

---

# Passage de l'immeuble de la fortune commerciale dans la fortune privée – Questions choisies concernant l'application du nouvel article 18a LIFD

## I Introduction

La loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (aussi dénommée loi sur la réforme de l'imposition de l'entreprise II, ci-après «RIE II»<sup>1</sup>) – qui a été adoptée en date du 23 mars 2007 et approuvée en votation le 24 février 2008 – a introduit des nouveautés importantes dans le domaine de l'activité lucrative indépendante.

C'est ainsi que le législateur a prévu une imposition différée dans diverses situations emportant, en principe, une réalisation des réserves latentes et, partant, la réalisation d'un revenu imposable. En particulier, un différé d'impôt a été introduit en cas de transfert d'un immeuble appartenant à l'actif immobilisé de la fortune commerciale à la fortune privée. Cette nou-



**Thierry De Mitri**  
Expert fiscal diplômé,  
De Mitri Conseils SA,  
Lausanne et Genève



**Raphaël Gani\***  
Dr. en droit, avocat,  
chargé de cours à l'Université  
de Lausanne

---

veauté répond en fait à un souhait des entrepreneurs qui ont toujours considéré cette forme d'imposition comme inique compte tenu de l'absence de liquidités générée par une telle opération<sup>2</sup>.

Cette nouvelle disposition légale – a priori nécessaire et bienvenue – ne va pas sans poser quelques questions tant la formulation paraît incertaine. Une prise de position de l'Administration fédérale des contributions (ci-après «AFC») était attendue avec impatience en la

---

\* Travaille auprès de la division de la taxation de l'Administration cantonale des impôts vaudoise. Le contenu de cette contribution représente uniquement l'opinion personnelle de ses auteurs et n'engage pas l'Administration.

<sup>1</sup> RO 2008 2893.

<sup>2</sup> Voir Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition II), FF 2005 p. 4550 (ci-après «Message du CF»). Le Message du CF précise d'ailleurs clairement que l'objectif de toute réforme de la législation fiscale devrait être la simplification de la fiscalité, voir p. 4551.

matière. En date du 16 décembre 2009, l'AFC a publié la Circulaire n°26 portant sur les «Nouveautés concernant l'activité lucrative indépendante suite à l'adoption de la loi sur la réforme de l'imposition de l'entreprise II» (ci-après «Circulaire 26/2009»). La Circulaire 26/2009 apporte des précisions quant à l'interprétation de ce nouveau dispositif – pour certaines discutables – mais laisse surtout perplexe le lecteur sur d'autres réponses apportées à quelques questions.

La présente contribution a pour ambition de reprendre et d'explicitier quelques aspects relatifs à cette nouvelle disposition légale au regard de la Circulaire 26/2009. Ainsi, on tentera d'explicitier les contours du nouveau dispositif tout en proposant une analyse critique de la Circulaire 26/2009 sur quelques points qui nous semblent problématiques (III). Au préalable et afin de bien comprendre l'enjeu, il nous semble opportun de rappeler brièvement le régime fiscal avant l'adoption de la nouvelle loi, ce qui permettra de comprendre les motivations du législateur (II).

## II Situation avant l'introduction de la RIE II

En droit fiscal fédéral, le bénéfice en capital résultant de la vente d'un bien immobilier appartenant à la fortune commerciale du contribuable fait partie du revenu de l'activité lucrative indépendante (art. 18 al. 2 loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, ci-après «LIFD»)<sup>3</sup>. Ce bénéfice en capital, correspondant à la différence entre le prix d'aliénation et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu<sup>4</sup> est dès lors pleinement imposable en vertu d'une réalisation effective des réserves latentes. Le bénéfice en capital est en outre soumis à l'AVS. A l'inverse, le gain en capital provenant de l'aliénation d'un bien immobilier faisant partie de la fortune privée n'est pas imposable (art. 16 al. 3 LIFD).

## Table des matières

### I Introduction

### II Situation avant l'introduction de la RIE II

### III Nouvel article 18a al. 1 LIFD

- 1 Buts et principes
- 2 Report d'imposition ou report du paiement de l'impôt?
- 3 Immeubles concernés
- 4 Relation avec l'article 37b LIFD
- 5 Notion d'aliénation
- 6 Situation en cas de perte
- 7 La déduction des intérêts hypothécaires grevant l'immeuble

### IV Conclusion

Au niveau de l'impôt cantonal et communal, la situation est légèrement différente. La loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (ci-après «LHID»)<sup>5</sup> prévoit un régime similaire s'agissant des gains en capital de la fortune privée. Ils sont en effet pleinement imposables (art. 12 al. 1 LHID). Lorsque le bien immobilier appartient à la fortune commerciale du contribuable, les cantons appliquent un régime différencié. En effet, la LHID n'a pas réglementé de façon uniforme la perception de l'impôt sur les gains immobiliers en laissant aux cantons, sur de nombreux points, une large liberté. De manière générale,

<sup>3</sup> Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11. Voir Yves NOËL, CR-LIFD, Art. 18 LIFD n° 44 ss., pp. 253 ss.

<sup>4</sup> Cette valeur correspond généralement à la valeur comptable sous réserve d'un redressement opéré par les autorités fiscales lors de la comptabilisation d'un amortissement ou d'une provision jugé non conforme à l'usage commercial (art. 27 al. 2 let. a LIFD et art. 28 al. 1 LIFD).

<sup>5</sup> RS 642.14.

on distingue à ce jour deux modèles d'imposition du gain en capital immobilier.

Le premier modèle est le *système dualiste* qui appréhende les gains provenant de l'aliénation des biens immobiliers appartenant à la fortune privée au moyen d'un impôt spécial. Les gains immobiliers réalisés sur des éléments faisant partie de la fortune commerciale sont imposés par le biais de l'impôt ordinaire sur le revenu<sup>6</sup> ou sur le bénéfice<sup>7</sup> (système dit «saint-gallois»)<sup>8</sup>. Les cantons ont également la possibilité d'opter pour le *système moniste* au moyen duquel les gains immobiliers sont en principe toujours frappés par l'impôt spécial sur les gains immobiliers sans distinction sur la question de savoir si le bien appartient à la fortune commerciale ou à la fortune privée (système dit «zurichois»). Toutefois, le système moniste souffre une exception lorsque la plus-value immobilière est également constituée d'un gain comptable (différence entre les dépenses d'investissement et la valeur comptable figurant au bilan, appelée également plus-value «structurelle»). En effet, il convient de souligner que les amortissements récupérés qui sont parties intégrantes du gain immobilier doivent être défalqués de la plus-value immobilière et soumis à une imposition ordinaire dans la mesure où leur constitution a été effectuée à charge du compte de résultats. En d'autres termes, seule la plus-value immobilière *stricto sensu* (appelée également plus-value «conjoncturelle») est soumise à l'impôt sur les gains immobiliers.

