



Impôt fédéral direct

Berne, le 3 novembre 2010

Circulaire n° 28

Imposition des bénéficiaires de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante

Table des matières

| | | |
|-------------|---|----------|
| 1. | Objet de la circulaire | 2 |
| 2. | Cessation de l'activité lucrative indépendante | 3 |
| 2.1. | Principe | 3 |
| 2.2. | Cessation en cas d'invalidité | 3 |
| 2.3. | Transfert d'une société de personnes à une personne morale | 3 |
| 2.4. | Reports | 4 |
| 2.4.1 | <i>Relation avec l'article 18a, alinéa 1, LIFD</i> | 4 |
| 2.4.2 | <i>Relation avec l'article 18a, alinéa 2, LIFD</i> | 4 |
| 2.4.3 | <i>Relation avec l'article 18a, alinéa 3, LIFD</i> | 4 |
| 3. | Liquidation | 4 |
| 4. | Rachat dans une institution de prévoyance | 5 |
| 5. | Rachat fictif | 5 |
| 5.1. | Principe | 5 |
| 5.2. | Années de cotisation déterminantes | 5 |
| 5.3. | Revenu déterminant | 5 |
| 5.4. | Imposition du rachat fictif | 5 |
| 5.5. | Rachats ultérieurs | 5 |
| 6. | Dévolution successorale | 5 |
| 6.1. | Principe | 5 |
| 6.2. | Liquidation par les héritiers ou les légataires | 6 |
| 6.2.1. | <i>Entreprise individuelle</i> | 6 |

| | | |
|--------|--|---|
| 6.2.2. | <i>Société de personnes</i> | 6 |
| 6.3. | <i>Poursuite de l'activité lucrative indépendante par les héritiers ou les légataires</i> | 6 |
| 7. | Entrée en vigueur | 6 |

Annexe I: Ordonnance sur l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante (OIBL)

Annexe II: Commentaires sur l'OIBL

Annexe III: Aperçu des conséquences en cas de décès d'une personne membre d'une société de personnes en relation avec l'art. 37b LIFD

1. **Objet de la circulaire**

La loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II) a introduit diverses nouveautés relatives à l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation de l'activité lucrative indépendante. Ces nouveautés font l'objet de la norme de l'article 37*b* de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹.

Art. 37*b* **Bénéfices de liquidation**

¹ *Le total des réserves latentes réalisées au cours des deux derniers exercices commerciaux est imposable séparément des autres revenus si le contribuable âgé de 55 ans révolus cesse définitivement d'exercer son activité lucrative indépendante ou s'il est incapable de poursuivre cette activité pour cause d'invalidité. Les rachats au sens de l'art. 33, al. 1, let. d, sont déductibles. Si un tel rachat n'est pas effectué, l'impôt est calculé, sur la base de taux représentant le cinquième des barèmes inscrits à l'art. 36, sur la part des réserves latentes réalisées correspondant au montant dont le contribuable prouve l'admissibilité comme rachat au sens de l'art. 33, al. 1, let. d. Sur le solde des réserves latentes réalisées, seul un cinquième de ce montant est déterminant pour la fixation du taux applicable, mais au moins au taux de 2 %.*

² *L'al. 1 s'applique également au conjoint survivant, aux autres héritiers et aux légataires, pour autant qu'ils ne poursuivent pas l'exploitation de l'entreprise qu'ils ont reprise; le décompte fiscal a lieu au plus tard cinq années civiles après la fin de l'année civile dans laquelle le contribuable est décédé.*

Les dispositions d'exécution de cette réglementation sont inscrites dans l'ordonnance sur l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante du 17 février 2010 (OIBL; annexe I).

¹ RS 642.11

2. Cessation de l'activité lucrative indépendante

2.1. Principe

Le bénéfice de liquidation au moment de la cessation de l'activité lucrative indépendante est imposé selon l'article 37b LIFD et l'OIBL si le contribuable a 55 ans ou s'il est incapable d'exercer son activité indépendante pour cause d'invalidité. Ceci vaut aussi bien pour les entreprises individuelles que pour les participations à des sociétés de personnes.

D'après le texte de la loi, l'imposition selon l'article 37b LIFD ne s'applique que lorsque l'indépendant met définitivement fin à son activité lucrative. Une activité lucrative indépendante minime sans installation fixe ni personnel devrait cependant être possible désormais même en cas d'application de l'article 37b LIFD, dans la mesure où le revenu net annuel probable tiré de cette activité n'est pas supérieur à la limite inférieure fixée à l'article 2, alinéa 1, de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP)².

Dès qu'un bénéfice de liquidation a été imposé selon l'article 37b LIFD, cet article n'est plus applicable au bénéfice de liquidation d'une activité indépendante exercée ultérieurement.

2.2. Cessation en cas d'invalidité

Il y a invalidité dès que des prestations au sens de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI)³ sont versées en raison d'une incapacité de gain totale ou partielle vraisemblablement permanente ou durable. La notion de prestations n'englobe pas uniquement les rentes, mais aussi d'autres prestations de l'assurance-invalidité (AI), notamment les prestations en vue d'une reconversion professionnelle.

Si l'invalidité est le motif invoqué pour mettre fin à l'activité lucrative indépendante, elle doit être la cause de la cessation de l'activité. Dans ce cas, l'administration fiscale compétente doit le contrôler. Dans les cas incertains pour lesquels l'existence de l'invalidité doit être déterminée dans une procédure judiciaire, il faut attendre pour effectuer la taxation jusqu'au moment où la décision judiciaire est définitive.

2.3. Transfert d'une société de personnes à une personne morale

Le début simultané ou ultérieur d'une activité lucrative dépendante ne s'oppose pas à l'imposition privilégiée du bénéfice de liquidation. Cette règle s'applique également lorsque l'indépendant qui a exploité son entreprise sous la forme d'une raison individuelle la transfère à une personne morale dont il devient un employé. Dans la mesure où le transfert n'est pas sans incidences fiscales (art. 19, al. 1, let. b, LIFD) ainsi que pour les valeurs patrimoniales qui sont transférées à cette occasion à la fortune privée, les réserves latentes réalisées sont imposables selon l'article 37b LIFD. Demeurent réservés le choix du report de l'impôt selon l'article 18a, alinéa 1, LIFD et l'affermage selon l'article 18a, alinéa 2, LIFD.

Si, dans les cinq ans suivant le transfert sans incidence fiscale de l'entreprise d'un indépendant à une personne morale, il y a une vente à un prix supérieur à la valeur fiscalement déterminante du capital propre transféré (violation du délai de blocage, art. 19, al. 2, LIFD), il faut décompter les réserves latentes et les imposer selon l'article 37b LIFD en procédure de rappel d'impôt, si le transfert a eu lieu après l'entrée en vigueur de cet article et si les conditions de son application sont remplies au moment du transfert. Les rachats effectués depuis le transfert doivent être déduits au titre des avoirs de vieillesse de la prévoyance professionnelle (art. 6, al. 6, OIBL) pour calculer le rachat fictif.

² RS 831.40

³ RS 831.20

2.4. Reports

2.4.1 Relation avec l'article 18a, alinéa 1, LIFD

Si un immeuble de la fortune commerciale est transféré à la fortune privée, le contribuable peut demander, selon l'article 18a, alinéa 1, LIFD, que l'imposition au moment du transfert se limite à la différence entre le coût d'investissement et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu (amortissements récupérés). L'imposition de la plus-value en tant que revenu de l'activité lucrative indépendante est reportée jusqu'à l'aliénation de l'immeuble. À l'aliénation de l'immeuble, ce bénéfice de même que autres réserves latentes réalisées lors de l'aliénation sont soumis, en tant que revenu d'une activité lucrative indépendante, à l'imposition ordinaire avec les autres revenus du contribuable.

Si le contribuable demande un report de l'imposition selon l'article 18a, alinéa 1, LIFD dans le cadre de la cessation de son activité lucrative indépendante, l'article 37b LIFD ne s'applique qu'aux amortissements récupérés. Si le transfert de l'immeuble et son aliénation ont lieu pendant la période de liquidation (année de la liquidation et année précédente), ces deux opérations sont considérées comme des opérations de liquidation et la totalité des réserves latentes, c'est-à-dire les amortissements récupérés et le bénéfice de plus-value, constituent un élément du bénéfice de liquidation auquel s'applique l'article 37b LIFD.

2.4.2 Relation avec l'article 18a, alinéa 2, LIFD

Si le contribuable renonce, au moment de l'affermage selon l'article 18a, alinéa 2, LIFD, à un transfert à la fortune privée, l'entreprise reste dans la fortune commerciale. En cas de transfert à la fortune privée, l'imposition selon l'article 37b LIFD peut être demandée si les conditions de son application sont remplies au moment du transfert.

2.4.3 Relation avec l'article 18a, alinéa 3, LIFD

Si les héritiers ou les légataires qui reprennent l'entreprise demandent l'imposition différée selon l'article 18a, alinéa 3, LIFD, les réserves latentes ne sont pas réalisées et l'article 37b LIFD n'est donc pas applicable. Les héritiers ou les légataires qui cessent ultérieurement d'exercer l'activité lucrative indépendante peuvent demander l'imposition selon l'article 37b LIFD s'ils en remplissent personnellement les conditions.

3. Liquidation

D'après l'article 37b LIFD, le bénéfice de liquidation est égal à la somme des réserves latentes réalisées au cours des deux derniers exercices (pour le calcul, cf. art. 9 OIBL). L'année de la liquidation est définie comme l'exercice au cours duquel la dernière opération de la liquidation est effectuée. Le moment de la clôture de la liquidation doit être déterminé de cas en cas, comme c'est déjà le cas selon le droit en vigueur. En règle générale, une liquidation est terminée lorsque la dernière opération d'encaissement est entreprise. Étant donné qu'il peut s'agir en l'occurrence de montants marginaux, d'autres circonstances doivent cependant aussi être considérées comme la clôture de la liquidation, par exemple si l'activité d'achat et de vente est interrompue et/ou si les contrats de travail avec les employés sont résiliés.

Avec l'entrée en vigueur de l'OIBL le 1^{er} janvier 2011, l'an 2010 est considéré comme année précédente en cas de cessation de l'activité lucrative indépendante en 2011. En cas d'application de l'article 37b LIFD, la taxation de l'année précédente déjà entrée en force sera révisée selon les articles 147 ss. LIFD.

4. Rachat dans une institution de prévoyance

En cas de rachat dans une institution de prévoyance au cours de l'année de la liquidation et de l'année la précédant (art. 4 OIBL), le rachat versé est déduit d'abord des autres revenus ordinaires de la période fiscale, qui ne sont pas imposés séparément, pour calculer le revenu de cette période. Si la totalité du rachat ne peut pas être déduite de ce revenu, le reste est déduit du bénéfice de liquidation.

