



Avis de droit / Gutachten

2008.4 (p. 68-119)

Avis de droit relatif à la constitutionnalité d'une imposition partielle des dividendes de la fortune privée

Gutachten betreffend die Verfassungsmässigkeit einer Teilbesteuerung von Dividenden im Privatvermögen

DFJP, Office fédéral de la justice, Domaine de direction du droit public / EJPD, Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich öffentliches Recht

Avis de droit du 29 novembre 2006 / Gutachten vom 29. November 2006

Mots clés: Double imposition économique; imposition partielle des dividendes; participations de la fortune privée; imposition selon la capacité contributive; égalité de traitement.

Stichwörter: Wirtschaftliche Doppelbelastung; Teilbesteuerung der Dividenden; Beteiligungen des Privatvermögens; Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; Rechtsgleichheit.

Termini chiave: Doppia imposizione economica; imposizione parziale dei dividendi; partecipazioni della sostanza privata; imposizione conforme alla capacità economica; uguaglianza giuridica.

Regeste:

- Le législateur dispose d'une certaine marge de manoeuvre dans la fixation des taux d'imposition partielle des dividendes. Compte tenu de la diversité fiscale de la Suisse et des nombreux facteurs à prendre en considération, il est difficile de déduire un niveau d'imposition partielle de manière péremptoire (ch. 1.1, ch. 5.2).
- La double imposition économique n'engendre d'inégalité de traitement que dans peu de situations (distribution de plus de 70% des bénéfices); la nécessité juridique d'agir est donc limitée de ce point de vue. De plus, les gains en capitaux provenant de l'aliénation de participations de la fortune privée est exonérée. Compte tenu de cette constellation le législateur doit veiller à ce que les mesures d'allégement prises ne génèrent pas de nouvelles inégalités de traitement en favorisant de manière exagérée une catégorie de contribuables (ch. 1.3, ch. 4.1).
- En cas de maintien de l'exonération des gains en capitaux de la fortune privée, la marge de manoeuvre du législateur qui souhaite introduire une imposition partielle des dividendes de la fortune privée est restreinte (ch. 3.6, ch.5.1).
- Le principe de l'égalité de traitement exige un traitement identique des situations identiques mais pas le traitement identique de situations différentes. Un traitement fiscal différent selon le mode de financement de la société de capitaux ne constitue pas une inégalité de traitement en soi, sous réserve du cas de surimposition. Le législateur se doit donc d'être prudent lors de l'élaboration de la nouvelle législation de manière à ce que les allégements introduits n'avantagent pas sans justification pertinente une catégorie de contribuables au détriment des autres. La neutralité de la forme juridique n'échappe pas non plus à ce principe. Il est généralement admis que le droit fiscal ne doit pas être aménagé de manière à contrecarrer les institutions juridiques du droit privé; il n'est ainsi pas admissible de prévoir des mesures d'incitation fiscales qui reviendraient en pratique à rendre illusoire une forme juridique prévue par le droit privé (ch. 4.3.2, ch. 5.2).

- La poursuite de buts extra-fiscaux, comme la croissance économique, par le biais d'instruments fiscaux est en soi problématique et doit en principe reposer sur une base constitutionnelle. Une inégalité de traitement accrue entre les différentes formes de sociétés ou par rapport aux autres sources de revenus pourrait en soi être admise même sans base constitutionnelle pour autant que les mesures envisagées poursuivent un but pertinent et qu'elles respectent le principe de proportionnalité (soit les maximes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit). Le rapprochement d'une imposition neutre quant au financement par le biais d'une imposition partielle des dividendes très bas n'est guère apte à atteindre le but de croissance économique et ne justifie donc pas une inégalité de traitement importante par rapport aux sociétés de personnes mais aussi par rapport aux autres sources de revenus (ch. 4.3.3, ch. 5.1).
- Une imposition partielle des dividendes provenant des participations de la fortune privée de 50% sans mesures compensatoires n'est pas conforme à la Constitution. Pour qu'une imposition partielle à un taux de 60% soit admissible, il faut que les modèles de calculs livrés ultérieurement par l'AFC soient plus proches de la réalité que ceux sur lesquels le Conseil fédéral s'est fondé dans son projet (Ziff. 4.3.3, Ziff. 5.2 und 5.4).

Regeste:

