

Dénonciation d'un crédit hypothécaire: le Tribunal fédéral clarifie le traitement fiscal

Lorsque l'emprunteur souhaite résilier de manière anticipée son contrat hypothécaire, l'indemnité qu'il doit acquitter à la banque est-elle déductible?



Thierry De Mitri
Expert fiscal diplômé,
CES en Management, Lausanne

Arrêt du Tribunal fédéral du 16 décembre 2019 (2C_1009/2019), A.A & B.A c/ Kantonal Steuramt, Zürich.

Il arrive que l'emprunteur souhaite résilier de manière anticipée le contrat hypothécaire qui le lie à sa banque. En règle générale, cette résiliation est effectuée en vue d'obtenir des conditions plus avantageuses (notamment s'agissant du taux d'intérêt) ou en cas de la vente de son bien immobilier. En pareilles circonstances, l'emprunteur est redevable d'une indemnité facturée par la banque dès lors que le contrat n'est pas allé jusqu'à son échéance. La question qui se pose est celle de savoir comment doit être traité fiscalement le paiement de l'indemnité pour résiliation anticipée du contrat hypothécaire dès lors que les pratiques cantonales étaient disparates en la matière. Malgré deux jurisprudences rendues le 3 avril 2017 (ATF 143 II 382, ATF 143 II 396) qui concernaient le traitement fiscal de l'indemnité en cas de vente du bien immobilier, il subsistait a priori encore un doute dans le cas où le contribuable résiliait son contrat hypothécaire afin d'obtenir des conditions plus avantageuses dans une nouvelle banque. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a clarifié définitivement le traitement fiscal de l'indemnité versée en cas de résiliation anticipée du contrat hypothécaire.

I. Problématique

Il arrive que l'emprunteur souhaite résilier de manière anticipée son contrat hypothécaire, soit pour obtenir des conditions plus avantageuses (par exemple à un taux hypothécaire inférieur) ou simplement en cas de vente de son bien immobilier. En pareilles circonstances, la banque facture une indemnité en raison de la rupture du contrat hypothécaire de manière anticipée.

Cette indemnité est facturée par la banque dès lors que le contrat n'est pas allé jusqu'à son échéance et que la banque a donc renoncé à une marge d'intérêts.

En raison de la baisse constante des taux d'intérêt en matière hypothécaire, la question du traitement fiscal de l'indemnité pour résiliation anticipée du contrat hypothécaire est devenue une question récurrente. Dans le passé, force a été de constater que les pratiques étaient disparates sans grande cohérence les unes par rapport aux autres.

Certains Cantons estimaient que l'indemnité correspondait à une impense déductible uniquement dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers. D'autres Cantons avaient pour position que ce montant constituait des intérêts passifs déductibles au sens de l'art. 33 al. 1 lit. a de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) et l'art. 9 al. 1 lit. a de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des Cantons et des communes (LHID; RS 642.14). Ces dispositions visent la déduction des intérêts passifs privés.

C'est tout naturellement que ces situations ont été soumises au Tribunal fédéral (TF) afin qu'il se détermine sur le traitement fiscal du versement de l'indemnité pour résiliation anticipée du contrat hypothécaire.

II. Jurisprudences du 3 avril 2017 du Tribunal fédéral

En date du 3 avril 2017, le TF a rendu deux arrêts. Un premier arrêt en français qui concernait une affaire neuchâteloise avec

I. Problématique.....	600
II. Jurisprudences du 3 avril 2017 du Tribunal fédéral ..	600
A. ATF 143 II 396: l'arrêt neuchâtelois.....	601
B. ATF 143 II 382: l'arrêt zurichois.....	601
III. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019.....	603
A. Faits	603
B. Considérants du TF.....	603
IV. Commentaires.....	604
V. Conclusion	605

un immeuble situé dans le Canton de Vaud^[1] et un arrêt en allemand qui traitait d'une affaire zurichoise^[2].

Dans les deux cas, les arrêts ont été rendus dans le contexte du paiement d'une indemnité pour résiliation anticipée dans le cadre de la vente d'un bien immobilier. Ainsi, les deux jurisprudences qui ont fait l'objet d'une publication n'ont pas traité concrètement le remboursement de la dette hypothécaire avec paiement d'une indemnité dans le cas d'une résiliation anticipée afin de bénéficier de conditions meilleures sur le plan financier. Cette précision a toute son importance comme nous le verrons par la suite.

