

## **CH\_VB <td class="metadataCell">150000137</td> vom 29. November 2006**

Bundesverwaltung, 2006-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_\\_td\\_class\\_\\_metadataCell\\_\\_150000137\\_\\_td\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000137__td_)

FR: CH\_VB <td class="metadataCell">150000137</td> du 29 novembre 2006

IT: CH\_VB <td class="metadataCell">150000137</td> del 29 novembre 2006

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

FF 2005, p. 4469.

#### **E. 2**

FF 2005, p. 4484.

#### **E. 3**

Ibidem p. 4503 ss.

#### **E. 4**

Ibidem p. 4510 ss.

#### **E. 5**

Ibidem p. 4524 ss.

#### **E. 6**

Ibidem p. 4529.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 33

née. Or, ce qu'il convient d'éviter, c'est précisément que la surimposition incite les investisseurs à diminuer la distribution des dividendes. En définitive, le projet du Conseil fédéral prévoyait une imposition partielle des rendements produits par des participations de la fortune commerciale, à concurrence de 60%, si elles sont au moins égales à 10% du capital-actions et ont été la propriété du contribuable ou de l'entreprise de personnes pendant un an au moins (article 18b nouveau LIFD)<sup>7</sup>. Dans les autres cas, les bénéfices sont entièrement imposables, comme par le passé. En outre, l'article 20, alinéa 1bis lettre a, nouveau, prévoit que le rendement des droits de participation de la fortune privée est soumis à une imposition partielle à hauteur de 80%<sup>8</sup>. Ainsi, l'imposition partielle des bénéfices distribués diminue la charge fiscale marginale, les cantons demeurant libres de fixer le taux de l'imposition partielle et de faire ou non une différence entre les participations qualifiées ou non qualifiées. Cette solution implique une neutralité du financement qui entraînera d'importants gains d'efficacité économique en faisant baisser la charge fiscale marginale des sociétés de capitaux. Elle garantit également un équilibre entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes, la neutralité de la forme juridique étant assurée, du moins en moyenne. Ainsi, le législateur améliore l'équité fiscale « dans le sens de l'uniformité de l'imposition » et rapproche le système de la neutralité du financement et de la forme juridique<sup>9</sup>.

## B. Les projets des Chambres fédérales

Les deux Chambres ont débattu de la réforme fiscale, le Conseil des Etats le 13 juin 2006, le Conseil national les 21 septembre et 4 octobre. Des divergences ont surgi au cours des délibérations, si bien que la navette parlementaire se poursuivra. Mais elle a déjà fait apparaître une position majoritaire, qui s'est manifestée lors du débat d'entrée en matière, puis dans les discussions sur les articles.

### 1. Le débat d'entrée en matière

a. Au Conseil des Etats, la discussion a d'abord porté sur une proposition de la minorité qui demandait le renvoi du projet au Conseil fédéral, proposition qui fut rejetée par 34 voix contre 810. Le rapporteur de la Commission rappela que la Commission avait, dans sa majorité, opté pour un système d'imposition partielle qualifiée, abaissant les pourcentages d'imposition des dividendes à 50% pour la fortune commerciale et à 60% pour la fortune privée. Elle cherche ainsi à inciter les sociétés à distribuer davantage leurs bénéfices, afin que ceux-ci ne soient pas « immobilisés » dans l'entreprise. Cependant, elle a limité ce changement aux participations d'au moins 10 % du capital-actions ou du capital social, de manière à donner davantage de responsabilités aux entrepreneurs et de récompenser leurs succès. Il s'agit également de rapprocher la Suisse des pays voisins et d'infléchir le comportement frileux des entreprises lors de la distribution des dividendes. Quant au pourcentage minimal de participation qualifié de 10%, il a été introduit par la plupart des cantons, dont plusieurs sont déjà allés dans la même direction voire plus loin encore. Or aujourd'hui, ils sont libres de décider s'ils veulent prévoir une imposition partielle et de désigner le pourcentage. En revanche, pour ce qui est de la part minimale de participation qui sera exigée, elle doit être ancrée dans la loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, du 14 décembre 1990<sup>11</sup>). En définitive, le rapporteur de la Commission reconnaissait que la réforme diminuerait les rentrées fiscales de la Confédération et des cantons à court

#### **E. 7**

Ibidem p. 4579 ; Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11.

#### **E. 8**

Ibidem p. 4580.

#### **E. 9**

Ibidem p. 4593-4 ; 4600.

#### **E. 10**

BOCE 2006, p. 424 à 432.

#### **E. 11**

RS 642.14.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 34

terme, mais qu'elle serait favorable aux entreprises, et à l'Etat également à plus long terme<sup>12</sup>. Le rapporteur a été soutenu par plusieurs orateurs, qui ont relevé la baisse du taux d'imposition dans maint Etat européen et la concurrence internationale que la Suisse doit

affronter. La double imposition économique lèserait en particulier les investisseurs qui mettent à la disposition d'une petite ou moyenne entreprise un capital-risque : en cas de perte, celui-ci subira une diminution ; s'il y a des bénéficiaires, ceux-ci seront imposés dans le cadre de l'entreprise et ensuite les dividendes versés à l'actionnaire seront encore une fois pris en compte dans le cadre de l'impôt fédéral direct et des impôts cantonaux. Une atténuation sensible de la double imposition économique se justifie donc, et elle doit être plus forte que ne le propose le projet du Conseil fédéral, lequel ne suffira pas à faire changer les comportements et à encourager les versements de dividendes plus élevés<sup>13</sup>. Suivant un député, un taux de 50% serait d'autant plus adéquat qu'il se rapprocherait des révisions déjà opérées dans la plupart des cantons<sup>14</sup>. Un autre orateur a fait observer que le faible versement des dividendes pendant des décennies augmente le poids de la société et la rend difficilement vendable<sup>15</sup>. Une députée opposée à l'entrée en matière releva qu'il faudrait introduire un impôt sur les gains de participation, afin de rétablir un équilibre. Elle exprima la crainte qu'une atténuation du pourcentage d'imposition encourage le versement de dividendes en lieu et place du salaire, au détriment des assurances sociales<sup>16</sup>. A cela, un orateur répondit que le projet était déjà équilibré puisque la fortune privée et ses gains sont imposés à plusieurs titres. Quant à l'impôt sur les gains en capital, les arguments qui ont conduit à son rejet lors de la votation populaire de décembre 2001 n'ont pas perdu leur validité<sup>17</sup>. b. Le débat du Conseil national le 21 septembre 2006 donna également l'occasion aux députés de s'exprimer sur les principes. Le rapporteur de la Commission indiqua que celle-ci avait opté pour un taux unique de 50%, tant pour la fortune privée que commerciale, afin de simplifier les choses. Toutefois, comme le Conseil des Etats, elle est d'avis que l'innovation doit être limitée aux participations d'au moins 10% du capital actions, pour alléger la facture fiscale des petites et moyennes entreprises et répondre à la concurrence internationale, dans le dessein de garantir la prospérité de l'économie suisse<sup>18</sup>. Le point de vue de la majorité fut soutenu par plusieurs orateurs : l'un dénonçait la criante injustice causée par la double imposition économique des sociétés et des détenteurs de capital<sup>19</sup> ; l'autre faisait valoir la position des cantons et la nécessité de favoriser les PME<sup>20</sup> ; un troisième rappela que la participation exigée d'au moins 10% avait été introduite à la demande insistante des cantons, qui voulaient alléger la charge des PME et non pas celle des nombreux et riches actionnaires qui possèdent ici ou là quelques actions et cherchent en priorité un gain en capital<sup>21</sup> ; un quatrième souligna que l'impôt sur la fortune de l'entrepreneur est sans doute un frein majeur à l'innovation dans notre pays<sup>22</sup> ; un dernier orateur releva que la condition d'une participation minimale permettait de cibler les entreprises de petite taille dont les actionnaires sont souvent des membres de la famille<sup>23</sup>.

#### **E. 12**

M. Germann, BOCE 2006, p. 425.

#### **E. 13**

Forster-Vannini, BOCE 2006, p. 428.

#### **E. 14**

Leumann-Würsch, *ibidem* p. 430.

#### **E. 15**

Jenny, *ibidem*.

#### **E. 16**

Sommaruga, BOCE 2006, p. 426.

**E. 17**

Lauri, ibidem p. 427-8.