- Der Gesetzgeber geniesst innerhalb gegebener Bandbreiten eine gewisse Handlungsfreiheit bei der Festlegung der Teilbesteuerungssätze. Mit Blick auf die steuerliche Vielfalt der Schweiz und die zu berücksichtigenden Faktoren lässt sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben kein eindeutiges Teilbesteuerungsmass ableiten (Ziff. 1.1, Ziff. 5.2).
- Die wirtschaftliche Doppelbelastung führt nur in wenigen Fällen zu rechtsungleicher Behandlung (Gewinnausschüttung über 70%); der rechtliche Handlungsbedarf ist demnach beschränkt. Zudem sind Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen des Privatvermögens steuerbefreit. Mit Rücksicht auf diese Zusammenhänge hat der Gesetzgeber darauf zu achten, dass bei den von ihm beschlossenen Massnahmen keine neuen Ungerechtigkeiten dadurch entstehen, dass eine Kategorie von Steuerpflichtigen in übertriebener Weise bevorzugt wird (Ziff. 1.3, Ziff. 4.1).
- Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der eine Teilbesteuerung der Dividenden einführen und gleichzeitig an der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne festhalten will, ist begrenzt (Ziff 3.6, Ziff. 5.1).
- Das Gleichbehandlungsgebot verlangt eine Gleichbehandlung in gleichen Fällen, aber keine Gleichbehandlung in ungleichen Fällen. Eine unterschiedliche steuerliche Behandlung je nach Finanzierungsart der Kapitalgesellschaft stellt für sich selbst keine Ungleichbehandlung dar; vorbehalten sind Fälle der Überbesteuerung. Der Gesetzgeber hat deshalb bei der Ausarbeitung gesetzlicher Massnahmen darauf zu achten, dass die Entlastung nicht ohne stichhaltige Begründung eine Kategorie von Steuerpflichtigen gegenüber anderen begünstigt. Die Rechtsformneutralität fällt ebenfalls unter diesen Grundsatz. Es ist gemeinhin anerkannt, dass das Steuerrecht nicht so ausgestaltet werden soll, dass es Rechtsinstituten des Privatrechts zuwider läuft. Somit ist es nicht zulässig, Steueranreize vorzusehen, welche eine vom Privatrecht vorgesehene Rechtsform in der Praxis illusorisch machen würden (Ziff. 4.3.2, Ziff. 5.2).
- Die Verfolgung ausserfiskalischer Ziele, wie das Wirtschaftswachstum, mittels steuerrechtlichen Instrumenten ist bereits an sich problematisch und muss grundsätzlich auf einer verfassungsmässigen Grundlage beruhen. Eine erhöhte Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen oder bezüglich anderer Einkommensarten könnte an sich zulässig sein, selbst ohne verfassungsrechtliche Grundlage, sofern die geplanten Massnahmen ein gewichtiges Ziel verfolgen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten (Grundsätze der Eignung, der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn). Eine finanzierungsneutrale Besteuerung über eine sehr tiefe Teilbesteuerung der Dividenden ist schwerlich geeignet, das Ziel des Wirtschaftswachstums zu erreichen, und sie rechtfertigt somit weder eine schwerwiegende Ungleichbehandlung gegenüber den Personenunternehmungen noch gegenüber anderen Einkommensarten (Ziff. 4.3.3, Ziff. 5.1).
- Eine Teilbesteuerungsmass von 50% auf ausgeschütteten Gewinnen ohne kompensatorische Massnahmen für Beteiligungen im Privatvermögen wäre verfassungsrechtlich unzulässig. Die Zulässigkeit eines Teilbesteuerungsmasses von 60% hängt davon ab, ob die nachträglich aufgestellten Modellrechnungen der ESTV wirklichkeitsnäher sind als diejenigen, die der Bundesrat seinem Vorschlag zu Grunde gelegt hat (Ziff. 4.3.3, Ziff. 5.2 und 5.4).

Regesto:

- Il legislatore gode, all'interno di un dato margine, di una certa libertà di azione nella definizione dell'aliquota dell'imposizione parziale. Con riguardo alle molteplicità fiscali della Svizzera e ai relativi fattori da tenere in considerazione, i principi costituzionali non permettono di stabilire chiaramente un limite d'imposizione parziale (n. 1.1 e 5.2).
- La doppia imposizione economica provoca solo in pochi casi un trattamento giuridico ineguale (distribuzione dei dividendi superiore al 70%); la necessità d'intervento giuridica è pertanto limitata. Inoltre, i guadagni in capitali derivati dalle alienazioni di partecipazioni della sostanza privata sono esenti da imposta. Tenendo conto di questi aspetti, il legislatore deve fare attenzione a che le misure decise da lui stesso non creino nuove ingiustizie in cui una categoria di contribuenti sia favorita in modo esagerato (n. 1.3, 4.1).
- Il margine di manovra del legislatore che intende definire un'imposizione parziale dei dividendi e al contempo un'esenzione fiscale ai guadagni in capitali privati è limitato (n. 3.6 e 5.1).
- Il principio della parità di trattamento esige una parità di trattamento nei casi uguali, ma nessuna parità di trattamento nei casi ineguali. Un trattamento fiscale differenziato a seconda del tipo di finanziamento della società di capitali non rappresenta di per sé un'ineguaglianza di trattamento; sono fatti salvi i casi della sovraimposizione. Nell'elaborazione delle misure legali il legislatore deve pertanto fare attenzione a che lo sgravio non favorisca, senza un motivo plausibile, una categoria di contribuenti rispetto a un'altra. La neutralità della forma giuridica rientra ugualmente in questo principio. È riconosciuto da tutti che il diritto fiscale non deve essere definito in modo da essere contrario agli istituti giuridici del diritto privato. Non è pertanto ammesso prevedere incentivi fiscali che rendano illusoria nella prassi una forma giuridica prevista dal diritto privato (n. 4.3.2 e 5.2).
- Il perseguimento di obiettivi non fiscali, come la crescita economica, per mezzo di strumenti di diritto fiscale è già di per sé problematico e deve in linea di massima poggiare su una base costituzionale. Un maggior trattamento ineguale tra le diverse forme di società o tra gli altri tipi di redditi potrebbe essere di per sé ammesso, anche senza base costituzionale, se le misure previste perseguono un obiettivo importante e osservano il principio della proporzionalità (principi dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto). Un'imposizione finanziariamente neutra invece di un'imposizione parziale bassa dei dividendi non è adeguata per raggiungere l'obiettivo della crescita economica e non giustifica una grave disparità di trattamento né delle società di persone né degli altri tipi di redditi (n. 4.3.3 e 5.1).
- Un limite dell'imposizione parziale del 50 per cento sui dividendi distribuiti senza misure compensatorie per le partecipazioni nella sostanza privata non sarebbe costituzionalmente ammessa. L'ammissibilità di un limite dell'imposizione parziale del 60 per cento dipende dal fatto se i calcoli sui modelli allestiti successivamente dell'AFC sono più verosimili che quelli alla base del preventivo (n. 4.3.3, 5.2 e 5.4).