Ainsi que l'on peut le constater, le régime fiscal de la plus-value immobilière diffère selon que le bien appartient à la fortune commerciale ou à la fortune privée en droit fiscal fédéral et cantonal, à l'exception des cantons appliquant le système moniste (sauf pour la part de la plus-value correspondant à des amortissements récupérés). Dès lors, le passage d'un bien immobilier d'une sphère de patrimoine à une autre sphère n'est

pas sans conséquence fiscale. En droit fédéral tout comme dans les cantons appliquant le système dualiste, le passage d'un immeuble de la fortune commerciale vers la fortune privée est assimilé à une aliénation et, partant, est pleinement imposable (art. 18 al. 2 LIFD, art. 8 al. 1 LHID). En vertu d'une réalisation dite systématique, les réserves latentes rattachées à l'immeuble transféré – soit la différence entre la valeur vénale et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu – sont soumises à l'impôt au titre d'un revenu de l'activité lucrative indépendante<sup>9</sup>.

Le passage d'un immeuble de la fortune commerciale dans la fortune privée du contribuable peut découler de plusieurs situations. En premier lieu, lorsqu'il y a cessation de l'activité lucrative indépendante, les actifs commerciaux qui ne sont pas aliénés par l'entrepreneur passe dans la fortune privée. La fortune commerciale supplantant l'exercice d'une activité lucrative indépendante selon les termes mêmes de l'art. 18 al. 2 LIFD, la cessation de celle-ci provoque *de par la loi* un passage des éléments commerciaux dans la fortune privée. Le passage d'un immeuble de

<sup>6</sup> L'impôt sur le revenu perçu sur les plus-values commerciales s'applique aux personnes physiques exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 8 LHID.

<sup>7</sup> L'impôt sur le bénéfice est bien évidemment perçu sur les plus-values immobilières réalisées par des personnes morales (art. 58 LIFD).

<sup>8</sup> Sur le choix laissé aux cantons, voir, parmi d'autres, Bernhard ZWAHLEN, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 12 n° 3 ss., p. 184. Pour la jurisprudence, cf. «Revue fiscale» 2000 p. 182; ATF 130 II 202; RDAF 2006 II 28.

<sup>9</sup> Message du CF, p. 4455. Pour un exposé complet de la problématique voir CR LIFD, Yves NOËL, art. 18 LIFD N. 76 ss. Markus REICH, in: Martin ZWEIFEL/Peter ATHANAS (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Art. 18 DBG N 32 ss.

la fortune commerciale dans la fortune privée peut également résulter du transfert d'une exploitation d'une entreprise de personnes à une personne morale<sup>10</sup>. Lorsque l'entrepreneur ne souhaite pas transférer l'immeuble faisant partie de l'entreprise de personnes à la personne morale, l'immeuble passe en principe dans sa fortune privée<sup>11</sup>. Un passage dans la fortune privée de l'immeuble commercial pourrait encore découler de l'application de la théorie de la prépondérance. Depuis l'entrée en vigueur de la LIFD en 1995, un élément de la fortune

appartient désormais intégralement soit à la fortune commerciale soit à la fortune privée<sup>12</sup>. En présence d'un immeuble à caractère mixte, ce dernier doit être considéré comme servant à l'exercice de l'activité lucrative indépendante lorsqu'il y a prépondérance de l'exploitation commerciale par rapport à l'utilisation privée<sup>13</sup>. Une nouvelle affectation<sup>14</sup> d'un immeuble mixte utilisé de manière prépondérante à des fins commerciales pourrait conduire au transfert dudit immeuble dans la fortune privée.

On peut évidemment imaginer d'autres situations moins courantes comme le transfert d'un immeuble d'une société de personnes à ses associés. En effet, dans un tel cas, dès lors que la société de personnes est imposée en transparence chez les associés<sup>15</sup> l'immeuble sera, avant le transfert, imposé comme un actif immobilier commercial chez les associés, au pro rata de leur part dans la société. Or, après le transfert, l'immeuble continuera d'être imposé chez l'associé, mais, pour autant que le transfert se double d'une cessation de l'activité indépendante, au titre de la fortune privée. Il y aura donc dans un tel cas également réalisation systématique. Dans un tel cas également, l'art. 18a al. 1 LIFD devrait trouver application.

L'imposition au titre de la réalisation systématique peut susciter quelques difficultés pour l'entrepreneur. En effet, l'absence de liquidités au moment du transfert de l'immeuble de la fortune commerciale dans la fortune privée pourrait mettre le contribuable dans une position inconfortable alors qu'il n'a pas aliéné le bien immobilier. Or le cumul de l'impôt fédéral direct, de l'impôt cantonal et communal combiné avec les charges sociales peut conduire à un taux global de l'ordre de 50%.

Notons encore que cette problématique ne peut concerner que l'impôt fédéral direct et les cantons connaissant le système d'imposition dualiste en matière d'impôt sur les gains im-

<sup>10</sup> Au sens par exemple de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD qui prévoit, à certaines conditions, un sursis à l'imposition des réserves latentes en cas de transfert d'une exploitation ou partie d'exploitation à une personne morale.

<sup>11</sup> L'immeuble pourrait rester dans la fortune commerciale si l'entrepreneur poursuit une autre activité lucrative indépendante, activité qui ne serait pas transférée dans la personne morale. Tel pourrait être le cas d'une personne qui, outre l'activité d'entreprise générale transférée dans la personne morale, est également considérée comme un commerçant professionnel de l'immobilier et qu'il n'y a pas cessation de cette dernière activité.

<sup>12</sup> Voir à ce sujet la circulaire n° 2 du 12 novembre 1992 de l'AFC qui traite du revenu provenant de l'activité lucrative indépendante, en particulier de la question du passage de la méthode du partage de la valeur à celle de la prépondérance.

<sup>13</sup> Voir Yves NOËL, CR-LIFD, Art. 18 LIFD n° 65, p. 257.

<sup>14</sup> Selon la jurisprudence et la pratique administrative, pour établir l'attribution à une sphère de patrimoine, on mettra en relation, en règle générale, tous les rendements qui se rapportent à la partie de l'immeuble servant à l'exploitation, avec le rendement total de l'immeuble. Il est également possible de faire appel à d'autres critères appropriés pour préciser la délimitation (p.ex. la superficie, le volume intérieur, etc.). Si la part de l'utilisation commerciale s'élève à plus de 50%, on est en présence d'une utilisation à prédominance commerciale.

<sup>15</sup> En application de l'art. 10 LIFD.

mobiliers. En revanche, les cantons de tradition moniste ne sont pas concernés dans la mesure où la réalisation systématique en cas de transfert de l'immeuble la fortune commerciale dans la fortune privée est limitée à la différence entre les dépenses d'investissement et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu, à savoir les amortissements récupérés.

### III Nouvel article 18a al. 1 LIFD

#### 1 Buts et principes

L'art. 18a LIFD est applicable à plusieurs situations différentes, notamment, le transfert d'un immeuble de la fortune commerciale à la fortune privée (alinéa 1), l'affermage d'une exploitation commerciale (alinéa 2) et la reprise par les héritiers d'une exploitation commerciale (alinéa 3). Il ne sera ici question de du transfert d'un immeuble de la fortune commerciale d'un contribuable à sa fortune privée, soit l'art. 18a al. 1 LIFD.

Cette disposition a la teneur suivante:

«Lorsqu'un immeuble de l'actif immobilisé est transféré de la fortune commerciale à la fortune privée, le contribuable peut demander que seule la différence entre les dépenses d'investissement et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu soit imposée au moment du transfert. Dans ce cas, les dépenses d'investissement tiennent lieu de nouvelle valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu et l'imposition du reste des réserves latentes à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante est différée jusqu'à l'aliénation de l'immeuble.»