**E. 18**

Imfeld, BOCN 2006, p. 1261.

**E. 19**

De Buman,, ibidem p. 1266 .

**E. 20**

M. Wandfluh, ibidem p. 1268.

**E. 21**

Bührer, ibidem p.1269.

**E. 22**

Noser, BOCN 2006, p.1468.

**E. 23**

Rime, ibidem, p. 1273.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 35

Du côté des opposants, on reprochait au projet de ne pas respecter le principe fondamental de l'imposition selon la capacité contributive et d'avantager les actionnaires au détriment des travailleurs, voire des petits actionnaires qui possèdent moins de 10% du capital-actions. Tel qu'il était, le projet manquait également un des buts principaux de la réforme, soit l'imposition neutre des entreprises quant à la forme, car les sociétés de capitaux seront favorisées par rapport aux sociétés de personnes. Quant à la double imposition économique qu'il s'agirait d'éviter, elle n'a pas de réalité, sauf dans les cas où la distribution des dividendes s'élève à 70% des gains réalisés, ce qui est rare. En outre, il n'est pas établi que les avantages accordés à la distribution des dividendes seront favorables à la croissance économique ; ils pourraient même aller à l'inverse, dès lors qu'ils incitent au « désinvestissement » dans les entreprises<sup>24</sup>. D'autres députés ont également fait valoir que la double imposition n'existe pas en fait, car l'entreprise, tout comme le propriétaire d'actions, profite des prestations de l'Etat et tous deux doivent donc être appelés à payer des impôts<sup>25</sup>. Il s'agit d'ailleurs de deux personnes juridiquement distinctes<sup>26</sup>. Un point particulier mérite d'être souligné : devant le Conseil des Etats, une députée avait exprimé la crainte que l'abaissement du pourcentage encourage le versement de dividendes en lieu et place du salaire, au détriment des cotisations aux assurances sociales. Devant le Conseil national, un député répondit que l'ordonnance relative à la nouvelle loi ou la pratique fiscale devraient introduire des dispositions pour lutter contre d'éventuels abus ; au demeurant, les entrepreneurs ne sont pas en droit de fixer librement leur salaire, qui est déterminé par l'autorité fiscale, généralement à un niveau élevé, ce qui rend nécessaire un revenu complémentaire sous la forme de dividendes, pour payer ses impôts et subvenir à ses besoins personnels<sup>27</sup>.

2. La discussion des articles

a. S'agissant de la discussion et des décisions au sujet des dispositions légales topiques, le Conseil des Etats a d'abord décidé, suivant la proposition de la majorité de sa Commission, d'introduire un article 18b nouveau qui abaisse l'imposition des revenus produits par les participations de la fortune commerciale à un taux de 50%, lorsque ces droits équivalent à au moins 10% du capital actions et qu'ils ont été la propriété du contribuable pendant un an au moins<sup>28</sup>. La Chambre des cantons a, de surcroît, ajouté à l'actuel article 18, alinéa 2, LIFD un alinéa qui réserve l'article 18b<sup>29</sup>. La discussion a également porté sur un alinéa 2bis de l'article 18, que le Conseil des Etats précise en prévoyant : « Les bénéfices provenant de l'aliénation de titres et d'autres placements financiers qui ne proviennent pas de la fortune qui est en rapport fonctionnel avec une exploitation dirigée par le contribuable ne constituent pas des revenus d'une activité lucrative indépendante. » Le but de cette adjonction est de distinguer aussi clairement que possible le commerce quasi professionnel de titres et la gestion purement privée, point sur lequel la jurisprudence du Tribunal fédéral créerait des incertitudes et ne serait pas conforme à la volonté du législateur<sup>30</sup>. b. Quant au Conseil national, il a modifié le projet d'article 18b, alinéa 1 en prévoyant que les dividendes sont imposables à hauteur de 50%, lorsque les droits de participation équivalent à au moins 10% du capital action ou du capital social<sup>31</sup>. A l'article 20, le Conseil des Etats adopta un alinéa 1 bis au terme duquel les dividendes et les parts de bénéfices sont imposables à hauteur de 60%, lorsque ces droits équivalent à au moins 10% du capital ac-

#### **E. 24**

Leutenegger Oberholzer, *ibidem* p. 1262.

#### **E. 25**

Fehr, *ibidem*, p.1264.

#### **E. 26**

Berset, BOCE 2006, p.434. Leutenegger Oberholzer, BOCN 2006, p. 1277.

#### **E. 27**

Wandfluh, *ibidem*, p. 1268, 1279 ; De Buman, p.1282.

#### **E. 28**

BOCE 2006, p. 433-7.

#### **E. 29**

*Ibidem*, p. 438.

#### **E. 30**

*Ibidem*, p. 441, Schiesser, p.442, Leumann Würsch ; BOCN 2006, p.1474, De Buman.

#### **E. 31**

BOCN 2006, p. 1277ss.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 36

tion<sup>32</sup>. Puis le Conseil national a modifié le texte du Conseil des Etats en prévoyant une imposition à hauteur de 50%<sup>33</sup>. c. Le Conseil des Etats a également modifié le projet d'article 7, alinéa 1, LHID qu'avait présenté le Conseil fédéral : le texte amendé prévoit

qu'en cas de dividendes provenant de participations équivalant au moins à 10% du capital, les cantons peuvent atténuer la double imposition économique au moyen de l'imposition partielle. En revanche, il décida de maintenir tels quels les alinéas 1<sup>er</sup> et 1<sup>quater</sup> de l'article 7 LHID, proposés par le Conseil fédéral<sup>34</sup>. En revanche, l'alinéa 1bis de l'article 7 a été biffé. Le Conseil national s'est rallié à la version de l'article 7 LHID voté par le Conseil des Etats<sup>35</sup>. d. Dans l'ensemble des débats, la question de la constitutionnalité du projet n'a été évoquée qu'en passant, par quelques orateurs opposés à la réforme, lesquels faisaient valoir une violation du principe d'égalité et notamment de l'exigence de l'imposition selon la capacité contributive<sup>36</sup>. En revanche, elle fut abordée par le Conseiller fédéral Merz, qui releva le danger de traiter légèrement un problème délicat, abondamment analysé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>37</sup>.

## II. LA SOLUTION DU PROBLEME A. L'énoncé des principes

a. La constitutionnalité des lois fédérales en matière fiscale est subordonnée au respect des principes définis par les articles 8 et 127 Cst. Ceux-ci énoncent d'une manière qui n'est pas nécessairement exhaustive les principes essentiels qui gouvernent la fiscalité : l'égalité de traitement avant tout, puis ses succédanés qui ne font guère que concrétiser davantage le précepte d'égalité dans le domaine fiscal précisément : l'universalité de l'impôt et la capacité économique des contribuables. En d'autres termes, les « principes régissant l'impôt » relèvent de l'exigence plus générale de l'égalité d'imposition. Suivant l'universalité de l'impôt, tous les contribuables doivent être imposés selon la même réglementation juridique : ils sont soumis, non seulement à une règle uniforme, mais sont également chargés de manière identique lorsqu'ils se trouvent dans la même situation. Dans cette perspective, l'imposition devrait être neutre, afin d'assurer que toutes les entreprises font l'objet de traitements semblables<sup>38</sup>. Il suit également de là que le cercle des contribuables doit être tracé de manière que toutes les personnes soient astreintes à payer l'impôt en fonction de leur capacité contributive et que l'assiette de l'impôt soit définie de façon à ne pas exclure indûment certains éléments<sup>39</sup>. Quant au principe de la « capacité économique », il se rattache aussi au principe de la proportionnalité de la charge fiscale<sup>40</sup> ; il a d'ailleurs conduit à un impôt progressif sur le revenu global net, adapté à la situation personnelle du contribuable. Le principe d'égalité énoncé par l'article 8 Cst. et quelque peu précisé par l'article 127 alinéa 2 demeure une maxime d'ordre tout à fait général, l'égalité étant un concept indéterminé et tellement vague, qu'en soi il est de peu d'utilité dans le langage et le raisonnement juridiques. En réalité, l'égalité renvoie à l'idée de justice ; elle échappe à une définition juridique

### **E. 32**

BOCE 2006, p. 437-8.

### **E. 33**

BOCN 2006, p. 1472.

### **E. 34**

BOCE 2006, p.446-7.

### **E. 35**

BOCN 2006, p. 1484.

