



Article scientifique

Article

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

**Pièges fiscaux du contrat de prêt : intérêts négatifs, résiliation anticipée et
remise de dette**

Liegeois, Fabien

How to cite

LIEGEOIS, Fabien. Pièges fiscaux du contrat de prêt : intérêts négatifs, résiliation anticipée et remise de dette. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2020, vol. 92, n° 2, p. 138–150.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:138067>

Pièges fiscaux du contrat de prêt

Intérêts négatifs, résiliation anticipée et remise de dette

Fabien Liégeois*

This contribution deals with the tax «traps» of the loan agreement. Loans are usually quite simple from a tax standpoint since they are neutral. Yet, the author examines three specific instances where things do not turn out so well. The first of which is the cancellation of indebtedness, which may result in taxable income (Article 16 par. 1 or Article 18 par. 1 Direct Federal Tax Law). The author acknowledges that the cancellation of indebtedness (remise de dette; Aufhebung durch Übereinkunft) causes a net accretion of wealth. On the other hand, he shows that the tax burden may become too heavy to carry when the taxpayer is in financial distress. Thus, when required by the circumstances, the judge should be able to rely on his power to decide in fairness (Article 4 Civil Code) to depart from the purely fiscal (and open-ended) concept of income. Secondly, this contribution deals with the early termination of the contract. With respect to mortgage credits for example,

the bank usually asks for a penalty in case of early termination. The question arising then is whether the taxpayer is entitled to deduct such a «penalty» (indemnité pour rupture anticipée; Vorfälligkeitsentschädigung). Lastly, this contribution deals with the civil and tax aspects of negative interest rates. The author shows that so-called «negative interest rates» actually correspond to a risk premium paid to the debtor or to a service fee paid to the bank. Consequently, the private investor may not claim for the deduction of this negative interest, which does not qualify as passive interest (Article 33 par 1 let. a Direct Federal Tax Law). On the other hand, the client of the bank, holding a claim in his/her private wealth, may deduct this «service fee» as it represents administrative costs paid to a third party in order to maintain a source of income (Article 32 par. 1 Direct Federal Tax Law).

Table des matières

Introduction

- I. Aspects civils de la relation prêteur-emprunteur
 - 1. Caractéristiques économiques essentielles
 - 2. Intérêts
 - 3. Liquidation du contrat
- II. Aspects fiscaux de la relation prêteur-emprunteur
 - 1. Remise des fonds
 - 2. Intérêts
 - 3. Liquidation du contrat

Conclusion

Introduction

Le prêt compte parmi les instruments les plus efficaces. Il sert la consommation, achète du temps et offre du levier. A quoi s'ajoute l'avantage impérieux de la neutralité fiscale. Le traitement qui lui est réservé tient d'ailleurs d'une logique implacable: l'emprunteur qui obtient des fonds ne s'enrichit pas étant donné qu'il s'engage simultanément à les restituer au

prêteur. Actif et passif augmentent dans un même mouvement, le compte est bon. Il faut se garder toutefois d'un excès d'optimisme: la magie opère tant que les affaires tournent.

Si l'équilibre de la relation se rompt, la neutralité du prêt vole en éclats.

L'emprunteur mal pris qui obtient un abandon de créance risque d'être frappé de l'impôt. Le propriétaire d'une maison qui résilie prématurément son crédit hypothécaire peinera à déduire la pénalité que lui facture sa banque. Et que dire de l'investisseur privé qui n'obtient pas la déduction des «intérêts négatifs» prélevés sur ses obligations d'Etat?

L'objectif de cette contribution n'est ni de résoudre le problème de l'indigence ni de percer le mystère de l'inversion des flux de paiement (du prêteur vers l'emprunteur). Notre propos, plus modeste, consistera à exposer *au juriste* certains pièges fiscaux du prêt. Nous nous appuierons sur la casuistique pour tirer des enseignements au sujet des intérêts négatifs, de la résiliation anticipée du prêt et de la remise de dette.

Dans la première partie, nous mettrons en évidence les caractéristiques essentielles du prêt sous l'angle civil. Dans la seconde, nous les envisagerons sous l'angle fiscal. Au fil de cette contribution, nous adopterons tantôt le point de vue du prêteur, tantôt

* Docteur en droit, expert fiscal diplômé, LL.M (Chicago Law School), Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat.

celui de l'emprunteur. Outre cette mise en perspective, nous montrerons en particulier que la remise d'une dette privée peut entraîner des conséquences rigoureuses pour le contribuable (personne physique) surendetté.

I. Aspects civils de la relation prêteur-emprunteur

1. Caractéristiques économiques essentielles

1.1 Obligation de restituer

Le prêt est un contrat bilatéral imparfait (*unvollkommen zweiseitiger Vertrag*)¹. Il est *bilatéral*, parce les deux parties s'engagent : l'une à mettre des fonds à disposition, l'autre à les rembourser. Il est *imparfait* parce qu'il n'est pas nécessaire que les parties lui confèrent un caractère onéreux ; il suffit que l'emprunteur promette de restituer les fonds pour que naisse la relation². L'accord peut être exprès ou tacite, la forme écrite n'est pas exigée (art. 11 CO)³.

En matière civile, la loi présume la gratuité du prêt⁴. Si l'usage inverse prévaut en matière commerciale, le paiement des intérêts ne conditionne pas la qualification du contrat⁵. Les parties sont libres d'aménager leur relation comme elles l'entendent. L'obligation de restituer constitue l'unique obligation essentielle du prêt ; elle le caractérise. Elle permet en particulier de le distinguer d'autres relations juridiques :

- Elle sépare le prêt et la donation (art. 239 ss CO)⁶ ;

- Le détenteur d'une monnaie virtuelle comme le bitcoin ne peut pas être qualifié de créancier, puisque l'émetteur ne s'engage pas à lui restituer les fonds investis dans le système⁷ ;
- *L'obligation de restituer* distingue enfin et surtout le créancier de l'actionnaire. Outre le fait qu'il ne peut pas demander la restitution de ses versements (art. 680 al. 2 CO), l'actionnaire doit attendre que la société dissoute ait payé ses dettes, et donc ses créanciers, pour obtenir sa part aux actifs restants (art. 745 al. 1 CO).

Le créancier jouit d'une *priorité* sur les titulaires de parts ou les associés, qui se manifeste à la liquidation de l'entreprise. Ce rapport de priorité constitue une *différence juridique* entre créancier et actionnaire. En contrepartie, le créancier obtient la restitution de ce qu'il a prêté, mais *pas plus* ; l'actionnaire récolte l'entier de la plus-value. Lorsque les affaires tournent mal, il subit aussi l'entier de la moins-value. Cette rémunération aléatoire (plus- ou moins-value) constitue une différence entre les deux. Le créancier peut s'attendre à des versement fixes, à intervalles réguliers, et ainsi calculer son retour sur investissement dès la conclusion du contrat. L'actionnaire attendra lui que l'assemblée générale décide de distribuer un dividende pour obtenir une prétention ferme ; avant, son revenu n'est qu'une expectative. Il table aussi *in fine* sur la réalisation d'un gain en capital à la sortie de son investissement.

1.2 Du propriétaire au créancier

Par rapport au prêt à usage (art. 305 ss CO), le prêt de consommation a ceci de particulier que le prêteur renonce à la propriété de ce qu'il met à disposition (art. 312 CO). Cette particularité résulte du mélange (*Vermischung*) de l'argent (ou d'autres choses fongibles)⁸. Le mélange a pour effet de transformer l'ancien propriétaire en simple créancier : de réelle, sa prétention devient personnelle. Au lieu de pouvoir revendiquer sa propriété envers et contre tous (art. 641

¹ Cf. not. ATF 80 II 327 consid. 4a p. 334 ; 93 II 189 consid. unique let. b p. 192.