5. Rachat fictif

5.1. Principe

Qu'il soit ou ne soit pas affilié à une institution de prévoyance professionnelle, l'indépendant peut demander l'imposition d'un rachat fictif. L'indépendant qui est affilié à une institution de prévoyance et qui renonce en tout ou en partie à racheter des années de cotisations, peut demander l'imposition d'un rachat fictif sous déduction du rachat, le cas échéant, effectivement opéré. Dans ce cas, une lacune de prévoyance plus élevée selon le plan de prévoyance concret n'est pas prise en compte pour calculer le rachat fictif.

L'imposition d'un rachat fictif peut être demandée aussi longtemps qu'un rachat est possible selon la LPP.

5.2. Années de cotisation déterminantes

Est déterminant le nombre d'années à partir de 25 ans jusqu'à et y compris l'année de la liquidation, mais au plus jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite AVS. Ces années sont toujours entièrement prises en compte, sans égard au fait que l'indépendant ait ou n'ait pas exercé une activité lucrative pendant l'entier de cette période. Pour le calcul, on prend en compte la différence entre l'âge de 25 ans et l'âge atteint au moment de la cessation définitive de l'activité lucrative. Si la cessation de l'activité lucrative intervient entre deux anniversaires, une année supplémentaire sera prise en compte dans son entier.

5.3. Revenu déterminant

Le revenu déterminant pour calculer le rachat fictif est la moyenne arithmétique des revenus de l'activité lucrative indépendante soumis à l'AVS des cinq derniers exercices précédant l'année de la liquidation. En l'occurrence, les réserves latentes réalisées l'année précédentes sont déduites. Si le contribuable prouve qu'il a exercé une activité lucrative indépendante pendant moins de cinq ans jusqu'à l'année de la liquidation, son revenu est calculé en fonction du nombre effectif d'années pendant lesquelles il a exercé son activité indépendante (art. 6, al. 4, OIBL).

5.4. Imposition du rachat fictif

Le montant du rachat fictif est imposable en tant qu'élément du bénéfice de liquidation selon le barème de l'article 38, alinéa 1, LIFD. Il n'y a pas d'addition des prestations en capital provenant de la prévoyance qui viennent à échéance pendant la même période fiscale.

5.5. Rachats ultérieurs

Le rachat fictif est imputé sur un rachat ultérieur dans une institution de prévoyance (art. 7 OIBL; réduction fiscale de la lacune de prévoyance).

6. Dévolution successorale

6.1. Principe

En cas de décès, l'activité lucrative indépendante du défunt passe aux héritiers dans le cadre de la succession universelle. Chacun des héritiers ou des légataires peut décider libre-

ment de poursuivre cette activité. Si la liquidation est opérée directement après la dévolution successorale, les héritiers ou les légataires qui ne poursuivent pas l'activité du défunt peuvent demander l'application de l'article 37b LIFD à la place du défunt si celui-ci remplissait les conditions de l'article 1, alinéa 1, OIBL au moment de son décès.

Le rachat d'années de cotisations pour le défunt ou l'imposition d'un rachat fictif n'est pas possible ni en cas de liquidation par les héritiers ou les légataires, ni en cas de transfert de par la loi dans la fortune privée.

6.2. Liquidation par les héritiers ou les légataires

6.2.1. Entreprise individuelle

Les héritiers et légataires qui ne poursuivent pas l'exploitation de l'entreprise reprennent le droit du défunt à une imposition privilégiée du bénéfice de liquidation uniquement si le défunt remplissait les conditions de l'article 1, alinéa 1, OIBL au moment de son décès.

S'ils ne poursuivent pas l'activité indépendante ni ne terminent la liquidation, la loi prescrit un transfert des valeurs patrimoniales dans la fortune privée à la fin de la cinquième année civile suivant le décès. À ce moment, les réserves latentes afférentes à ces valeurs doivent être imposées selon l'article 37b LIFD, avec exclusion de l'imposition comme rachat fictif si le défunt remplissait les conditions de l'article 1, alinéa 1, OIBL au moment de son décès.

6.2.2. Société de personnes

Pour les sociétés de personnes, l'imposition se fait selon le relevé de l'annexe III.

6.3. Poursuite de l'activité lucrative indépendante par les héritiers ou les légataires

Dès que les héritiers ou les légataires accomplissent durablement ou temporairement des opérations qui vont au-delà de l'accomplissement des obligations existantes au moment de la succession (cf. art. 571, al. 2 du Code civil), ils poursuivent l'activité indépendante et ils ne peuvent plus demander l'imposition du bénéfice de liquidation selon l'article 37b LIFD à la place du défunt. Ce droit prend fin avec la première opération qu'ils accomplissent. La simple exécution des obligations existantes au moment de la dévolution de la succession n'est pas considérée comme la poursuite de l'activité indépendante (art. 11, al. 3, OIBL)

Si un ou plusieurs héritiers ou légataires poursuivent l'activité indépendante ou s'ils reprennent les parts à une société de personnes, les autres héritiers ou légataires qui ne poursuivent pas cette activité peuvent demander l'imposition de leur part selon l'article 37b LIFD pour autant que le défunt remplissait les conditions de l'article 1, alinéa 1, OIBL au moment de son décès. Ils doivent demander cette imposition à la suite de la dévolution successorale.

L'application de l'article 18a, alinéa 3, LIFD demeure réservée.

7. Entrée en vigueur

La présente circulaire entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011 en même temps que les articles 18a et 37b LIFD ainsi que l'OIBL.

Ordonnance sur l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante

Annexe I

du 17 février 2010

Le Conseil fédéral suisse,

vu les art. 37b et 199 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹,

arrête:

Section 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet et champ d'application

¹ La présente ordonnance règle l'imposition des bénéfices de liquidation d'un contribuable qui cesse d'exercer une activité lucrative indépendante:

- a. après l'âge de 55 ans, ou
- b. pour cause d'invalidité.

² Le début de l'invalidité est déterminé selon l'art. 4, al. 2, de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité².

³ La présente ordonnance ne s'applique pas:

- a. aux revenus de l'activité lucrative indépendante et aux autres revenus qui ne proviennent pas de la liquidation;
- b. aux bénéfices de liquidation que le contribuable au sens de l'al. 1 réalise après avoir repris une activité lucrative indépendante.

Art. 2 Année de la liquidation

L'année de la liquidation correspond à l'exercice commercial au cours duquel la liquidation est achevée.

RS

¹ RS 642.11

² RS 831.20

Art. 3 Relation avec l'art. 18a LIFD

¹ La présente ordonnance n'est pas applicable aux réserves latentes réalisées si l'imposition de ces réserves à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante est différée jusqu'à l'aliénation de l'immeuble conformément à l'art. 18a, al. 1, LIFD.

² Toutefois, les réserves latentes réalisées font partie du bénéfice de liquidation si l'immeuble est transféré de la fortune commerciale à la fortune privée et est aliéné pendant l'année de la liquidation ou pendant l'année précédente.

Section 2 Rachat dans une institution de prévoyance

Art. 4

¹ Le contribuable affilié à une institution de prévoyance peut effectuer des rachats conformément aux dispositions réglementaires de cette institution et aux dispositions légales concernant la prévoyance professionnelle pendant l'année de la liquidation et pendant l'année précédente.

² Il peut déduire ces rachats de ses revenus (art. 33, al. 1, let. d, LIFD).

³ Un excédent de cotisations est déduit du bénéfice de liquidation.

Section 3 Rachat fictif

Art. 5 Principes

¹ Le contribuable peut demander à l'autorité fiscale l'imposition d'un rachat fictif, conformément à l'art. 8.

² Il doit produire les pièces justificatives nécessaires au calcul du rachat fictif conformément à l'art. 6.

Art. 6 Calcul du rachat fictif

¹ Le montant du rachat fictif se calcule en multipliant le revenu déterminé conformément aux al. 3 à 5 par le taux des bonifications de vieillesse de 15 % et le nombre d'années selon l'al. 2; les déductions prévues à l'al. 6 sont ensuite soustraites de ce montant. Le montant du rachat fictif ne doit pas dépasser le montant du bénéfice de liquidation.

² Est déterminant le nombre d'années entre l'âge de 25 ans et l'âge au moment de la liquidation, mais au maximum le nombre d'années entre l'âge de 25 ans et l'âge normal de la retraite AVS.

³ Le revenu est égal à la moyenne des revenus soumis à l'AVS de l'activité lucrative indépendante des cinq derniers exercices commerciaux précédant l'année de la liquidation moins les réserves latentes réalisées pendant l'année précédente.

⁴ Si le contribuable prouve qu'il a exercé une activité indépendante pendant moins de cinq ans jusqu'à l'année de la liquidation, le revenu est calculé sur le nombre d'années effectif de l'exercice de cette activité.

⁵ Le revenu ne peut dépasser dix fois le montant du plafond fixé à l'art. 8, al. 1, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)³.

⁶ Sont déduits:

- a. les avoirs de vieillesse de la prévoyance professionnelle, notamment:
 1. les avoirs auprès des institutions de prévoyance et de libre passage,
 2. les avoirs du pilier 3a au sens de l'art. 60a, al. 2, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁴;
- b. les versements anticipés au sens de l'art. 3 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance⁵;
- c. les versements anticipés au sens de l'art. 30c LPP et de l'art. 331e du code des obligations (CO)⁶ et le produit des gages réalisés au sens de l'art. 331d, al. 6, CO;
- d. les versements en espèces des institutions de prévoyance, des institutions de libre passage, des institutions du pilier 3a et des fonds de bienfaisance;
- e. les prestations de vieillesse et d'invalidité des institutions de prévoyance, des institutions de libre passage, des institutions du pilier 3a et des fonds de bienfaisance.

Art. 7 Affiliation ultérieure à une institution de prévoyance

Dans le cadre du droit fiscal, le rachat fictif pris en compte est déduit d'un rachat ultérieur dans une institution de prévoyance.

Art. 8 Imposition du rachat fictif

Le montant du rachat fictif est imposé d'après l'art. 38 LIFD.

³ RS 831.40

⁴ RS 831.441.1

⁵ RS 831.461.3

⁶ RS 220

Section 4 Reste du bénéfice de liquidation

Art. 9 Calcul

Le reste du bénéfice de liquidation comprend les réserves latentes réalisées pendant l'année de la liquidation et l'année précédente moins

- a. les excédents de cotisations (art. 4, al. 3);
- b. le rachat fictif;
- c. les charges afférentes à la réalisation des réserves latentes;
- d. la perte reportée et la perte de l'exercice commercial en cours qui n'a pas été compensée par le revenu de l'activité lucrative indépendante.