### **E. 36**

Leutenegger Oberholzer, BOCN 2006, p. 1262, 1279 ; Rechteiner, ibidem, p. 1469.

**E. 37**

BOCN 2006, p.1469-70.

**E. 38**

ATF 114 IA 224 ; 109 IA 315 ; 96 I 566.

**E. 39**

ATF 112 IA 244.

**E. 40**

ATF 122 I 305.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 37

précise. C'est pourquoi la pratique se contente de formules d'autant plus abstraites que l'égalité est un principe général applicable à toutes les collectivités publiques et à chacun des organes officiels, en particulier au législateur. Dans la mesure où les articles 8 et 127 imposent des obligations aux auteurs de la loi, ils leur enjoignent, dans un sens positif, « d'appliquer un traitement juridique semblable à des situations de fait semblables et un traitement juridique différent à des situations de fait différentes »<sup>41</sup>. Dans un sens négatif, le Tribunal fédéral juge qu'un texte normatif « est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente ; cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifiés se rapportent à une situation de fait importante »<sup>42</sup>. b. Si le champ d'application des articles 8 et 127 n'est pas limité, le contrôle judiciaire ne s'étend toutefois pas aux lois fédérales, suivant l'article 190 Cst. qui remplace l'ancien article 191 désormais. Autrement dit, la réforme fiscale envisagée par les Chambres fédérales bénéficie d'une immunité et ne pourra être revue par aucune juridiction. Certes, cela ne dispense pas le Parlement de son devoir de veiller à la constitutionnalité de son projet. Toutefois, si le constituant a refusé de soumettre la législation fédérale au contrôle du juge, c'est précisément pour laisser au législateur une certaine marge de manœuvre dont il est libre d'user. Cette remarque a d'autant plus de portée que, dans les cas où le Tribunal fédéral est compétent pour vérifier la constitutionnalité des lois cantonales, il fait néanmoins preuve d'une grande retenue dans l'application du principe de l'égalité dans la loi. Cette réserve qu'observe le juge se justifie à deux égards : d'une part, l'organe judiciaire doit respecter les prérogatives qui sont dévolues par la Constitution au législateur, sous peine de mettre en péril la séparation des pouvoirs et la souveraineté populaire ; dans un pays où la loi est faite par un Parlement librement élu et soumise au référendum, le juge ne saurait empiéter sans raisons importantes sur le pouvoir politique. En seconde ligne, le principe d'égalité, qui est énoncé sous une forme abstraite et lapidaire, est essentiellement relatif et ne dicte pas souvent la solution des problèmes posés ; il saute aux yeux que le législateur ne saurait traiter tous les individus de la même façon ni donner une seule solution à tous les problèmes que fait naître la vie en société ; la loi n'est donc juste que si elle tient compte de l'ensemble des faits et,

dès lors, de la diversité des situations qui peuvent se présenter ; dans ces conditions, il serait difficile au juge de considérer qu'il détient une vérité absolue et des recettes toutes faites, l'égalité renvoyant à l'idée d'équité qui est de nature intrinsèquement subjective. En conséquence, la pratique du Tribunal fédéral est certes pertinente lorsqu'il s'agit d'analyser la conformité de la loi fédérale à la Constitution. Mais elle doit être analysée avec une certaine réserve. Au surplus, elle fait elle-même preuve d'une grande modération, car elle tient pour inconstitutionnelles seulement les dispositions qui sont manifestement inéquitables, ne se fondent sur « aucun motif raisonnable »<sup>43</sup> ou paraissent dépourvues « de base objective et sérieuse »<sup>44</sup>. En d'autres termes, dans la mesure où il est compétent, le juge constitutionnel limite son intervention aux cas d'abus de pouvoir ou d'excès évident des limites de celui-ci. Il ne substitue pas sa propre appréciation à celle du législateur<sup>45</sup>. c. Naturellement, le principe d'égalité n'a pas exactement la même portée dans tous les domaines où il trouve application. Le contenu de la législation, la matière à laquelle elle se rapporte sont pertinents. Dans le domaine particulier de l'imposition, les exigences sont, d'un côté, particulièrement strictes ; toutefois d'un autre côté, le sujet est tellement complexe et

**E. 41**

ATF 103 IA 519.

**E. 42**

ATF 123 I 243.

**E. 43**

ATF 122 I 313.

**E. 44**

ATF 92 I 98 ; voir ATF 113 IA 149 ; 110 IA 13 ; 109 IA 124-5.

**E. 45**

AT 109 IA 124-5.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 38

fait appel à tant de considérations divergentes, que l'application du principe d'égalité est souvent difficile et sujette à la controverse. Dans un des rares arrêts assez récents, le Tribunal fédéral a rappelé les lignes de conduite qui découlent de la jurisprudence. A défaut d'arrêt vraiment topique sur la question précise qui doit être tranchée dans le cas présent, il n'y a rien d'autre à faire que suivre les pistes plutôt larges qu'indique la pratique. D'après le principe de l'égalité de l'imposition tel que le conçoit le Tribunal fédéral, « les personnes qui sont dans des situations semblables doivent être soumises aux impôts d'une manière identique et les différences de faits essentiels doivent entraîner des charges fiscales différenciées correspondantes »<sup>46</sup>. Quant au principe de l'universalité de l'imposition, il interdit « d'exonérer des personnes ou des groupes de personnes sans motifs objectifs : les charges financières de la collectivité publique qui résulte des tâches d'intérêt public doivent être supportées par tous les citoyens »<sup>47</sup>. Selon le principe de la proportionnalité à la capacité contributive, « des exonérations de même que des abattements se justifient lorsqu'ils se fondent sur des motifs objectifs, c'est-à-dire sur des différences de fait objectives et précises »<sup>48</sup>. L'encouragement d'objectifs non fiscaux par des charges ou des

allègements d'impôts n'est admissible qu'à certaines conditions : les mesures fiscales doivent être appropriées au but extra fiscal visé ; elles ne doivent pas porter atteinte au principe de la proportionnalité à la capacité contributive, sauf motifs pertinents, objectivement clairs et raisonnables »<sup>49</sup>. Enfin, « il convient de procéder à une pesée des intérêts... afin de déterminer si l'intérêt public à la mesure de dirigisme fiscal justifie l'atteinte à la capacité contributive ... »<sup>50</sup>. d. Les auteurs de la loi fédérale sont eux-mêmes les juges des normes qu'ils édictent, puisque celles-ci échappent au contrôle du Tribunal fédéral. S'ils sont astreints au respect de la Constitution, ils n'ont pas à se montrer plus sévères pour eux-mêmes que ne le serait le juge constitutionnel, s'il existait. Il doivent donc prendre la décision qui leur paraît à la fois la plus équitable et la mieux adaptée à l'intérêt général, sachant d'ailleurs que la solution finale pourra être donnée par le peuple, dont le droit de référendum remplace ici, en quelque sorte, la juridiction constitutionnelle manquante. Même si celle-ci existait, le juge reconnaîtrait qu'il « doit faire preuve de réserve, spécialement pour des questions dont la solution dépend dans une large mesure de facteurs politiques »<sup>51</sup>. La loi est d'abord une œuvre politique, en effet, et il ne conviendrait pas que le juge substitue son appréciation subjective à celle du législateur. Quand on est chargé d'examiner si un projet de loi se conforme ou non au principe d'égalité, il faut donc se garder de faire prévaloir ses conceptions personnelles de l'équité et de choisir à sa guise les critères d'évaluation. Dans un Etat démocratique, le législateur, formé du peuple et du Parlement, est présumé avoir une conception au moins défendable de la justice. Cette présomption est renversée seulement si les normes adoptées sont vraiment insoutenables. Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs l'inégalité en matière fiscale comme un cas particulier d'arbitraire<sup>52</sup>.

#### B. L'application des principes

Toute différence de traitement ne s'analyse pas nécessairement comme une inégalité au sens constitutionnel du terme. Autrement dit, certaines différenciations sont admissibles, voire nécessaires, tandis que d'autres sont inacceptables et contraires aux articles 8 et 127 Cst. . Aussi s'agit-il de faire le partage entre les premières et les secondes. L'étude qui suit se concentre sur la question posée concrètement dans le cas présent : une imposition par-

#### **E. 46**

Arrêt du 13 novembre 1997, RDAF 1998 II p.133, 138.

#### **E. 47**

Ibidem ; voir ATF 114 IA 224.