² ATF 136 III 247 consid. 5 p. 252 ; 80 II 327 consid. 4a p. 334.

³ *Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise*, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève 2016, N 2515 p. 338.

⁴ Cf. art. 313 al. 1 CO ; la présomption inverse vaut dans le commerce à teneur de l'art. 313 al. 2 CO ; cf. ég. ATF 145 III 241 consid. 3.2 p. 245 ; *Bovet Christian/Richa Alexandre*, in Commentaire romand, Code des obligations, Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Vol. I, 2^e éd., Bâle 2012, N 3 ad art. 313 CO.

⁵ La doctrine précise en droit privé que « le prêt est de nature commerciale lorsque le prêteur octroie des prêts à titre professionnel (comme une banque) ou lorsque l'emprunteur utilise les fonds dans un but lié à ses affaires », cf. *Bovet/Richa* (n. 4), N 3 ad art. 313 CO.

⁶ *Bovet/Richa* (n. 4), N 4 ad art. 312 CO.

⁷ Pour un aperçu des incidences fiscales de l'acquisition, de la détention et de la vente de « Native-Token » et « Asset Backed Token », cf. *Oesterhelt Stefan/Dubach Manuel*, Besteuerung von ICOs und Kryptowährungen, RF 2019 p. 772 ss.

⁸ ATF 136 III 247 consid. 5. p. 252 ; 116 IV 193 consid. 4 p. 201 ; 78 II 243 consid. 5c p. 254.

al. 2 CO), le prêteur ne peut s'en prendre qu'à l'emprunteur (ou à lui-même) en cas de défaut. Il doit ainsi supporter les effets de la relativité des contrats.

1.3 Excursus : mécanique du risque systémique

Qu'il s'agisse d'un prêt ou d'un dépôt irrégulier (art. 481 CO), tout prêteur est conscient des implications du contrat qu'il noue avec la banque. En tant que simple créancier, le prêteur ne pourra pas distraire ses avoirs de la masse en faillite. Placés dans la même situation, les autres créanciers concourront comme lui à la faillite. Tous ces acteurs se partageront une quote-part des actifs restants. Petits épargnants et établissements renommés sont ici logés à la même enseigne. La perte de la qualité de propriétaire (ou l'absence *ab initio* de cette qualité) contribue d'ailleurs à expliquer le risque de paralysie du système financier en période de crise (*credit crunch*). Bien qu'elle aggrave la situation, l'adoption d'une attitude défensive ou attentiste n'est pas complètement irrationnelle : personne ne veut être le dernier à prêter. Les banques étant elles-mêmes créancières de leurs homologues, le défaut de l'une d'entre elles peut s'avérer fatal pour les autres. Pour éviter que le mécanisme ne se grippe, il faut donc discipliner certains marchés et surveiller certains acteurs.

En matière bancaire, le droit public prévoit certes un mécanisme pour rassurer les épargnants. Les dépôts libellés au nom du client bénéficient d'un privilège dans la limite de CHF 100 000 par déposant et par banque (art. 37a–37k LB)⁹. Au-delà de ce montant, le problème subsiste. Cette « garantie » a certes vocation à pallier la défaillance d'une banque suisse, à condition toutefois qu'elle ne soit pas *too big to fail*¹⁰. Depuis la dernière crise financière (2007–2008), l'interaction entre règles de diligence et règles de conduite va croissante. Cette dialectique entre droit privé et droit public est parfois présentée comme un

« effet de rayonnement »¹¹. Quoiqu'elles le modèrent, ces mesures juridiques ne suffisent pas à éliminer ce fameux « risque systémique » qui pèse sur l'économie. Ce risque est inhérent à la position d'intermédiaire qu'occupent les banques dans le crédit.

2. Intérêts

2.1 Fondement économique : coût d'opportunité

Le paiement d'intérêts vise à compenser le prêteur qui se prive momentanément de l'usage d'une partie de ses ressources¹². Mettre une somme d'argent à disposition d'un tiers occasionne en effet, du point de vue économique, un *coût d'opportunité*.

- D'une part, le prêteur renonce à une partie de sa consommation actuelle au profit d'une consommation future et hypothétique. Etant mortel, quiconque diffère sa consommation court le risque de ne plus jamais profiter de la somme prêtée. Le prêteur s'attend en conséquence à ce que l'emprunteur le dédommage pour le sacrifice consenti.
- D'autre part, le prêteur permet à l'emprunteur d'accéder de manière anticipée à des ressources pour réaliser une opération ou investir dans un projet. Malgré les anomalies conjoncturelles, la règle veut que l'argent rapporte de l'argent. Cette spirale vertueuse vaut en particulier pour la banque, dont le métier consiste à transformer des échéances pour s'enrichir sur le différentiel d'intérêts.

Le coût d'opportunité peut ainsi s'exprimer de façon négative ou positive. Soit le prêteur en affaires se prive du capital et court le risque de manquer une occasion, soit il le met à disposition de l'emprunteur et lui offre une occasion de le faire fructifier. Dans un cas comme dans l'autre, il s'attend à être récompensé. La jurisprudence civile confirme cette approche. L'in-

⁹ Pour le détail, cf. site « ESISUISSE », disponible à l'adresse : <<https://www.esisuisse.ch/fr>> (consulté le 14 février 2020).

¹⁰ Sur la définition des banques d'importance systémique, cf. art. 7 al. 1 LB ; la BNS a décidé que Crédit suisse, UBS, la Banque Cantonale de Zurich, Raiffeisen et PostFinance répondaient à cette définition, cf. site de la BNS <https://www.snb.ch/fr/i/about/finstab/finstab_pub/id/finstab_pub_banksector> (consulté le 12 février 2020).

¹¹ Message concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8101 ss, p. 8121.

¹² *Maurenbrecher Benedikt/Schärer Heinz*, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Vol. I, 7^e éd., Bâle 2019, N 4a ad art. 313 CO ; Bovet/Richa (n. 4), N 1a ad art. 313 CO ; *Tercier/Bieri/Carron* (n. 3), N 2536 p. 340 ; *Maurenbrecher Benedikt*, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, thèse, Berne 1995, p. 89 s.

térêt y est décrit comme la contrepartie de la mise à disposition du capital pendant la durée du prêt, le total de la rémunération étant fonction du taux, de la somme prêtée et de la durée du prêt¹³.

2.2 Accident historique : « intérêts négatifs »

L'apparition de taux d'intérêts dits « négatifs » semble bousculer la donne.

Comment le prêteur, qui diffère sa consommation, peut-il en effet accepter de s'acquitter d'un montant pour une somme qu'il met à disposition de l'emprunteur ? Est-il envisageable que les flux financiers ne « voyagent » plus de l'emprunteur vers le prêteur, mais qu'ils aillent de celui-ci à celui-là ? Si tel devait être le cas, les intérêts négatifs défieraient la logique économique en renversant la position des parties : ce serait comme si l'emprunteur rendait service au prêteur. Nous montrerons que l'hypothèse n'est peut-être pas si hasardeuse¹⁴.

Le Tribunal fédéral a jugé une affaire dans laquelle une commune genevoise et une banque s'étaient accordées sur un taux variable, augmenté d'un taux fixe de 0,0375% par an. Les aléas de la conjoncture donnèrent lieu à un scénario incongru : le taux variable tomba si bas au-dessous de zéro que, même augmenté du taux fixe, la rémunération prévue par le contrat vira au négatif. La commune emprunteuse exigea en conséquence de la banque qu'elle lui versât la différence, à savoir des « intérêts négatifs ». Les parties n'ayant pas explicitement envisagé cette situation, le Tribunal fédéral se livra à une interprétation de leur contrat selon le principe de la confiance¹⁵. Il mit en évidence trois conceptions doctrinales sur les intérêts négatifs.