Rechtliche Grundlagen: Art. 8 und 127 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101).

Base juridique: Art. 8 et 127 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

Base giuridico: Art. 8 e 127 Costituzione federale della Confederazione Svizzera dei 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101).

Consulté dans le cadre des travaux législatifs liés à la réforme de l'imposition des entreprises (2ème volet), l'OFJ a dû se prononcer sur la constitutionnalité de certaines mesures proposées en vue d'atténuer la double imposition économique que subissent les sociétés de capitaux et les coopératives. Les questions posées étaient les suivantes:

1. *L'allégement ou la suppression de la double imposition économique par le biais d'une imposition partielle doit-il, pour des motifs constitutionnels, être obligatoirement accompagné, en contrepartie, par une imposition des gains en capital provenant de l'aliénation d'éléments de la fortune mobilière privée?*
2. *Une partie de l'allégement ou la suppression de la double imposition économique par le biais d'une imposition partielle doit-elle, pour des motifs constitutionnels, être compensée par une imposition des gains en capital provenant de l'aliénation d'éléments de la fortune mobilière privée?*
3. *Quels sont les facteurs et considérations à prendre en compte pour la détermination d'une limite maximale aux mesures d'allégement de manière à ce que celles-ci soient conformes à la Constitution fédérale?*

Ces questions ont été soulevées en raison notamment des critiques formulées dernièrement par M. Waldburger contre le système envisagé. En substance ce dernier relève que le parlement se trouve dans une situation délicate, tant sur le plan fiscal que politique. Il soutient que le projet de loi, dans la teneur actuellement débattue dans les Chambres, est contraire aux principes de l'égalité et de l'imposition selon la capacité contributive ancrés dans la Constitution fédérale dans la mesure où il traite différemment les paiements de dividendes et les gains de cours sur les actions. La version du CN prévoit en effet que seuls 50% (60% selon la version du CE) des dividendes seront imposés alors que l'exonération des gains obtenus de la vente des participations sera maintenue. Un allégement trop important irait au-delà du but visant à supprimer la double imposition et constituerait un traitement de faveur pour les détenteurs de participations qualifiées.

Nous débuterons l'avis de droit par quelques remarques introductives avant de procéder à une distinction des impératifs juridiques et des intérêts économiques de la présente révision (chiffre 1). Compte tenu de sa complexité, nous rappellerons brièvement l'historique du dossier depuis les travaux de la commission d'experts pour une imposition neutre des entreprises quant à la forme (commission ERU¹) jusqu'aux délibérations des deux Chambres (chiffre 2). Comme la controverse liée au traitement fiscal des gains en capital de la fortune privée a été largement discutée tant par la doctrine² que la jurisprudence³ et que la question du maintien ou de la suppression, même partielle, de l'exonération a été un thème important dans le développement de ce dossier, il nous paraît utile de revenir sur cette problématique (chiffre 3). Sur ces bases, nous examinerons ensuite la constitutionnalité des

¹ La commission d'experts ERU a été instituée par le Conseiller fédéral Kaspar Villiger par décision du 31 janvier 2000 en vue d'examiner l'ensemble du droit de l'imposition des sociétés et de préparer notamment différentes variantes d'imposition des bénéfices des entreprises neutre quant à la forme juridique.

² De nombreux auteurs se sont prononcés sur cette question notamment dans le cadre de l'élaboration du message concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral (FF 1983 III 1).

³ ATF 114 Ia 221; ATF 101 Ib 44; ATF 2A 331/2003.

propositions du Conseil fédéral et des deux Chambres sous l'angle de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive (art. 127 Cst.) ainsi que sous l'angle de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de l'interdiction d'arbitraire (art. 9 Cst.) (chiffre 4). Nous répondrons enfin aux questions posées (chiffre 5).

1. Réflexions préliminaires

1.1. Remarques introductives

Il est important de mentionner que l'analyse présentée dans cet avis ne peut être que sommaire compte tenu, d'abord, du délai qui était imparti pour sa rédaction. Indépendamment du facteur temporel, l'examen demandé ne peut par ailleurs que rester sommaire dans la mesure où il est impossible de dresser un examen empirique des conséquences de la réforme qui tienne compte de toutes les situations individuelles envisageables à savoir de chaque structure de financement, de chaque taux de distribution des dividendes ou de chaque rendement de capital. Il faut ajouter à ces éléments le fait que les conséquences de la réforme dépendent également des différents systèmes d'imposition cantonaux. Bien que le présent avis se limite à examiner les mesures prises en droit fédéral, il faut garder à l'esprit que les cantons pourront également prévoir des mesures d'allégement au niveau des porteurs de parts; ces dernières influenceront de manière plus ou moins prononcée les réactions des entrepreneurs-investisseurs par rapport aux mesures fédérales. Il est cependant impossible de déterminer de manière absolue les conséquences des législations cantonales sur les mesures fédérales en raison des incertitudes qui existent au sujet des allègements que les cantons introduiront. Ces nombreux faisceaux de situations peuvent se traduire par des projections de plus de 200 variantes; ces dernières doivent cependant être généralisées ou schématisées afin de pouvoir en tirer des conclusions. L'analyse est dans ce cadre d'autant plus difficile que les hypothèses sur lesquelles se basent les différents modèles ont varié, modifiant par là même le calcul des taux d'imposition partielle nécessaires pour supprimer la double imposition économique ou pour atteindre les autres buts de cette réforme.

