

## **GE\_GERICHTE DCRI/593/2008 vom 15. Dezember 2008**

GE Cour de justice, 2008-12-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_DCRI\\_593\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCRI_593_2008)

FR: GE\_GERICHTE DCRI/593/2008 du 15 décembre 2008

IT: GE\_GERICHTE DCRI/593/2008 del 15 dicembre 2008

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

la forme dont le contribuable a revêtu une opération est insolite, inadéquate ou anormale, en tout cas inadaptée aux données économiques ;

#### **E. 2**

le choix de cette forme est abusif et n'a pour but que de faire l'économie d'impôt qui aurait été perçu si l'affaire avait été réglée normalement ;

#### **E. 3**

la voie choisie entraînerait effectivement une notable économie d'impôt pour le contribuable si le fisc l'admettait. Lorsque ces trois conditions sont réunies (conditions cumulatives), le fisc peut s'écarter de la forme juridique choisie par le contribuable et opérer une imposition sur les actes qui auraient été choisis par une personne de bonne foi. Il s'agit en fait d'une extension du champ d'application de la loi fiscale. (Jean-Marc Rivier, op. cit., page 107). La preuve de l'existence de toutes les conditions objectives et subjectives de l'évasion fiscale est à la charge des autorités fiscales (ATF 2C\_449/2008 du 16 octobre 2008, consid. 4.4). En l'espèce, la commission considère que la troisième condition requise par la jurisprudence du Tribunal fédéral pour l'évasion fiscale n'est manifestement pas réalisée, à savoir que le contribuable ait réalisé une notable économie d'impôt. La question de la réalisation des deux autres conditions peut rester ouverte. En effet, dans toutes les causes jugées par le Tribunal fédéral, et notamment dans celles invoquées par l'administration dans sa réponse, notre Haute cour a considéré que ce n'est que lorsque l'opération de rachat d'années de cotisations est suivie du prélèvement de capital, ou lorsque peu de temps après le rachat l'assuré cesse son activité professionnelle et peut faire valoir son droit au versement du capital, que l'économie d'impôt au sens d'une évasion fiscale est réalisée (notamment les causes 2A.461/2005 du 14 mars 2006 précitée, 2A.705/2005 du 13 avril 2006, 2P.16/2005 et 2A.18/2005 du 9 août 2005). En l'occurrence, au moment de la taxation en cause, aucun versement du capital, imposable au taux privilégié, n'a été effectué au recourant par la fondation de la prévoyance. Il est en outre démontré qu'aucun versement ne soit intervenu depuis lors. Le recourant exerce toujours son activité professionnelle et d'après les faits, ne quittera son employeur qu'en 2009 et ne pourra faire valoir sa prestation que dès ce moment-là. Dans ces circonstances, il ne peut encore être question d'une économie d'impôt. Le cas du contribuable n'est pas comparable aux causes précitées jugées par le Tribunal fédéral.

Commission cantonale de recours 7/9

En outre, la commission considère que le délai écoulé entre le rachat et l'obtention de la prestation en capital n'est pas sans importance s'agissant de déterminer si l'opération examinée a un caractère insolite. A cet égard, il est utile de rappeler qu'aux termes de l'art.

79b al. 3 LPP (disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2006), 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. L'objectif de cette disposition est d'éviter les abus sur le plan fiscal, liés au versement de contributions de rachat déductibles avec plein effet sur le taux suivi de l'obtention d'une prestation sous forme de capital imposable au taux privilégié (Locher, Kommentar, ad art. 59, N 83 et les références citées). Cette disposition du droit de la prévoyance doit être appliquée par les institutions de prévoyance pour les rachats effectués dès l'entrée en vigueur de la disposition, le 1er janvier 2006, qu'il s'agisse de rachats obligatoires ou facultatifs d'années d'assurance ou de rachats de la réduction des prestations de vieillesse au sens de l'art. 1b OPP 2 financés aussi bien par l'assuré que par l'employeur. Avec cette réglementation, ce n'est ainsi pas le rachat qui est limité, mais la nature de la prestation échue selon le règlement de prévoyance, laquelle doit être versée sous forme de rente et assurer ainsi le risque de longue vie dans un but de prévoyance. Si le règlement de prévoyance prévoit uniquement l'obtention de prestations de vieillesse sous forme de capital, les dispositions réglementaires doivent donc autoriser le rachat au plus tard trois ans avant l'âge ordinaire de la retraite, voire l'âge de la retraite anticipée; une solution consistant à suspendre le versement, en tout ou partie, de la prestation de retraite anticipée due à la cessation de l'activité lucrative jusqu'à l'écoulement du délai de trois ans violerait en effet le principe d'échéance et entraînerait un refus de la déduction du rachat (Yersin/Noël, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008, ad art. 33, p. 544, N 63). Se fondant sur une interprétation conforme à son texte, l'Office fédéral des assurances sociales précise que l'art. 79b al. 3 LPP interdit tout versement, dans les trois ans, de prestation en capital à concurrence de la part de la prestation financée par ce rachat, y compris les intérêts (BPP n° 88 du 28. 11.05, ch. 511, N 1 et 3); cela signifie qu'une prestation en capital peut être versée par l'institution de prévoyance dans le délai de trois ans qui suit un rachat pour autant qu'elle résulte des contributions ordinaires ou de rachats effectués depuis plus de trois ans. Selon la doctrine, l'écoulement du délai de trois ans ancré à l'art. 79b al. 3 LPP entre le rachat et l'obtention d'une prestation en capital est de nature en principe à écarter toute notion d'abus (Yersin/Noël, op. cit. ad art. 33, p. 545, N 63). En l'espèce, d'après l'attestation produite, en date du 13 octobre 2005 l'institution de la prévoyance professionnelle concernée a certifié que le contribuable avait procédé

Commission cantonale de recours 8/9

au rachat, conformément à son régleme nt et à la LPP. Certes, le recourant a opté pour le versement d'un capital au lieu d'une rente. Nonobstant ce choix, il est démontré que jusqu'à la date du 18 novembre 2008, le recourant n'avait pas demandé le versement du capital. Il est par ailleurs établi que le recourant ne pourra disposer de sa prestation de sortie qu'après avoir cessé son activité professionnelle en 2009. Ainsi, dans la présente cause, outre l'absence de l'économie d'impôt au sens de la jurisprudence actuelle, il est utile de relever que l'écoulement du temps entre le rachat et le moment où le capital sera versé au recourant respecte l'exigence du délai de trois ans prescrite par nouvel article 79b alinéa 3 LPP, ce qui, d'après cette disposition, devrait exclure toute notion d'évasion fiscale. En conclusion, dans la mesure où au moins l'une des trois conditions cumulatives requises par la jurisprudence pour l'existence d'une évasion fiscale n'est pas remplie, le recours doit être admis. Le dossier est renvoyé à l'administration pour nouvelle décision de taxation conforme aux considérants. Une indemnité de procédure s'élevant à 1'000 F est allouée au recourant, en application des articles 52 alinéa 4 LPFisc et 87 LPA.

Commission cantonale de recours 9/9

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