A lire le Message du Conseil fédéral<sup>16</sup>, cette disposition a été introduite comme une mesure, «pour alléger l'imposition lors du transfert d'immeubles de la fortune commerciale à la fortune privée. Dans le cadre de l'impôt fédéral direct ainsi que dans les cantons qui appli-

quent le système dualiste, le contribuable peut demander un report partiel des conséquences fiscales». Comme on l'a vu en effet, le transfert d'un actif immobilier de la fortune commerciale d'un contribuable à sa fortune privée va déclencher une imposition au titre de la réalisation systématique, en application de l'art. 18 al. 2 LIFD.

La conséquence directe de l'introduction, au 1<sup>er</sup> janvier 2011, de l'art. 18a LIFD est de conférer au contribuable un choix. Ainsi, celui dont l'actif immobilier est transféré de la fortune commerciale à la fortune privée devra opter entre (i) le régime ordinaire, c'est-à-dire celui déjà applicable avant l'entrée en vigueur de la nouvelle, soit une imposition immédiate des amortissements récupérés et de la plus-value prise par l'objet depuis son acquisition, ou alors (ii) un report d'imposition en application de la nouvelle disposition.

Si le contribuable opte pour le différé d'imposition selon l'art. 18a al. 1 LIFD, certaines conséquences sont claires et unanimement admises, alors que d'autres font l'objet de controverses. Nous présenterons les premières d'abord, et les controverses ensuite.

Les conséquences non controversées de la nouvelle législation ont trait à l'imposition qui survient au moment du différé. En effet, au moment du transfert de la fortune commerciale à la fortune privée, l'art. 18a al. 1 LIFD précise bien que «la différence entre les dépenses d'investissement et la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu» fait l'objet d'une imposition immédiate. Concrètement, le contribuable se verra imposer, pour la période fiscale durant laquelle le transfert intervient, sur la différence entre la valeur comptabilisée de l'immeuble transféré (valeur comptable) et le coût d'investissement

<sup>16</sup> Message du CF, p. 4556.

de cet immeuble. Cette différence est équivalente aux amortissements que le contribuable a effectués à la charge de son compte de résultat pendant les années durant lesquelles l'immeuble faisait partie de sa fortune commerciale (dits «amortissements récupérés»<sup>17</sup>).

Ce qui n'est pas non plus controversé, c'est que cette imposition lors du différé en application de l'art. 18a LIFD porte sur un revenu qualifié de revenu de l'activité lucrative indépendante, et par conséquent, est également soumis aux charges sociales. C'est là une conséquence logique dès lors que l'immeuble faisait partie de la fortune commerciale du contribuable.

Après le différé, et sur ce point également le consensus règne, «pour l'impôt sur le revenu, on considère que l'immeuble a été transféré complètement à la fortune privée»<sup>18</sup>. En d'autres termes, malgré le choix du contribuable d'opter pour un report de l'impôt, son immeuble est considéré comme ayant quitté sa fortune commerciale et être entré dans sa fortune privée. Il s'ensuit que les rendements locatifs éventuels que pourraient produire cet immeuble après le différé ne seront pas considérés comme des revenus de l'activité lucrative indépendante et ne seront donc pas soumis à l'AVS. En outre, le contribuable pourra se prévaloir de la déduction forfaitaire au titre des frais d'entretien des immeubles privés<sup>19</sup>. Enfin, d'éventuels amortissements ou réévaluations comptables n'auront plus d'impact sur l'impôt sur le revenu.

Là s'arrête le consensus. En effet, dès lors que seuls les amortissements récupérés sont imposés au moment du différé, deux plus-values doivent encore être soumises à l'impôt au moment de la vente subséquente de l'immeuble. Il s'agit d'une part de la plus-value immobilière déjà présente lors du transfert de la fortune commerciale à la fortune privée, mais aussi d'autre part de la plus-value née après le différé jusqu'à l'aliénation de l'immeuble. Or, c'est précisément

sur la qualification fiscale de ces deux gains que porte la controverse, qui sera abordée sous chiffre suivant.

## 2 Report d'imposition ou report du paiement de l'impôt?

La question principale est de déterminer si la plus-value prise par l'immeuble entre le report d'imposition prévu à l'art. 18a al. 1 LIFD et son aliénation ultérieure, doit être considérée comme un revenu de l'activité lucrative indépendante, et donc entièrement soumise à l'impôt sur le revenu (art. 18 LIFD) ou au contraire si la plus-value prise par l'immeuble après le différé constitue un gain en capital exonéré issu de l'aliénation d'un élément de la fortune privée du contribuable (art. 16 al. 3 LIFD). La question revient en d'autres termes à déterminer si le législateur entendait instaurer un système de report d'imposition ou un système de report du paiement de l'impôt.

D'un côté, l'AFC<sup>20</sup> indique, sans autre forme de justification, que «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,

<sup>17</sup> Si les amortissements ont été considérés dans le passé comme non justifiés par l'usage commercial (art. 58 al. 1 lit. b LIFD), il se peut que le bilan comptable ne corresponde plus au bilan fiscal (i.e. valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu). Seul le bilan fiscal sera alors déterminant.

<sup>18</sup> Circulaire AFC 26/2009, p. 3.

<sup>19</sup> Cf. art. 2 de l'Ordonnance du 24 août 1992 sur la déduction des frais relatifs aux immeubles privés dans le cadre de l'impôt fédéral direct (RS 642.116).

<sup>20</sup> Circulaire n° 28 de l'AFC du 3 novembre 2010 concernant l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante (ci-après «Circulaire 28/2010»), ch. 2.4.1., p. 4.

ce bénéfice de même que autres réserves latentes [sic] 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». Ainsi, l'AFC considère que toute la plus-value réalisée lors de la vente de l'immeuble, qu'elle se soit produite avant ou après le différé, doit être imposée comme un revenu de l'activité lucrative indépendante. Dans ce cadre, c'est donc de manière justifiée que la Circulaire 26/2009 précitée recourt aux termes «l'imposition (...) est reportée jusqu'à l'aliénation de l'immeuble». Il s'agit bien, dans la solution préconisée par l'AFC, d'un report d'imposition, et non pas d'un report du moment où le contribuable doit s'acquitter de l'impôt.

Cette solution a pour elle deux arguments. D'une part, une interprétation littérale du texte légal, et d'autre part, une interprétation historique des travaux parlementaires. S'agissant de la première d'abord, force est de constater que le texte de la loi prévoit effectivement que «l'imposition du reste des réserves latentes à titre de revenu de l'activité lucrative indépendante est différée jusqu'à l'aliénation de l'immeuble». La loi prévoit ainsi que le revenu réalisé lors de l'aliénation constitue un revenu de l'activité lucrative indépendante. Toutefois, il faut bien voir que même dans cette optique, la nouvelle disposition parle «du reste des réserves latentes» en référence probablement aux dépenses d'investissement qui sont imposées lors du différé. Il n'est donc pas nécessairement question, dans ce «reste» des réserves latentes, de la plus-value créée après le différé. Une interprétation strictement littérale ne permet ainsi pas véritablement de savoir si la loi soumet toutes les plus-values à l'impôt sur le revenu au titre de l'activité lucrative indépendante ou uniquement la plus-value existante au moment du différé.