- Pour un premier courant, le taux d'intérêt global ne saurait être inférieur à la marge de la banque¹⁶.
- Pour un deuxième courant, si le taux d'intérêt total devient négatif au point que la marge est réduite à néant, le taux d'intérêt total équivaut à

0% et aucune des parties ne doit payer d'intérêts à l'autre¹⁷.

- Pour un troisième courant, le taux d'intérêt global peut « entrer en territoire négatif », de sorte que l'emprunteur est en droit de réclamer des intérêts au prêteur¹⁸.

La loi fournit un élément-clé pour le raisonnement en présumant le caractère onéreux du prêt commercial (art. 312 al. 2 CO)¹⁹. Pour le Tribunal fédéral, il en découle qu'il n'est pas possible de déduire du silence des parties qu'elles auraient souhaité inverser les flux de paiement. Il faut en effet pouvoir constater un accord spécifique pour admettre que le prêteur est « prêt » à verser des intérêts à l'emprunteur. Un tel renversement de l'équilibre contractuel fut dénié *in casu*, faute d'indications en ce sens dans le dossier. Le Tribunal fédéral suggéra même qu'une interprétation objective du contrat aurait pu permettre à la banque de prétendre à la part fixe prévue dans le contrat²⁰. Il s'est néanmoins gardé de franchir le pas, car la banque n'avait pas formulé de demande reconventionnelle. Il ne saurait en effet statuer *ultra petita* (art. 107 al. 1 LTF).

Rien n'interdit *a priori* aux parties de renoncer au caractère onéreux d'un prêt. Pour autant, un reversement des flux de paiement ne se laisse pas déduire de la seule combinaison d'un taux variable et d'une marge fixe. Il faut davantage d'éléments d'après cette décision. Observons cependant que les parties ont, dans cette affaire, signé leur contrat en 2006. L'accord précède donc sensiblement la globalisation du phénomène des intérêts négatifs, que l'on peut situer avec prudence en 2015. A compter de cette période, un contrat du même type conclu entre parties sophistiquées pourrait en conséquence être interprété autrement.

Enfin, entre prêt de consommation et dépôt irrégulier (art. 481 CO), les « intérêts négatifs » font sen-

¹³ ATF 145 III 241 consid. 3.3 p. 245 s. ; 136 III 247 consid. 5 p. 252 ; 115 II 349 consid. 3 p. 355 ; 52 II 228 consid. 3 p. 233.

¹⁴ Cf. *infra* II.2.3.

¹⁵ ATF 145 III 241 consid. 3.5.2 p. 250.

¹⁶ *Maurenbrecher Benedikt/Eckert Fabrice*, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, GesKR 2015 p. 369 ss, p. 376 et *Maurenbrecher/Schärer* (n. 12), N 11 ad art. 312 CO, cités in ATF 145 III 241 consid. 3.5.3 p. 250.

¹⁷ *Schaller Jean-Marc*, Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken, in: *Festschrift für Rolf H. Weber*, Zurich 2016, p. 250 ss, p. 266 s, cité in ATF 145 III 241 consid. 3.5.3 p. 250.

¹⁸ *Zellweger-Gutknecht Corinne*, Negativzins: Vergütung für die Übernahme des Geldwertrisikos durch den Kapitalnehmer, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)* 2015 p. 370 ss, p. 373 s., citée in ATF 145 III 241 consid. 3.5.3 p. 250.

¹⁹ ATF 145 III 241 consid. 3.5.4 p. 252.

²⁰ ATF 145 III 241 consid. 3.5.5 p. 254.

siblement pencher la balance en faveur du dépôt²¹. Au vu de la conjoncture actuelle, le client qui remet de l'argent à sa banque entend plutôt mettre ses économies en lieu sûr que les faire fructifier²².

2.3 Point de départ

Si les parties ont omis de stipuler le point de départ des intérêts, ceux-ci commencent à courir à partir de la remise effective des fonds à l'emprunteur²³. En matière bancaire, c'est tantôt le moment où le compte de l'emprunteur est crédité (p. ex. en cas d'opération de décaissement ou d'avance à terme), tantôt celui où le preneur de crédit débite son compte (p. ex. en cas de crédit en compte-courant)²⁴. Cette approche correspond à la logique économique, puisque le moment pertinent coïncide avec celui où l'emprunteur se prive de l'usage des fonds.

3. Liquidation du contrat

3.1 Remboursement intégral

A la fin du contrat, l'emprunteur doit rendre au prêteur la propriété d'autant de choses de même espèce et qualité (art. 312 CO)²⁵. Le contrat se dénoue au moment où le débiteur exécute cette obligation, c'est-à-dire lorsqu'il rembourse le créancier (principal et intérêts). En règle générale, le contrat comporte un terme ou fixe un délai. Si toutefois les parties n'ont rien prévu, la loi oblige l'emprunteur à restituer ce qu'il doit dans les six semaines qui suivent la première réclamation du prêteur (art. 318 CO). Comme le prêt est un contrat de durée, la résiliation immédiate pour justes motifs est envisageable à titre exceptionnel si le maintien de la relation devient insupportable²⁶.

3.2 Remise de dette

Une remise de dette, intégrale ou partielle, peut aussi marquer le dénouement du contrat²⁷. Celle-ci est aussi un contrat bilatéral (art. 115 CO)²⁸. Il faut donc une manifestation réciproque et concordante de volontés pour éteindre tout ou partie de la créance. En théorie, la remise peut résulter d'actes concluants ou être inférée des circonstances. En pratique, la volonté du prêteur de renoncer définitivement à sa créance doit néanmoins apparaître clairement.

- Signer une quittance de salaire indiquant un montant inférieur au salaire contractuel est insuffisant pour en déduire une volonté d'abandon de créance²⁹.
- Laisser filer le temps au point que la créance se prescrive ne suffit pas non plus³⁰.
- Omettre de réclamer les intérêts moratoires dans une demande en justice ne permet pas non plus d'inférer une volonté d'abandonner la créance d'intérêts moratoires³¹.

Les tribunaux accueillent avec une très grande retenue l'argument du débiteur qui prétend que son créancier a manifesté par actes concluants vouloir renoncer à tout ou partie de sa créance.

3.3 Remboursement anticipé

Contrairement au prêteur privé, le prêteur commercial poursuit un intérêt économique reconnaissable à la poursuite du contrat jusqu'à son terme³². Il entend en effet percevoir régulièrement les intérêts sur lesquels il a élaboré ses prévisions. Le calcul repose en général sur la durée totale du contrat. Il en découle que l'emprunteur n'est pas libéré de son obligation de payer les intérêts lorsqu'il entreprend de rembourser

²¹ Pour une analyse détaillée de la discussion, cf. *Guggenheim Daniel/Guggenheim Anath*, Les contrats de la pratique bancaire suisse, Berne 2014, N 630 p. 214.

²² En ce sens, cf. ég. *Maurenbrecher/Schärer* (n. 12), N 1c ad art. 314 CO.

²³ *Bovet/Richa* (n. 4), N 4 ad art. 313 CO.

²⁴ *Maurenbrecher/Schärer* (n. 12), N 4 ad art. 313 CO.

²⁵ *Tercier/Bieri/Carron* (n. 3), N 2529 p. 339; *Maurenbrecher/Schärer* (n. 12), N 11 ad art. 312 CO; ATF 145 III 241 consid. 3.1 p. 245.

²⁶ *Venturi-Zen-Ruffinen Marie-Noëlle*, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich 2007, N 113 p. 36 et la jurisprudence citée.

²⁷ Nous utiliserons de manière interchangeable les notions de remise de dette (point de vue emprunteur) et d'abandon de créance (point de vue prêteur).