A. ATF 143 II 396: l'arrêt neuchâtelois

Dans un premier arrêt en français, le TF a dû juger le cas d'un couple domicilié dans le Canton de Neuchâtel qui a cédé un bien immobilier qui se situait dans le Canton de Vaud. Cette vente a conduit à la résiliation anticipée de deux contrats hypothécaires ayant entraîné le paiement d'une indemnité de fr. 9'174,30 pour le premier contrat et de fr. 34'326,90 pour le second.

Dans le cadre de la remise de la déclaration d'impôt sur les gains immobiliers, les contribuables ont fait valoir ces indemnités au titre d'impenses. De son côté, les autorités fiscales vaudoises ont refusé cette déduction et ont indiqué aux contribuables qu'il s'agissait en réalité de frais d'intérêts hypothécaires déductibles dans leur déclaration d'impôt ordinaire, soit dans le cadre de l'impôt sur le revenu. Ainsi, les contribuables ont porté en déduction de leurs revenus imposables un montant de fr. 43'520,20 au titre de pénalité de résiliation.

Les autorités fiscales neuchâteloises ont refusé d'admettre la déduction desdites indemnités du revenu ordinaire imposable. C'est donc à l'encontre de cette décision que le TF a rendu son arrêt.

À titre préalable, le TF rappelle que les intérêts sont déductibles au sens l'art. 33 al. 1 lit. a LIFD en tant que déduction générale à concurrence du rendement imposable de la fortune au sens des art. 20 et 21 LIFD augmenté d'un montant forfaitaire de fr. 50'000. Rappelant que la notion d'intérêt doit être interprétée sous l'angle économique, l'intérêt est la rémunération pour la mise à disposition du capital ne représentant pas un remboursement du capital. Il s'agit donc d'une rémunération qui est régulièrement calculée en pour cent en fonction du capital et de sa durée de restitution.

Selon le TF, la déduction d'intérêts passifs suppose l'existence d'une dette pécuniaire. Ainsi, il doit subsister une relation entre les intérêts et la dette pour qu'on puisse parler d'intérêts passifs.

En se rapportant à la doctrine, le TF constate la diversité des pratiques cantonales et rappelle les principales positions de

la doctrine. Il s'arrête en particulier sur l'opinion défendue par RAPHAËL GANI que le TF juge "pragmatique"^[3]. Ce dernier auteur rappelle que la déduction doit être exclue dès lors que l'indemnité représente une simple clause pénale au sens de l'art. 160 du Code des obligations (CO; RS 220). En revanche, si ces indemnités rémunèrent un différentiel du taux hypothécaire et un manque à gagner du créancier qui ne sera pas perçu jusqu'au terme du contrat, l'indemnité représente une composante "d'intérêts futurs" qui autorise à les considérer comme des intérêts passifs au sens de l'art. 33 al. 1 lit. a LIFD.

Se fondant sur cette distinction, le TF adhère à ce courant de doctrine et admet qu'il convient de distinguer deux situations. D'une part, il admet la déduction des intérêts passifs lorsque l'indemnité pour rupture anticipée du prêt résulte en la conclusion d'un nouveau contrat de prêt hypothécaire aux conditions modifiées tout en ajoutant entre parenthèses "contrat conclu avec le même créancier à un taux plus avantageux". En pareille hypothèse, on peut arguer que la relation entre cette indemnité et l'emprunt hypothécaire sous-jacent subsiste.

En revanche, lorsque la résiliation anticipée du contrat résulte de la vente d'un bien immobilier grevé d'hypothèque, on peut soutenir que l'indemnité constitue une impense déductible dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers (art. 12 al. 1 LHID). En effet, il faut considérer que l'indemnité versée en raison de la résiliation anticipée du contrat lors de la vente d'un bien immobilier n'a pas suffisamment de lien avec la dette pour constituer des intérêts passifs au sens de l'art. 33 al. 1 lit. a LIFD.