#### **E. 48**

Ibidem ; voir ATF 114 IA 323.

#### **E. 49**

Ibidem, p. 142.

#### **E. 50**

ff.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 58

Was das Geschäftsvermögen anbelangt, legten beide Kammern für die Besteuerung der Dividenden oder Gewinnanteile einen Satz von 50% fest, vorausgesetzt, die Beteiligungsrechte stellen mindestens 10% des Kapitals dar (Artikel 18 Absatz 1 neues StHG). Die Kapitalgewinne werden weiterhin zu einem Satz von 60% besteuert, vorausgesetzt allerdings, dass die Beteiligungsrechte mindestens während eines Jahres im Eigentum des Steuerpflichtigen waren (Artikel 18 Absatz 2 neu).

Im Privatvermögen senkte das Parlament die Besteuerung der Dividenden aus Aktien auf einen Satz von 60% (Ständerat) oder von 50% (Nationalrat), sofern die Steuerpflichtigen Beteiligungsrechte von mindestens 10% besitzen (Artikel 20 Absatz 1bis, neu). Artikel 16 Absatz 3 DBG, der die Kapitalgewinne für steuerfrei erklärt, bleibt unverändert.

In beiden Fällen trifft das Gesetz die Unterscheidung also nicht personen-, sondern sachbezogen, indem bestimmte Gegenstände besonders behandelt werden. Im Gegensatz zum ordentlichen Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit oder aus Vermögen würden die Dividenden oder Gewinnbeteiligungen nur teilweise besteuert. Anders gesagt zielen die Entwürfe, die sich einzig in der Höhe des Satzes unterscheiden, nicht auf die Steuerpflichtigen als Personen, sondern auf die Steuerbemessungsgrundlage, das heisst auf den die Berechnungsgrundlage erzeugenden Sachverhalt. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung wird somit nicht in Frage gestellt. Es geht hier nur um die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit<sup>150</sup>. Diesbezüglich setzt das Erfordernis der horizontalen Steuergerechtigkeit voraus, dass der Gesetzgeber bei der Definition der Steuerbemessungsgrundlage die Gesamtheit der Elemente berücksichtigt, welche die Finanzlage des Steuerpflichtigen ausmachen, also Einkommen und Vermögen. Der Grundsatz der vertikalen Steuergerechtigkeit geht jedoch davon aus, dass den unterschiedlichen Verhältnissen mit Steuerermässigungen, Steuerabzügen und reduzierten Steuersätzen oder umgekehrt mit umso höheren Steuersätzen Rechnung getragen wird, je grösser das Einkommen ist<sup>151</sup>.

Generell sieht das Schweizerische Recht eine einheitliche Einkommenssteuer vor, die auf dem gesamten Nettoeinkommen jeder Person erhoben wird. Es ist unbestreitbar, dass die Entwürfe der Eidg. Räten von diesem Grundsatz abweichen, weil sie ja gewisse Einkünfte der Steuerpflichtigen ausser Acht lassen. Nun ist zu untersuchen, ob sich diese teilweise Steuerbefreiung aufgrund ihrer konkreten Ergebnisse und weiterer sachdienlicher Faktoren allenfalls rechtfertigen lässt.

## 2. Die konkreten Auswirkungen der unterschiedlichen Behandlung

Die Auswirkungen einer Senkung der Dividendenbesteuerung werden auf zwei Ebenen spürbar.

Personenbezogen steht fest, dass eine nur von einer Minderheit von Bürgern erzielte Einkommensart gegenüber den übrigen Einkommensarten, wie sie die Mehrheit der Bevölkerung kennt, begünstigt wird. Diese Mehrheit wäre eventuell berechtigt, sich über das Privileg zu beschweren, das Dritten zugestanden wird, vorausgesetzt allerdings, dass sie dadurch nachweislich in ihren eigenen Interessen verletzt werden und dass ein relativ enger Zusammenhang zwischen ihrer Situation und derjenigen der bevorzugten Steuerpflichtigen besteht. Im Falle der Mieter anerkannte das Bundesgericht, dass diese sich in einer ähnlichen Situation befinden wie die Wohneigentümer, die ihr Wohneigentum selber nutzen, und es räumte ihnen deshalb das Recht ein, die Gesetzesvorschrift, welche

den Eigenmietwert nicht (oder zu wenig) besteuert, anzufechten<sup>152</sup>. Ebenso sind die verheirateten Paare berechtigt, beim

<sup>150</sup> Siehe dazu nachfolgend Ziffer 5. <sup>151</sup> J.M.Rivier, Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune, 2. Ausgabe, Lausanne, 1998, S. 85. <sup>152</sup> RF 1984, S. 138.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 59

Bundesgericht Beschwerde darüber zu führen, dass sie steuerlich stärker belastet werden als die Konkubinatspaare<sup>153</sup>; die kantonalen Gesetze mussten übrigens aufgrund dieses Bundesgerichtsentscheidens angepasst werden. Dagegen äusserte sich das Bundesgericht nicht zur Frage, ob gewöhnliche Bürger legitimiert seien, gegen die Aufhebung der Besteuerung von Kapitalgewinnen auf Privatvermögen Beschwerde einzureichen<sup>154</sup>, denn die Beschwerde musste aus grundsätzlichen Überlegungen sowieso abgelehnt werden. Wäre das Bundesgericht berechtigt, sich zur Gültigkeit von Bundesgesetzen zu äussern (was die Verfassung verneint), würde es möglicherweise, aber nicht sicher, die Legitimation der Steuerpflichtigen bejahen, die nicht von der Steuerermässigung profitieren können, die in der untersuchten Steuerreform vorgesehen ist.

Es muss auf jeden Fall auch der gesamtgesellschaftliche Zusammenhang im Auge behalten werden. Ausschlaggebend wären in dieser Hinsicht die finanziellen Auswirkungen der geplanten Entscheidung. Wird für die einen die Steuerbelastung gemildert, hat das im Allgemeinen Ausfälle bei den Staatseinnahmen zur Folge, was – um einen ausgeglichenen Haushalt zu gewährleisten – wiederum die Gefahr einer allgemeinen Steuererhöhung in sich birgt. Anders ausgedrückt werden diejenigen Steuerpflichtigen, die nicht in den Genuss der Mildung kommen, zumindest indirekt benachteiligt.

Diese Gefahr besteht jedoch nur virtuell. Sie tritt nicht immer oder zwingend ein. An diesem Punkt muss man sich eines der wichtigsten Ziele der Reform vor Augen halten, nämlich die Absicht, die Unternehmen zur vermehrten Ausschüttung von Dividenden zu veranlassen. Wird dieses Ziel erreicht, werden die Nutzniesser zwar einem tieferen Steuersatz unterliegen, doch wird dieser auf grössere Beträge angewendet werden. Teilt man den Satz durch zwei und verdoppelt man gleichzeitig die Bemessungsgrundlage, so ergibt sich für die Steuerbehörde und demnach für die Gesamtheit der Steuerpflichtigen schlussendlich ein „Nullsummenspiel“. In Tat und Wahrheit sind die Dinge jedoch nicht so einfach, und es besteht keine Gewissheit, dass sich das Gleichgewicht in der erwarteten Art und Weise einstellen würde. Andererseits kann man davon ausgehen, dass die von den Eidg. Räten entworfene Revision auch nicht automatische bezifferbare Steuereinbussen führen muss, oder dann nur während einer sehr kurzen Zeit.

### 3. Die Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen der Dividendausschüttung und anderer Einkommensquellen

Dieses Problem kann aus drei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet werden.

Aus dem Blickwinkel des einzelnen Steuerpflichtigen betrachtet, besteht kein Zweifel, dass eine Dividende in sein persönliches Vermögen übergeht und dass sie ein Einkommen im gebräuchlichen Sinne des Begriffs darstellt. Artikel 20 Buchstabe c) DBG folgt dieser praktisch unwiderlegbaren Logik.