Art. 10 Imposition

¹ Le cinquième du bénéfice de liquidation détermine le taux d'imposition applicable selon l'art. 214 LIFD.

² Ce taux se monte cependant à 2 % au moins.

Section 5 Succession

Art. 11 Liquidation de l'entreprise par les héritiers ou les légataires

¹ Si les héritiers ou les légataires du contribuable ne poursuivent pas l'exercice de l'activité indépendante du contribuable et liquident son entreprise individuelle dans les cinq années civiles suivant celle de son décès, le taux d'imposition applicable est déterminé conformément à l'art. 10. Il en va de même si les héritiers ou les légataires du contribuable ne poursuivent pas l'activité du contribuable dans une société de personnes et s'ils aliènent sa part de la société ou si la société de personnes est liquidée dans ce même délai.

² Si les héritiers ou les légataires du contribuable ne poursuivent pas l'activité indépendante du contribuable mais ne liquident pas l'entreprise dans les cinq années civiles suivant celle de son décès, il y a un décompte dû à la systématique fiscale selon l'al. 1 une fois ce délai écoulé.

³ La simple exécution des obligations existant au moment de la dévolution de la succession n'est pas considérée comme une poursuite de l'activité indépendante.

⁴ Les héritiers ou les légataires ne peuvent faire valoir un rachat fictif selon l'art. 5.

Art. 12 Poursuite de l'activité lucrative indépendante par les héritiers ou les légataires

Si les héritiers ou les légataires poursuivent l'exercice de l'activité indépendante du contribuable, la présente ordonnance ne s'applique que s'ils remplissent les conditions figurant à l'art. 37b LIFD.

Section 6 Entrée en vigueur

Art. 13

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

17 février 2010

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova



Etat-major Législation, janvier 2010

Ordonnance sur l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante (art. 37b LIFD)

Commentaires

Condensé

La présente ordonnance concrétise la mise en œuvre de l'art. 37b de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), qui règle l'imposition du bénéfice de liquidation, adopté dans le cadre de la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II). D'après l'art. 18 LIFD, le bénéfice de liquidation réalisé par une personne physique est imposé avec le reste du revenu, ce qui entraîne une hausse progressive de l'impôt fédéral direct.

L'art. 37b LIFD prévoit que le bénéfice de liquidation (réserves latentes) est imposé séparément du reste du revenu à un taux préférentiel en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante après l'âge de 55 ans ou en cas d'invalidité. Le taux est déterminé par le cinquième du bénéfice de liquidation. Cette imposition privilégiée de la liquidation peut également, sous certaines conditions, être demandée par le conjoint survivant, les autres héritiers et les légataires.

Il prévoit également pour le contribuable la possibilité de faire valoir un rachat fictif correspondant à un rachat dans la prévoyance professionnelle. Ce rachat fictif est imposé selon le barème d'imposition des prestations en capital de la prévoyance prévu par l'art. 38 LIFD. L'art. 37b LIFD a son pendant à l'art. 11, al. 5 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID).

L'imposition séparée du bénéfice de liquidation est un mode d'imposition spécial dont la mise en œuvre est précisée dans la présente ordonnance. Le rachat fictif, en tant que partie du bénéfice de liquidation, est une nouvelle institution fiscale dont il faut définir dans l'ordonnance l'ayant droit, le calcul et tous les paramètres.

1. Introduction

Le 23 mars 2007, les Chambres fédérales ont adopté la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II. En tant qu'acte modificateur unique, cette loi modifie la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT; RS 641.10), la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11), la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID; RS 642.14) et la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA; RS 642.21). La demande de référendum ayant abouti, cette loi a été approuvée par le peuple le 24 février 2008.

D'après le message du Conseil fédéral sur la réforme de l'imposition des entreprises II¹, cette réforme a pour but d'alléger la charge fiscale grevant le capital-risque essentiellement en faveur des investisseurs qui participent à l'exploitation de l'entreprise, d'une part, et d'alléger la charge fiscale grevant les petites et les moyennes entreprises (PME), d'autre part. Il s'agit notamment d'atténuer, voire même de supprimer, dans certains cas, les surimpositions injustifiées. Les mesures proposées en faveur des entreprises de personnes visaient les quatre points suivants:

- le maintien des entreprises de personnes,
- les mesures permettant de faciliter la restructuration des entreprises de personnes,
- les mesures facilitant la transmission de l'entreprise, et
- l'allégement de la charge fiscale lors de la liquidation de l'entreprise du vivant de l'exploitant ou après son décès.

Cette dernière mesure a conduit à l'art. 37b LIFD, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

1.1 Proposition du Conseil fédéral

Le message sur la réforme de l'imposition des entreprises II prévoyait à l'art. 37a LIFD (aujourd'hui art. 37b LIFD²) que les réserves latentes réalisées au cours des deux derniers exercices commerciaux en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante après l'âge de 55 ans ou en cas d'invalidité seraient imposées avec le reste du revenu, mais que seul un huitième de ces réserves serait pris en compte pour déterminer le taux de l'impôt. En incluant les réserves latentes réalisées au cours des deux derniers exercices commerciaux, l'art. 37a, al. 1, LIFD, institue un motif de révision légal. En vertu du report de l'imposition (art. 18a, al. 1, LIFD), les réserves latentes qui ne sont pas encore imposées ne bénéficient pas du décompte au taux d'imposition réduit. D'après l'al. 2, l'imposition du bénéfice de liquidation au taux réduit doit s'appliquer également au conjoint survivant, aux descendants et aux légataires, pour autant qu'ils ne poursuivent pas l'activité du contribuable. Dans la mesure où ils n'en poursuivent pas l'exploitation et ne liquident pas l'entreprise dans les cinq années civiles suivant celle de son décès, un décompte des réserves latentes au taux préférentiel a lieu en vertu de la systématique fiscale. L'art. 11, al. 4, LHID comportait des dispositions identiques. En revanche, l'ampleur de l'allégement est déterminée par le droit cantonal.

Le Conseil fédéral avait expressément exclu une imposition privilégiée du bénéfice de liquidation tenant compte du fait que ce bénéfice pouvait englober une part de la prévoyance professionnelle. Il avait affirmé en l'occurrence: «... *c'est effectivement dans le cadre de la première révision de la loi sur la prévoyance professionnelle que des mesures ont été propo-*

¹ FF 2005 4469

² L'art. 37a LIFD est devenu l'actuel art. 37b, car entre-temps, l'article sur le décompte simplifié selon la loi fédérale sur le travail au noir (LTN) a été introduit dans la LIFD à titre d'art. 37a.

sées en vue d'encourager et de faciliter la prévoyance professionnelle des indépendants. C'est ainsi qu'une disposition nouvelle de la LPP, l'art. 4, al. 3, donne aux indépendants la possibilité de s'assurer uniquement auprès d'une institution de prévoyance active dans un domaine plus étendu de la prévoyance, et notamment auprès d'une institution de prévoyance non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle, pour autant qu'elle dispose d'un plan de prévoyance et qu'elle soit gérée selon le principe de l'assurance collective. Cette solution répond au besoin de prévoyance des indépendants; sa souplesse tient compte des variations que peut connaître le revenu d'une entreprise au fil du temps. Compte tenu de cette évolution de la situation juridique, le problème des modalités d'imposition du bénéfice de liquidation d'une entreprise de personnes ne doit être abordé que sous l'angle des principes régissant la fiscalité directe.»³

«(...) les milieux économiques et certaines interventions parlementaires plaident en faveur d'une modération de la charge fiscale en cas de bénéfice de liquidation au moment de la cessation définitive de l'activité indépendante et de la remise de l'entreprise. Le motif allégué est souvent celui de l'absence de prévoyance professionnelle de l'exploitant. La réforme de la LPP et les mesures prises dans ce cadre ont toutefois privé cet argument de l'essentiel de son poids (cf. supra). Le principe de modération de la charge fiscale prévu dans le présent projet résulte plutôt de considérations portant sur les effets de la constitution des réserves latentes et de leur réalisation dans le cadre de l'imposition du revenu global net. Lorsque ces réserves latentes, qui ont été créées au fil du temps, sont dissoutes d'un seul coup dans le cadre de la liquidation de l'entreprise, s'ensuit une imposition qui peut être considérée, en raison de la progressivité du barème, comme choquante.»

1.2 Débats aux Chambres fédérales

Au cours de la session d'été 2006, le Conseil des Etats, conseil prioritaire, s'est écarté de la proposition du Conseil fédéral et a décidé que les réserves latentes réalisées au cours des deux derniers exercices commerciaux devaient être imposées séparément du reste du revenu conformément à l'art. 38 LIFD. En l'occurrence, un cinquième des réserves latentes réalisées serait déterminant pour le taux de l'impôt. Toutefois, un impôt de 2 % serait perçu dans tous les cas. Simultanément, il a modifié en conséquence et a adopté l'art. 11, al. 4, LHID (aujourd'hui al. 5) qui prévoyait l'imposition séparée de ces réserves pour les impôts cantonaux, mais qui laissait au droit cantonal la fixation de la part de ces réserves déterminant le taux de l'impôt. Cette modification traduit essentiellement la volonté d'empêcher que l'imposition du bénéfice de liquidation n'influe sur l'imposition ordinaire du revenu disponible, car ce bénéfice provenant de la cessation de l'activité lucrative indépendante constitue pour ainsi dire une particularité. On a également avancé l'argument d'après lequel la somme des revenus des dernières années d'exercice de l'activité indépendante devrait être imposée avec le bénéfice de liquidation. Si ces bénéfices avaient été réalisés au fur et à mesure, ils seraient entrés successivement dans le revenu imposable et n'auraient eu qu'un effet limité sur la progressivité de l'impôt. Cela suggère qu'il ne faut tenir compte que d'une partie de ce bénéfice lors de la fixation de son taux d'imposition. Etant donné la progressivité de l'impôt fédéral direct, cette fixation a eu pour conséquence qu'un taux minimum d'imposition a été introduit.