Cela étant, le TF ne fait pas mention de la situation dans le cas où le contrat hypothécaire est conclu à des conditions plus avantageuses avec un nouvel établissement bancaire.

Or, alors que le TF se réfère intégralement à l'opinion de RAPHAËL GANI^[4], ce dernier mentionne dans sa note que "il n'apparaît pas déterminant que le nouveau contrat soit conclu avec le même créancier ou avec un autre, cette donnée ne modifiant en rien la nature de l'indemnité". En se fondant sur la doctrine de RAPHAËL GANI reprise par le TF et cette mention explicite dans la note de cet auteur, certains ont pu conclure que l'indemnité versée en cas de résiliation anticipée d'un contrat hypothécaire et conclusion d'un nouveau contrat auprès d'un nouvel établissement bancaire devait être admise pleinement en déduction dans le cadre de l'impôt ordinaire sur le revenu.

C'était sans compter sur l'arrêt rendu le même jour par le TF par une Cour dont la composition était identique, seul le greffier étant évidemment différent.

B. ATF 143 II 382: l'arrêt zurichois

Dans cette affaire, une veuve vend un immeuble commercial pour le montant de fr. 62'000'000 à une compagnie

[1] ATF 143 II 396.

[2] ATF 143 II 396.

[3] RDAF 2012 II, p. 92 ss.

[4] RAPHAËL GANI, note in: RDAF 2012 II, p. 92 ss., p. 98.

d'assurance. Dans la mesure où la vente devait avoir lieu sans hypothèque, il a fallu résilier le contrat hypothécaire ce qui entraînait le paiement d'une indemnité pour résiliation anticipée du contrat hypothécaire d'un montant de fr. 2'415'083. La veuve a donc indiqué au titre de déduction le montant de l'indemnité ce qui ramenait son revenu imposable à zéro.

En parallèle, une décision concernant l'impôt sur les gains immobiliers a été rendue sans déduction de l'indemnité pour résiliation anticipée, le refus de la déduction ayant été confirmé par le Tribunal administratif du Canton de Zurich. C'est à l'encontre de cette décision que le TF prend position au sujet de la déduction de ladite indemnité de la base imposable déterminante de l'impôt sur les gains immobiliers au titre d'impense.

Dans ce cas, la particularité tient au fait que le Canton de Zurich prélève l'impôt sur les gains immobiliers sur la base du système moniste. Ce dernier système se caractérise par le fait, entre autres, que la plus-value immobilière est soumise à l'impôt spécial sur les gains immobiliers, que ce dernier fasse partie de la fortune commerciale ou de la fortune privée du contribuable. En tout état de cause, le gain immobilier correspond à la différence entre le produit d'aliénation et la dépense d'investissement liée au bien immobilier.

L'art. 12 LHID ne précise pas de manière expresse les frais qui peuvent être compensés à titre d'impenses du gain immobilier. Certains Cantons admettent comme charges toutes les dépenses indissociablement liées à l'achat et à la vente du bien immobilier. Après avoir rappelé sa jurisprudence liée à la notion d'impense et à l'approche plus restrictive des autorités fiscales zurichoises, le TF mentionne que les impenses qui peuvent être revendiquées en réduction du bénéfice soumis à l'impôt sur les gains immobiliers doivent, non seulement apporter une augmentation effective à la valeur du bien pour le vendeur, mais également avoir un lien avec l'acquisition ou la vente du bien concerné. Il faut savoir que le Tribunal administratif du Canton de Zurich n'a admis la déduction de l'indemnité ni dans le cadre de l'impôt sur le revenu, ni dans celui de l'impôt sur les gains immobiliers.