A la lumière de ces précisions, nous souhaitons d'emblée relever qu'il est difficile de donner des réponses péremptoires au sujet de la conformité d'une mesure fiscale aux principes de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive compte tenu des nombreux facteurs qui peuvent ou doivent être pris en considération dans l'analyse et du caractère très général des principes constitutionnels en question. A cela s'ajoute le fait que l'égalité de traitement peut être examinée sous plusieurs angles: le respect de l'égalité peut en effet être contrôlé pour un large cercle, à savoir pour tous les contribuables ou entre les différentes formes de sociétés ou être limité à l'examen au sein d'une forme particulière de société. La comparaison entre la situation de l'entrepreneur-investisseur d'une société de capitaux et l'indépendant diffère en outre selon que la charge fiscale de l'indépendant est calculée avec ou sans charges sociales⁴. Il faut

⁴ A notre avis, la comparaison doit toutefois tenir compte des charges sociales dans la mesure où elles diminuent d'autant le revenu disponible de l'indépendant; elles sont donc importantes pour la détermination de la capacité contributive (voir dans le même sens Francis Cagianut/Ernst Höhn, *Unternehmenssteuerrecht*, Haupt, Berne, 1993, § 3, ch. 22; Ernst Höhn/Robert Waldburger, *Steuerrecht*, vol. II, Haupt, Berne, 2002, § 45 15, tableau).

ainsi admettre que le législateur dispose d'une marge de manœuvre dans l'élaboration des mesures d'allégement.

Les nombreux éléments impondérables liés à cette révision justifient que notre analyse rappelle d'abord les discussions déjà menées dans le passé au sujet du traitement fiscal des dividendes distribués par les sociétés de capitaux ainsi que la longue genèse du dossier. Ils nécessitent également que l'examen des questions tienne compte de l'ensemble des mesures envisagées pour le traitement fiscal des participations au capital-actions.

1.2. Délimitation des questions examinées

La charge fiscale totale des sociétés concernées par les allégements diffère aujourd'hui déjà en raison des barèmes cantonaux d'impôt sur le capital et sur le bénéfice; elle pourra subir d'importantes variations selon les allégements concédés par les cantons. Ces structures différentes limiteront ou accentueront, au niveau de la charge fiscale totale, les mesures prises par le législateur fédéral. Il est toutefois impossible d'effectuer à ce stade des comparaisons avec les mesures cantonales si ce n'est par quelques renvois aux projections effectuées par l'administration fédérale des contributions (AFC).

En plus de l'allégement de la double imposition économique, le projet de réforme de l'imposition des entreprises prévoit plusieurs mesures visant à améliorer la situation des entreprises de personnes d'une part et des sociétés de capitaux de l'autre. Parmi les mesures périodiques il faut notamment citer, pour les sociétés de capitaux, l'imputation de l'impôt sur le bénéfice à l'impôt sur le capital ou le corollaire que représentent, pour les sociétés de personnes, les critères d'estimation de la fortune commerciale en vue de l'impôt sur la fortune. Les autres mesures proposées en faveur des sociétés de personnes représentent principalement des reports d'impôt en cas de transfert d'immeuble de la fortune commerciale dans la fortune privée ou de la transmission de l'entreprise par succession. L'imposition des bénéfices de liquidation à un taux réduit constitue une mesure d'allégement; comme elle n'intervient toutefois qu'à la cessation de l'activité elle ne modifie pas l'imposition périodique et ne devrait pas être déterminante dans le choix de la forme juridique, raison pour laquelle nous ne la mentionnerons pas plus loin. Nous nous limiterons dans cet avis à l'examen de l'imposition partielle des dividendes qui est l'instrument retenu pour diminuer la double-imposition des sociétés de capitaux. Nous nous référerons aussi aux dispositions visant à régler les problèmes du commerce quasi-professionnel des titres, de la liquidation partielle indirecte et de la transposition puisque ces mesures constituent des correctifs à l'exonération des gains en capital de la fortune privée.

1.3. Les mesures prises dans le cadre de la réforme de l'imposition des entreprises en vue d'atténuer la double imposition économique relèvent-elles d'impératifs juridiques?

Cette question mérite d'être posée puisque la seconde réforme de l'imposition des entreprises est fortement souhaitée pour des motifs principalement économiques et politiques. Les intérêts économiques pouvant différer des impératifs juridiques, la distinction est donc importante pour l'appréciation de la constitutionnalité des mesures envisagées.

La seconde réforme de l'imposition des entreprises visait initialement à favoriser une imposition des entreprises qui soit neutre quant à la forme juridique et au financement de manière à ce que les décisions des entreprises ne soient pas influencées par des considérations fiscales. Compte tenu du résultat de la consultation qui rejetait toute imposition des gains en capital de la fortune privée, le Conseil fédéral a toutefois dû limiter les objectifs de la réforme de manière à ce que le projet ne vise plus qu'à atténuer la double imposition économique qui frappe les entreprises et les investisseurs. Dans ce cadre, il sied de se demander si la réalisation de ce but relève d'une nécessité juridique, de par l'existence d'une inégalité de traitement au niveau de l'imposition des entreprises par exemple, ou plutôt de motifs économiques⁵.