Au cours de la session d'automne 2006, le Conseil national est allé plus loin que le Conseil des Etats et a défendu le point de vue qu'avec une imposition minimale de 2 %, on n'instituait pas de dégrèvement, mais qu'on se bornait à maintenir le statu quo, en particulier pour les PME. En outre, ce taux minimum dépendait du hasard, c'est pourquoi le Conseil national l'a de nouveau biffé. En outre, il était d'avis que les réserves latentes présentaient toujours un caractère de prévoyance. En général, les entrepreneurs les plus petits ne disposent pas d'une caisse de pension: ils investissent la totalité de leur fortune dans leur entre-

³ FF 2005 4469, ch. 4.1.

prise et ne disposent par conséquent pas d'argent pour constituer en plus une prévoyance professionnelle. Si la totalité du bénéfice était imposée en cas de liquidation, ils n'auraient pas bénéficié des avantages fiscaux (déduction des primes et, le cas échéant, imposition privilégiée des prestations en capital de la prévoyance) comme les assurés. Il s'agissait en l'occurrence d'accorder après coup des dégrèvements fiscaux qui leur avaient échappé précédemment. Il fallait donc donner aux nombreux micro-entrepreneurs qui ont gardé les moyens nécessaires à leur prévoyance vieillesse dans leur entreprise de subvenir à leur prévoyance vieillesse avec la liquidation fiscalement privilégiée. Il est plus judicieux de mettre l'accent sur une réduction du barème que sur l'imposition d'un bénéfice de liquidation réduit de manière fictive (solution du Conseil des Etats), car cela permet de respecter les dispositions applicables aux prestations en capital de la prévoyance professionnelle des salariés. La solution du Conseil des Etats introduirait un impôt sur la richesse pour les bénéfices de liquidation et engendrerait une charge administrative supplémentaire. Les micro-entrepreneurs seraient pénalisés et on introduirait dans la loi une progressivité dont la courbe serait tout à fait curieuse. C'est pourquoi, le Conseil national a décidé que le bénéfice de liquidation devait être imposé séparément à un taux correspondant au cinquième des barèmes prévus à l'art. 36 LIFD.

Au cours de la procédure d'élimination des divergences, le Conseil des Etats s'est élevé, au cours de la session de printemps 2007, contre les modifications apportées par le Conseil national. Il a maintenu le taux minimal de l'impôt de 2 % qu'il avait introduit. En outre, il a précisé que les rachats dans une institution de prévoyance professionnelle étaient déductibles (selon l'art. 33, al. 1, let. d, LIFD) dans le but de mettre les indépendants qui font face à des lacunes dans la prévoyance sur un pied d'égalité avec les salariés lors de la liquidation de leur entreprise. Ceci garantit que le rachat reste toujours déductible du revenu ordinaire, lequel est moins élevé du fait de l'imposition séparée des réserves latentes, et puisse désormais aussi être déduit du bénéfice de liquidation, de telle sorte que le rachat fictif soit ainsi pris en compte fiscalement.

Sur ce, le Conseil national s'est rendu compte qu'il avait adopté un barème trop bas. Il voulait cependant assurer que les contribuables qui exercent une activité commerciale et ne disposent pas d'une prévoyance vieillesse ou disposent d'une prévoyance insuffisante ne soient pas obligés d'effectuer un rachat dans une institution de la prévoyance professionnelle à seule fin de le toucher presque aussitôt⁴. Au contraire, la partie du bénéfice de liquidation pour laquelle le contribuable pouvait prouver l'admissibilité à titre de rachat dans une institution de prévoyance devait être imposée comme un rachat dans une institution de prévoyance suivi d'un versement de la prévoyance. L'indépendant devait pouvoir faire valoir un rachat fictif en se fondant sur une prétendue lacune de sa prévoyance.

Le Conseil des Etats s'est rallié à cette possibilité du rachat fictif, en partant de l'idée que la lacune de prévoyance fictive doit correspondre à un plan de prévoyance moyen et que l'administration des contributions développerait la pratique à suivre.

⁴ Intervention du CF Merz: « (...) Cette évolution correspond à un apport de précisions. Les cas à régler sont ceux dans lesquels les contribuables ne sont pas affiliés à une institution de prévoyance professionnelle, c'est-à-dire lorsqu'une personne n'a pas recours à ces possibilités offertes par la LPP. Ces contribuables ne doivent pas être contraints à un rachat de deuxième pilier pour pouvoir bénéficier de l'imposition privilégiée.» (traduction) BO 2007 N 312

Finalement, le Parlement a donné la teneur suivante à l'art. 37b réglant l'imposition des bénéfices de liquidation:

Art. 37b Bénéfices de liquidation

¹ *Le total des réserves latentes réalisées au cours des deux derniers exercices commerciaux est imposable séparément des autres revenus si le contribuable âgé de 55 ans révolus cesse définitivement d'exercer son activité lucrative indépendante ou s'il est incapable de poursuivre cette activité pour cause d'invalidité. Les rachats au sens de l'art. 33, al. 1, let. d, sont déductibles. Si un tel rachat n'est pas effectué, l'impôt est calculé, sur la base de taux représentant le cinquième des barèmes inscrits à l'art. 36, sur la part des réserves latentes réalisées correspondant au montant dont le contribuable prouve l'admissibilité comme rachat au sens de l'art. 33, al. 1, let. d. Sur le solde des réserves latentes réalisées, seul un cinquième de ce montant est déterminant pour la fixation du taux applicable, mais au moins au taux de 2 %.*

² *L'al. 1 s'applique également au conjoint survivant, aux autres héritiers et aux légataires, pour autant qu'ils ne poursuivent pas l'exploitation de l'entreprise qu'ils ont reprise; le décompte fiscal a lieu au plus tard cinq années civiles après la fin de l'année civile dans laquelle le contribuable est décédé.*

1.3 Interprétation de l'art. 37b LIFD

La loi doit avant tout pouvoir s'interpréter d'elle-même, c'est-à-dire selon sa lettre, son esprit et son but, ainsi que selon les valeurs sur lesquelles elle repose, conformément à la méthode téléologique. L'interprétation de la loi doit se laisser guider par la pensée que ce n'est pas uniquement le texte de loi qui doit représenter la norme, mais également le sens que prend la disposition dans son contexte. Elle doit encourager la prise d'une décision juste, inscrite dans une structure normative, et orientée vers un résultat satisfaisant du point de vue de la ratio legis (ATF 134 V 170, cons. 4.1). Si on s'en tenait rigoureusement à l'énoncé du texte pour interpréter l'art. 37b LIFD, cela entraînerait deux conséquences qui semblent bizarres.

Premièrement, seuls les indépendants qui sont déjà affiliés à une caisse de pension pourraient faire valoir un rachat fictif, car eux seuls pourraient prouver l'admissibilité d'un rachat. Les non-affiliés n'ont pas d'épargne-prévoyance qu'ils pourraient faire augmenter en procédant à des rachats; ils ne peuvent donc pas démontrer leur admissibilité. Les documents montrent que ce n'est pas là le sens que le législateur a voulu donner au texte et que son intention n'était pas d'obliger les indépendants qui ne sont pas affiliés à une caisse de pension à rejoindre une institution de prévoyance juste avant leur retraite pour rattraper la constitution de leur prévoyance.

Deuxièmement, les héritiers devraient également remplir les conditions de l'âge (55 ans) ou de l'invalidité (incapacité de poursuivre leur activité pour cause d'invalidité) pour pouvoir bénéficier de l'imposition privilégiée de la liquidation. Même si les documents ne donnent pas de renseignement sur la question, on peut déduire, en se fondant sur les valeurs sous-jacentes et aisément reconnaissables, que ce n'est pas le sens que le législateur a voulu donner à son texte.

2. Commentaire des dispositions de l'ordonnance

2.1 Dispositions générales

Art. 1 Objet et champ d'application

Al. 1

Les contribuables qui mettent définitivement fin à leur activité lucrative indépendante peuvent faire valoir leur droit à l'imposition des bénéfices de liquidation prévue par l'art. 37b LIFD et la présente ordonnance. La cessation définitive de l'activité suppose, d'après la disposition légale, que le contribuable a atteint l'âge de 55 ans ou n'est plus en mesure de poursuivre son activité en raison d'une invalidité. Ceci vaut tant pour une entreprise individuelle que pour des participations à une société de personnes. La reprise, simultanément ou ultérieurement, d'une activité salariée n'empêche pas l'imposition privilégiée du bénéfice de liquidation. Au sens de la présente ordonnance, on entend par bénéfice de liquidation la réalisation des réserves latentes, conformément au nouveau texte de la loi.

Al. 2

La survenance d'une invalidité est définie par les dispositions déterminantes de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)⁵. Selon l'art. 4, al. 2, LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'une incapacité de gain partielle ou totale devant probablement s'étendre sur une longue durée ou subsister est propre à ouvrir droit à des prestations de l'AI. On entend par «prestations» non seulement les rentes, mais également d'autres prestations de l'AI, telles que celles liées à une reconversion nécessaire.

Al. 3

Let. a

L'imposition privilégiée du bénéfice de liquidation n'est valable que pour les réserves latentes réalisées durant l'année de la liquidation ou l'année la précédant. Le revenu de l'activité lucrative indépendante qui ne provient pas de la réalisation de réserves latentes ainsi que les autres revenus continuent d'être imposés normalement et ne peuvent pas bénéficier de l'imposition séparée selon l'art. 37b LIFD.

Let. b

L'imposition privilégiée du bénéfice de liquidation ne s'applique qu'en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante. Cela signifie qu'elle ne peut avoir lieu qu'une fois et uniquement en cas de cessation complète de l'activité lucrative indépendante. Quiconque a déjà bénéficié des dispositions prévues à l'art. 37b en raison d'une cessation prétendument définitive d'une activité lucrative indépendante, mais qui reprend tout de même ultérieurement une telle activité, ne peut bénéficier deux fois de l'imposition d'après l'art. 37b LIFD. C'est pourquoi l'al. 3, let. b prévoit, dans ce cas, que tout bénéfice de liquidation ultérieur est imposé normalement, que l'art. 37b LIFD ne s'applique plus et qu'il n'est donc plus possible de faire valoir un rachat fictif non plus.

Il n'est pas possible, dans ce cas-là, d'ouvrir une procédure en rappel d'impôt telle que prévue par les art. 151 à 153 LIFD. La procédure en rappel d'impôt ne faisant pas l'objet d'un règlement spécifique à l'art. 37b LIFD, le rappel se fonde sur les critères régissant le rappel d'impôt ordinaire, selon l'art. 151, al. 1, LIFD. Ceux-ci supposent cependant que des faits ou preuves «nouveaux» apparaissent, dont l'autorité fiscale n'avait pas connaissance. Il s'agit de preuves ou de faits qui sont découverts après que la décision de taxation a été prononcée. Ces éléments nouveaux n'en sont toutefois pas en réalité, car ces preuves ou faits existaient déjà avant le moment de la taxation, bien que l'autorité fiscale n'en ait eu connais-

⁵ RS 831.20

sance qu'après (Klaus A. Vallender/Martin E. Looser, in: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b, Art. 151 DBG N 1 und 7). Pour déterminer si les nouveaux éléments existaient déjà au moment de la taxation, il faut se référer à l'état des dossiers à ce moment-là (ATF 2C.21/2008 du 10 juin 2008 cons. 2.1; 2A.502/2005 du 2 février 2006 cons. 2, in: RF 61/2006 442, p. 444 avec remarque). De tels éléments «nouveaux» n'existent pas dans ce cas, ce pourquoi un rappel d'impôt d'après l'art. 151 LIFD n'est pas possible.