C'est dans ce contexte que le TF rappelle les différentes hypothèses dans lesquelles le propriétaire peut être tenu au paiement d'une indemnité pour résiliation anticipée de son contrat hypothécaire et le fait en rappelant l'ATF 143 II 396. Ainsi, il apparaît que l'arrêt précité, rendu le même jour, a été jugé chronologiquement avant l'arrêt zurichois. Le TF évoque ainsi trois hypothèses conduisant un propriétaire à s'acquitter d'une indemnité pour résiliation anticipée:

- *Hypothèse 1*: le contrat de prêt est résilié en vue d'obtenir de meilleures conditions avec la même banque. Dans ce cas, la relation contractuelle demeure inchangée, seules certaines conditions initiales sont modifiées, notamment celles liées au taux d'intérêts. Cela explique le versement d'une indemnité. Ainsi, la relation de dette antérieure persiste et n'est pas résiliée, mais simplement modifiée. Il s'agit toujours du même créancier avec des modalités

contractuelles qui ont été simplement modifiées. Dans ce cas, en reprenant les termes de l'arrêt en français précité, la rémunération versée à la banque doit être considérée comme des intérêts passifs déductibles du revenu imposable;

- *Hypothèse 2*: l'emprunteur conclut un nouveau contrat de prêt avec une nouvelle banque et l'indemnité est payée à l'ancien créancier en raison de la résiliation. Dans un tel cas, il n'est pas justifié d'assimiler l'indemnité à des intérêts de la dette, car le prêteur n'est plus le même et le lien avec la dette disparaît. En pareilles circonstances, l'indemnité n'est pas déductible du revenu imposable. Sans le dire spécifiquement et dans la mesure où cette hypothèse ne concerne précisément pas la vente d'un bien immobilier, il n'y a évidemment pas de déduction possible dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers;
- *Hypothèse 3*: la relation entre l'emprunteur et la banque est résiliée en raison de la vente du bien immobilier. Dans ce cas, la relation de prêt avec le prêteur n'est pas simplement modifiée, mais a purement et simplement pris fin. Le TF examine si cette prestation versée à la banque remplit les conditions cumulatives permettant d'invoquer cette charge comme une dépense d'investissement qui peut être déduite du gain immobilier. Le TF relève que cette prestation a été indissociablement versée suite à la vente du gain immobilier. Par ailleurs, le paiement de cette indemnité a permis une augmentation – à tout le moins sous l'angle juridique – de la valeur du bien en permettant la suppression d'obligations de charges rattachées au gain immobilier. Il serait justifié d'admettre qu'il s'agit d'une impense au sens de l'art. 12 al. 1 LHID.

Ainsi, dans cet arrêt, le TF fait une distinction plus précise et plus fine des situations dans lesquelles les indemnités pour résiliation anticipée du contrat hypothécaire peuvent être versées par le contribuable.

En résumé, le TF estime que la déduction de l'indemnité au titre d'intérêts passifs peut être admise uniquement si le contrat hypothécaire est maintenu avec la même banque, mais doit être refusée si des conditions plus avantageuses sont obtenues auprès d'une autre banque. Enfin, l'indemnité peut être déduite en principe dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers si elle est liée à la vente du bien immobilier. Force est dès lors de relever que l'hypothèse 2 constitue la situation la plus désavantageuse pour le contribuable puisque cette indemnité ne peut être déduite ni de l'impôt sur le revenu, ni de l'impôt sur les gains immobiliers.

Toutefois, dans la mesure où cet arrêt, comme le précédent, a été rendu dans le contexte d'une vente d'un bien immobilier, une partie de la doctrine a considéré que la distinction opérée par le TF n'était qu'indicative et qu'elle mériterait d'être précisée ultérieurement. En effet, certains auteurs ont estimé que la différence de traitement fiscal permettant la déduction dans le cadre de l'impôt sur le revenu selon que le contrat hypothécaire est maintenu avec le même créancier ou non est difficilement explicable dès lors qu'économiquement l'indemnité s'apparente au paiement d'une marge d'intérêts

futurs à la banque[5]. Certaines autorités fiscales ont suivi ce dernier position alors que d'autres administrations[6] ont appliqué immédiatement la typologie instaurée par le TF.

A titre d'exemple, la distinction entre les hypothèses 1 et 2 n'avait pas été reprise par les autorités fiscales du Canton de Vaud et, dans un premier temps, par le Canton du Tessin. Les autorités fiscales tessinoises avaient même publié formellement une communication datée du 31 janvier 2018 de la pratique administrative en la matière[7]. En substance, aucune distinction n'est effectuée entre les hypothèses 1 et 2 de sorte que l'indemnité est pleinement déductible de l'impôt sur le revenu alors que dans l'hypothèse 3 l'indemnité constitue une impense déductible de l'impôt sur les gains immobiliers. Toutefois, au vu de la nouvelle jurisprudence du TF, les autorités fiscales tessinoises ont reconsidéré leur position dans une nouvelle communication de leur pratique datée du 23 juillet 2020[8]. Ce faisant, le fisc tessinois a décidé de reprendre intégralement les trois distinctions opérées par le TF.