Les études de la commission ERU ont montré que l'imposition sur le bénéfice des entreprises pratiquée en Suisse est en principe avantageuse. Ces avantages fiscaux sont cependant moins importants lorsqu'on tient compte de la charge marginale des investisseurs en raison du traitement fiscal différent des bénéfices distribués (entièrement soumis à la double imposition économique) et des bénéfices accumulés (les gains en capital provenant en partie de ces derniers sont francs d'impôt pour autant que les participations soient détenues par des particuliers). Cette différence de traitement altère la neutralité entre l'autofinancement et le financement par émission d'actions. Il en résulte que les petites entreprises ne distribuent que très peu de bénéfices et que l'autofinancement des investissements au moyen des bénéfices accumulés prédomine. Les entreprises sont peu enclines à se procurer de nouveaux fonds propres en faisant appel à l'extérieur ce qui affecte la croissance des mouvements de capitaux sur le marché financier. Selon les analyses économiques, la double imposition économique incite aussi les entrepreneurs à financer leurs entreprises par le biais de capitaux étrangers, ces derniers étant fiscalement plus avantageux que le financement par émission d'actions.

Il s'agit cependant là d'arguments principalement économiques dans la mesure où la double imposition économique critiquée n'entraîne pas forcément de surimposition. La double imposition n'est en effet injustifiée que si la charge fiscale de la société et de l'actionnaire est plus élevée que celle d'un indépendant ou d'un bailleur de fonds. Or, la commission ERU a constaté que la double imposition économique ne désavantage à priori pas les actionnaires par rapport aux associés des entreprises de personnes. Au contraire, ce sont au fond ceux-ci qui sont défavorisés⁶. En effet,

⁵ Le dossier récemment traité des mesures urgentes en faveur des couples mariés répond par exemple clairement à un impératif juridique dans la mesure où l'inégalité de traitement entre les couples mariés et les couples de concubins est critiquée depuis deux décennies par le Tribunal fédéral. Dans ce cas, les couples mariés sont injustement plus lourdement imposés du seul fait de leur état civil. Il s'impose donc de prendre des mesures pour des motifs juridiques.

⁶ Dans son rapport, la commission ERU a présenté des exemples qui illustrent cette situation: «Eine Kapitalgesellschaft hat 100 Gewinn abzüglich der darauf geschuldeten Gewinnsteuer von 17.5 erzielt und schüttet diesen vollständig aus. Auf der erhaltenen Dividende von 82.5 entrichtet der Anteilshaber eine Einkommenssteuer von 22.5, so dass ihm noch 60 als frei verfügbares Einkommen verbleiben. Die Gesamtbelastung des ursprünglich erzielten Unternehmensgewinnes beträgt somit 40 Prozent. Ein vergleichbarer Selbständigerwerbender, dessen Unternehmungserfolg nur der Einkommenssteuer unterliegt, käme in einem solchen Fall auf eine geringere Steuerbelastung. Schüttet die Kapitalgesellschaft jedoch nur einen Teil ihres Jahresgewinnes aus, ist in der Regel die Gesamtbelastung von Gesellschaft und Anteilshaber niedriger als diejenige des vergleichbaren Selbständigerwerbenden. Es leuchtet daher ein, dass die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht unbedingt einer Überbesteuerung gleichkommt» (Rapport de la commission ERU p. 24, voir aussi annexe 1, p. 6 <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00961/index.html?lang=fr>). Xavier Oberson

en l'absence de distribution, les bénéfices d'une société de capitaux ne supportent que l'impôt sur le bénéfice alors que les bénéfices réalisés par une entreprise de personnes sont frappés de l'impôt progressif sur le revenu et qu'ils se voient en outre déduire les cotisations aux assurances sociales. La double imposition économique ne lèse ainsi l'actionnaire que si le bénéfice annuel est en grande partie distribué. Il résulte des examens de la commission ERU que la double imposition économique qui grève la SA et ses actionnaires, comparée à l'assujettissement de l'indépendant, n'est en moyenne désavantageuse qu'à partir de distributions de plus de 70% du bénéfice annuel⁷. Une surimposition de l'actionnaire par rapport au bailleur de fond n'existe également qu'en cas de redistribution importante des dividendes. Dans sa note de discussion du 14 décembre 2004 relative à la suite à donner à la procédure au terme de la consultation, le DFF a notamment précisé que la double imposition économique injustifiée touche principalement les sociétés de capitaux axées sur les personnes qui réalisent des bénéfices importants, lorsque la société est obligée de distribuer ses bénéfices⁸.

Au vu de ce qui précède il y a lieu de relever que la double imposition économique n'engendre une inégalité de traitement que dans peu de situations et que la nécessité juridique d'agir est limitée de ce point de vue. Le Conseil fédéral a toutefois relevé qu'il est insuffisant de se fonder sur ces éléments car la double imposition influence le comportement des détenteurs de participations qui utilisent tous les moyens légaux ou non pour éviter la double imposition⁹. Ce dernier élément permet de déceler un second problème juridique qui découle de la non imposition des gains en capitaux et de l'utilisation abusive qui peut en être faite.

Compte tenu de cette constellation dans la laquelle les arguments économiques prédominent, le législateur doit tout particulièrement veiller à ce que les mesures prises en vue d'atteindre le but recherché¹⁰ ne génèrent pas de nouvelles inégalités de traitement en favorisant de manière exagérée une catégorie de contribuables, ce qui pourrait rendre la législation inacceptable sur le plan juridique¹¹.

reconnaît dans le même sens que le traitement différent des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux ne permet pas d'emblée de dire que le système actuel soit inconstitutionnel. Selon lui, le législateur est parfaitement autorisé à traiter différemment les entreprises de personnes des sociétés de capitaux en reprenant la distinction du droit civil, ce d'autant plus que le système actuel réduit la double imposition économique en n'imposant que de façon relativement basse les sociétés de capitaux (Xavier Oberson, Fondements et perspectives d'une imposition des entreprises, in ASA 2001/2002, 70ème volume, 257 264).