Bezieht man jedoch weitere Aspekte mit ein, unterscheiden sich die Beteiligungserträge aus einer Kapitalgesellschaft in vielfacher Hinsicht von einem gewöhnlichen Einkommen. Geht man davon aus, dass die Aktien- oder Anteilsinhaber gemeinsame Eigentümer einer Kapitalgesellschaft sind, wird klar, dass es sich nicht um eine Vermögensübertragung im eigentlichen Sinne handelt. Ob Dividenden ausgeschüttet werden oder nicht, liegt übrigens im freien Ermessen der Generalversammlung; die Dividendenausschüttung ist also keine beständige Einkommensquelle. Gemäss Bundesgericht ist zwar die Beständigkeit kein Charakteristikum des Einkommens, wie es vom Gesetzgeber in Artikel 20 DBG verankert wurde<sup>155</sup>. Aber die Rechtsprechung legt natürlich nur das geltende Gesetz aus, und es ist nicht verboten, dieses

153 BGE 110 IA 10. 154 BGE 114 IA 223. 155 BGE 117 IB 1.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 60

zu ändern, vorausgesetzt, die Gesetzesreform beruht auf objektiven und stichhaltigen Grundlagen.

In der Praxis und vor allem wirtschaftlich betrachtet wird offensichtlich, dass sich die Dividenden und Gewinnanteile nach Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c) von den in den übrigen Vorschriften dieses Artikels aufgezählten Einkommen unterscheiden. Artikel 20 DBG unterscheidet gerade zwischen Zinsen aus Guthaben und Einkünften aus Vermietungen einerseits sowie Dividenden andererseits (Bst. a und d), um nur ein Beispiel zu nennen. Im zuletzt genannten Fall besteht nämlich zwischen den beiden völlig unterschiedlichen Vermögensarten kein wirklicher horizontaler Bezug: Schüttet die Gesellschaft eine Dividende aus, verringert sich ihre Substanz und sie verzichtet auf die Verwendung des Gewinns zu Investitionszwecken; anders gesagt verliert der Anteilsinhaber auf der einen Seite etwas, auf der anderen Seite erhält er aber auch etwas. Eigentlich kann man sagen, dass er dadurch nicht wirklich reicher wird.

Ist der Gesetzgeber mit zwei konkreten Situationen konfrontiert, die entweder als ähnlich oder als verschieden gelten können, verfügt er über einen gewissen Ermessensspielraum. Während es zweifellos übertrieben und ungerecht wäre, die Dividenden ganz von der Steuerpflicht zu befreien, scheint eine nur hälftige Besteuerung nicht ganz und gar unvernünftig, da sie sozusagen ein Mittelding zwischen zwei extremen Lösungen darstellt. Man kann die Entwürfe der Eidg. Räte umso mehr als vertretbar erachten, als sie einzig und allein die Inhaber von Beteiligungen von mindestens 10% betreffen, das heisst eine relativ geringe Anzahl von Inhabern, noch dazu in eher kleinen Kapitalgesellschaften. Die wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Unternehmen und den Aktionären ist nun aber besonders eng, wenn Letztere nicht sehr zahlreich sind und je über einen grossen Kapitalanteil verfügen. Weniger eng ist die Beziehung natürlich dann, wenn das Unternehmen so gross ist, dass kein einzelner Wirtschaftsakteur über einen Anteil von 10% verfügen kann. Anders gesagt folgt die Verknüpfung einer Milderung der Besteuerung mit dem Erfordernis einer Mindestbeteiligung einer Logik, welche unterschiedliche wirtschaftliche und tatsächliche Verhältnisse berücksichtigt.

Der Vergleich mit dem Eigenmietwert liegt nahe. Gemäss Bundesgericht wäre die Abschaffung der Besteuerung des Eigenmietwerts einer vom Eigentümer selbst genutzten Wohnung unzulässig<sup>156</sup>; Artikel 21b DBG und Artikel 7 Absatz 1 StHG schreiben dessen

Besteuerung vor, doch es ist dem Gesetzgeber nicht benommen, den massgeblichen Wert unter dem realen Wert, der dem Verkehrswert entspricht, anzusetzen<sup>157</sup>.

#### 4. Die rechtlichen Unterschiede zwischen Dividendenausschüttung und anderen Einkommensformen

In einer ähnlichen Sichtweise wie der vorhergehenden, die sich vorwiegend auf wirtschaftliche Überlegungen beschränkte, kann auch die Rechtslage des Empfängers einer Dividende mit derjenigen einer Person verglichen werden, die eine andere Art von Einkommen erzielt.

Rechtlich gesehen setzt die Dividendenausschüttung effektiv die Übertragung des Eigentums an einem beweglichen Vermögensgut von der Aktiengesellschaft zum Aktionär voraus. Zumindest formell gesehen besteht zwischen dieser Operation und anderen Übertragungen zwischen zwei Personen kein Unterschied. Immer noch rein rechtlich gesehen sind im Übrigen die Kapitalgesellschaft und die Anteilsinhaber zwei verschiedene Subjekte. Einige Redner liessen es sich in der Parlamentsdebatte nicht nehmen, auf diese Sachlage hinzuweisen, um daraus zu folgern, dass das heutige Gesetz gar keine Doppelbesteuerung vorsehe, da es sich um zwei verschiedene steuerpflichtige Wirtschaftssubjekte handle<sup>158</sup>.

156 BGE 112 IA 240. 157 BGE 128 I 242; 125 I 65; 124 I 145; siehe E.Höhn, R.Waldburger, Steuerrecht, Bd. II, Bern 2002, S. 131; Rivier, op.cit., S. 437. 158 Berset, AB S 2006, S. 434; Leutenegger Oberholzer, AB N 2006, S. 1277.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 61

Dieses Argument stimmt zwar, reicht für sich allein genommen jedoch nicht aus, denn es gilt noch weitere Aspekte der Rechtslage zu berücksichtigen. In erster Linie geht es nicht darum, sich mit rein formalistischen Erwägungen zufriedenzugeben. Bereits im 19. Jahrhundert setzte sich in der Lehre die Erkenntnis durch, dass die juristische Person weitgehend eine reine Fiktion ist. Das Gesetz « tut so als ob » die Kapitalgesellschaft etwas anderes als ihre Mitglieder sei und zieht in der Praxis die notwendigen rechtlichen Schlüsse daraus; das darf aber nicht die Realität verschleiern; in Wirklichkeit ist klar, dass die Kapitalgesellschaft von ihren Mitgliedern begründet wird und ohne diese nicht existieren könnte. Die Aktionäre und die Gesellschaft als zwei völlig verschiedene Dinge zu behandeln, stellt also nur einen Kunstgriff dar, der nicht zum äussersten ausgedehnt werden darf und dessen Auswirkungen nicht übertrieben werden sollten.

In zweiter Linie gibt es – immer noch vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet – grosse Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Erträgen und Einkünften nach Artikel 20 DBG. Wer aus seinen Guthaben Zinsen oder einen Mietzins bezieht, ist genau genommen ein Gläubiger, der Anspruch auf die Vollstreckung einer Schuld erheben kann, wobei die Höhe dieser Schuld zum Voraus bekannt ist. Ganz anders verhält es sich mit der Ausschüttung einer Dividende; ob sie ausgeschüttet wird und in welcher Höhe wird periodisch von der Generalversammlung bestimmt, die diesbezüglich über eine grosse Freiheit verfügt. Genau diesen Spielraum nutzen zahlreiche Schweizer Unternehmen aus, indem sie auf eine normale Dividendenausschüttung verzichten, um der Entrichtung der Steuer nach Artikel 20 Buchstabe c) DBG zu entgehen. Daraus wird der Unterschied zwischen den beiden vorerwähnten Rechtslagen ersichtlich. Während der Inhaber eines Sparhefts oder der Vermieter

die Erhebung der Summen, auf die er Anspruch hat, in keinerlei Art und Weise beeinflussen kann, hat der Beteiligungsinhaber aus rechtlichen Gründen die Möglichkeit, sich der Besteuerung der Dividenden zu entziehen, indem er auf Letztere verzichtet. 5. Der Zusammenhang zwischen dem Gesetzeszweck und der durch die Dividendenbesteuerungsreform eingeführten unterschiedlichen Behandlung

Generell belasten die Steuergesetze alle Bürger nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in gleichem Masse. Dieser Grundsatz gilt sowohl für die vertikale als auch für die horizontale Steuergerechtigkeit. Die Definition der Veranlagung durch den Gesetzgeber muss demnach alle Elemente berücksichtigen, welche die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Steuerpflichtigen bestimmen. Namentlich die Einkommenssteuer betrifft so- mit die unterschiedlichsten Erträge und Einkünfte, insbesondere diejenigen aus beweglichem Vermögen nach Artikel 20 DBG. Im vorliegenden Fall stellt sich also die Frage, ob die angestrebten Ziele vereitelt würden, wenn die Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen zu 60 oder 50 Prozent besteuert würden.