Le Canton de Vaud a également décidé récemment de revoir sa pratique au regard de la nouvelle jurisprudence qui – comme on le verra – ne laisse pas ou peu de place à l'interprétation.

S'agissant du Canton de Berne, sa pratique a également évolué au regard de la nouvelle jurisprudence examinée plus bas. Dans un premier temps, le fisc bernois qui ne faisait pas de distinction entre les hypothèses 1 et 2 avait précisé que dans ses arrêts "le Tribunal fédéral a formulé d'autres considérants, sans toutefois statuer en la matière. En conséquence, les pénalités de remboursement anticipé qui ne sont pas indissociablement liées à la vente du bien immobilier hypothéqué restent déductibles des revenus. Contrairement aux considérants du Tribunal fédéral, cela ne suppose pas que l'hypothèque résiliée soit remplacée par une autre constituée auprès du même bailleur de fonds". Dans une nouvelle formulation de sa pratique administrative en date du 13 mars 2020, les autorités fiscales bernoises ont décidé de reprendre strictement la typologie du TF[9].

[5] PETER LOCHER, *Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, 2^e éd., Bâle 2019, N 23 ad art. 33 LIFD.

[6] Comme le Canton de Genève.

[7] *Divisione delle contribuzioni, Trattamento fiscale delle indennità per disdetta anticipata di un mutuo ipotecario*, Bellinzona, 31 gennaio 2018, in: https://m4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-PRASSI/2018_Trattamento_fiscale_delle_indennita_per_disdetta_anticipata_di_un_mutuo_ipotecario.pdf (consulté le 10.09.2020).

[8] *Divisione delle contribuzioni, Trattamento fiscale delle indennità per disdetta anticipata di un mutuo ipotecario*, Bellinzona, 23 luglio 2020, in: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-PRASSI/2020_TrattamentoFiscaleDelleIndennitaPerDisdetta_AnticipataDiUnMutuoIpotecario.pdf (consulté le 10.09.2020).

[9] *Intendance des Impôts du Canton de Berne, TaxInfo*, <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfofr/Int%C3%A9r%C3%AAts+passifs> (consulté le 10.09.2020). Ainsi, à compter de 2020, la pénalité versée en cas de résiliation anticipée d'une hypothèque avec changement du prêteur n'est plus déductible.

III. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019

A. Faits

Un couple domicilié à Zurich est propriétaire d'un bien immobilier faisant partie de leur fortune privée.

Lors de la période fiscale 2015, ils décident de résilier de manière anticipée leur contrat hypothécaire et de changer de banque. L'ancienne banque facture un montant de fr. 52'086 au titre d'indemnités pour résiliation anticipée du contrat hypothécaire.

Cette indemnité a été portée en déduction de leur déclaration fiscale au motif qu'il s'agit d'intérêts passifs déductibles, au sens de l'art. 33 al. 1 lit. a LIFD. La déduction étant refusée par les autorités fiscales zurichoises, il s'ensuit une procédure contentieuse dans laquelle les jurisprudences précitées sont invoquées. En substance, il est considéré que l'indemnité payée suite à la résiliation anticipée du contrat hypothécaire, afin de conclure un nouveau contrat auprès d'un autre établissement bancaire à des conditions plus avantageuses, n'est pas déductible.

Les contribuables décident d'élever un recours auprès du TF afin de faire constater qu'une telle indemnité représente économiquement des intérêts passifs déductibles.

B. Considérants du TF

Le TF constate que le cas à juger consiste à déterminer si l'indemnité payée à l'ancien établissement bancaire au titre de la dénonciation anticipée de la relation contractuelle représente des intérêts passifs déductibles, dès lors qu'un nouveau contrat de prêt avec un autre établissement à des conditions plus avantageuses est conclu.