⁷ Documents de base de la consultation ouverte le 16.12.2003, chiffre 1.3.1; dans le même sens, Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005 4469, chiffre 2.1.3); Annexe 1 au rapport final de la commission ERU du 29 juin 2001, p. 6.

⁸ Note de discussion du DFF du 14 décembre 2004 sur la suite à donner à la procédure, non publiée, chiffre 2.1.

⁹ Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005 4469, chiffre 2.1.4).

¹⁰ Pour le Conseil fédéral, la réforme devait se limiter à un allègement de la double imposition économique; les Chambres vont plus loin puisque leurs propositions tendent vers une neutralité du financement des sociétés de capitaux.

¹¹ Pour plus de précisions sur les exigences juridiques et économiques de la réforme, voir également les chiffres 1.7.1. et 1.7.2. du Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005 4469).

2. Historique du projet

Par rapport aux recommandations de la commission ERU et au projet originel très ambitieux de l'AFC, les buts de la révision ont dû être revus et le projet de réforme de l'imposition des entreprises adapté en conséquence. Il est important pour l'analyse des questions de rappeler les différents stades de ce long processus.

2.1. Recommandations de la commission ERU

La commission ERU préconisait une imposition de l'entreprise neutre quant à la forme juridique et au financement. Pour la mettre en oeuvre, elle recommandait entre autres l'introduction d'un impôt sur les sociétés combiné avec une imposition partielle des revenus de participations aux sociétés et des gains d'aliénation des participations importantes à de telles sociétés¹². Cet impôt aurait touché tout entrepreneur, indépendamment de la forme juridique de la société. L'allègement devait favoriser l'actionnaire et être effectué au niveau de la base de calcul. La commission ERU recommandait dans ce cadre une imposition partielle de 60%¹³. Les sociétés de personnes ne remplissant pas les critères de grandeur de cet assujettissement devaient pouvoir opter pour l'imposition des entreprises. L'imposition partielle à raison de 60% devait ainsi être appliquée aux revenus provenant des participations à l'entreprise ainsi qu'aux produits d'aliénation de participations qualifiées, soit 5% du capital-action pour autant que le prix d'acquisition de la participation excédait CHF 100'000.--¹⁴.

2.2. Modèles transmis en consultation

Sur la base des propositions de la commission ERU et du groupe de travail mixte «Etude de la place suisse»¹⁵, le Conseil fédéral a transmis trois modèles en consultation externe.

¹² On entend par là la prise en compte partielle des dividendes versés dans la base de calcul de l'impôt sur le revenu.

¹³ La double imposition est considérée comme éliminée lorsque la somme de l'impôt sur le bénéfice et celui sur le revenu payée sur les dividendes reçus correspond à celle qu'un associé comparable d'une société en nom collectif devrait acquitter sur son bénéfice provenant d'une activité lucrative indépendante. Dans ses comparaisons, l'ERU a assimilé aux impôts les cotisations AVS non constitutives de rente, ce qui a pour effet de faire augmenter le taux d'imposition marginal généralement dans une mesure plus forte chez l'indépendant que chez un actionnaire comparable. C'est donc principalement l'imposition marginale effective de l'indépendant et le fait que celui-ci soit désavantagé sur le plan de l'intérêt par rapport à un actionnaire comparable qui ne déclare le bénéfice de l'entreprise qu'au moment de sa distribution sous forme de dividende qui ont amené la commission à recommander une imposition partielle de 60% (voir également sur cette question le chiffre 1.3.3. de l'avant-projet de message sur la réforme de l'imposition des entreprises, <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/00731/index.html?lang=fr>).

¹⁴ Parmi les autres recommandations de la commission ERU, il faut relever que l'impôt sur la fortune pour les participations importantes devrait être supprimé. Les gains en capital de participations non qualifiées resteraient exonérés. Enfin les sociétés de personnes qui seraient soumises à l'impôt sur les sociétés, devraient, en matière d'assurances sociales, être traitées comme les sociétés de capitaux.

¹⁵ Ce groupe de travail a été institué par l'AFC sur mandat du DFF du mois d'août 2000; il était également composé de représentants des administrations des contributions cantonales et était notamment chargé d'étudier la compétitivité internationale du régime fiscal suisse. Les résultats de

Le modèle 1, auquel il était favorable, prévoyait l'application d'une procédure d'imposition partielle avec option¹⁶, c'est-à-dire une imposition partielle des rendements nets des participations qualifiées provenant de la fortune privée, pour autant toutefois que le contribuable ait demandé expressément que ses participations qualifiées soient considérées comme faisant partie de sa fortune commerciale. Selon ce modèle, les participations étaient considérées comme qualifiées lorsqu'elles représentaient au moins 10% du capital social ou du capital-actions. Les dividendes et les gains provenant des aliénations de la fortune commerciale auraient été considérés à 60% comme des revenus imposables. Les pertes, même non réalisées, auraient quant à elles été comptabilisées avec les autres revenus à hauteur de 60% et auraient pu être reportées à concurrence de 60% pendant 7 ans. Le modèle aurait permis de supprimer les problèmes du commerce quasi-professionnel des titres¹⁷ et, en cas d'exercice du droit d'option, des transpositions et des liquidations partielles indirectes. Il aurait grandement amélioré la neutralité du système fiscal en matière de choix du financement et de la forme juridique. Il aurait enfin permis de réduire les distorsions au niveau de l'égalité fiscale.