Fünf Erwägungen erweisen sich in dieser Hinsicht als ausschlaggebend, wenn man von der allfälligen Einführung einer Steuer auf Kapitalgewinnen absieht, die separat zu erörtern sein wird.

a. Zuallererst muss daran erinnert werden, dass der kantonale Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesgerichts « einen weiten Ermessensspielraum in der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Wahl der Mittel zu deren steuerlicher Erfassung » hat<sup>159</sup>. Mindestens derselbe Handlungsspielraum steht zwangsläufig und zu Recht dem eidgenössischen Gesetzgeber zu, und zwar umso mehr, als er durch die Verfassung der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist.

b. Ferner widerspricht der Zweck der Reform demjenigen des Schweizer Steuersystems nicht direkt. Tatsächlich bezweckt die Reform eine – teilweise – Korrektur der wirtschaftli-  
159 D. Yersin, op.cit., S. 171, Nr. 32, BGE 109 IA 101.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 62

chen Doppelbelastung des Gesellschaftsgewinns und der Dividenden, die dem Beteiligungsinhaber ausgeschüttet werden. Diese Kaskadenbesteuerung, die zu einer Überbesteuerung führt, ist entgegen der Meinung der Revisionsgegner keine reine Illusion. Sie entspricht vielmehr einer konkreten Wirklichkeit: Da Dividenden nichts anderes sind als die vollständige oder teilweise Verteilung des Unternehmensgewinns, belastet die Steuer, die zuerst nach Artikel 58 ff. DBG, von der Kapitalgesellschaft und danach auf den Dividenden erhoben wird, tatsächlich zwei Mal denselben Gegenstand<sup>160</sup>. Zählt man noch die Vermögenssteuer hinzu, die vom Beteiligungsinhaber geschuldet ist und längerfristig einer indirekten Einkommensabgabe entspricht, wird deutlich, dass die betreffenden beweglichen Vermögenswerte drei Mal, wenn auch in verschiedener Form, aber doch spürbar, belastet werden. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, kann man kaum behaupten, dass die Milderung des Dividendenbesteuerungssatzes mit dem Zweck der einschlägigen Gesetzgebung unvereinbar wäre.

c. Die wirtschaftliche Doppelbelastung erzeugt selber eine Ungleichbehandlung, die von der geplanten Reform teilweise korrigiert werden soll. Da derselbe Gegenstand mehrmals

steuerlich belastet wird, wird der Investor einer Kapitalgesellschaft gegenüber dem selbständigen Unternehmer benachteiligt. Die Senkung des Dividendenbesteuerungssatzes ist also nichts anderes als die Milderung einer Überbesteuerung; aus dieser Sicht widerspricht sie nicht nur den Artikeln 8 und 127 BV nicht, sondern lebt dem Gleichheitsgebot eben gerade nach.

Das Bundesgericht hatte noch nie Gelegenheit, sich materiell zur wirtschaftlichen Doppelbelastung zu äussern. In seiner Entscheidung vom 19. Mai 1989 hob es hervor dass eine Doppelbelastung sich ergeben kann, wenn verschiedene Steuersubjekte und –objekte nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich identisch sind<sup>161</sup>. Es lehnte es jedoch ab, auf eine Verletzung von Artikel 46 Absatz 2 aBV zu erkennen, wenn ein Kanton eine Aktiengesellschaft auf Ertrag und Kapital besteuert, ein anderer Kanton hingegen vom Aktionär für den Wert der Aktien und die Dividendenausschüttungen Steuern erhebt. Das Bundesgericht unterstrich zu Recht, dass es sich zwar um eine wirtschaftliche Doppelbelastung handelt, nicht aber um eine interkantonale Doppelbesteuerung, denn sie sei systembedingt<sup>162</sup>. Würden die Aktiengesellschaft und der Aktionär nämlich im gleichen Kanton besteuert, käme es ebenfalls zu einer Doppelbesteuerung; sie ist systembedingt und ergibt sich nicht aus einer interkantonalen Normenkollision. Aus dieser Rechtsprechung können demzufolge im Hinblick auf unsere Fragestellung kaum Erkenntnisse gewonnen werden. Die einzige Lehre, die sich daraus ziehen lässt, ist dass das Bundesgericht anerkannt hat, dass eine Doppelbesteuerung vorliegt, wenn Steuerobjekte wirtschaftlich identisch sind. Es hat sich jedoch nicht zu den rechtlichen Folgen dieser Situation geäußert.

d. Manche Parlamentarier hielten dem entgegen, dass es nur in den relativ seltenen Fällen zu einer doppelten (oder dreifachen) Besteuerung komme, in denen der Gewinn zu über 70 Prozent ausgeschüttet werde. Dieses Argument widerspricht jedoch einer anderen Erwägung, die eng mit dem Zweck des Steuersystems zusammenhängt. Um wirklich gerecht zu sein, sollte das Steuersystem neutral sein. Der Grundsatz der Neutralität setzt aber gerade voraus, dass das Gesetz nicht so konzipiert ist, dass es das Verhalten und die Entscheide der Wirtschaftsakteure beeinflusst; darüber hinaus soll das Gesetz Anomalien vermeiden und einen möglichst optimalen Einsatz der Finanzressourcen des Steuerpflichtigen, insbesondere der Unternehmer, ermöglichen<sup>163</sup>.

Der Nachteil der heutigen Gesetzgebung liegt darin, dass die Gesellschaften dazu verleitet werden, einen grossen Dividendenanteil zurückzubehalten; dadurch werden nicht nur die Aktionäre benachteiligt, die man um normale Einkünfte bringt, sondern auch der Fiskus, dem ein Teil der ihm zustehenden Einnahmen entgeht. Zu dieser Frage vertraten die Eidg. Räte die Auffassung, dass eine ungefähr hälftige Reduktion der Dividendenbesteuerung die Rückkehr zu einer Haltung ermöglichen würde, die dem ursprünglichen Geist des Aktienrechts

160 Reich, Op.cit. S. 42 ff. 161 STR, 1990, S. 408. 162 Ebenda, S. 409. 163 Siehe J.M. Rivier, Op.cit., S. 88-89 und die Zitate.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 63

besser entspricht und die darin besteht, den Beteiligungsinhabern einen ansehnlichen Gewinnanteil in Form von Dividenden auszuschütten.

e. Fünftens ist das schweizerische Steuersystem als Ganzes zu betrachten; der Bundesgesetzgeber muss auch die kantonale Gesetzgebung sowie die Haltung der Kantone berücksichtigen<sup>164</sup>. Auf der einen Seite ist eine gewisse Koordination unerlässlich. Wird andererseits etwas für die Kantone als gültig und verfassungsmässig erachtet, so ist es dies auch für den Bund.

Eine Reihe von Kantonen hat nun aber auf verschiedene Art und Weise die Doppelbesteuerung des Unternehmensgewinns und der Dividendenausschüttungen an die Aktionäre mehr oder weniger stark abgebaut. Die meisten haben den Besteuerungssatz auf Dividenden von qualifizierten Beteiligungsinhabern (von 5%, 10% oder 20%, sogar von 40% des Kapitals) auf 50% gesenkt<sup>165</sup>; einige sind sogar bis auf 40%<sup>166</sup>, ja sogar 20% hinuntergegangen<sup>167</sup>, während sich ein Kanton für einen Anteil von 70% entschieden hat<sup>168</sup>. In den Parlamentsdebatten hoben die Befürworter der Revision des Bundesgesetzes wiederholt hervor, dass die Kantone den Wunsch nach einer Reform geäußert hatten, die in dieselbe Richtung zielt wie diejenige, die nun von den Eidg. Räten vorgeschlagen wird. Darüber hinaus ist da auch die rechtserhebliche Tatsache, dass keine der kantonalen Bestimmungen bisher mit einer Beschwerde an das Bundesgericht angefochten wurde, obwohl einige Bestimmungen schon vor mehreren Jahren erlassen wurden.