Pour ce qui est des travaux du législateur, l'adoption de l'art. 18a al. 1 LIFD a fait l'objet de divergences entre le Conseil national et le Conseil des Etats. En effet, la majorité de la commission du Conseil des Etats voulait un différé de paiement («Zahlungsaufschub») plutôt que le système du différé d'impôt prévu par le projet du Conseil fédéral<sup>21</sup>. Cette proposition de la commission a d'ailleurs été suivie par le Conseil des Etats dans un premier temps. Ce n'est que dans le cadre de l'élimination des divergences entre les Chambres que le Conseil des Etats s'est rallié à la solution du Conseil fédéral et du Conseil national.

Dans ce cadre, l'intervention Germann<sup>22</sup> mentionne ceci:

«Die erste Differenz bezieht sich auf Artikel 18a des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer. Es geht hier um die Aufschubtatbestände bei der Besteuerung von Liegenschaften. Wird eine Liegenschaft des Anlagevermögens aus dem Geschäftsvermögen in das Privatvermögen überführt, kann die steuerpflichtige Person verlangen, dass im Zeitpunkt der Überführung nur die Differenz zwischen den Anlagekosten und dem massgebenden Einkommenssteuerwert besteuert wird. Der Nationalrat folgte in dieser Auslegung dem Bundesrat; demnach gelten in diesem Falle die Anlagekosten als neuer massgeblicher Einkommenssteuerwert. Die Besteuerung der übrigen stillen Reserven als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit wird bis zur Veräusserung der Liegenschaft aufgeschoben. Bundesrat und Nationalrat gewähren also einen Steueraufschub, der Ständerat dagegen votierte bislang für einen Zahlungsaufschub bis zur tatsächlichen Veräusserung der Liegenschaft. Gemäss Ständerat sollte die Steuer auf den übrigen

<sup>21</sup> Voir intervention Berset, au BO CE 2006 p. 1446.

<sup>22</sup> BO CE 2007 p. 212.

stillen Reserven, also der Wertzuwachsge Gewinn, zusammen mit dem übrigen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit veranlagt werden. Dieser Steuerbetrag wäre dann erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräusserung dieser Liegenschaft zu bezahlen gewesen und jährlich mit 2 Prozent verzinst worden.

Bei der Differenz geht es also um den Zeitpunkt, zu dem die Besteuerung der stillen Reserven berechnet wird: Steuern veranlagen und Zahlungsaufschub gewähren mit zweiprozentigem Jahreszins gemäss Ständerat versus Steueraufschub gemäss Nationalrat und Bundesrat. Hier beantragt Ihnen die Kommission, sich nun der einfacheren Lösung von Nationalrat und Bundesrat anzuschliessen. Demnach wird unter anderem die Wertsteigerung nach der Überführung von Liegenschaften vom Geschäfts- ins Privatvermögen der Einkommenssteuer unterstellt, was im Grundsatz dem Gebot des steuerfreien Kapitalgewinns widerspricht. Das ist zwar ein Schönheitsfehler, der aber die Aufrechterhaltung einer Differenz in dieser Phase nicht mehr rechtfertigt.»

Dès lors que le projet du Conseil fédéral a été finalement adopté, les travaux parlementaires indiquent ainsi une intention non pas de différer le paiement de l'impôt, mais bien l'entier de l'imposition. Il semble ainsi que l'imposition de la plus-value née après le différé au titre du revenu de l'activité lucrative indépendante ait été voulu par les Chambres. Une interprétation historique irait ainsi dans le sens de la pratique administrative annoncée par l'AFC dans sa Circulaire 26/2009 précitée, en imposant l'entier de la plus-value au titre de revenu de l'activité lucrative indépendante.

Dans l'autre camp, certaines administrations fiscales cantonales se sont montrées moins convaincues par cette interprétation. Il y aurait ainsi une volonté d'attribuer à chaque plus-value – avant et après le différé – un traitement

fiscal différent, en se fondant sur le fait que, avant le différé l'immeuble appartient à la fortune commerciale du contribuable et qu'après, elle fait partie de sa fortune privée. Cette distinction serait la seule compatible avec l'art. 12 LHID et la systématique du système dualiste d'imposition des gains immobiliers.

En effet, l'imposition de la plus-value née après le différé au titre de l'activité lucrative indépendante revient à admettre que cet immeuble fait encore partie de la fortune commerciale du contribuable. Or, même l'AFC admet qu'après le différé, l'immeuble est transféré à la fortune privée du contribuable. Elle en tire d'ailleurs les conséquences en admettant que les frais d'entretien des immeubles soient déductibles en application de l'art. 32 LIFD, comme un immeuble privé, et que lors de l'aliénation le contribuable n'ait pas droit au bénéfice de l'art. 37b LIFD, faute d'exercer une activité lucrative indépendante à ce moment<sup>23</sup>. Dans la solution préconisée par l'AFC, l'immeuble se trouverait donc dans une sorte de purgatoire entre la fortune privée et la fortune commerciale et son transfert au paradis de la fortune privée «pure» n'interviendrait qu'au moment de l'aliénation subséquente.

<sup>23</sup> Voir le commentaire de l'Ordonnance sur l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante (art. 37b LIFD), p. 11: «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», (ci-après «Commentaire OIBL»). Cf. *infra* III. 4.



Dans ce cadre, il est intéressant de rappeler que dans un arrêt récent<sup>24</sup>, le Tribunal fédéral a été confronté à la problématique suivante. Un agriculteur propriétaire de plusieurs immeubles agricoles les avait affermés en 1999. Conformément à la pratique cantonale alors applicable<sup>25</sup>, ces immeubles ont été maintenus dans la fortune commerciale de l'agriculteur malgré leur affermage. Le canton d'Argovie, dans lequel étaient situés les immeubles, connaît un système d'imposition des gains immobiliers dit dualiste, dans ce sens que les gains faits lors de l'aliénation d'un actif de la fortune privée sont imposés au titre d'un impôt spécial sur les gains immobiliers, tandis que ceux réalisés lors de la vente d'un actif commercial sont imposés au titre du revenu de l'activité lucrative indépendante. Dans ce système cependant, les immeubles agricoles, bien qu'appartenant à la fortune commerciale de l'agriculteur, sont imposés au titre de l'impôt spécial sur les gains immobiliers.

Dans ces circonstances, l'état de fait est le suivant. Entre 1997 et 2001, le contribuable agriculteur a procédé à l'achat et à la vente de neuf terrains. En outre, il a procédé à la vente de deux immeubles à une société anonyme, dont les actionnaires étaient ses enfants. L'autorité fiscale argovienne a considéré qu'il ne s'agissait plus de terrains agricoles affermés mais d'immeubles faisant partie de la fortune commerciale d'un commerçant en immeuble. Elle a par conséquent imposé l'entier de la plus-value à l'impôt sur le revenu. Incontestablement, que ce soit avant l'affermage, ou au moment où le contribuable agriculteur devient commerçant professionnel de l'immobilier, les immeubles ont toujours appartenu à sa fortune commerciale. Toutefois, ils appartenaient à sa fortune commerciale agricole – soumis à l'impôt sur les gains immobiliers – jusqu'au moment où ils sont passés dans la fortune commerciale «ordi-

naire» du contribuable, devenu alors commerçant professionnel de l'immobilier. En présence de cet état de fait, le Tribunal fédéral, se référant d'ailleurs à un arrêt antérieur<sup>26</sup>, a considéré qu'il fallait distinguer entre la plus-value prise par l'immeuble pendant la période durant laquelle il appartenait à la fortune commerciale agricole du contribuable de la plus-value prise après le passage fortune agricole à fortune commerciale ordinaire. Selon notre Haute Cour en effet, seul est conforme à la systématique prévue par l'art. 12 LHID, d'attribuer à chaque impôt la plus-value correspondante en fonction de l'appartenance à la fortune respective.