Le modèle 2 prévoyait l'introduction d'une imposition partielle limitée à la fortune privée pour les détenteurs de participations qualifiées (au moins 20%). En cas de réalisation directe ou indirecte, les bénéfices distribués comme les bénéfices accumulés auraient obligatoirement été pris en compte à hauteur de 60% dans la base de calcul. Les participations de la fortune commerciale auraient quant à elles été traitées conformément au modèle 1¹⁸.

Le modèle 3 enfin visait uniquement à supprimer la double charge économique supportée par les détenteurs de participations. L'allègement aurait concerné tous les types de distributions de bénéfices qui n'auraient été pris en compte qu'à hauteur de 70% dans le revenu imposable de la fortune commerciale ou privée¹⁹.

2.3. Propositions de lignes directrices du DFF suite à la consultation

l'étude devaient déboucher sur une liste de priorités concernant les mesures fiscales nécessaires à la compétitivité de la place suisse.

¹⁶ Dans son projet originel, l'AFC proposait une procédure d'imposition partielle obligatoire des revenus de la fortune privée. Cette proposition ambitieuse a cependant fait l'objet de véhémentes critiques de la part des milieux économiques, si bien que l'AFC a renoncé à insérer cette variante au nombre des modèles que le DFF proposait au Conseil fédéral en vue de la consultation.

¹⁷ La question du commerce quasi-professionnel des titres aurait été réglé grâce à l'introduction dans la définition de la fortune commerciale du critère du lien fonctionnel avec l'activité commerciale.

¹⁸ Ce modèle aurait amélioré la neutralité du système fiscal par la procédure d'imposition partielle limitée et aurait été raisonnable selon le DFF car il n'aurait pris en compte que les participations qualifiées de 20% au moins.

¹⁹ Pour l'impôt fédéral direct toutefois l'imposition partielle n'aurait été accordée qu'à la condition que les bénéfices distribués aient été soumis à une imposition préalable; le seuil d'imposition normal aurait été considéré comme atteint si l'imposition préalable effective s'était élevée à 15% au moins. Si l'imposition préalable avait été inférieure à ce seuil, l'imposition partielle des dividendes aurait été refusée à l'actionnaire. Selon le DFF, cette condition était justifiée pour des motifs d'égalité de traitement.

Sur la base du résultat de la consultation qui rejetait toute imposition des gains en capitaux provenant de la fortune privée²⁰, le DFF a suggéré de maintenir le traitement fiscal actuel pour les portefeuilles de participations de la fortune privée et commerciale. Pour les participations qualifiées d'au moins 10% de la fortune privée, il proposait un allègement en faveur du porteur de parts au niveau de la base de calcul de l'impôt. Les dividendes ne devaient ainsi être imposés plus qu'à 80% pour la Confédération, les cantons étant libres de déterminer l'allègement. Les gains en capitaux devaient rester exonérés, sous réserve toutefois des dispositions relatives à la liquidation partielle indirecte et au commerce quasi-professionnel des titres; il devait également être renoncé à une imposition partielle de la fortune. Les dividendes et les produits d'aliénation provenant de participations qualifiées de la fortune commerciale devaient quant à eux être imposés à 60% au niveau de la Confédération, les cantons étant libres de déterminer leur allègement²¹.

2.4. Message du Conseil fédéral

Contrairement aux recommandations du DFF, le Conseil fédéral a renoncé à limiter l'allègement fiscal aux seules participations qualifiées. Il a donc proposé une imposition partielle à hauteur de 80% de tous les dividendes de la fortune privée²² ainsi qu'une imposition partielle à hauteur de 60% de tous les dividendes de la fortune commerciale. Le produit de l'aliénation des participations de la fortune commerciale pouvait bénéficier de l'imposition partielle à 60% uniquement lorsque les parts représentaient au moins 10% du capital action ou du capital social et qu'elles étaient restées la propriété du contribuable pendant une année au moins. Dans tous les autres cas, les bénéfices provenant de l'aliénation de droits de participation restaient entièrement imposables²³.

2.5. Débats parlementaires

Le parlement a scindé le projet de réforme de l'imposition des entreprises en deux projets de lois. La première loi règle les questions urgentes, à savoir le traitement de la transposition et de la liquidation partielle indirecte; elle a été approuvée le 23 juin 2006.

Dans le second projet, le CE propose d'imposer les revenus et les produits d'aliénation des participations qualifiées (10% du capital-actions ou du capital social) de la fortune commerciale à hauteur de 50%; les revenus de participations qualifiées de la fortune privée seront pris en compte fiscalement à hauteur de 60%. Les gains

²⁰ Tant les cantons que les partis ont rejeté l'introduction d'une imposition, même partielle, des gains en capital de la fortune privée. Il faut en outre rappeler que l'initiative populaire visant à introduire un impôt sur les gains en capital avait déjà été rejetée par le peuple et les cantons le 2 décembre 2001.

²¹ Le projet reprenait en outre les propositions incontestées en faveur des sociétés de personnes et de capitaux.

²² Le traitement des produits d'aliénation des participations de la fortune privées était cependant identique aux recommandations du DFF.

²³ Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005 4469, ch. 7.2, ad art. 18b).

en capital restent exonérés²⁴. Le Conseil national propose le même système en ce qui concerne la fortune commerciale²⁵ mais souhaite imposer uniquement 50% des revenus des participations qualifiées de la fortune privée.