La doctrine précise toutefois qu'«en règle générale» il devrait s'agir d'«anciens» nouveaux éléments (Vallender/Looser, loc. cit., Art. 151 N 7). Cette formulation laisse supposer que même des éléments nouveaux qui qualifient a posteriori d'irrecevable un procédé déjà terminé et appartenant au passé peuvent être reconnus comme des faits qui justifient une procédure en rappel d'impôt.

Lors des dernières modifications de la LIFD, le législateur a déterminé le recours à la procédure en rappel d'impôt à chaque fois de manière explicite (cf. p. ex. art. 19, al. 2, LIFD; art. 20a, al. 1, let. b, LIFD). On peut donc en déduire que s'il avait voulu que la procédure en rappel d'impôt soit appliquée à l'imposition de la liquidation, le législateur l'aurait règlementée dans l'art. 37b LIFD.

Bien évidemment, une réserve demeure émise en ce qui concerne l'évasion fiscale, qui conduit toujours à une procédure en rappel d'impôt. Selon sa jurisprudence, le Tribunal fédéral considère qu'il y a évasion fiscale lorsque:

- a) la forme juridique choisie par les actionnaires est inhabituelle, inappropriée ou paraît étrange, ou du moins elle semble complètement inadaptée à la réalité économique,
- b) il y a lieu de penser que ce choix a été fait abusivement et uniquement dans le but de s'épargner l'acquittement des impôts dus, et lorsque
- c) la conduite choisie entraînerait effectivement une économie importante d'impôts si les autorités fiscales y consentaient.

Art. 2 Année de la liquidation

L'art. 2 définit la notion «d'année de la liquidation». L'année de la liquidation désigne l'exercice au cours duquel la dernière opération de la liquidation a lieu. En règle générale, une liquidation est terminée lorsque la dernière prestation d'encaissement a été effectuée. Etant donné qu'il peut s'agir parfois de montants marginaux, d'autres éléments doivent toutefois aussi pouvoir déterminer la fin de la liquidation. La date de la fin de la liquidation doit être déterminée au cas par cas, comme le prévoit également le droit en vigueur.

Etant donné que l'ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011, l'année 2010 peut être le deuxième exercice déterminant en cas de cessation de l'activité lucrative indépendante en 2011.

Art. 3 Relation avec l'art. 18a LIFD

Si un bien immobilier (BI) est transféré de la fortune commerciale (FC) à la fortune privée (FP), le contribuable peut demander, en vertu de l'art. 18a LIFD, qu'au moment du transfert seule la différence entre les dépenses d'investissement et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu soit imposée (amortissements repris). L'imposition de la plus-value à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante est différée jusqu'à l'aliénation du bien immobilier. Ces autres réserves latentes réalisées au moment de l'aliénation sont alors imposées normalement avec le reste des revenus.

Au moment du transfert de la fortune commerciale à la fortune privée, il n'y a pas nécessairement cessation de l'activité lucrative, c'est pourquoi il n'est pas possible de faire valoir l'art. 37b LIFD dans tous les cas.

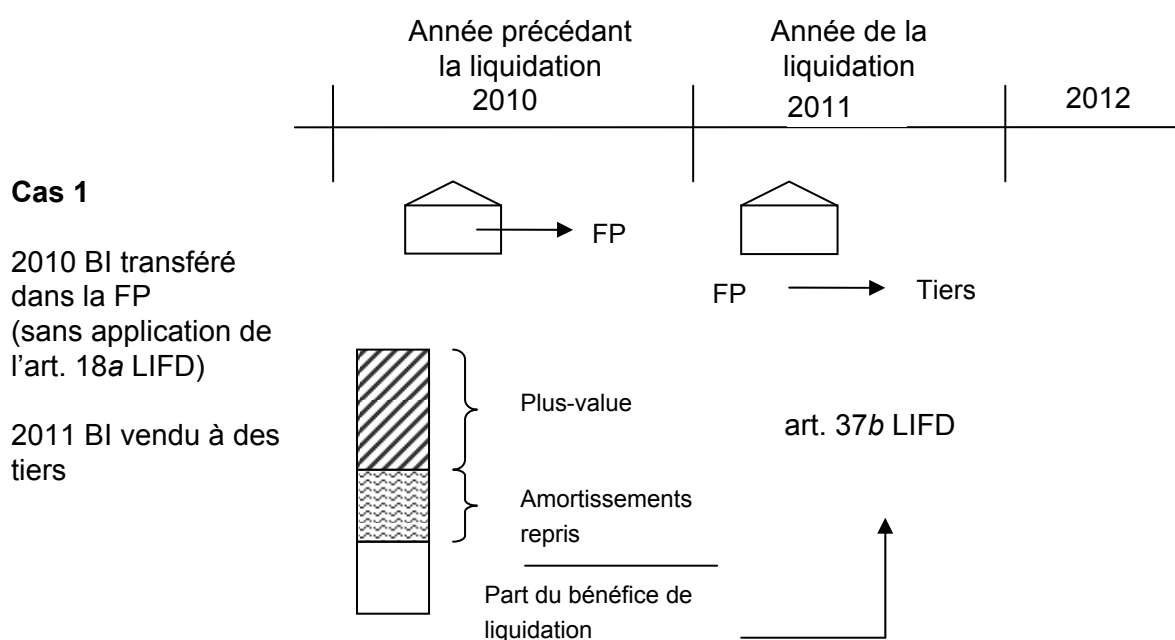
Si, dans le cadre de la cessation définitive de son activité lucrative indépendante, le contribuable demande que l'imposition soit différée selon l'art. 18a LIFD, l'art. 37b LIFD ne s'applique qu'aux amortissements repris.

Si toutefois le transfert d'un bien immobilier de la fortune commerciale à la fortune privée et son aliénation ont lieu tous les deux pendant la «période de la liquidation» (année de la liquidation et année la précédant), alors ces deux processus sont considérés comme des activités liées à la liquidation et toutes les réserves latentes, c'est-à-dire les amortissements repris et la plus-value, font partie du bénéfice de liquidation auquel s'applique l'art. 37b LIFD. Un différé selon l'art. 18a, al. 1, LIFD est aussi possible en ce cas.

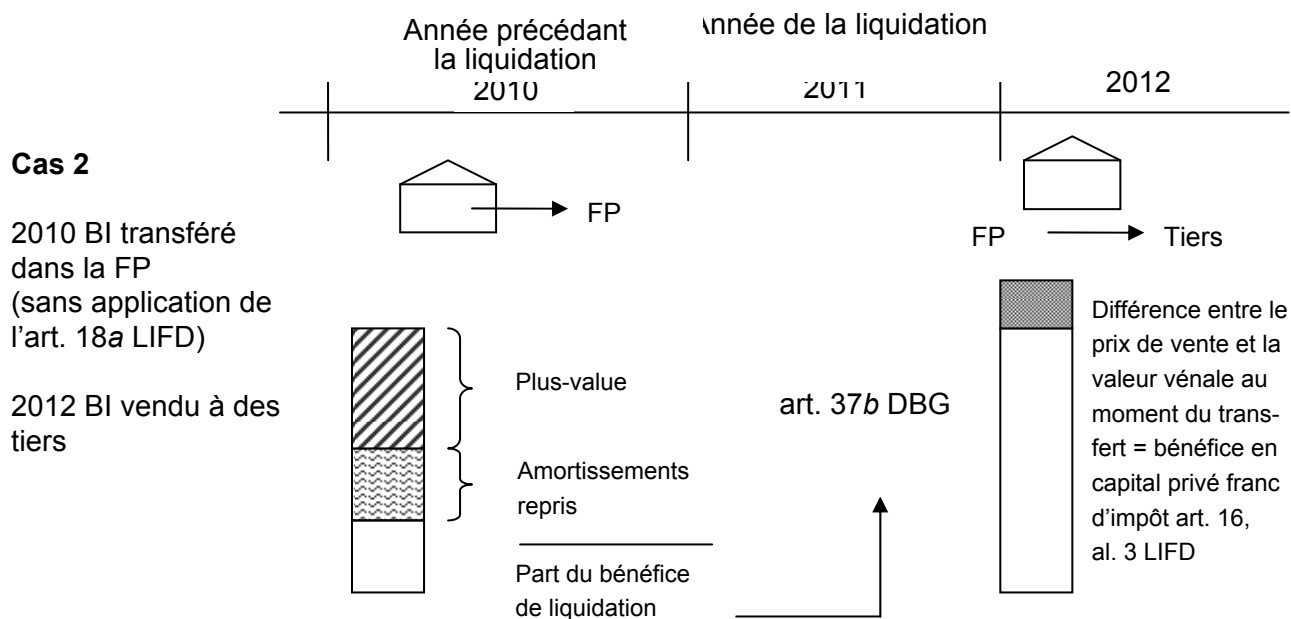
Il convient de distinguer les cas suivants les uns des autres:

1. Sans différé:

- a) Le transfert du bien immobilier de la fortune commerciale à la fortune privée a lieu pendant l'année précédant la liquidation ($n - 1$). Le contribuable ne fait pas valoir un report d'imposition selon l'art. 18a LIFD. Le bien immobilier est aliéné au cours de l'année de la liquidation n , au cours de laquelle cesse définitivement l'activité lucrative indépendante. L'ensemble des réserves latentes (amortissements repris et plus-value) est imposé à un taux préférentiel, le cas échéant au moyen d'une procédure de révision de la taxation de l'année $n - 1$.