Il s'agit donc d'un examen concret de l'hypothèse 2 mentionnée ci-dessus. Évoquant les deux arrêts rendus en date du 3 avril 2017, le TF résume à nouveau les trois hypothèses dans un tableau synoptique à la forme inédite[10], dans lequel il décrit les trois configurations ainsi que les conséquences fiscales en pareilles circonstances.

Ainsi, il confirme que, lorsque la relation contractuelle entre le prêteur et l'emprunteur persiste, il s'agit simplement d'un ajustement des conditions avant la fin de la durée contractuelle, ce qui justifie la perception d'une indemnité par le prêteur. Le lien entre la dette d'origine et la pénalité restant inchangé, il convient d'assimiler le paiement de l'indemnité au paiement d'un intérêt déductible.

[10] Ce tableau reprend manifestement le tableau préparé KOCHER/JOLIDON/SAVOLDELLI qui avait été dans leur contribution traitant des deux arrêts du 3 avril 2017 (MARTIN KOCHER/EMMANUELLE JOLIDON/MARCO SAVOLDELLI, *Aktuelles aus dem Bundesgericht/Actualités du Tribunal fédéral*, in: ASA 85, 737, p. 751. Ce tableau avait également été présenté par MARTIN KOCHER lors du cours de perfectionnement en droit fiscal fédéral destiné aux fonctionnaires fiscaux tenu en mai 2018 à Schwarzenbourg.

En revanche, lorsque l'emprunteur conclut un nouveau contrat de prêt avec un autre établissement bancaire, il n'y a plus de lien entre la pénalité acquittée et la dette initiale. De ce fait, l'indemnité ne peut pas être assimilée au paiement d'un intérêt passif et n'est donc pas déductible.

Enfin, lorsque la relation entre l'emprunteur et le prêteur est interrompue avant la fin du contrat en raison du fait que le bien immobilier est aliéné, le lien entre la dette et le paiement de l'indemnité étant rompu, le règlement d'une pénalité ne peut pas être assimilé au paiement d'un intérêt passif, mais constitue une dépense d'investissement à prendre en compte dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers.

Dans cet arrêt, le TF a décidé de clarifier – sans doute définitivement – sa position en indiquant que sa jurisprudence rendue le 3 avril 2017 était cohérente et que la volonté de notre Haute Cour était également d'envisager les autres hypothèses les plus importantes et de donner une vision aussi complète et homogène que possible. C'est la raison pour laquelle le TF a estimé nécessaire de commenter les hypothèses 1 et 2, bien qu'elles ne fassent pas l'objet des litiges soumis en jugement en 2017. Cependant, l'objectif était de proposer une solution globale, de sorte qu'il ne fallait pas considérer son appréciation fiscale dans les hypothèses 1 et 2 comme de simples *obiter dicta*.

De ce fait, le paiement d'une indemnité dans le contexte de l'hypothèse 2, soit en cas de conditions plus avantageuses auprès d'une nouvelle banque, n'est pas déductible puisque le prêteur n'est plus le même et qu'il ne s'agit dès lors pas d'une simple modification des conditions contractuelles.

Les recourants s'étaient appuyés sur la doctrine défendue par RAPHAËL GANI, qui avait une vision "duale" du traitement fiscal de l'indemnité payée en cas de résiliation anticipée du contrat hypothécaire. Pour cet auteur, comme évoqué plus haut, l'indemnité doit être considérée comme des intérêts passifs déductibles, que le contrat soit conclu avec la même banque ou avec un nouvel établissement bancaire. Le TF indique que, bien que cet auteur soit cité, il avait néanmoins précisé entre parenthèses que le contrat devait être conclu avec le même créancier à un taux plus avantageux pour que l'indemnité puisse être déductible.

Le TF saisit cette occasion pour réitérer que l'hypothèse 2 ne conduit à aucune déduction, malgré les critiques de la doctrine à ce sujet[11]. Cependant, le TF n'entre pas en considération sur les arguments développés par ces auteurs. Constatant dans le cas d'espèce que l'indemnité payée est effectuée dans le contexte de l'hypothèse 2, le TF relève que de l'art. 33 al. 1 lit. a LIFD n'est pas applicable et l'indemnité n'est donc pas

déductible. Cette conclusion s'applique dans la même mesure pour la disposition fiscale cantonale zurichoise.