²⁸ *Engel Pierre*, Traité des obligations en droit suisse [...], 2^e éd., Berne 1997, p. 761; *Geissbühler Grégoire*, Le recouvrement privé de créances: aspects contractuels et protection du débiteur, Genève 2016, N 750 p. 157.

²⁹ ATF 109 II 327 consid. 2a p. 329.

³⁰ ATF 70 II 21 traduit au JdT 1944 I 429.

³¹ ATF 52 II 215 consid. 5 p. 220 s.

³² En ce sens, cf. TF 4A_409/2011 du 16 décembre 2011 consid. 3.2.2.

prématurément un contrat à terme fixe³³. Le prêt, tel qu'un crédit hypothécaire, conclu à titre onéreux est un contrat synallagmatique. Le paiement des intérêts constitue par conséquent l'une des prestations promises³⁴.

La loi prévoit certes un régime spécifique pour les crédits à la consommation : la partie faible est libre de s'acquitter de manière anticipée de ses obligations et de réclamer une remise des intérêts (art. 17 al. 1 et 2 LCC)³⁵. Au-delà du cas particulier du consommateur, la pratique bancaire a élaboré une solution de compromis en faveur du preneur de crédit hypothécaire. Celui-ci peut se libérer prématurément du contrat en payant une pénalité³⁶. Le Tribunal fédéral a considéré que ce type d'indemnité est assimilable à une clause pénale ou à un dédit consensuel³⁷. Le dédit consensuel est versé en vue de la résolution du contrat, tandis que le dédit réel intervient lors de la conclusion (art. 158 al. 2 CO)³⁸.

II. Aspects fiscaux de la relation prêteur-emprunteur

1. Remise des fonds

1.1 Équilibre comptable : condition de la neutralité

Nous savons que l'emprunteur ne s'enrichit pas au moment où il reçoit les fonds du prêteur, étant donné qu'il s'engage simultanément à les restituer. L'augmentation de l'actif prend la forme de liquidités, d'une créance ou de titres (entre autres), tandis que l'augmentation du passif prend celle d'un engagement à court terme ou à long terme (s'il excède douze mois). L'équilibre comptable justifie la neutralité du prêt.

La même logique est valable pour le prêteur, à ceci près que l'opération entraîne chez lui une permutation d'actifs.

1.2 Reconnaissance du prêt : indices de matérialité

La remise des fonds n'a donc pas d'impact fiscal, à condition que le prêt soit reconnu. Lorsqu'un prêt est conclu entre proches, les autorités compétentes observent avec circonspection les circonstances qui entourent l'opération. Elles utilisent des indices pour vérifier la matérialité du prêt :

- Existence et paiement régulier d'intérêts ;
- Fixation d'un taux conforme au marché ;
- Octroi de garanties ;
- Etablissement d'un échéancier pour le remboursement, et
- Solvabilité de l'emprunteur au moment de l'octroi du prêt³⁹.

Même si le droit privé ne subordonne le prêt à aucune forme, l'établissement d'un contrat écrit facilitera sa reconnaissance fiscale⁴⁰. En pratique, il est conseillé de documenter les relations établies entre proches, comme celles de l'actionnaire et sa société ou de se

³³ TF 4A_229/2007 du 7 novembre 2007 consid. 4.1 ; cf. ég. *Maurenbrecher* (n. 12), p. 160 ss ; *Bovet/Richa* (n. 4), N 5 ad art. 313 CO.

³⁴ TF 4A_229/2007 du 7 novembre 2007 consid. 4.1 ; sur le caractère synallagmatique, cf. *Bovet/Richa* (n. 4), N 3 ad Intro. art. 305–318 CO.

³⁵ Cf. *Guggenheim/Guggenheim* (n. 21), N 1093 p. 364 s. ; ces auteurs soulignent que cette disposition constitue un cas d'application de l'art. 81 CO.

³⁶ *Maurenbrecher* (n. 12), p. 163 ; *Guggenheim/Guggenheim* (n. 21), N 1022 p. 341.

³⁷ TF 4A_229/2007 du 7 novembre 2007 consid. 4.1 ; sur le problème controversé de l'application par analogie de l'art. 160 al. 3 CO au dédit consensuel et donc de la possibilité de réduire l'indemnité, cf. *Couchepin Gaspard*, La forfaitisation du dommage, SJ II 2009 p. 1 ss, p. 23 ; *Tolou Alborz*, La forfaitisation du dommage, thèse Fribourg, Genève 2017, N 334 p. 123 et les références citées ; ég. ATF 83 II 525 consid. 3 p. 532.

³⁸ *Tolou* (n. 37), N 334 p. 123.

³⁹ ATF 138 II 57 consid. 3.2 p. 60 s. ; ég. *Rivier Jean-Marc*, Réflexions sur le prêt d'une société anonyme à son actionnaire, Archives 54 p. 20 ss, p. 22 ; *Houdrouge Tarek/Ah Choon Jean Jacques/Maraia Jean-Frédéric*, Liberté et limites en matière de créances d'actionnaires, Not@lex 2017 p. 1 ss, p. 4.

⁴⁰ En ce sens, *Rivier* (n. 39), p. 21 s.

ciétés-sœurs⁴¹. Ces recommandations s'appliquent aussi au prêt portant intérêts entre membres d'une famille, qui peut faire naître des soupçons d'évasion fiscale⁴². La proximité peut enfin être retenue lorsqu'une entreprise se trouve en situation de dépendance commerciale vis-à-vis de l'un de ses principaux clients.

1.3 Risque de simulation

Le principe fondamental en droit fiscal veut que les relations juridiques soient négociées « *at arm's length* ». La reconnaissance d'un contrat, d'une structure ou d'une opération opère à condition que les parties trouvent un accord conforme au principe de pleine concurrence. La séparation entre individus et entre entités continue de faire la loi.

Lorsque l'autorité fiscale doute de la réelle et commune intention des parties, elle peut en particulier conclure à la simulation des rapports de droit (art. 18 al. 1 CO)⁴³. Le contribuable qui entend réduire la créance d'impôt devra alors apporter la preuve de l'existence du prêt. S'il échoue, les conséquences seront lourdes : outre la non-reconnaissance de l'opération choisie, la simulation entraîne l'ouverture de procédures de rappel et de soustraction d'impôt. Il devra payer l'impôt non perçu, les intérêts mo-

ratoires et s'acquitter d'une amende, assortie elle-même d'intérêts moratoires. Puisque la notion de revenu (en l'occurrence, celle de prestation appréciable en argent) est à rattachement économique, l'ensemble des circonstances concrètes doivent être prises en compte dans l'appréciation du cas d'espèce.

2. Intérêts

2.1 Intérêts actifs

Les intérêts actifs sont ceux que reçoit le prêteur. Ils appartiennent à la catégorie des rendements de la fortune mobilière. Ils sont donc imposables, qu'ils proviennent d'une créance dans la fortune privée (art. 20 al. 1 let. a LIFD) ou commerciale du contribuable (art. 18 et 58 LIFD).

A l'instar du dividende, l'intérêt est un fruit détaché de l'arbre : le créancier le recueille sans entamer la substance du capital. Ce type d'avantage économique se distingue du gain en capital qui l'emporte avec lui⁴⁴. Contrairement à la remise du « principal », la rémunération due en contrepartie de la mise à disposition du capital est donc imposable sans exception.

En tant que forme particulière de revenu, la notion de rendement de fortune doit être interprétée largement, dès lors que la loi cherche à imposer un revenu global net. Selon la jurisprudence, la notion de rendement de fortune est à rattachement économique.