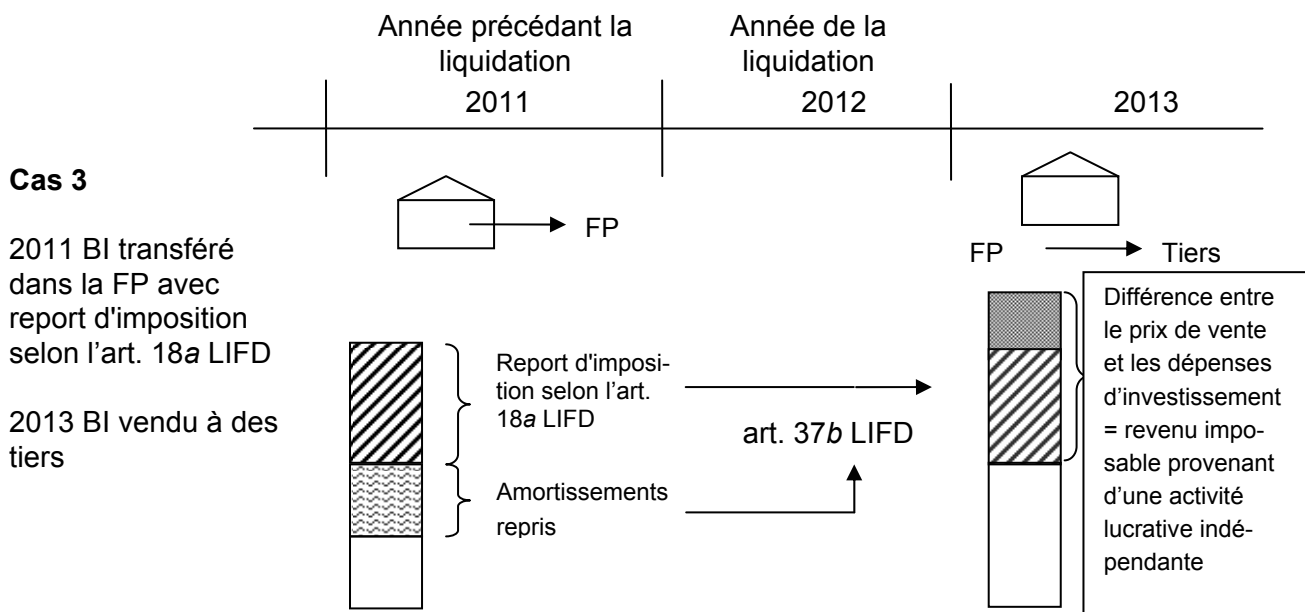


- b) Le transfert du bien immobilier de la fortune commerciale à la fortune privée a lieu pendant l'année précédant la liquidation ($n - 1$). Le contribuable ne fait pas valoir un report d'imposition selon l'art. 18a LIFD. L'activité lucrative indépendante cesse définitivement au cours de l'année n et l'ensemble des réserves latentes (amortissements repris et plus-value) est imposé à un taux préférentiel, (le cas échéant au moyen d'une procédure de révision de la taxation de l'année $n - 1$). L'aliénation ultérieure du bien immobilier peut entraîner un impôt cantonal sur les gains immobiliers mais pas d'impôt sur le revenu (bénéfice en capital privé franc d'impôt ou perte de capital sans incidence sur le plan fiscal, lors de l'année $n + 1$, conformément à l'art. 16, al. 3, LIFD).

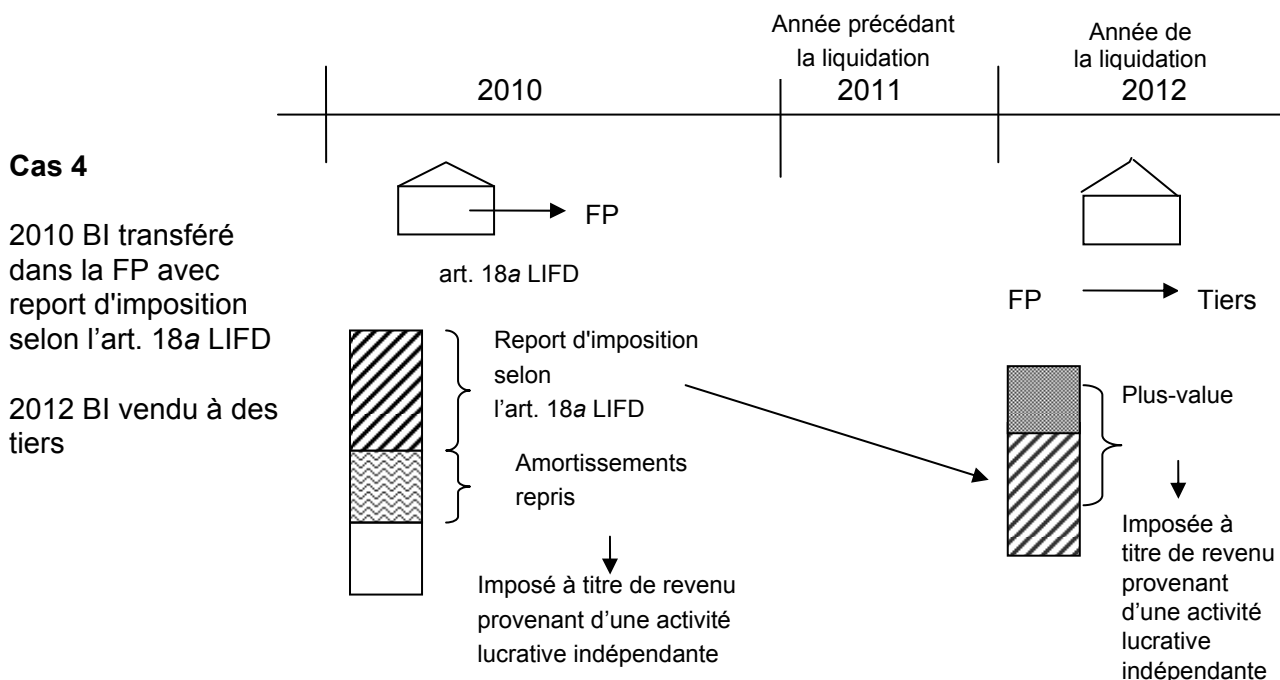


2. Avec différé:

- a) Le transfert du bien immobilier de la fortune commerciale à la fortune privée a lieu pendant l'année précédant la liquidation ($n - 1$). Le contribuable fait valoir un report d'imposition selon l'art. 18a LIFD. Le bien immobilier est aliéné au cours de l'année $n + 1$. Dans ce cas, seuls les amortissements repris font partie du bénéfice de liquidation (application de l'art. 37b LIFD, le cas échéant au moyen d'une procédure de révision). La plus-value est imposée pendant l'année $n + 1$, en conséquence du différé selon l'art. 18a LIFD, en tant que revenu imposable provenant d'une activité lucrative indépendante.



- b) Le transfert du bien immobilier de la fortune commerciale à la fortune privée a lieu au cours de l'année $n - 2$ et le contribuable fait valoir son droit au report d'imposition en vertu de l'art. 18a LIFD. L'activité lucrative indépendante cesse définitivement au cours de l'année de la liquidation n , l'art. 37b LIFD est appliqué. Le bien immobilier est aliéné au cours de l'année de la liquidation n . En cas de transfert du bien immobilier au cours de l'année $n - 2$, les amortissements repris sont réalisés et imposés à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante. La plus-value est imposée lors de l'aliénation du bien immobilier au cours de l'année de la liquidation n . Elle ne fait pas partie du bénéfice de liquidation, car il ne s'agit pas de réserves latentes réalisées dans le cadre de la liquidation mais de réserves provenant du transfert à la fortune privée, à imposer ultérieurement. Elles sont imposées normalement à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante avec les autres revenus, l'année de la liquidation n . Par conséquent, l'art. 37b LIFD ne s'applique dans ce cas ni aux amortissements repris, ni à la plus-value.



2.2 Rachat dans une institution de prévoyance

Art. 4

Al. 1 et 2

En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, le législateur a voulu placer les indépendants et les salariés autant que possible sur un pied d'égalité. C'est pourquoi l'indépendant qui s'est affilié volontairement à une institution de prévoyance professionnelle doit pouvoir, dans le cadre de la liquidation et selon le principe de l'art. 33, al. 1, let. d, LIFD, déduire les montants versés en faveur de la prévoyance professionnelle en premier lieu du revenu de l'activité lucrative qui ne provient pas de la liquidation et en second lieu des autres revenus.

D'après l'art. 79b, al. 3 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), 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.

Al. 3

Si un excédent résulte de la déduction selon les al. 1 et 2, cette différence est déduite du bénéfice de liquidation.

2.3 Rachat fictif

Art. 5 Principes

Al. 1

Dans le cadre des débats parlementaires, on a affirmé que le rachat fictif (au sens de l'art. 6) ne devait être accordé qu'aux personnes qui ne sont pas affiliées à la prévoyance professionnelle (2^e pilier). Comme déjà expliqué au point 1.3, le rachat nécessaire ne peut être calculé qu'en cas d'affiliation à un plan de prévoyance du 2^e pilier. Par conséquent, seules les personnes qui sont affiliées à une institution de prévoyance professionnelle sont en mesure de prouver l'admissibilité d'un rachat. Si on interprète la teneur du texte légal d'une manière restrictive, on doit en conclure que seuls les indépendants qui sont déjà affiliés à une institution de prévoyance professionnelle ont le droit de faire valoir un rachat fictif, car ce sont les seuls qui peuvent prouver «l'admissibilité d'un rachat».

Cependant, la volonté du législateur d'accorder le rachat fictif aux personnes qui ne sont pas affiliées à une institution de prévoyance professionnelle ressort clairement des débats parlementaires. Cette contradiction est la raison pour laquelle il convient d'étendre le cercle des ayants droit au delà de ce que semble fixer le texte légal. Il est prévu que tous les indépendants selon l'art. 1 qui n'effectuent pas de rachat effectif peuvent demander l'imposition d'un rachat fictif, conformément à l'art. 8. Toutefois, l'indépendant affilié à une institution de prévoyance professionnelle doit admettre qu'on déduise toute l'épargne-prévoyance qu'il a constituée, y compris celle constituée dans cette institution, pour calculer le rachat fictif (cf. art. 6).

Al. 2

L'imposition prévue par l'art. 37b LIFD constitue un allègement fiscal. Conformément à la règle générale de preuve, les justificatifs nécessaires à l'octroi de cet allègement fiscal doivent être produits par les contribuables.

Art. 6 Calcul du rachat fictif

Al. 1

Les travaux législatifs permettent de déduire que la volonté du législateur était de laisser à la pratique fiscale ou à l'administration la compétence de calculer la lacune de prévoyance fictive. En l'occurrence, il doit s'agir d'un plan de prévoyance normal, avec un taux de cotisation moyen.