IV. Commentaires

Avec cet arrêt du 19 décembre 2019, le TF clôture sans doute de manière définitive le traitement fiscal du paiement de l'indemnité pour résiliation anticipée d'un contrat hypothécaire[12].

Si la sécurité juridique est rétablie, le résultat apparaît clairement insatisfaisant.

Dans sa jurisprudence constante, le TF a toujours considéré que la notion d'intérêt est une notion économique. Ce qui est déterminant, c'est qu'il y a l'existence d'une dette en capital. Il s'agit d'une condition nécessaire à la création d'une dette d'intérêts déterminante sur le plan fiscal. Ce n'est que si cette relation existe qu'il peut être question d'intérêts passifs et non dans le cas où, malgré le fait que l'on parle d'intérêt dans le langage commun, le lien entre la dette en capital et les intérêts fait défaut[13].

Ainsi, selon la jurisprudence, la caractéristique centrale de la notion d'intérêt semble être le lien étroit qui doit nécessairement exister avec une dette d'argent. A défaut, on ne peut pas parler d'intérêts passifs déductibles[14]. Notre Haute Cour a eu l'occasion de préciser dans un arrêt récent que la notion d'intérêt de la dette doit ainsi être comprise dans un sens économique indépendamment de sa forme, de sa désignation et du moment auquel le montant est versé[15]. La lecture de la jurisprudence du TF démontre que ce dernier a toujours adopté une notion économique de la notion d'intérêts passifs.

Dans le cas de l'indemnité payée en cas de résiliation anticipée du crédit hypothécaire, la position adoptée par le TF dans l'hypothèse 2 est dès lors étonnante. Dans l'hypothèse 1 ou l'hypothèse 2, il est incontestable que l'indemnité rémunère strictement le même phénomène économique pour la banque, à savoir une marge d'intérêts futurs. Dans un cas comme dans l'autre, la banque détermine la marge d'intérêts qu'elle aurait dû recevoir si le contrat était allé jusqu'à son terme[16].

A cet égard, il est intéressant de noter que les banques comptabilisent l'indemnité comme un produit reçu d'avance ventilé sur les exercices commerciaux successifs comme si le contrat était arrivé à son terme. Ainsi, chez le donneur de crédit,

[12] Pour un commentaire de cet arrêt, voir aussi, GRÉGORY CLERC/AURÉLIEN FLÜCKIGER, Déductibilité des indemnités de résiliation anticipée de crédit hypothécaire, in: RDAF 2020 II, p. 27 ss.

[13] RDAF 1995 II, p. 35.

[14] Pour une analyse approfondie et pertinente voir AURÉLIEN BARAKAT, Les approches de la réalité économique en droit fiscal suisse, thèse Fribourg 2019, n. 315.

[15] RDAF 2015 II, p. 458

[16] Sans compter qu'il est très fréquent dans les contrats de prêt privés de donner la possibilité à l'emprunteur de résilier de manière anticipée avant l'échéance du contrat sans que cela ne préjuge du caractère déductible ou non des intérêts versés sur la base desdits contrats.

[11] LOCHER (note 5), N 23 ad art. 33 LIFD; RAPHAËL GANI, Analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit fiscal intercantonal à partir de l'année 2017 et du premier semestre 2018, in: ASA 87, p. 349 ss., p. 357; SILVIA HUNZIKER/ISABELLE MAYER-KNOBEL in: Martin Zweifel/Michael Beusch (éditeurs), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3^e éd., Bâle 2017, N 9a ad art. 33 LIFD.

cette prestation constitue véritablement un produit d'intérêt indépendamment de la question de savoir si la relation contractuelle a été maintenue ou si l'emprunteur a conclu une nouvelle relation auprès d'une autre banque. Autrement dit, non seulement la banque se trouve sur le plan comptable et économique dans la même situation dans les hypothèses 1 et 2, dès lors que le calcul de l'indemnité – représentant pour elle une marge d'intérêts futurs – est fixé sur les mêmes paramètres dans les deux cas. Cette marge se correspond à la différence de taux d'intérêt de l'hypothèque résiliée, le taux actuel de réinvestissement et la durée résiduelle du contrat interrompu prématurément. Néanmoins, le fondement du versement de l'indemnité est bien le contrat résilié et le calcul ne dépend pas de la conclusion d'un contrat hypothécaire auprès d'une nouvelle banque^[17].