« Elle inclut toutes les prestations appréciables en argent faites par un débiteur à son créancier qui n'ont pas juridiquement pour effet d'éteindre la dette en capital. »⁴⁵

Pour distinguer les intérêts des autres revenus, la doctrine et le Tribunal fédéral recourent au critère de la provenance subjective (*subjektives Herkunftsprinzip*)⁴⁶. Il faut donc se demander si la rémunération

⁴¹ A ce sujet, cf. *Yersin Danielle*, De quelques problèmes relatifs à la déduction des intérêts passifs et à la réalité de certaines dettes, Archives 47 p. 586 ss; sur le problème de sous-capitalisation et d'intérêts excessifs, cf. *Houdrouge et al.* (n. 39), p. 12.

⁴² Pour un cas où le Tribunal fédéral a ignoré les effets fiscaux d'un prêt et retenu l'évasion fiscale, cf. TF 2C_842 2016 du 3 avril 2017. Dans cette affaire, des époux avaient conclu un contrat de donation et de prêt avec leurs trois enfants. En exécution de cet accord, les parents avaient donné CHF 3 000 000 à chaque enfant, en échange de quoi ceux-ci avaient accordé à ceux-là un prêt de CHF 2 000 000 au taux de 1,5%. Les deux opérations s'étaient succédées en l'espace de deux jours.

⁴³ Pour un cas où le Tribunal fédéral a rejeté la conclusion de l'autorité fiscale selon laquelle le contrat de prêt entre deux sociétés sœurs était simulé, cf. ATF 138 II 57 consid. 3 traduit à la RDAF 2012 II p. 299 ss, p. 302 s.; sur le problème de la simulation, cf. ég. *Rivier* (n. 39), p. 19 s.; pour plus de développements, cf. *Barakat Aurélien*, Les approches de la réalité économique en droit fiscal suisse, thèse Fribourg, Genève *et al.* 2019, p. 298; ég. *Torrione Henri*, Abus (impôt éludé), fraude et soustraction [...], in Glauser Pierre-Marie (édit.), *Evasion fiscale*, Genève 2010, p. 149 ss, p. 162 s.

⁴⁴ Pour plus de détails sur la délimitation entre intérêts et gain en capital, cf. *infra* II.3.2.3.b.

⁴⁵ TF 2A.203/2006 du 17 octobre 2007 consid. 3.

⁴⁶ *Oberson Xavier*, Droit fiscal suisse, Bâle 2012, N 112 s. p. 130; *Locher Peter*, Kommentar zum DBG, 1^{re} Partie, 2^e éd., Bâle 2019, N 7-9 et N 22 ad art. 20 LIFD; *Mengiardi Andri*, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, thèse, Zurich 2008, p. 84 s.; *Spori Peter*, Einkommenssteuerliche Aspekte privater Portfolio-Anlagen, Archives 59 p. 345 ss, p. 365; *Yersin Danielle*, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital, Archives 50 p. 491 ss, p. 465; *Rivier Jean-Marc*,

provient de la relation débiteur–créancier et examiner plus précisément la qualité des parties (personnes physiques, personnes morales avec ou sans liens personnels ou économiques). L'intérêt d'un prêt, au sens strict, n'est pas soumis à l'impôt anticipé.

A certaines conditions, la relation peut toutefois être requalifiée en *obligation*. Les intérêts provenant d'obligations émises par une personne domiciliée en Suisse, de cédulas hypothécaires et lettres de rentes émises en série, ainsi que d'avoirs figurant au livre de la dette sont soumis à l'impôt anticipé (art. 4 al. 1 let. a LIA). Le traitement fiscal du prêt qui devient obligation (règle des 10, 20 et 100) excède le champ de cette contribution, nous ne le développons pas davantage⁴⁷. Précisons en revanche que le terme «*avoirs*» désigne la créance que détient le client contre la banque sur la base notamment d'un contrat de dépôt ou de compte-courant. L'intérêt que sert la banque est donc toujours soumis à l'impôt anticipé (art. 4 al. 1 let. d LIA)⁴⁸.

Les intérêts actifs sont imposables en principe à l'échéance, puisque le créancier acquiert alors une prétention ferme à l'endroit du débiteur⁴⁹. Les intérêts payés dans une monnaie étrangère sont imposables pour leur contre-valeur en francs suisses au

taux de change du jour d'échéance⁵⁰. Le moment pertinent pourra être différé à la perception réelle de la prestation en cas d'incertitude sur la capacité du débiteur à honorer sa dette, (débiteur insolvable), ou sur sa volonté de s'exécuter, (débiteur récalcitrant)⁵¹. En bonne logique, les *intérêts courus* ne sont pas imposables pour le détenteur du titre (p. ex. une obligation) qui s'en sépare avant l'échéance. Ils sont inclus dans son gain en capital. L'acquéreur qui en supportera la charge fiscale à l'échéance devra donc veiller à l'inclure dans ses calculs au moment de négocier l'instrument.

2.2 Intérêts passifs

Les intérêts passifs sont à l'emprunteur ce que les intérêts actifs sont au prêteur. Ils sont déductibles sans réserve pour les dettes commerciales (art. 27 al. 2 let. d LIFD) et, de manière limitée, pour les dettes privées (art. 33 al. 1 let. a LIFD).

La qualification de la relation peut ainsi s'avérer décisive en cas d'acquisition d'une participation au moyen de fonds étrangers, par exemple à l'occasion d'un «*management buy out*»⁵². Pour ne pas préteriter ce type d'opérations, la loi autorise l'acquéreur d'une participation d'au moins 20% à opter pour l'inclure dans sa fortune commerciale (art. 18 al. 2 LIFD).

Cela étant, la notion – à rattachement économique – d'intérêts passifs suppose l'existence d'une dette pécuniaire qui perdure avec le créancier⁵³. L'intérêt s'analyse en fonction des effets induits sur le rapport d'obligations : si la dette diminue avec l'octroi de la prestation, il s'agit tout simplement d'un remboursement du principal.

– Les mensualités que supporte le preneur de leasing échappent à cette notion⁵⁴. Les frais de fi-

L'imposition du revenu des obligations à intérêt unique prédominant ou de la difficulté de distinguer le gain en capital du rendement de la fortune mobilière privée, Archives 62 p. 449/454; *Merlino Nicolas*, in Noël Yves/Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire romand, Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017, N 18 s. ad art. 32 LIFD; TF 2C_120/2008 et 2C_121/2008 du 13 août 2008 consid. 2.3 publié à la RDAF 2009 II p. 34 ss, p. 37; 2A.203/2006 du 17 octobre 2007 consid. 3.1.

⁴⁷ La notion d'obligation appliquée en matière de droits de timbre et de l'impôt anticipé est définie à l'article 4 al. 3 de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT; RS 641.10) et à l'article 15 de l'ordonnance du 19 décembre 1966 sur l'impôt anticipé (OIA; RS 642.211); sur la règle des «10, 20 et 100», cf. AFC, Circulaires N 47, intitulée «Obligations» du 25 juillet 2019, en particulier ch. 3.1 et 3.2, et N 46, intitulée «Traitement fiscal des prêts consortiaux, des reconnaissances de dette, des effets de change et des sous-participations» du 24 juillet 2019; ég. *Eckert Jean-Blaise/Ponce Floran*, Swiss withholding tax aspects of financing, Archives 83 p. 969.

⁴⁸ Pour les montants qui n'excèdent pas CHF 200 par année civile, la loi prévoit une exception (art. 5 al. 1 let. c LIA).

⁴⁹ TF 2C_710/2017 du 29 octobre 2018 consid. 5.4.; cf. *Liégeois Fabien*, La disponibilité du revenu, thèse Genève, Zurich 2018, p. 336 s.

⁵⁰ Noël Yves, in Noël Yves/Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire romand, Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017, N 12 ad art. 20 LIFD.

⁵¹ TF 2C_710/2017 du 29 octobre 2018 consid. 5.4 publié à la RDAF 2018 II p. 635, p. 640.