Le taux des bonifications de vieillesse de 15 % correspond au taux obligatoire entre 45 et 54 ans conformément à l'art. 16 LPP. Étant donné qu'on ne peut prévoir si quelqu'un procédera à la liquidation à 30 ans à cause d'une invalidité ou à 65 ans pour prendre sa retraite, le taux de 15 % constitue une bonne moyenne. En outre, le législateur a renoncé à une déduction de coordination. Ces paramètres permettent de satisfaire à la volonté du législateur, qui s'est laissé guider par l'idée d'un plan de prévoyance normal.

Al. 2

Le nombre d'années entre le 25^e anniversaire et l'année de la liquidation comprise est toujours entièrement pris en compte, que l'indépendant ait exercé une activité lucrative pendant tout ce temps ou non, par analogie avec le rachat LPP qui se calcule toujours depuis le 25^e anniversaire. Le calcul du rachat fictif tient compte de 40 années au maximum (65-25) ou 39 années (64-25). Il prend pour référence l'année commençant au 25^e anniversaire et compte jusqu'à celle de la fin de la liquidation. Cette période est exprimée en années entières.

Al. 3

Cette moyenne se fonde sur le revenu ordinaire soumis à l'AVS. Bien que le bénéfice de liquidation soit également soumis à l'AVS (il est cependant comptabilisé et imposé à part), la prise en compte de ce bénéfice fausserait le revenu annuel moyen, c'est pourquoi on ne se réfère qu'au revenu ordinaire pour calculer la lacune de prévoyance fictive.

Étant donné qu'il est possible d'effectuer des rachats dans les institutions de prévoyance correspondant aux prestations maximales sur la base du dernier salaire, on se fonde sur la moyenne des cinq dernières années, afin de déterminer le revenu le plus actuel possible.

Al. 4

Si l'exercice de l'activité lucrative indépendante a duré moins de cinq ans, la somme des revenus de l'activité lucrative des années précédentes ne doit pas être divisée par cinq, mais par le nombre effectif d'années pendant lesquelles une activité lucrative indépendante a été exercée.

Al. 5

Dans le but de mettre les indépendants et les salariés sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur prévoyance professionnelle au moyen du rachat fictif, le plafond du salaire assurable selon la LPP doit aussi être repris pour le rachat fictif.

Al. 6

Tous les avoirs de vieillesse (par exemple les avoirs correspondant à la part surobligatoire, les avoirs de libre-passage, etc.), y compris les rachats effectués l'année de la liquidation et l'année précédente, doivent être déduits du rachat fictif. Toute prestation déjà versée doit également être déduite, telle que toutes les prestations ordinaires (par ex. les rentes), les prestations versées en espèces (par ex. lors du passage de l'activité salariée à l'activité indépendante) et les versements anticipés (par ex. versements pour financer l'achat du logement) qui proviennent d'une institution de prévoyance. Cette déduction est nécessaire car, à ce moment-là, l'indépendant a déjà bénéficié de prestations de prévoyance fiscalement privilégiées. Ces prestations et ces versements anticipés doivent en tout les cas être portés à la connaissance de l'administration fiscale. Par fonds de bienfaisance, il faut comprendre les caisses de prévoyance sociale en faveur du personnel sans prestations réglementaires.

Art. 7 Affiliation ultérieure à une institution de prévoyance

L'imposition privilégiée est accordée en raison de la cessation définitive de l'activité lucrative. Si la cessation n'est pas définitive, elle ne donne aucun droit à cette imposition. Il peut cependant arriver que la cessation censée définitive de l'exercice de l'activité lucrative se révèle ultérieurement non définitive. Si la décision de taxation de la liquidation est prononcée au moment où le contribuable reprend une activité lucrative, il n'est plus possible d'y revenir, à moins qu'il ne s'agisse d'évasion fiscale. Si un rachat dans la prévoyance professionnelle est effectué après la reprise d'une activité lucrative indépendante ou salariée, la question qui se pose est de savoir comment ce rachat doit être traité fiscalement. Etant donné que le contribuable a déjà satisfait fictivement à son besoin de rachat et l'a fait valoir du point de vue du droit fiscal, ce rachat fictif doit être déduit de la lacune de rachat effective. La déduction fiscale du solde est autorisée.

Dans ce cas, le rachat fictif doit être traité comme une prestation de libre passage, qui devrait être apportée, conformément à l'art. 60a, al. 3, de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; SR 831.441.1).

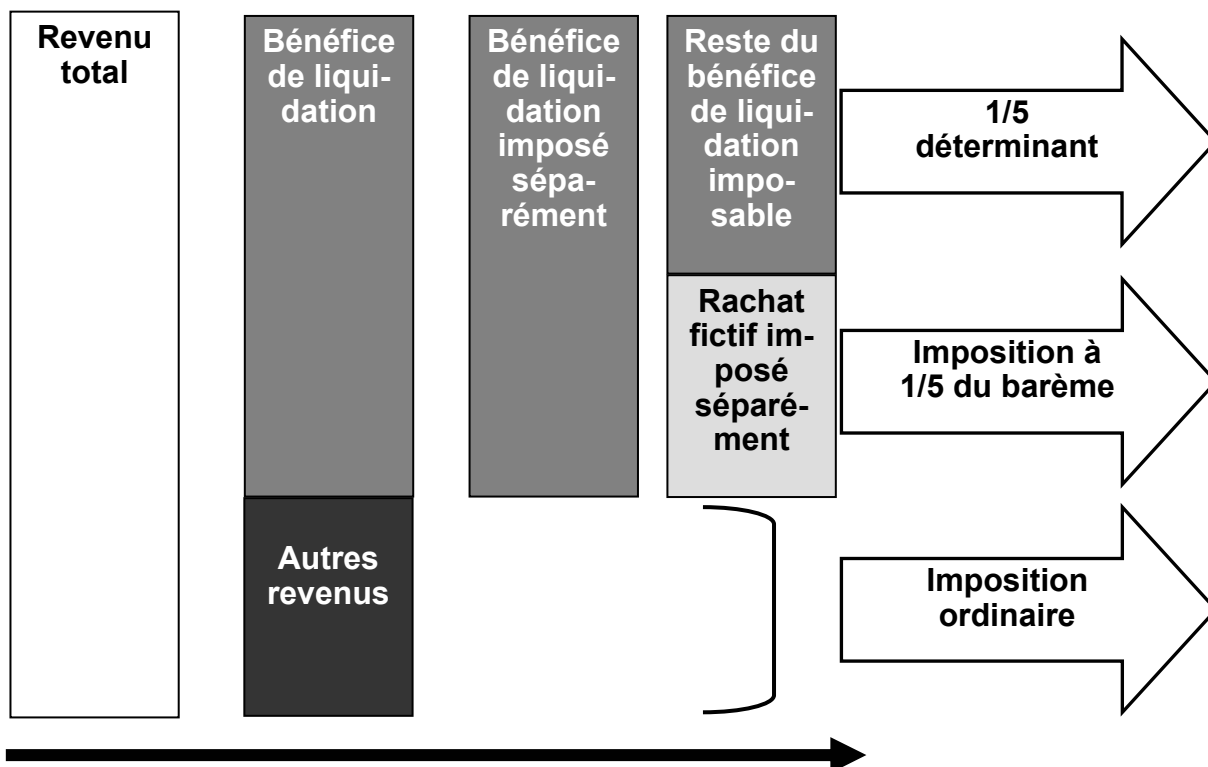
Art. 8 Imposition du rachat fictif

Pour la part qui constitue le rachat fictif, le bénéfice de liquidation est imposé comme une prestation en capital de la prévoyance selon l'art. 38 LIFD. Il est donc soumis à une imposition spéciale, qui n'est pas liée à celle du bénéfice de liquidation.

Conformément à l'art. 38, al. 1, LIFD, le rachat fictif qui est imposé aux conditions de la prévoyance doit être ajouté aux éventuelles prestations effectives en capital de la prévoyance versées au cours de la même période fiscale. La part du bénéfice de liquidation à imposer aux conditions de la prévoyance (= rachat fictif) est imposée comme une prestation de la prévoyance parce que, d'après le législateur, elle en constitue une. Ainsi, un indépendant qui n'est pas affilié à la LPP est soumis au même traitement fiscal que les personnes qui ont investi leur argent non pas dans une entreprise, mais dans une institution de prévoyance professionnelle au sens de la LPP. L'égalité de traitement est aussi garantie par le fait que cette prévoyance constituée dans l'entreprise (constitution de réserves latentes), de même que les cotisations LPP, n'est pas soumise à l'impôt sur le revenu. C'est pourquoi l'imposition du rachat fictif doit s'effectuer en tenant compte de la somme du rachat fictif et de toutes les prestations en capital versées par des institutions de prévoyance pendant la même période fiscale.

2.4 Reste du bénéfice de liquidation

Art. 9 Calcul



Au sens de cette ordonnance, on entend par bénéfice de liquidation les réserves latentes réalisées au cours de l'année de la liquidation et de celle qui la précède. Une partie du bénéfice de liquidation est imposée à un taux préférentiel d'après l'art. 10 de la présente ordonnance. Pour calculer cette partie, il faut déduire des réserves latentes les montants ci-après.

Let. a

Un éventuel excédent de cotisations versées à une institution de prévoyance d'après l'art. 4, après déduction de ce montant des autres revenus.

Let. b

Le rachat fictif fait partie intégrante du bénéfice de liquidation. Cette partie du bénéfice de liquidation est imposée séparément aux conditions de la prévoyance. Pour calculer la partie restante du bénéfice de liquidation, il faut soustraire le montant du rachat fictif du bénéfice de liquidation. Cette opération sert à calculer la partie du bénéfice de liquidation qui est imposée selon l'art. 10 de la présente ordonnance.

Let. c

Les frais liés à la liquidation (par exemple frais de notaire ou d'avocat) doivent également être déduits du produit de la liquidation pour le calcul du reste du bénéfice de liquidation.

Let. d

Les pertes reportées qui n'ont pas encore été déduites et dont la déduction est autorisée. Celles-ci doivent d'abord être soustraites des revenus ne provenant pas de la liquidation, puis, s'il reste un excédent de perte après cette compensation par le bénéfice ordinaire des pertes reportées, cet excédent de perte peut être compensé par le bénéfice de liquidation.

Art. 10 Imposition

Le cinquième du bénéfice de liquidation qui reste après les déductions prévues à l'art. 9 détermine le taux de l'impôt applicable selon l'art. 214 LIFD. Si le bénéfice de liquidation est faible, il se peut qu'en raison de la forte progressivité du barème de l'impôt fédéral direct ce taux soit nul. Pour autant, il y a bel et bien imposition. En effet, l'art. 37b LIFD institue une imposition privilégiée et non une exonération, c'est pourquoi le taux minimal de l'impôt de deux pour cent garantit la perception d'un impôt sur tous les bénéfices de liquidation.