#### 6. Die Frage der Beziehung zwischen der Teilbesteuerung der Beteiligungen und der Einführung einer Kapitalgewinnsteuer

Aus der bisherigen Analyse geht hervor, dass die Senkung des Steuersatzes in einer gewissen Anzahl von Kantonen angenommen wurde. Keiner von ihnen kennt noch eine Steuer auf den Kapitalgewinnen aus dem Privatvermögen; sie wurde überall abgeschafft, und zwar schon vor geraumer Zeit<sup>169</sup>. Das Bundesgericht anerkannte im Übrigen vor fast zwanzig Jahren, dass die Aufhebung dieser Art von Besteuerung nicht gegen die Rechtsgleichheit verstosse<sup>170</sup>; doch es legte diese Steuerbefreiung restriktiv aus<sup>171</sup>.

Der Entscheid vom 13. November 1997 fasst den vorgenannten Entscheid zusammen und kommentiert ihn wie folgt: Der Beschwerdeführer kritisierte die Aufhebung der Besteuerung der Kapitalgewinne, während der Regierungsrat geltend machte, dass damit in Zukunft der Zugang zum Privateigentum erleichtert werde. Des Weiteren stellte er praktische Überlegungen rund um die Steuererhebungskosten an und wies darauf hin, dass die meisten übrigen Kantone auch darauf verzichtet hatten. Das Bundesgericht schloss sich dieser Argumentati-

164 Siehe Martenet, *Op.cit.*, S. 124 ff. . 165 SH : Artikel 38 Absatz 3a des Gesetzes über die direkten Steuern vom 20. März 2000; LU: Artikel 57 Absatz 6 des Steuergesetzes vom 22. November 1999; AI: Artikel 37 Absatz 4 des Steuergesetzes vom 25. April 1999; SG: Artikel 51 Absatz 5 des Steuergesetzes vom 4. April 2006; TG: Artikel 37 Absatz 3 des Steuergesetzes vom 14. September 2005; NW: Artikel 40 Absatz 3 des Gesetzes über die Steuern vom 22. März 2000; OW: Artikel 137 Absatz 2 des Steuergesetzes vom 30. Oktober 1994; AG: Artikel 45a und 29a des Steuergesetzes vom 22. August 2006, Abstimmung vom 26. November. In AR, wurde die Abstimmung vom 21. Mai 2006, die den Satz um die Hälfte reduzierte, vom Bundesgericht am 12. September 2006 wegen Verletzung der Einheit der Materie annulliert; 1P 223/2006. 166 UR: Abstimmung vom 26. November 2006, Artikel 24 Absatz 2 des Gesetzes über die direkten Steuern. 167 GL: Artikel 34 Absatz 3 des Steuergesetzes vom 7. Mai 2000; in Bern hat der Regierungsrat

einen Steuersatz von 40% vorgeschlagen, während die parlamentarische Kommission 50% vorschlug; siehe Regierungsentwurf vom 5. April 2006. 168 Abstimmung vom 26. November 2006, ZG : Artikel 35 Absatz 4 des Steuergesetzes vom 30. März 2006. 169 Siehe Rivier, Op.cit., S. 334. 170 BGE 114 IA 221. 171 BGE vom 11. Juni 2004, 2 A 331/2003; siehe BGE 115 IB 243; BBl 2005, S. 4803.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 64

on an: die Gesetzesrevision war im vorliegenden Fall aus objektiven Gründen gerechtfertigt; darüber hinaus entsprach die gewählte Lösung einem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden. Schliesslich verletzte die Besteuerung der Kapitalgewinne auf Geschäftsvermögen – im Gegensatz zum Privatvermögen – oder auf Immobilien die Rechtsgleichheit nicht. Der Bundesgerichtsentscheid betont in dieser Hinsicht, dass der kantonale Gesetzgeber im Hinblick auf die Vereinfachung der Besteuerung befugt ist, schematische Lösungen zu wählen, selbst wenn die Besteuerung dann nicht im gewünschten Masse die Gleichbehandlung aller Steuerpflichtigen gewährleistet. Der Gesetzgeber darf sich im Steuerrecht bei der Erarbeitung von gesetzlichen Bestimmungen weitgehend nach praktischen und verwaltungsökonomischen Überlegungen richten; das Bundesgericht wird diese anerkennen, sofern sie nicht einfach der Errichtung eines Steuerprivilegs (oder einer Überbesteuerung) dienen, die mit dem Grundsatz der gleichmässigen Besteuerung nach Artikel 4 BV unvereinbar ist<sup>172</sup>.

Es wurde gelegentlich behauptet, dass die Steuerbefreiung von Kapitalgewinnen aus dem beweglichem Privatvermögen gegenüber der steuerlichen Behandlung des Immobilienvermögens diskriminierend sei. Dieses Argument ist ganz offensichtlich falsch und wird im vor- genannten Bundesgerichtsentscheid denn auch widerlegt. Das Bundesgericht betont nämlich, dass sich im vorliegenden Fall eine unterschiedliche Behandlung aus mehreren Gründen rechtfertigen lasse: „Grundstückgewinne werden zufolge der Knappheit des Bodens realisiert, dessen Wert seit vielen Jahrzehnten stets nur anstieg, und zwar bedeutend. (...) Kapitalverluste auf Grundeigentum dagegen sind selten. Der realisierte Wertzuwachs entsteht weitgehend durch Lagevorteile und Erschliessung, deren Kosten ganz oder teilweise das Gemeinwesen trägt.“ Von der Gewinnsteuer profitiert das Gemeinwesen, auf dessen Territorium sich das Grundstück befindet, was im Grundbuch leicht nachzuprüfen ist. Dies alles gilt für die Gewinne aus der Veräusserung von Aktien nicht<sup>173</sup>.

Die Lehre vertritt unterschiedliche Auffassungen. Ein Autor schreibt, dass die Befreiung von Artikel 16 Absatz 3 DBG eindeutig den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt<sup>174</sup>. Im Kommentar zum Gesetz wird dagegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts befürwortet und die Auffassung vertreten, dass die Steuerbefreiung der Kapitalgewinne gerechtfertigt sei, weil sie dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden in unserem Land entspreche<sup>175</sup>.

Es fällt unter diesen Umständen schwer, überzeugend darzulegen, dass die Herabsetzung des Dividendenbesteuerungssatzes notwendigerweise mit der Einführung einer Kapitalgewinnsteuer einhergehen muss. Diese Auffassung wird nicht nur von der Rechtsprechung überhaupt nicht gestützt; sie ist wohl auch mit der jüngsten Praxis nicht mehr kompatibel. Darüber hinaus entbehrt diese Fragestellung jeglicher Logik. Es geht doch vor allem darum zu wissen, ob ein Steuersatz von 50 (oder 60) Prozent für die Dividendenbesteuerung sich

grundsätzlich rechtfertigt oder ob er gegen Artikel 8 und 127 BV verstösst. Die Frage nach der Besteuerung der Kapitalgewinne hat damit nichts zu tun; sie wurde übrigens bereits eindeutig beantwortet, einerseits von den Kantonen und andererseits in der Volksabstimmung im Jahre 2001. Eine Verknüpfung beider Fragen rechtfertigt sich umso weniger, als sich die zweite Frage in Wirklichkeit gar nicht stellt und sie mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen und in den Eidg. Räten beratenen Reform nichts zu tun hat. Abgesehen von den grossen praktischen Schwierigkeiten, auf die diese Art von Besteuerung stossen würde, würde sie selber auch Ungleichheiten schaffen, weil sie ausschliesslich die Kapitalgewinne beträfe, die bei der Veräusserung von Aktien oder Beteiligungen erzielt werden, nicht jedoch alle anderen Formen von Kapitalgewinnen.

Letzten Endes ergibt sich daraus rein rechtlich gesehen kein Zwang für den Gesetzgeber, parallel zur Senkung der Dividendenbesteuerung eine Kapitalgewinnsteuer einzuführen.