A suivre cet arrêt, et en appliquant par analogie sa solution à l'art. 18a al. 1 LIFD, force serait d'admettre que la seule interprétation conforme à l'art. 12 LHID de l'art. 18a LIFD consisterait à distinguer entre la plus-value prise par l'immeuble avant le différé d'imposition – ce serait alors un report du paiement de l'impôt sur la plus-value – et la plus-value acquise après. Cette dernière pourrait alors bénéficier d'une imposition correspondante à sa qualification d'immeuble appartenant à la fortune privée, c'est-à-dire être soumise à l'impôt cantonal sur les gains immobiliers et bénéficier de l'exonération des gains en capitaux de l'art. 16 al. 3 LIFD sur le plan de l'impôt fédéral. En d'autres termes, si le contribuable parvient à prouver, puisque c'est sur lui que la charge de la preuve repose, dès lors qu'il invoque un fait de nature à réduire sa charge fiscale, que la plus-value réalisée lors de la vente de son immeuble est

<sup>24</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 28 janvier 2011, 2C\_708/2010.

<sup>25</sup> La question de l'affermage d'une exploitation agricole fait l'objet désormais d'un traitement unifié au niveau fédéral par l'art. 18a al. 2 LIFD.

<sup>26</sup> Arrêt du TF du 2 juillet 2008, publié in «Revue fiscale» 2008, p. 864.

née en tout ou partie après le différé, alors cette dernière plus-value serait imposée comme tout gain réalisé sur la fortune privée immobilière. Cette dernière solution est plus en accord avec le but allégué du législateur qui souhaitait faciliter le transfert de la fortune commerciale à la fortune privée. En sus, elle évite de devoir construire un type de fortune «hybride» entre la fortune privée et la fortune commerciale. Elle est la seule qui évite que le contribuable se retrouve confronté à une imposition – défavorable – de la plus-value au titre du revenu de l'activité lucrative indépendante. Elle seule en outre respecte l'exonération des gains en capitaux, ancrée à l'art. 16 al. 3 LIFD. En effet, la solution préconisée par l'AFC constitue une exception à cette exonération, qui ne doit pas être admise à la légère.

Dans ces circonstances, il nous paraît plus conforme tant à la volonté initiale du législateur qu'à la systématique de la législation fiscale sur les gains immobiliers, de rejeter la solution préconisée par l'AFC dans sa Circulaire 26/2009 précitée.

### 3 Immeubles concernés

Selon les termes de la loi, le report imposition ne peut concerner que les *immeubles* faisant partie de l'actif *immobilisé*<sup>27</sup>. Cette situation suscite au moins trois remarques.

En premier lieu, on entend par immeuble les biens immobiliers qui sont considérés comme tels au sens du code civil suisse (art. 655 CCS) et, partant, qui sont inscrits au registre foncier<sup>28</sup>. Cela signifie que la société immobilière ne constitue pas un immeuble pouvant bénéficier du report d'imposition au sens de l'art. 18a al. 1 LIFD.

Ensuite, la formulation de la loi exclut les immeubles de l'actif circulant. Ainsi, il n'est pas possible de requérir le report d'imposition

pour des immeubles de la fortune commerciale appartenant à un commerçant professionnel d'immeubles<sup>29</sup>. La présentation comptable constitue un indice permettant de procéder à la distinction. Cependant, le point déterminant est l'utilisation effective de l'immeuble en tant que «marchandise» ou comme un actif ayant vocation à être détenu à long terme. Dans le cas d'une promotion immobilière, il ne fait que peu de doute que les immeubles font partie de l'actif circulant quand bien même il serait au bilan pendant plus d'un an. Dans tous les cas, il appartient au contribuable d'apporter la preuve de l'appartenance de l'immeuble à l'actif immobilisé.

Enfin, il n'est pas pertinent de savoir si l'immeuble constitue un actif d'exploitation ou un immeuble de placement. Partant, un immeuble acquis uniquement pour sa rentabilité n'ayant aucune relation avec l'exploitation l'entreprise peut tout à fait bénéficier du régime prévu par l'art. 18a al. 1 LIFD.

### 4 Relation avec l'article 37b LIFD

La question de la relation entre l'art. 18a al. 1 LIFD et l'art. 37b LIFD est délicate et suscite d'ores et déjà des controverses. En effet, il se pose la question de savoir comment doit être traité le bénéfice en capital résultant soit du passage

<sup>27</sup> Voir dans ce sens aussi, Urs CLÉMENT/Nadine SCHÖNENBERGER, Nouveautés dans la loi sur l'impôt fédéral direct, TREX 2010, p. 278.

<sup>28</sup> Ce point est confirmé par la Circulaire 26/2009, p. 3.

<sup>29</sup> La question de savoir si les immeubles d'un commerçant professionnel constituent une exploitation ou non au sens de l'art. 19 LIFD n'est pas déterminante. On rappelle que, selon la circulaire n°5 du 1<sup>er</sup> juin 2004 de l'AFC concernant les restructurations (ci-après «Circulaire 5/2004»), la détention et l'administration de propres immeubles peut constituer une exploitation à certaines conditions (p. 23).

de la fortune commerciale à la fortune privée soit de l'aliénation de l'immeuble pendant les périodes déterminantes pour calculer le bénéfice de liquidation pouvant bénéficier de l'application de l'art. 37b LIFD.

Afin d'appréhender cette problématique, il convient de distinguer les situations où le contribuable a fait usage de l'option permettant l'imposition différée en application de l'art. 18a al. 1 LIFD des situations où le contribuable a renoncé à l'option.

La situation la plus simple est celle où le contribuable n'a pas fait usage de l'option lui permettant de bénéficier d'une imposition différée. Si immeuble fait l'objet d'une réalisation systématique pendant les périodes déterminantes couvertes par l'art. 37b LIFD, à savoir pendant l'année de la liquidation ou dans l'année qui précède la cessation d'activité lucrative indépendante, les réserves latentes réalisées à cette occasion font partie du bénéfice de liquidation bénéficiant d'une imposition allégée<sup>30</sup>. Dans ce cas, tant les amortissements récupérés que le solde des réserves latentes bénéficient de l'art. 37b LIFD. Une revente ultérieure de l'immeuble avec une plus-value est exonérée au niveau de l'impôt fédéral direct (art. 16 al. 3 LIFD) et soumise à l'impôt spécial sur les gains immobiliers au niveau de l'impôt cantonal et communal (art. 12 al. 1 LHID). En revanche, si le passage de l'immeuble de la fortune commerciale à la fortune privée a été effectué avant les périodes déterminantes couvertes par l'art. 37b LIFD<sup>31</sup>, la plus-value découlant de la vente de l'immeuble<sup>32</sup> pendant l'année de la liquidation ou dans l'année qui précède ne peut pas bénéficier du régime de l'art. 37b LIFD. Pour cause, la plus-value qualifiée de privée serait exonérée d'impôt au niveau fédéral (art. 16 al. 3 LIFD) alors que l'impôt sur les gains immobiliers devrait être prélevé au niveau cantonal et communal (art. 12 al. 1 LHID).