⁵² *Oberson* (n. 46), N 56. Pour une analyse détaillée des enjeux fiscaux d'opérations d'acquisition au moyen de fonds étrangers, cf. *Lissi Alberto/Zitter Gernot*, Ausgewählte steuerliche Aspekte der Fremdfinanzierung von Akquisitionen, Archives 81 p. 123 ss.

⁵³ Pour une analyse détaillée de la position de la doctrine et du TF sur la portée de cette notion économique, cf. *Barakat* (n. 43), p. 118 ss.

⁵⁴ TF du 30 septembre 1992 consid. 2a publié à la RDAF 1995 p. 35 s.

nancement d'un bien en leasing utilisé à des fins privées ne sont pas déductibles dès lors que ce contrat s'apparente au contrat de location. Les dépenses qu'il engendre sont qualifiées de frais d'entretien non déductibles.

- Pour le Tribunal fédéral, les intérêts payés en lien avec un crédit de construction ne sont pas non plus déductibles. Ces dépenses appartiennent à la catégorie des frais d'acquisition et d'amélioration de la fortune⁵⁵.
- En revanche, les intérêts moratoires sur *les rappels d'impôt* constituent une catégorie particulière d'intérêts passifs. Ils ont pour but de compenser le fait que la somme due au titre de rappel d'impôt n'a pas été payée au moment où elle aurait dû l'être, faute de taxation complète à l'époque⁵⁶.

Etant donné qu'il s'agit d'un fait propre à diminuer la créance fiscale, il appartient au contribuable d'établir l'existence d'un lien entre la dette qu'il a contractée et l'intérêt qu'il supporte. En application du principe de périodicité, les intérêts passifs sont déductibles uniquement s'ils sont échus durant la période concernée⁵⁷.

2.3 Intérêts négatifs

L'exigence de relation avec la dette pose la question des «intérêts négatifs». Sont-ils déductibles chez le «prêteur» au même titre que des intérêts passifs le seraient chez l'emprunteur ?

Bien qu'elle soit commode, l'expression «intérêt négatif» est trompeuse. L'intérêt négatif ne peut pas être qualifié d'intérêt passif dans la mesure où ce n'est pas l'emprunteur qui s'acquitte de la rémunération, mais le prêteur. Le paiement ne correspond pas à un

dédommagement pour la privation du capital ou les ressources mises à disposition par le créancier. En cas de dette privée, l'art. 33 al. 1 let. a LIFD n'est donc pas applicable⁵⁸.

La rémunération à laquelle prétend l'émetteur-emprunteur s'apparente en réalité à une *prime de risque* (ou *d'assurance*) ou à une rémunération pour le service rendu (commission). L'investisseur-prêteur est libre de choisir entre plusieurs actifs (espèces, titres, immeuble, etc.). Lorsqu'il détient une obligation de l'Etat X dont la monnaie est plus sûre que celle de l'Etat Y, il accepte d'en payer le prix. La qualité du débiteur a aussi un coût. Le phénomène des «intérêts négatifs» obéit à la loi de l'offre et la demande. Au-delà du *quantitative easing*, il reflète les préférences de l'investisseur-prêteur.

Dans la circulaire qu'elle consacre aux obligations et instruments financiers dérivés, l'Administration fédérale des contributions considère que l'intérêt négatif n'est pas un intérêt au sens technique. Elle y voit une commission (*Kommission*) ou une prime (*Prämie*) que l'investisseur est «prêt à accepter pour garantir la sécurité de son investissement»⁵⁹. Selon la pratique fiscale, l'intérêt négatif exprime une rentabilité négative⁶⁰. Il en découle que l'investisseur privé ne peut pas le déduire. Une exception est néanmoins consentie pour les dépôts ou «avoirs» bancaires. Les comptes suivants sont concernés.

- Epargne;
- Investissements;
- Dépôts;
- Comptes courants ou comptes-salaire, et
- Dépôts à terme ou avoirs au jour le jour⁶¹.

La déduction trouve son fondement juridique à l'article 32 alinéa 1 LIFD. Les frais que supporte le client de la banque sont considérés comme nécessaires au maintien de la source de revenus⁶². En revanche, la

⁵⁵ TF 2A.148/2002 du 7 mai 2002 consid. 3.1 ; 2A.81/1992 du 30 septembre 1992 consid. 2c publié aux Archives 62 p. 683 ss ; TF du 4 octobre 1991 consid. 2b publié à la RDAF 1993 p. 416 ss ; ég. TF du 25 juin 1990 consid. 3b publié aux Archives 60 p. 191 ss ; cf. ég. *Merlino* (n. 46), N 146 ad art. 32 LIFD.

⁵⁶ TF 2C_258/2017 du 2 juillet 2018 consid. 6.6 non reproduit in ATF 144 II 359.

⁵⁷ TF 2C_874/2013 du 21 mai 2014 consid. 2.1 extrait publié in: Archives 83 p. 49 ss, p. 55 ; cf. ég. *Liégeois* (n. 49), p. 125 ; sur la question controversée du moment de la déductibilité des intérêts moratoires sur les rappels d'impôt, cf. TF 2C_258/2017 du 2 juillet 2018 consid. 6.8.1 à 6.8.3 non reproduits in ATF 144 II 359.

⁵⁸ Pour une analyse détaillée, cf. *Merlino* (n. 46), N 17 ss ad art. 32 LIFD.

⁵⁹ AFC, Circulaire N 15 intitulée «Obligations et instruments financiers dérivés en tant qu'objets de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre» du 23 octobre 2017, ch. 3.7.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Merlino* évoque les frais de maintien et de conservation de l'état de fortune, proches des droits de garde ou des frais bancaires de location de coffres (n. 46), N 18 ad art. 32 LIFD.

déduction est refusée pour les «titres de créance négociables», car la part des intérêts négatifs est difficile à dissocier des autres composantes⁶³.

3. Liquidation du contrat

3.1 Remboursement intégral

Lorsque l'emprunteur verse les fonds qu'il doit au prêteur à la fin du contrat, l'opération est neutre sur le plan fiscal. L'emprunteur ne s'appauvrit pas parce qu'il éteint sa dette en même temps qu'il effectue le virement sur le compte du prêteur. Ce dernier ne s'enrichit pas non plus avec la réception des fonds, puisqu'elle implique la disparition de sa créance. Bien que la précision semble inutile, la loi indique *expressis verbis* que les dépenses affectées au remboursement des dettes ne sont pas déductibles (art. 34 let. c LIFD).

3.2 Remise de dette

3.2.1 Enrichissement de l'emprunteur

On a compris que la neutralité du prêt repose sur le fait que l'emprunteur s'engage à rembourser la somme avancée. Si cependant le prêteur consent une remise de dette, la symétrie est rompue. Ce faisant, il enrichit l'emprunteur dont un élément du passif s'efface sans sortie correspondante d'un actif. La remise conventionnelle de dette confère par conséquent un avantage économique à l'emprunteur. La difficulté consiste à le qualifier fiscalement.

3.2.2 Qualification de l'avantage économique

La fiscalité transforme l'avantage économique, phénomène indivisible, en une multitude d'objets juridiques :

- Ce qui vient enrichir l'individu peut prendre la forme d'un salaire, d'un dividende ou d'un revenu de la prévoyance, par exemple.
- Certains avantages économiques sont imposés entièrement avec l'ensemble des autres revenus (le salaire ou les intérêts), d'autres le sont partiellement (le dividende pour certains actionnaires) ou de manière séparée (certains revenus de la prévoyance).
- L'opération de qualification détermine aussi les règles d'attribution du revenu et la répartition

du droit d'imposer dans les relations intercanonales et internationales.

- En cas d'assujettissement partiel, il faut distinguer les revenus périodiques des revenus aperiodiques.
- Enfin, le gain en capital de la fortune privée étant exonéré, cette délimitation s'avère fondamentale en droit suisse.