Par ailleurs, la solution adoptée par le TF conduit à des situations qui sont discutables sous l'angle de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 de la Constitution fédérale (RS 101). En effet, avec cette dernière jurisprudence, on perçoit clairement que le critère déterminant est le maintien de la relation contractuelle avec la banque pour qualifier l'indemnité d'intérêts passifs déductibles. Or, il suffirait qu'une personne s'acquitte d'une indemnité en cas de résiliation anticipée et maintienne la relation avec la même banque, par exemple dans le cas d'un contrat de courte durée résiliable tous les trois mois. Ensuite, elle maintient la relation contractuelle quelques mois supplémentaires et change de banque à l'échéance du contrat hypothécaire. Dans ce cas-là, nul doute que la situation de l'emprunteur qui aurait changé immédiatement de banque et celui qui aurait simplement prolongé son contrat hypothécaire de quelques mois se trouveraient – pour ainsi dire – dans la même situation. En pareilles circonstances, on saisit mal en quoi l'emprunteur qui aurait maintenu quelques mois sa relation contractuelle devrait se trouver dans une meilleure situation que celui qui aurait conclu une nouvelle relation contractuelle immédiatement.

De plus, lorsque le TF justifie le fait que l'intérêt est déductible dans l'hypothèse 1 en raison du maintien de la relation contractuelle avec le prêteur, il apparaît que notre Haute Cour méconnaît les situations de résiliation anticipée.

D'une part, comme l'indique la terminologie bancaire, il s'agit bien d'une résiliation anticipée, ce qui signifie que la relation contractuelle préexistante est interrompue, d'entente entre les parties, avant son terme. Il y a donc bien une fin des relations contractuelles.

D'autre part, quand bien même l'emprunteur conclurait un contrat à des conditions plus avantageuses auprès de la même banque, il s'agit dans la plupart des cas, sur le plan juridique et formel, d'un *nouveau* contrat de prêt. Il y a donc des nouvelles conditions avec de nouvelles échéances et parfois une nouvelle appréciation des garanties de l'emprunteur. C'est dire qu'il n'y a pas simplement une modification du

taux d'intérêt, mais de l'ensemble des éléments essentiels du contrat de prêt. Or, cette situation est totalement similaire à celle qui existerait avec une nouvelle banque.

Les considérations qui précèdent démontrent bien que l'indemnité constitue économiquement une marge d'intérêts dont le fondement est le contrat de prêt avec la banque.

V. Conclusion

Ainsi qu'on peut le constater, l'arrêt du TF marque de manière définitive le traitement fiscal de l'indemnité versée en cas de résiliation anticipée d'un crédit hypothécaire.

Sous l'angle de la sécurité du droit, cette jurisprudence est indéniablement positive. Sur le fond, les solutions adoptées par le TF sont justes dès lors que l'indemnité est versée en cas de vente d'un bien immobilier (impenses déductibles du gain immobilier) ou lorsque l'indemnité est versée dans le cas d'une résiliation anticipée du crédit hypothécaire tout en concluant un contrat avec la même banque (indemnité considérée comme des intérêts déductibles).

En revanche, l'absence de déduction dans l'hypothèse de la conclusion d'un contrat de prêt à des conditions plus avantageuses auprès d'une nouvelle banque est discutable. Sous l'angle comptable, économique et fiscal, le prêteur enregistre un produit correspondant à une marge d'intérêts futurs. De ce fait, l'indemnité correspond bien économiquement dans les deux premières hypothèses à des intérêts dont le traitement fiscal devrait être identique, soit une déduction au regard de l'art. 33 al. 1 lit. a LIFD.

Il est regrettable que le TF – constatant les critiques de la doctrine – n'ait pas procédé à un examen plus approfondi en prenant en considération les conséquences auprès du prêteur.

[17] LOCHER (note 5), N 23 ad art. 33 LIFD.