172 RDAF, 1998, II 139; siehe D.Yersin, Op.cit. S. 210f, mit der Kritik eines früheren Entscheides. 173 BGE 114 I A 227-8. 174 Klett, Op.cit. S. 125-6. 175 M.Reich, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. 2, Basel 2000, S. 141, Anm. 46 zu Artikel 16.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 65

7. Die Güterabwägung und die Suche nach einem überwiegenden öffentlichen Interesse

Unabhängig von ihrer Besonderheit muss eine unterschiedliche Behandlung auf Grund der öffentlichen Interessen, die auf dem Spiel stehen, und ohne Rücksicht auf rein private Interessen beurteilt werden. Die vom Gesetzgeber in Zusammenhang mit dem Gemeinwohl verfolgten Ziele sind zumeist verschiedener Art; es kann vorkommen, dass diese Ziele anderen Absichten entgegenstehen, die ebenfalls das allgemeine Interesse vor Augen haben. Demzufolge muss eine Güterabwägung vorgenommen werden.

a. Die Gegner der Reform machten - abgesehen von der Verletzung der Rechtsgleichheit - in erster Linie geltend, dass die beabsichtigte Revision sich finanziell ungünstig auf die Sozialversicherungen, namentlich die AHV, auswirken könnte, da die neuen Gesetzesbestimmungen an Stelle von Lohnzahlungen die Dividendenausschüttung favorisieren könnten. Eine Notiz der Eidgenössischen Steuerverwaltung an die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. September 2006 belegt jedoch überzeugend und anhand von Zahlen, dass die Gefahr, auf die hingewiesen wird, nicht wirklich existiert; es stimmt aber, dass die Sozialversicherungen kurzfristig eine Einnahmeneinbusse erleiden würden. Die Aussichten auf ein Wirtschaftswachstum nähren jedoch längerfristig auch die Erwartung höherer Einnahmen.

Im Übrigen haben die Revisionsgegner vor allem darauf beharrt, dass die Grundsätze der Steuergerechtigkeit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eingehalten werden müssen; ihrer Auffassung nach werden diese durch die Reform nämlich verletzt.

b. Auch die Verfechter der Reform machen geltend, dass die Gesetzesänderung dem übergeordneten Interesse der Steuergerechtigkeit diene. Steuergerechtigkeit ist ein sehr subjektiver Begriff, der je nach Standpunkt, insbesondere je nach politischem Standpunkt, sehr unterschiedlich ausgelegt werden kann.

Die Reform verfolgt jedoch noch weitere Ziele. Sie strebt auch nach einer Finanzierungsneutralität für das Unternehmen. Dieser Punkt wurde bereits in der Botschaft des Bundesrates<sup>176</sup> hervorgehoben; nachher befasste sich auch eine Notiz der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 5. Juni 2006 eingehender damit. Darin wird gesagt, dass die fehlende private Finanzierungsneutralität manchmal die Effizienz der Unternehmen beeinträchtigt, die gesteigert werden könnte, wenn die Besteuerung der ausgeschütteten und diejenige der kapitalisierten Gewinne weniger weit auseinander lägen.

Die Reform hat ausserdem zum Ziel, die Wahlfreiheit bei der Bestimmung der Rechtsform eines Unternehmens zu erhöhen und die steuerliche Belastung des Risikokapitals zu vermindern. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Reform die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz steigern und das Wachstum ankurbeln will, indem sie Unternehmertum und Eigeninitiative fördert.

Das Wirtschaftswachstum ist ein wichtiges Ziel, das dem Bund und den Kantonen von der Verfassung vorgegeben wird. Zuallererst beauftragt Artikel 2 Absatz 2 die Schweizerische Eidgenossenschaft mit der Förderung der « gemeinsamen Wohlfahrt ». Dieser Begriff ist in einem weiten Sinne auszulegen: „Mit der Wohlfahrtsförderung ist aber auch (...) die Förderung des wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und zivilisatorischen Fortschritts angesprochen“<sup>177</sup>. Zweitens sieht Artikel 94 Absatz 2 BV vor, dass Bund und Kantone « die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft wahren und mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beitragen »; Absatz 3 fügt hinzu, dass

176 BBl 2005, S. 4766f. 177 Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997, I 129; siehe B.Ehrenzeller, St-Galler Kommentar, Zürich 2002, S. 28, Bemerkung 17 zu Artikel 2.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 66

sie « für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft sorgen ». Drittens erteilt die Verfassung dem Bund den Auftrag, « Massnahmen für eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung, insbesondere zur Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung zu treffen » (Absatz 1); der Bund muss im Übrigen « die wirtschaftliche Entwicklung der einzelnen Landesgegenden berücksichtigen » (Absatz 2). Schliesslich wird dem Bund die Wahrung der Interessen der schweizerischen Wirtschaft übertragen; in besonderen Fällen muss er Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft treffen.

Die von der laufenden Reform angestrebten Ziele beruhen demnach auf zahlreichen und präzisen Verfassungsgrundlagen. Gewiss handelt es sich um programmatische Bestimmungen mit einem geringen normativen Wert, die nur grobe Zielsetzungen definieren. Sie weisen dem Bund jedoch gezielte Aufgaben zu; es besteht also kein Zweifel, dass es sich um öffentliche Interessen handelt<sup>178</sup>.

### C. Zusammenfassung

Die Eidgenössischen Räte haben beschlossen, den Besteuerungssatz für qualifizierte Beteiligungen im Geschäftsvermögen auf 50% und im Privatvermögen auf 60% (Ständerat) oder (ebenfalls) 50% (Nationalrat) zu senken. Sie haben den bundesrätlichen Entwurf, der einen Satz von 60% im Geschäftsvermögen und von 80% im Privatvermögen vorgesehen hatte, in wesentlichen Punkten verändert. Daraus ergibt sich eine unterschiedliche Behandlung von

Dividenden und anderen Einkommensquellen. Diese Massnahme ist jedoch mit Artikel 8 und 127 BV nicht unvereinbar, denn sie reicht nicht über den grossen Ermessensspielraum hin- aus, den Lehre und Rechtsprechung dem Gesetzgeber gewähren. Die strittigen Entwürfe stützen sich auf objektive und sachliche Grundlagen. Ohne den Grundsatz der Allgemeinheit der Steuer in Frage zu stellen, berücksichtigen sie die praktischen und rechtlichen Unter- schiede zwischen dem Bezug von Dividenden und den übrigen Einkommensquellen; sie streben danach, die gegenwärtige – der Rechtsgleichheit eben gerade zuwiderlaufende - wirtschaftliche Doppelbelastung des Unternehmensgewinns und der Dividendenausschüt- tung zu mildern; damit versuchen sie, die Unternehmer zu einer vermehrten Dividendenaus- schüttung zu ermuntern; vom rechtlichen Standpunkt aus sind Dividenden übrigens nicht mit anderen Vermögenserträgen, wie beispielsweise Mieteinkünften oder Sparzinsen, identisch.

Die Reform untergräbt die Ziele der Steuergesetzgebung in keiner Art und Weise. Sie will lediglich verhindern, dass derselbe Gegenstand zwei Mal besteuert wird, und trägt gleichzei- tig den jüngsten Reformen Rechnung, die in zahlreichen Kantonen realisiert wurden. So ge- sehen sind die parlamentarischen Entwürfe mit den Grundsätzen der Steuergleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar. Sie können verab- schiedet werden, ohne dass gleichzeitig zwingend eine Kapitalgewinnsteuer eingeführt wer- den muss, die im Übrigen in keinem Kanton existiert und von Volk und Ständen im Jahre 2001 eindeutig verworfen wurde. Die geplante Reform beeinträchtigt als Ganzes gesehen kein überwiegendes öffentliches Interesse; vielmehr verfolgt sie wichtige allgemeine Interes- sen, namentlich die Finanzierungs- und Rechtsformneutralität der Unternehmen sowie das Wirtschaftswachstum, das eine der Zielsetzungen ist, welche die Verfassung der schweizeri- schen Eidgenossenschaft aufträgt.

Man kann in gutem Glauben der Auffassung sein, dass die vorgeschlagenen Neuerungen ungerecht sind: das ist der politische Aspekt der Frage. Rein rechtlich gesehen verletzen sie aber Artikel 8 und 127 BV nicht.

178 Siehe E.Grisel, *Liberté économique*, Bern, 2006, S. 107-8.

Avis de droit / Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 67

## SCHLUSSFOLGERUNG

Die Unternehmenssteuerreform, die den Besteuerungssatz für Gewinnbeteiligungen und Dividenden auf 60% beziehungsweise 50% senken will, ist verfassungskonform, auch wenn parallel dazu keine Kapitalgewinnsteuer eingeführt wird.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2008.3 - De la constitutionalité d'une réduction de l'imposition des dividendes et participations relevant de la fortune commerciale ou privée, sans l'introduction d'un impôt sur les gains en capital, avis de droit du 29 novembre 2006 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2008 Année Anno Band - Volume Volume Seite 30-67 Page Pagina Ref. No 150 000 137 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la

Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.