Le traitement fiscal est fort différent si le contribuable a fait usage de l'option conduisant à une imposition différée de l'immeuble ayant passé de la fortune commerciale à la fortune privée.

Si le transfert a eu lieu avant les périodes déterminantes de l'art. 37b LIFD, mais que l'aliénation de l'immeuble – appartenant désormais à la fortune privée – est effectuée lors de la cessation d'activité lucrative indépendante, l'art. 37b LIFD n'est pas applicable<sup>33</sup>. Ainsi, quand bien même le bénéfice en capital découlant de la vente de l'immeuble constitue selon l'AFC un *revenu de l'activité lucrative indépendante*, cette plus-value immobilière ne fait pas partie du bénéfice de liquidation provenant de la cessation d'activité lucrative indépendante et, partant, ne peut pas bénéficier de l'art. 37b LIFD au motif qu'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*»<sup>34</sup>. Par conséquent, cette plus-value immobilière doit être taxée avec les autres revenus (y compris les revenus provenant de l'activité lucrative indépendante ordinaire) selon les taux usuels.

Cette interprétation ne va pas sans soulever quelques difficultés et, surtout, est insatisfaisante. Elle opère une distinction quant au traitement fiscal de deux types de revenus extraordinaires provenant de l'activité lucrative indépendante pourtant réalisés lors de la même période fiscale<sup>35</sup>. Or il semblerait logique de soutenir que l'art. 37b LIFD devrait s'appliquer en cas d'aliénation – effectuée dans l'année de la liquidation ou dans l'année qui précède – à la plus-value découlant de l'immeuble ayant bénéficié de l'imposition différée dans la mesure où ladite plus-value est qualifiée *de par la loi* de revenu d'activité lucrative indépendante. On pourrait tout à fait imaginer qu'un immeuble – transféré dans la fortune privée en

application de la théorie de la prépondérance mais toujours utilisé en partie à des fins commerciales – soit aliéné pendant l'année de liquidation ou l'année qui précède en relation avec la cessation d'activité lucrative indépendante. Dans cette hypothèse, il semble difficile de soutenir que l'aliénation de l'immeuble n'a pas été effectuée dans le cadre de la liquidation. Conformément à la position défendue dans la présente contribution (cf. *supra* III.2)<sup>36</sup>, l'exclusion de l'application de l'art. 37b LIFD au bénéfice en capital découlant de l'aliénation de l'immeuble transféré dans la fortune privée mais ayant bénéficié d'une imposition différée devrait clairement plaider pour un traitement fiscal différencié de la plus-value conjoncturelle au moment de l'aliénation selon l'appartenance de l'immeuble à la fortune commerciale et à la fortune privée. Cette solution est la seule qui respecte la systématique fiscale.

La situation est plus simple lorsque la demande d'imposition différée a été effectuée pendant l'année de la liquidation ou dans l'année qui précède la cessation d'activité lucrative indépendante. Dans ce cas, seuls les amortissements récupérés font partie du bénéfice de liquidation au

sens de l'art. 37b LIFD<sup>37</sup>. La revente ultérieure du bien immobilier doit être taxée conformément à l'art. 18a LIFD selon les modalités décrites plus haut (cf. *supra* III.2).

L'art 3 al. 2 OIBL envisage la possibilité de cumuler l'application de l'art. 18a al. 1 LIFD et l'art. 37b LIFD. En effet, 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. Selon la Circulaire 28/2010 concernant l'imposition des bénéfices de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante, le passage de l'immeuble de la fortune commerciale dans la fortune privée et l'aliénation de ce dernier constituent deux opérations dont le résultat fait partie du bénéfice de liquidation soumis à l'art. 37b LIFD. En d'autres termes, l'imposition allégée prévue par cette dernière disposition légale couvre tant les amortissements récupérés que le solde des réserves latentes réalisées au moment de l'aliénation de l'immeuble. Cette interprétation – au demeurant favorable au contribuable – est pour le moins surprenante. En effet, les considérations ayant conduit l'AFC à exclure l'application de l'art. 37b LIFD en cas d'imposition différée avant les périodes couvertes par cette dernière disposition devraient valoir dans la même mesure dans l'hypothèse où l'imposition différée a été sollicitée pendant l'année de liquidation ou dans l'année qui précède. Cette incohérence devrait également plaider pour un traitement fiscal différencié de la plus-value conjoncturelle.

## 5 Notion d'aliénation

Selon les termes de l'art. 18a al. 1 LIFD, l'imposition du reste des réserves latentes à titre de revenu l'activité lucrative indépendante est

<sup>30</sup> Voir Commentaire OIBL, p. 9.

<sup>31</sup> Par exemple en application de la théorie de la prépondérance.

<sup>32</sup> Qui fait désormais appartenant la fortune privée.

<sup>33</sup> Cela découle du reste de l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance sur la position des bénéfices liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante (ci-après «OIBL»).

<sup>34</sup> Commentaire OIBL, p. 11.

<sup>35</sup> Il y aurait les bénéfices en capital de la fortune commerciale pouvant bénéficier de l'art. 37b LIFD et les autres bénéfices en capital taxés de manière ordinaire.

<sup>36</sup> A savoir chaque plus-value doit être imposée par l'impôt correspondant selon que l'immeuble est dans la fortune commerciale ou dans la fortune privée.

<sup>37</sup> Circulaire 26/2009, p. 4, Commentaire OIBL, p. 10.

différée jusqu'à l'*aliénation* de l'immeuble. Il se pose dès lors la question de savoir ce que recouvre la notion d'aliénation.

A la lecture de la Circulaire 26/2009, «*on entend par aliénation toute transmission, à titre onéreux ou non, de l'immeuble, à l'exclusion de la dévolution successorale*». Ainsi, l'AFC soutient que la donation constitue un cas d'aliénation provoquant la réalisation des réserves latentes correspondant à la différence entre la valeur vénale de l'immeuble au moment de la donation et la nouvelle valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu (augmentée des impenses intervenues dans l'intervalle).