L'opération de qualification a donc une incidence à la fois sur l'assiette et le calcul de l'impôt.

3.2.3 Qualifications possibles

a) Donation

La remise de dette d'un proche peut être qualifiée (fiscalement) de donation lorsque sa cause réside dans le lien de parenté qui unit prêteur et emprunteur (art. 24 let. a ou art. 60 let. c LIFD). La donation a notamment été retenue dans le cas d'un abandon de créance consenti par la mère, respectivement la belle-mère, des exploitants d'un restaurant⁶⁴. Pour apprécier la situation, l'intention du créancier (*animus donandi*) est déterminante. Sa motivation est prise en compte au moment où il renonce à sa créance⁶⁵. Une remise de dette sans contrepartie peut ainsi être qualifiée de donation même si le prêt est commercial à l'origine.

En revanche, la donation a été exclue à plusieurs reprises dans des cas où l'abandon de créance provenait d'une banque⁶⁶. Dans les relations entre tiers, et *a fortiori* avec une banque, la présomption de renonciation à titre onéreux prévaut. Cette présomption – applicable au terme du contrat de prêt commercial – est le pendant de celle qui préside à sa conclusion (art. 313 al. 2 CO). Ce raisonnement symétrique ne prête pas le flanc à la critique.

On relèvera néanmoins que la *nature de l'affaire* doit compter au moins autant que la *qualité des parties* dans l'appréciation de la situation.

⁶⁴ TF 2C_224/2008 du 1^{er} avril 2009 consid. 2.2 publié à la RDAF 2009 II p. 555 ss.

⁶⁵ Pour le TF, ce qui est déterminant n'est pas la motivation du prêt, mais sa «dissolution», cf. TF 2C_224/2008 du 1^{er} avril 2009 consid. 2.2 publié à la RDAF 2009 II p. 555 ss.

⁶⁶ ATF 140 II 353 consid. 2.2 p. 355; TF 2C_388/2016 et 2C_389/2016 du 23 février 2017 consid. 2.1 publié à la RDAF 2018 II p. 132 ss, p. 133; 2C_120/2008 et 2C_121/2008 du 13 août 2008 consid. 2.3 publié à la RDAF 2009 II p. 34 ss, p. 37.

⁶³ *Ibidem*.

b) Gain en capital

La remise de dette peut-elle être qualifiée de gain en capital ?

Le contribuable réalise un gain en capital lorsqu'il aliène un bien ou un droit à un prix supérieur à son prix d'acquisition. Les exemples suivants illustrent ce type de revenu.

- Gain dans une opération de bourse à terme ou au comptant⁶⁷;
- Gain résultant de la vente de droits préférentiels de souscription (art. 20 al. 2 LIFD).

Fiscalement, il importe peu que l'augmentation de valeur se produise dans la durée : l'avantage est examiné et, le cas échéant, pris en compte – en bloc – au moment de l'aliénation. Le gain en capital est exonéré à condition qu'il provienne de la fortune privée du contribuable. Nous ignorons ici les subtils éléments de distinction entre fortune privée et commerciale pour insister sur les deux conditions cumulatives de la réalisation du « gain » :

- Le contribuable doit aliéner un droit réel ou personnel de sa fortune privée ;
- La contre-prestation reçue doit être en lien direct avec l'objet aliéné.

Le bien ou le droit doit disparaître définitivement du patrimoine du contribuable. Outre l'atteinte à la substance, le gain en capital suppose en effet un acte de disposition. Comme la notion est à rattachement économique, l'appréciation de la situation est dictée par l'ensemble des circonstances concrètes. Le contribuable ne doit pas seulement donner l'illusion juridique d'une vente, il doit renoncer à tout contrôle sur l'objet à la suite de l'opération⁶⁸. La construction juridique choisie n'est qu'un indice dont le juge tient compte, parmi d'autres.

Contrairement à la notion de rendement, la plus ou moins-value qui résulte de l'aliénation d'un élément de fortune ne provient pas directement du débiteur (provenance subjective)⁶⁹. Elle suppose une rencontre entre le contribuable et un tiers-acquéreur, c'est-à-dire une *aliénation* (art. 16 al. 3 LIFD). Le gain

dépend donc de circonstances extérieures à la relation, comme la conjoncture ou l'intensité de préférence d'un individu. Le rendement de fortune (p. ex. l'intérêt) et le gain en capital présentent au moins les deux différences suivantes :

- L'intérêt revêt un caractère certain et régulier ; l'avantage économique est garanti (sauf risque de contrepartie, naturellement) ;
- Le gain en capital revêt un caractère aléatoire et exceptionnel ; l'avantage économique n'est pas garanti.

En cas d'abandon de créance, la qualification de gain en capital doit être écartée en raison du critère de la provenance subjective⁷⁰. Le gain provient en effet de la rupture de la relation entre le créancier et le débiteur et non d'un tiers. Ce raisonnement s'aligne sur le principe de superposition du droit fiscal, selon lequel la relation de droit privé ou public conditionne le traitement fiscal. Le prêt et l'abandon de créance, le rapport de base, dictent la qualification fiscale, le rapport de superposition⁷¹.

c) Revenu

Avant d'être un objet juridique, le revenu constitue une notion économique⁷². L'impôt sur le revenu appréhende l'augmentation du pouvoir de disposition d'un individu au cours d'une période donnée⁷³. Devant une situation non réglée, le système force l'interprète à conclure que l'avantage économique tombe dans la clause générale⁷⁴. Outre la prise en compte de tout avantage appréciable en argent, le revenu doit *affluer* dans le patrimoine du contribuable. Faute de

⁶⁷ ATF 110 Ia 1.

⁶⁸ Pour une illustration légale d'un type d'opérations où le contribuable n'aliène pas réellement l'élément de fortune, cf. art. 20a al. 1 let. b LIFD.

⁶⁹ Cf. *supra* II.2.1.

⁷⁰ TF 2C_120/2008 et 2C_121/2008 du 13 août 2008 consid. 2.3 publié à la RDAF 2009 II p. 34 ss, p. 37 ; TF 2A.203/2006 du 17 octobre 2007 consid. 3.1.

⁷¹ Sur le principe et ses exceptions, cf. *Liégeois* (n. 49), p. 173 ss.

⁷² *Markus Weidmann*, *Einkommensbegriff und Realisation : zum Zeitpunkt der Realisation von Ertrag und Einkommen im Handels- und Steuerrecht*, Zurich 1996, p. 59 ; *Liégeois* (n. 49), p. 56.

⁷³ *Liégeois* (n. 49), p. 265.

⁷⁴ Sur la reconnaissance de la clause générale, cf. *Obrist Thierry*, *Le concept de réalisation systématique en droit fiscal suisse : changement de système fiscal et impôt sur le revenu et sur le bénéfice*, thèse, Neuchâtel 2012, p. 127 ; *Locher* (n. 46), N. 5 ad art. 16 LIFD ; ég. *Liégeois* (n. 49), p. 258 s. ; *Weidmann* (n. 72), p. 31 et 291 ; *Mengiardi* (n. 46), p. 45.

pouvoir être qualifiée de donation ou de gain en capital, la remise de dette sera donc considérée comme un revenu pour le débiteur au cours de la période fiscale où il en bénéficie (art. 16 al. 1 LIFD pour une dette privée ou art. 18 al. 1 LIFD pour une dette commerciale). Du fait du caractère subsidiaire de la clause générale, il ne faut pas perdre de vue qu'une remise de dette à titre onéreux peut également être qualifiée de rendement de participation si la société abandonne sa créance au profit de son actionnaire unique (prestation appréciable en argent). Elle peut enfin être qualifiée de produit de l'activité lucrative lorsqu'elle procède d'un rapport de travail (art. 17 al. 1 LIFD, p. ex. salaire).

d) Éléments d'appréciation : gare à la logique purement comptable

Quiconque bénéficie d'un effacement de dette connaît une amélioration de sa situation patrimoniale, le bon sens commande de l'observer. Pour une personne physique surendettée, les conséquences fiscales peuvent néanmoins s'avérer rigoureuses. Celle-ci peinera en particulier à comprendre qu'on lui réclame un impôt alors que son patrimoine continue d'afficher un solde négatif après l'opération. En pareil cas, une personne morale aurait été confrontée à une alternative : l'assainissement ou le dépôt de bilan. Tandis que la personne physique qui bénéficie d'une remise de dette *privée* doit porter l'entier du fardeau fiscal en raison du principe de périodicité et de l'étanchéité des périodes, l'entreprise peut, à titre exceptionnel, défalquer des pertes antérieures à sept ans (art. 31 al. 2 ou art. 67 al. 2 LIFD).

