP est applicable (art. 56 al. 1 lit. c LPP). Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP sont affiliées au fonds de garantie (art. 57 LPP).

A juste titre, le Tribunal fédéral a rappelé que, à l’exclusion des institutions de libre passage, seules les institutions de prévoyance, qui au demeurant le financent (art. 59 al. 1 LPP), bénéficient des prestations du fonds de garantie.

De plus, les notions de « prestations légales » (art. 56 al. 1 lit. b LPP) ou « prestations réglementaires » (art. 56 al. 1 lit. c LPP) doivent dépendre d’un contrat de prévoyance : il s’agit donc exclusivement de prestations d’assurance en cas de vieillesse, d’invalidité ou de décès, conformément aux chapitres 3 et 4 de la LPP (ATF 141 V 650 consid. 5.2.3).

Dans le cas particulier, peu importe les raisons qui avaient conduit les assurés concernés à transférer leur prestation de sortie auprès de l’institution de prévoyance C. déclarée entre-temps insolvable. Dès lors qu’il ne s’agit pas d’une prestation de sortie non absorbée (art. 13 LFLP), ni d’un cas dans lequel l’institution de prévoyance conserve pour une durée déterminée des prestations de libre passage dans l’attente de renseignements de l’assuré (art. 4

al. 2 LFLP), et du fait qu’il n’existe aucun contrat de prévoyance, le fonds de garantie n’a pas à intervenir.

La question de savoir si l’institution de prévoyance C. pouvait valablement gérer ces prestations de sortie n’est pas déterminante en ce qui concerne l’intervention du fonds de garantie : en revanche, cette problématique pourra être discutée dans le cadre d’une éventuelle action en dommages-intérêts déposée par les assurés lésés contre l’institution de prévoyance C., leur ancien employeur ou leur ancienne caisse de pensions.

En définitive, le fonds de garantie n’intervient pas et ne verse aucune prestation lorsqu’une prestation de sortie a été apportée dans une institution de prévoyance en l’absence d’un rapport de prévoyance, quel que soit le motif ayant conduit l’assuré à effectuer un tel transfert.

Dans l’arrêt 9C_15/2015 du 29 janvier 2016 destiné à publication, le Tribunal fédéral s’est prononcé sur la question du montant du revenu hypothétique d’invalidé à prendre en compte dans le calcul de surindemnisation.

Etat de fait

Par décision du 6 octobre 1997, l’Office de l’assurance-invalidité du Canton de Vaud (Office AI) a alloué à un assuré une demi-rente d’invalidité depuis le 1^{er} octobre 1995, en raison de problèmes de dos. Ce droit était basé sur une perte de gain de 50 %. L’institution de prévoyance tenue à prestations a accordé à l’intéressé une rente minimum LPP, le contrat d’assurance portant sur la prévoyance surobligatoire ayant été résilié pour cause de réticence.

Suite à plusieurs infarctus, le taux d’invalidité AI a été porté à 68 %, donnant droit à l’assuré à trois quarts de rente dès le 1^{er} septembre 2008. L’assuré a demandé une adaptation de la rente octroyée dans le cadre de la prévoyance professionnelle. L’institution de prévoyance a refusé au motif qu’il n’existait pas de connexité matérielle entre l’aggravation de l’état de santé et l’invalidité justifiant le versement d’une rente dans le cadre de la prévoyance professionnelle. L’institution a en outre procédé à un calcul de surindemnisation, prenant en compte la nouvelle rente AI, et réduit les prestations de l’intéressé. Dans le cadre de son recours, l’intéressé a admis l’absence de lien de connexité matérielle mais a contesté, notamment, la prise en compte de l’intégralité des rentes AI versées dans le calcul de surindemnisation.

En droit

L’art. 24 al. 2 OPP2 prévoit que, dans le calcul de surindemnisation, sont considérées comme des revenus à prendre en compte les prestations d’un type et d’un but analogues qui sont accordées à l’ayant droit en raison de l’événement

dommageable, telles que les rentes ou les prestations en capital prises à leur valeur de rentes provenant d'assurances sociales ou d'institutions de prévoyance suisses et étrangères. On prend également en compte le revenu provenant d'une activité lucrative exercée par un assuré invalide ou le revenu de remplacement, ainsi que le revenu ou le revenu de remplacement que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser.

Lorsque le litige a pour objet la question du montant du revenu hypothétique d'invalide à prendre en compte dans le calcul de surindemnisation, la jurisprudence pose la présomption d'équivalence entre le revenu d'invalide déterminé par les organes de l'AI et le revenu raisonnablement réalisable (ATF 140 V 399). Toutefois, le Tribunal fédéral considère que, dans le cadre de la prévoyance professionnelle et dans le cas d'une personne qui exerce une activité lucrative à temps partiel, la rente d'invalidité a pour but, exclusivement, de compenser l'incapacité de gain de l'ayant droit. Par conséquent, si une rente de l'AI sert également à indemniser une invalidité en raison de l'incapacité d'accomplir des travaux habituels (selon la méthode dite « mixte »), on ne doit prendre en considération, dans le calcul de la surindemnisation, que la part de cette rente qui est destinée à indemniser l'incapacité de gain. Il n'est pas déterminant à cet égard que l'institution ait prévu cela dans son règlement.

Lorsque la rente d'invalidité compense, d'une part, une activité lucrative et, d'autre part, l'accomplissement des travaux habituels (qui ne sont pas assurés dans le cadre de la prévoyance professionnelle), seule sera prise en compte dans le cadre de l'art. 24 al. 2 OPP2 la part de la rente d'invalidité qui sert à couvrir la perte de gain (assurée dans le cadre de la prévoyance professionnelle).

Le raisonnement inverse vaut également dans le cas où la rente de la prévoyance professionnelle, pour des motifs dus à la concordance par rapport à l'événement dommageable et la connexité objective étroite avec l'incapacité de travail, ne couvre qu'une partie de la perte de gain compensée par l'AI. De ce fait, lors du calcul de surindemnisation, est seule prise en compte la part de la rente d'invalidité de l'AI pour laquelle la prévoyance professionnelle doit également fournir des prestations.

En l'espèce, l'augmentation de la rente AI résulte d'une aggravation de l'état de santé du recourant consécutive à plusieurs infarctus, survenus à une époque où le recourant n'était plus assuré par l'institution de prévoyance. L'institution de prévoyance n'était donc pas en droit de tenir compte de l'augmentation des rentes AI dans son calcul de surindemnisation.

CONTACT

Service juridique de Pittet Associés

GUY LONGCHAMP

Directeur
Avocat

g.longchamp@pittet.net
T +41 58 100 5222 (direct)

SARA PELLETIER

Juriste

s.pelletier@pittet.net
T +41 58 100 5221 (direct)

GENÈVE

LAUSANNE

BERNE

SION

Pittet Associés SA

Rue du XXXI-Décembre 8 – Case postale 6227 – CH-1211 Genève 6
T +41 58 100 5252

www.pittet.net