Ce point de vue nous semble très contestable. En effet, comme cela a été démontré plus haut, le but de la disposition légale est de permettre de différer le paiement de l'impôt, compte tenu du manque de liquidités du contribuable au moment du transfert de l'immeuble de la fortune commerciale à la fortune privée, à l'occasion d'une réalisation effective des réserves latentes, soit à un moment jugé plus opportun<sup>38</sup>. En outre, lors de l'élaboration de la nouvelle, le législateur

avait également en toile de fond le souhait de permettre un rapprochement entre les systèmes d'imposition dualiste et moniste<sup>39</sup>. Or force est de constater que la donation, faute de constituer une réalisation effective, ne représente pas un cas d'imposition des réserves latentes dans le contexte de l'impôt sur les gains immobiliers. En effet, en cas de donation, le contribuable peut requérir un report d'imposition conformément à l'art. 12 al. 3 let. a LHID. Dans le système moniste, ceci est vrai tant pour un immeuble commercial que privé. Dès lors, dans un souci de rapprochement des deux systèmes, il nous semble qu'une interprétation convergente avec les principes applicables en matière d'impôt sur les gains immobiliers de la notion d'aliénation devrait conduire à exclure la donation comme un cas d'aliénation. C'est pourquoi nous sommes d'avis que le report d'imposition ne s'interrompt pas au moment de la donation de l'immeuble ayant bénéficié de l'art. 18a al.1 LIFD<sup>40</sup>.

Dans le même ordre d'idée, la Circulaire 26/2009 précise que la dévolution successorale n'est pas un cas d'aliénation. En revanche, le partage de la succession doit être considéré comme un cas interrompant le report d'imposition et conduisant à la réalisation des réserves latentes. Sur la base des mêmes motifs évoqués plus haut, il nous semble que le partage successoral ne devrait pas constituer une aliénation eu égard au fait l'art. 12 al. 3 let a LHID considère cet état de fait comme un cas d'imposition différée.

De manière générale, les cas de report d'imposition prévus par l'art. 12 al. 3 LHID devrait trouver application s'agissant d'un immeuble ayant bénéficié d'un report d'imposition et appartenant désormais à la fortune privée. Cette interprétation est la seule qui permette de procéder à un rapprochement souhaité et cohérent entre le système dualiste et le système moniste.

<sup>38</sup> Voir Message du CF p. 4551.

<sup>39</sup> Voir Message du CF p. 4556.

<sup>40</sup> Dans le contexte du transfert d'une entreprise de personnes à une personne morale, il est intéressant de relever que l'art. 19 al. 2 LIFD prévoit une imposition des réserves latentes qui ont fait l'objet d'un sursis à l'imposition si les droits de participation sont aliénés dans les cinq ans suivant la restructuration à un prix supérieur à la valeur fiscalement déterminante du capital propre transféré. Dans la Circulaire 5/2004, l'AFC a clairement indiqué que le transfert de propriété des droits de participation de la personne morale par succession ou donation ne constitue pas une violation du délai de blocage. Ainsi, force est de relever que le fisc fédéral ne considère pas la donation comme un acte d'aliénation. On comprend dès lors mal pourquoi la notion d'aliénation serait un concept à géométrie variable dans le cadre de l'impôt sur le revenu.

Le cas est plus épineux dans l'hypothèse de la vente de l'immeuble ayant fait l'objet d'un report d'imposition et devenu entre-temps la résidence principale du contribuable dans la mesure où la vente constitue bien un cas d'aliénation. À notre sens, il convient de distinguer la situation qui prévaut au niveau de l'impôt fédéral direct de celle existant au niveau de l'impôt cantonal et communal. En matière d'impôt fédéral direct, il n'existe pas de base légale permettant un report d'imposition<sup>41</sup>. En revanche, dans le cadre de l'impôt cantonal et communal, la plus-value découlant d'une vente d'un immeuble constituant la résidence principale devrait pouvoir bénéficier d'un report d'imposition conformément à l'art. 12 al. 3 let. e LHID<sup>42</sup>. En effet, l'immeuble est entièrement transféré dans la fortune privée et donc soumis au régime de l'impôt spécial sur les gains immobiliers. Sur ce point, le différé d'imposition de l'art. 18a al. 1 LIFD ne devrait donc pas empêcher l'application du report de l'art 12 al. 3 lit. e LHID, qui aurait, sans contestation possible, été applicable à l'immeuble si le contribuable n'avait pas opté.

Enfin, la Circulaire 26/2009 prévoit que, en cas de vente d'un immeuble ayant bénéficié d'un report d'imposition à des proches à un prix de faveur, le revenu imposable doit être déterminé en se fondant sur la valeur vénale de l'immeuble. Cette position nous paraît fort critiquable. Si l'on comprend bien les motivations de l'AFC, un tel redressement semble dépourvu de toute base légale. A notre sens, le prix convenu entre les parties doit être le seul déterminant et un redressement ne pourrait être opéré par les autorités fiscales que si les éléments constitutifs de l'évasion fiscale étaient réalisés.<sup>43</sup>

## 6 Situation en cas de perte

En règle générale, le marché immobilier est tel qu'il permet à un bien de ne pas perdre de valeur avec l'écoulement du temps. C'est ainsi que jusqu'ici, il a avant tout été question d'imposition des plus-values que de traitement fiscal d'une aliénation à perte. La question mérite cependant d'être examinée. Plus particulièrement, il y a lieu de déterminer quel sera l'impact sur le plan fiscal d'une aliénation, par le contribuable qui a opté pour le différé selon l'art. 18a al. 1 LIFD, à un prix inférieur au coût d'investissement de son immeuble.

Le cas serait ainsi le suivant: un entrepreneur qui exploite son entreprise en raison individuelle prend la décision en 2011 de mettre fin à cette activité lucrative indépendante. Il exploitait jusque là son entreprise dans des locaux dont il est propriétaire et qu'il entend conserver et mettre en location à la personne qui reprendra son exploitation. Suite à la cession de son activité lucrative indépendante, ce contribuable devra faire face à un transfert ex lege de son immeuble de sa fortune commerciale à sa fortune privée. Sans correctif, ce transfert entraînerait la réalisation systématique des réserves latentes sur l'immeuble.

<sup>41</sup> L'art. 30 LIFD qui prévoit le emploi en cas d'aliénation d'actifs commerciaux ne devrait pas pouvoir s'appliquer s'agissant d'un immeuble situé désormais dans la fortune privée. Cela s'explique simplement par le fait que les gains en capital de la fortune privée étant exonérés, on voit mal pourquoi un dispositif permettant le report d'imposition serait introduit par le législateur fédéral.

<sup>42</sup> On rappelle que l'art. 12 al. 3 let. e LHID prévoit une imposition différée «*en cas d'aliénation de l'habitation (maison ou appartement) ayant durablement exclusivement servi au propre usage de l'aliénateur, dans la mesure où le produit ainsi obtenu est affecté, pour d'appel appropriée, à l'acquisition ou à la construction en Suisse d'une habitation servant au même usage*».

<sup>43</sup> La transaction pourrait également être examinée sous l'angle de la donation mixte.

Si ce contribuable opte pour le différé, il ne sera alors imposé de manière immédiate que sur les amortissements récupérés (cf. *supra* III 1). Partons de l'hypothèse, qu'ensuite du report d'imposition, le marché immobilier chute et que la valeur de l'immeuble conservé par le contribuable descende en dessous de son coût d'investissement initial. Par exemple, l'immeuble avait été acquis pour un montant de CHF 1 000 000.—. Au moment du report, il était comptabilisé à hauteur de CHF 700 000.—. L'imposition immédiate portera donc sur un montant de CHF 300 000.—. Si lors de l'aliénation le contribuable ne parvient à vendre l'immeuble que pour CHF 800 000.—, il aura donc fait une perte de CHF 200 000.— en aliénant cet actif immobilisé.