En dehors des cas d'abus (organisation de l'insolvabilité), il peut dès lors être choquant d'imposer l'avantage qui résulte d'une remise de dette privée pour la personne physique surendettée⁷⁵. Cela est d'autant plus vrai que l'option de la remise d'impôt demeure limitée aux cas de « dénuement » et la pratique des cantons est parfois restrictive en la ma-

tière⁷⁶. Et si, par hypothèse, le contribuable obtenait cette remise d'impôt, la logique comptable pourrait confiner à l'absurde. En effet, elle impliquerait que la remise d'impôt fasse naître à son tour un revenu imposable. Le cercle deviendrait vicieux. Au bout du compte, le débiteur peut ainsi en arriver à requérir lui-même sa faillite (art. 191 al. 1 LP ou « faillite personnelle »).

Selon nous, la qualification de « revenu » ne doit pas être inéluctable. Considérer l'abandon de créance comme tel procède d'une interprétation de la clause générale à la lumière de l'accroissement du patrimoine. Relevons en passant que la théorie des sources donne un autre résultat vu le caractère exceptionnel de l'abandon de créance⁷⁷. Même si nous restons de l'avis que l'approche de l'accroissement net concrétise mieux le principe de capacité économique⁷⁸, le juge doit pouvoir apprécier chaque situation et statuer en équité lorsque les circonstances l'exigent (art. 4 CC). En effet, la loi ne l'oblige pas à qualifier systématiquement cet avantage de revenu au sens de l'art. 16 al. 1 LIFD qui comporte une notion à rattachement économique ou relativement indéterminée⁷⁹. Le droit fiscal ne doit pas se laisser enfermer dans une logique *purement* comptable. C'est un piège à éviter.

3.3 Résiliation anticipée du contrat

Le contribuable peut-il déduire de son revenu l'indemnité pour rupture anticipée (*Vorfälligkeitsentschädigung*) d'un crédit hypothécaire ? La question a donné lieu à trois arrêts instructifs du Tribunal fédéral⁸⁰.

La déductibilité suppose que l'indemnité puisse être assimilée à des intérêts passifs (art. 33 al. 1 let. a LIFD)⁸¹. Ce rapprochement est permis lorsque la rup-

⁷⁵ Pour une affaire où le titulaire d'un acte de défaut de biens avait cédé sa créance à un prix inférieur à la valeur nominale (ou faciale), de sorte que le contribuable a plaidé (sans succès) la prise en compte de la valeur vénale apparemment inférieure, cf. Chambre administrative de la Cour de justice genevoise, ATA/937/2019.

⁷⁶ Cf. not. art. 167 al. 1 LIFD *cum* art. 2 al. 1 de l'ordonnance du DFF concernant le traitement des demandes en remise de l'impôt fédéral direct.

⁷⁷ Pour les tenants de la théorie des sources, le revenu prend la forme « d'un flux continu et régulier généré par une source stable ou durable » (ce qui est le propre d'une source), cf. *Liégeois* (n. 49), p. 60 note de bas de page 127.

⁷⁸ Sur la définition économique du revenu, cf. *Liégeois* (n. 49), p. 26 et 270 s.

⁷⁹ Cf. *Noël* (n. 50), N 2 ad art. 16 LIFD; *Liégeois* (n. 49), p. 132 et 258; en ce sens, cf. ég. *Locher* (n. 46), N 3 et N 5 ad art. 16 LIFD.

⁸⁰ ATF 143 II 396; 143 II 382; TF 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019.

⁸¹ A ce sujet, cf. *supra* II.2.2.

ture prématurée du contrat coïncide avec la conclusion d'un nouveau prêt hypothécaire auprès du même établissement. Tant que la relation débiteur-crédancier se poursuit, l'indemnité pour résiliation anticipée s'apparente davantage à «une rémunération qu'à un dédommagement ou une pénalité»⁸². Elle peut donc être déduite, même si les conditions contractuelles entre le prêteur et l'emprunteur sont modifiées. En revanche, lorsque le contribuable change de banque, donc de créancier, le lien avec la dette est rompu. En conséquence, l'indemnité ne peut plus être assimilée à des intérêts passifs⁸³.

Enfin, lorsque le contribuable résilie son contrat dans l'optique d'acquérir un bien immobilier, le lien avec la dette est également rompu. L'indemnité peut alors être prise en compte en tant qu'impense dans le calcul du gain immobilier (art. 12 al. 1 LHID)⁸⁴.

Conclusion

Nous avons mis en évidence trois situations où le prêt doit éveiller l'attention du juriste.

- *La remise de dette*: Si la conclusion du prêt échappe à l'impôt, la remise de dette engendre un revenu imposable dans la mesure où l'opération ne peut pas être qualifiée de donation exonérée. Lorsque l'*animus donandi* est donné, l'opération peut être soumise à un impôt cantonal spécial.

- *La résiliation anticipée de l'hypothèque*: En droit privé, l'indemnité que facture la banque est assimilée à une clause pénale ou à un dédit consensuel. Sur le plan fiscal, sa déductibilité est subordonnée à la continuité de relation prêteur-emprunteur. Lorsque le contribuable résilie le prêt à l'occasion d'une vente immobilière, la déduction est refusée même s'il s'engage à nouveau avec le même établissement. La pénalité est alors admise comme impense dans le calcul du produit de l'aliénation soumis à l'impôt sur les gains immobiliers en tant que «dépense d'investissement».
- *Les «intérêts négatifs»*: L'expression est ambiguë, car l'inversion des flux de paiement correspond en réalité à une prime que le prêteur consent à payer à l'emprunteur pour un actif plus sûr (monnaie et qualité du débiteur). En cas de dette privée ou d'investissement privé, cette prime de risque (ou commission/frais pour les services rendus) n'est pas déductible.

Le prêt domine l'économie parce qu'il exprime cette confiance créatrice de valeur sur le marché. Son équilibre repose tout entier sur la promesse de restituer. La trahir (ou le modifier en chemin) comporte son lot de pièges fiscaux.

⁸² ATF 143 II 396 consid. 2.3 p. 400; 143 II 382 consid. 5.3.1 p. 393; TF 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019 consid. 2.2.1; sur la qualification de l'indemnité en droit civil, cf. *supra* I.3.3.

⁸³ ATF 143 II 382 consid. 5.3.2 p. 394; é.g. TF 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019 consid. 2.2.3 où le TF précise l'ATF 143 II 396 consid. 2.3 p. 399.

⁸⁴ En ce sens, ATF 143 II 382 consid. 5.3.3 p. 394; TF 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019 consid. 2.2.3; sur les conclusions à prendre par le plaideur contre les décisions de taxation de deux cantons, cf. *Gani Raphaël*, Analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral in: Archives 87 p. 349 ss, p. 357.