2.5 Succession

Art. 11 Liquidation de l'entreprise par les héritiers ou les légataires

Al. 1

Les héritiers et les légataires qui ne poursuivent pas l'exercice de l'activité indépendante du contribuable ni son activité dans une société de personnes, reprennent le droit du contribuable (défunt) à l'imposition privilégiée du bénéfice de liquidation, pour autant que le défunt ait rempli les conditions de l'art. 1, al. 1, de l'ordonnance au moment de son décès.

Al. 2

Il s'agit d'une clause générale. Si pendant cinq ans les héritiers ou les légataires ne poursuivent pas l'exploitation de l'entreprise ni ne la liquident, la fortune commerciale peut néanmoins subsister. Dans ce cas, une réalisation pour des raisons de systématique fiscale prévue par l'art. 37b, al. 2, LIFD a lieu cinq ans après l'année du décès à titre de prélèvement privé. Le bénéfice de liquidation qui en résulte est imposé d'après l'art. 37b LIFD.

Al. 3

Si les héritiers se contentent d'exécuter les obligations de l'entreprise subsistant au moment du décès du contribuable, on ne considère pas pour autant qu'ils poursuivent l'exploitation de l'entreprise. Cela permet d'assurer que la liquidation ne s'effectue pas en toute hâte mais qu'il est possible de la prendre en main de manière ordonnée.

Al. 4

L'al. 2 de l'art. 37b LIFD, d'après lequel les héritiers peuvent également faire valoir le droit à une imposition privilégiée du défunt, n'a pas été contesté pendant les débats parlementaires. Cet alinéa a cependant été adopté avant l'introduction, à la dernière minute, à l'al. 1, de la possibilité de demander l'imposition d'un rachat fictif. Lors de la décision, l'al. 2 portait donc uniquement sur l'imposition privilégiée générale du bénéfice de liquidation. Le législateur n'est plus revenu sur l'al. 2 après l'introduction du rachat fictif.

Du point de vue du droit en matière de prévoyance, il n'est pas possible pour les héritiers et légataires de faire valoir un rachat fictif pour le défunt, étant donné que le risque assuré par la prévoyance (dans ce cas le décès) est survenu, que l'épargne-prévoyance constituée donne lieu à des prestations versées en cas de décès et qu'il n'y a donc plus de lacune de prévoyance à combler. Avec le rachat fictif, le législateur voulait prendre en compte le fait que le contribuable devait réinvestir ses moyens dans l'entreprise durant la période où il exerçait son activité indépendante et qu'il n'avait donc plus de moyens à disposition pour se constituer un 2^e pilier. Le rachat fictif ne représente donc qu'une possibilité qui était offerte au contribuable de son vivant de choisir entre un rachat réel ou fictif. Suite au décès, aucune prévoyance selon la LPP n'est plus possible et la possibilité d'opter pour un rachat fictif devient caduque. Les héritiers ne peuvent faire valoir un rachat fictif pour eux-mêmes, ni obtenir à la place du défunt l'imposition du bénéfice de liquidation d'après l'al. 2 de l'art. 37b LIFD. Les héritiers et les légataires ont en tout temps la possibilité de se constituer un 2^e pilier, indépendamment de ce contexte. Le législateur a d'ailleurs employé le terme de «rachat» et n'a jamais fait allusion à une prestation fictive en cas de décès. Il s'est donc penché exclusivement sur la cotisation et a montré qu'il ne voulait autoriser la possibilité de faire va-

loir un rachat fictif que lorsque le contribuable cessant d'exercer une activité lucrative indépendante était en vie.

Il faut relever en outre, qu'en cas de décès du contribuable, les héritiers et le cas échéant les légataires ne reçoivent que les prestations en cas de décès. Celles-ci ne correspondent généralement pas aux prestations en cas de survie. En principe, la «prestation de prévoyance» fictive ne doit pas être plus élevée que celle qui serait versée à titre de prestation de prévoyance, dans un cas de prévoyance réel. C'est pourquoi les héritiers et les légataires ne peuvent faire valoir un rachat fictif à la place du défunt.

Art. 12 Poursuite de l'activité lucrative indépendante par les héritiers ou par les légataires

Dès que les héritiers entreprennent des démarches visant à poursuivre l'activité de l'entreprise, ils ne peuvent plus faire valoir l'imposition privilégiée du bénéfice de liquidation selon l'art. 37b LIFD (étant donné qu'il n'y a plus de liquidation) en s'appuyant sur le droit du défunt. Ce droit s'éteint avec la première démarche à cette fin. En revanche, les héritiers peuvent faire valoir ensuite l'imposition privilégiée pour eux-mêmes, en leur qualité de personnes exerçant une activité lucrative indépendante, pour autant qu'ils remplissent les conditions de l'art. 37b LIFD. Si les héritiers se contentent d'exécuter les dernières obligations du défunt, on ne considère pas pour autant qu'ils poursuivent l'exploitation de l'entreprise. La définition de la notion de poursuite de l'activité lucrative indépendante coïncide avec celle de l'art. 11 de la présente ordonnance.

Si un ou plusieurs héritiers du contribuable poursuivent l'exercice de l'activité indépendante ou s'ils n'aliènent pas leurs participations à la société de personnes, alors ses autres héritiers qui ne poursuivent pas l'exercice de l'activité indépendante peuvent prétendre à l'imposition plus favorable selon la présente ordonnance de leur part, pour autant que le défunt eût rempli les conditions de l'art. 37b, LIFD au moment de son décès. S'ils usent du report de l'imposition en vertu de l'art. 18a, al. 3 LIFD, ils ne peuvent prétendre à l'application de l'art. 37b, LIFD en l'absence de réalisation des réserves latentes.

2.6 Entrée en vigueur

Art. 13

Cette ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011, en même temps que l'art. 37b LIFD⁶.

⁶ FF 2007 2185

Conséquences du décès d'une personne membre d'une société de personnes en relation avec l'art. 37b LIFD

| POSSIBILITÉS | CONTENU | CONSÉQUENCE EN DROIT CIVIL | IMPOSITION |
|--------------------------------|---|--|---|
| <p>1. Pas de règle</p> | <p>1.A) Le décès d'un associé n'est pas réglé dans le contrat de société. La règle légale veut en principe que la société soit dissoute et qu'elle ne subsiste que jusqu'à la clôture de la liquidation avec la liquidation pour seul but.</p> <p>1.B) Étant donné que la dissolution de la société peut être révoquée après coup, il est également possible de conclure ultérieurement avec la communauté une convention sans forme stipulant que la société subsiste avec elle aussi longtemps que la liquidation n'est pas terminée (ATF 70 II 56; 29 II 102).</p> | <p>1.A) Les héritiers entrent en tant que communauté héréditaire dans la société en liquidation et ont un droit réel sur la fortune de la société. Le principe de la succession universelle s'applique.</p> <p>1.B) Les héritiers entrent en tant que communauté héréditaire dans la société qui n'est plus en liquidation à la place du défunt.</p> | <p>1.A) L'héritier ou la communauté héréditaire - en sa qualité d'associée (succession universelle) - procède à la liquidation de la société avec les autres associés survivants = «pas de poursuite», l'article 37b, alinéa 2, LIFD s'applique.</p> <p>1.B) La communauté héréditaire poursuit l'activité de la société à la place du défunt = «poursuite», l'article 37b, alinéa 2, LIFD ne s'applique pas.</p> |
| <p>2. Clause de succession</p> | <p>2.A) Le contrat de société peut prévoir que la société subsistera avec tous les héritiers (clause de succession simple) ou seulement avec certains héritiers (clause de succession qualifiée). Ainsi, la société n'est pas dissoute au décès d'un associé. Dans les deux cas, ce ne sont pas les héritiers, mais la communauté héréditaire, qui devient une associée au décès de l'associé en raison de la succession universelle et de la clause de succession. La communauté a ainsi le droit et l'obligation de poursuivre l'activité de la société (ATF 95 II 551).</p> | <p>2.A) La communauté héréditaire entre dans la société à la place du défunt.</p> | <p>2.A) La communauté héréditaire poursuit l'activité de la société = «poursuite», l'article 37b, alinéa 2, LIFD ne s'applique pas.</p> |

| | | | |
|----------------------------------|---|---|--|
| | <p>2.B) En vertu de l'article 27, alinéa 2, CC, tout héritier a le droit de sortir de la société sans délai; la communauté héréditaire peut demander la dissolution au juge pour des motifs importants (ATF 29 II 102). De plus, tout héritier peut demander la liquidation officielle de la succession et obtenir ainsi la dissolution de la société.</p> | <p>2.B) La communauté héréditaire prend la place du défunt et devient une associée. En tant que telle, elle vise maintenant la liquidation de la société.</p> | <p>2.B) Dans ces cas, la volonté d'un ou de plusieurs héritiers de ne pas poursuivre l'activité de la société est évitée. L'activité indépendante est certes reprise, mais elle n'est pas poursuivie. Cela mène en principe à la liquidation de la société = «pas de poursuite», l'article 37b, alinéa 2, LIFD s'applique.</p> |
| <p>3. Clause de continuation</p> | <p>Les associés conviennent dans le contrat de société que la société subsiste au décès d'un associé sans ses héritiers.</p> | <p>A son décès, l'associé sort de la société. Ses héritiers n'en deviennent pas membres. Ils n'ont droit qu'à une indemnité sous forme de créance (ATF 100 II 379).</p> | <p>Le défunt réalise le bénéfice de liquidation. S'il avait 55 ans ou s'il était invalide au moment de son décès, son revenu et son bénéfice de liquidation sont imposés selon l'article 37b, alinéa 1, LIFD. Un rachat fictif ne peut pas être demandé.</p> |
| <p>4. Clause d'entrée</p> | <p>La clause d'entrée donne aux héritiers le droit, mais pas l'obligation, d'entrer dans la société.</p> | <p>4.A) Si les héritiers acceptent l'offre, ils entrent dans la société à la place du défunt.</p> <p>4.B) Si les héritiers refusent l'offre, ils n'entrent pas dans la société. Dans ce cas, la société doit être dissoute et liquidée.</p> | <p>4.A) Les héritiers poursuivent l'activité de la société = «poursuite», l'article 37b, alinéa 2 LIFD ne s'applique pas.</p> <p>4.B) Le défunt réalise le bénéfice de liquidation. S'il avait 55 ans ou s'il était invalide au moment de son décès, son revenu et son bénéfice de liquidation sont imposés selon l'article 37b, alinéa 1, LIFD. Un rachat fictif ne peut pas être demandé.</p> |