C'est la déductibilité de cette perte qui doit être examinée.

Dans sa Circulaire 26/2009, l'AFC, qui considère, comme on l'a vu, que le produit de la vente de l'immeuble est un revenu de l'activité lucrative indépendante, admet que *«si la valeur vénale de l'immeuble au moment de l'aliénation est tombée en dessous de la valeur pour l'impôt sur le revenu, cette perte peut être déduite des autres revenus de la même période fiscale»*.

Cette solution est cohérente avec la qualification faite dans la pratique administrative.

On pourrait se poser la question d'une telle déductibilité de perte dans la solution soutenue précédemment à savoir, qu'après le transfert, l'immeuble appartient entièrement à la fortune privée du contribuable et que seul le paiement de l'impôt est différé. *Prima facie*, il apparaîtrait cohérent d'admettre que si l'immeuble appartient à la fortune privée, toute perte constitue une perte en capital dont la déductibilité doit être niée en application de l'art. 16 al. 3 LIFD, corollaire de la non-imposition du gain en capital. D'un autre côté, la solution inverse

pourrait être également correcte, en ce qu'elle consisterait à admettre que la perte conserve sa nature commerciale, même si l'immeuble est «complètement» transféré de la fortune commerciale à la fortune privée. Dans ce sens, en effet, l'on pourrait considérer qu'une perte éventuelle réalisée lors de l'aliénation de l'immeuble grèvera nécessairement la part «commerciale» de cet immeuble. Cette perte provenant assurément de la différence — négative — entre le coût d'investissement et le prix de vente, il n'y aurait alors jamais de «perte privée» non déductible.

En réalité, la solution que nous préconisons consiste à attribuer à chaque plus-value le traitement fiscal correspondant au moment où elle est apparue, c'est-à-dire une imposition du gain privé sur la plus-value réalisée pendant la période de détention en fortune privée et une imposition en tant que revenu de l'activité lucrative indépendante pour la plus-value née durant la période de détention en fortune commerciale. Dans ce cadre, il faut donc admettre que si la valeur vénale de l'immeuble est descendue en dessous de son coût d'acquisition déjà avant le report d'imposition, l'imposition reportée sera égale à zéro et l'on pourra admettre que cette perte est commerciale — et donc déductible — des autres revenus du contribuable. A l'inverse, si, la perte est due à une baisse du marché immobilier après le différé, la perte devra être considérée comme une perte privée, non déductible.

Par conséquent, la déductibilité de la perte durant la période fiscale concernée pourra être admise (i) soit si la jurisprudence confirme la pratique administrative concrétisée dans la Circulaire AFC 26/2009, soit (ii) si, dans la solution ici préconisée, la perte était déjà présente au moment du différé d'imposition. Si tel ne devait pas être le cas, il conviendrait de refuser une telle déduction.

Différente est encore la question d'un éventuel report de la perte encourue lors de l'aliénation, non pas uniquement sur la période fiscale en cours, mais également sur les périodes subséquentes. Sur ce point, l'AFC précise que le *«report de pertes ne peut être pris en considération que lorsque le contribuable exerce une activité lucrative indépendante. Les pertes reportées non encore compensées et résultant d'une activité lucrative indépendante antérieure ne peuvent plus être prises en compte»*.

Dans cette optique, le contribuable ne pourra ainsi faire valoir le report des pertes en application de l'art. 211 LIFD que pour autant qu'il exerce toujours une – autre – activité lucrative indépendante. Par conséquent, s'il a mis fin de manière définitive à son activité indépendante, le solde de perte éventuel sera définitivement perdu, et ce même dans le cadre de la pratique administrative actuelle.

Ce refus de report de perte est par ailleurs conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>44</sup> qui indique que *«au regard de la systématique de la loi, il convient d'interpréter l'art. 211 LIFD en ce sens que le report de pertes n'est possible qu'aussi longtemps que le contribuable exerce une activité lucrative indépendante»*. En revanche, on mentionnera ici que quelle que soit l'activité indépendante exercée, le report devrait être admis.

En conclusion sur ce point, la question de la déductibilité d'une perte éventuelle et de son report est intimement liée à la réponse qui sera apportée par la jurisprudence quant à la qualification fiscale de la plus-value réalisée après le

report de l'art. 18a al. 1 LIFD. Si, comme nous le soutenons, l'immeuble doit être qualifié de «purement» privé après le report, alors la perte ne serait déductible que si elle est née avant le différé. Si la solution préconisée par l'AFC devait prévaloir, alors la déductibilité de la perte devrait effectivement être admise, puisque gain comme perte seraient qualifiés de commerciaux, quand bien même l'immeuble serait privé. Quelle que soit la solution admise, le report de perte dans les limites de l'art. 211 LIFD nécessitera toujours que le contribuable exerce encore une activité lucrative indépendante, faute de quoi la continuité commerciale est rompue.

## 7 La déduction des intérêts hypothécaires grevant l'immeuble

Pour un immeuble qui est fortement grevé d'une dette hypothécaire, ou dans l'hypothèse d'un taux d'intérêt élevé sur une telle dette, la question de la déductibilité des intérêts passifs doit être ici signalée.

En effet, tant que l'immeuble appartient à la fortune commerciale du contribuable, les dettes liées à l'immeuble sont également des dettes commerciales. Par conséquent, les intérêts passifs versés par le contribuable en contrepartie du prêt hypothécaire seront déductibles, dans la mesure où ils constituent des charges justifiées par l'usage commercial<sup>45</sup>. A ce titre, ces intérêts sont déductibles sans limitation.

En revanche, dès son transfert dans la fortune privée, et ce sans que le report d'imposition de l'art. 18a al. 1 LIFD n'y change quoi que ce soit, la déductibilité des intérêts passifs sera limitée par l'art. 33 al. 1 LIFD. Ainsi, dès le transfert, les intérêts passifs dépassant les rendements des fortunes mobilière et immobilière, auxquels s'ajoutent CHF 50 000.–, ne seront plus déductibles de l'impôt sur le revenu.

<sup>44</sup> Voir notamment RDAF 2010 II 205.

<sup>45</sup> Ce qui sera en principe toujours le cas, en dehors d'un prêt consenti entre parties liées et qui pourraient constituer une distribution dissimulée de bénéfices.



## **IV Conclusion**

En l'absence de jurisprudence, nous sommes réduits à émettre des hypothèses et faire des propositions quant à l'interprétation de cette nouvelle disposition que constitue l'art. 18a al. 1 LIFD. La controverse porte essentiellement sur la qualification de l'immeuble «post différé». Analysé sous l'angle des différentes méthodes traditionnelles d'interprétation, le report d'imposition nous paraît entraîner un transfert complet de l'immeuble de la fortune commerciale

à la fortune privée, et non pas le faire transiter jusqu'à sa vente dans une zone intermédiaire de «fortune hybride».

De cette solution découlent plusieurs implications sur des questions annexes que sont les relations avec l'art. 37b LIFD, le réinvestissement de l'art. 12 al. 3 let. e LHID, la déductibilité des pertes, entre autres. Quelle que soit la solution qui sera celle du Tribunal fédéral, il importera d'en tirer toutes les conséquences afin que le traitement fiscal du différé de l'art. 18a al. 1 LIFD soit cohérent.