Dans le cadre des débats parlementaires, l'AFC a livré des analyses complémentaires à l'attention de la CER-CN et CER-CE afin d'approfondir principalement les effets des mesures sur le financement de l'AVS. La note du 18 mai 2006 retient que pour un taux d'imposition partielle de 70% ou plus, la tendance à substituer le prélèvement de salaire pour des dividendes n'existe en principe pas; pour un taux d'imposition partielle de 50% par contre, il est largement favorable de prélever des bénéfices. La note du 15 septembre 2006 précise que pour une imposition partielle de 50%, l'effet de substitution a en principe toujours lieu; pour un taux de 60% par contre, il n'a lieu que pour autant que le taux d'impôt marginal sur la fortune soit inférieur à 0,6%. Au sujet de la neutralité de financement, la note de l'AFC, transmise à l'OFJ le 13 novembre 2006, conclut que pour des revenus supérieurs à CHF 150'000.--, la neutralité (entre capitaux étrangers et capital par émission d'actions) peut être en principe atteinte pour une imposition partielle comprise entre 46,6% et 58,9%, ces taux variant en fonction du taux de rendement du capital propre et des revenus pris en considération. La note complémentaire de l'AFC du 24 novembre 2006 mentionne que la neutralité entre la perception de dividendes et le revenu d'une activité indépendante soumis à l'AVS est atteinte pour un taux d'imposition partielle des dividendes fixé entre 60% et 90%. Si l'on ne tient pas compte de la déduction de l'AVS, ces taux tombent entre 50% et 80%. La substitution du prélèvement de salaire au profit des dividendes a lieu quant à lui pour des taux fixés entre 50% et 75%. Enfin, selon cette note, la neutralité de financement serait atteinte pour des taux d'imposition partielle entre 35% et 60%.

3. L'exonération des gains en capitaux

Les critiques portées au projet concernent notamment le fait que les dividendes et les gains provenant des participations de la fortune privée sont fiscalement traités différemment. Il faut toutefois rappeler qu'une telle inégalité existe déjà dans le droit en vigueur²⁶. Il est selon nous important de rappeler les arguments qui ont permis d'opter pour cette solution dans la mesure où elle constitue une exception au principe de l'imposition selon le revenu global net.

3.1. Le principe de l'imposition selon le revenu global net

La doctrine reconnaît que l'impôt sur le revenu touche en principe le revenu global net²⁷ ce qui signifie que tous les revenus sont saisis ensemble par un seul et même impôt, sous réserve des exceptions prévues par le législateur. La LIFD classe les revenus imposables en quatre catégories. Elle prévoit cependant plusieurs exceptions dont les gains en capital de la fortune privée (art. 16 al. 3 LIFD)²⁸.

²⁴ Afin de tenir compte de la volonté exprimée par les participants à la consultation.

²⁵ A l'exception du traitement de participations indirectes.

²⁶ L'inégalité de traitement existe également entre la fortune privée et la fortune commerciale.

²⁷ Il faut noter que le principe de l'accroissement de la fortune nette est aujourd'hui tempéré par le principe de réalisation qui veut que seuls les éléments de fortune réalisés sont imposables.

²⁸ Ernst Höhn / Robert Waldburger, *Steuerrecht*, 1^{er} volume, Haupt, Berne, 2001, § 14 ch. 16 ss. (ci-après *Steuerrecht*).

3.2. Historique de l'exonération

A l'origine, le projet de loi fédérale sur l'impôt fédéral direct²⁹ ne prévoyait pas une exonération fiscale totale des gains en capital de la fortune privée³⁰ mais l'imposition des gains provenant de l'aliénation des participations privées d'au moins 20%, à percevoir par un impôt spécial sur les participations. Le Conseil fédéral souhaitait ainsi toucher les actionnaires pouvant influencer la marche des affaires de la société puisque leur situation au moment de l'aliénation était, d'un point de vue économique, comparable à celle des droits de participation à une société de personnes. Lors des débats parlementaires, les opinions divergèrent tant que l'on décida finalement le maintien de l'exonération des gains en capital de la fortune privée.

3.3. Portée de l'exonération

La LIFD limite l'exonération fiscale aux gains en capital de la fortune mobilière et immobilière privée, les produits de l'aliénation des gains de la fortune commerciale restant imposés. Cette différence de traitement entraîne automatiquement la question délicate de la distinction entre la fortune privée et la fortune commerciale³¹. Dans la mesure où l'exonération représente une lacune dans le système fiscal suisse, son application doit être restrictive en gardant toujours à l'esprit le principe de l'imposition selon la capacité contributive. Selon le Tribunal fédéral, les notions de revenus de la fortune et d'activité indépendante doivent être admises largement, la notion de gains en capital privés doit par contre être interprétée de manière restrictive³². Ces réflexions ont amené la pratique et la jurisprudence à distinguer certains cas dans lesquels elles renoncent à admettre l'exonération des gains en capital privés et à considérer certains états de faits comme des aliénations de la fortune commerciale; c'est le cas de la transposition, du commerce quasi-professionnel des titres et de la liquidation partielle indirecte³³.

3.4. Position de la doctrine par rapport à l'exonération des gains en capitaux

De nombreux auteurs ont examiné cette question. Höhn³⁴ l'a fait sous l'angle de l'égalité de traitement entre les gains de la fortune privée et de la fortune commerciale. Il retient que dans le cas de la vente de participations, la situation du

²⁹ Message du 25 mai 1983 concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral direct (FF 1983 III 1, ch. 144.32).

³⁰ Contrairement aux dispositions de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct.

³¹ Sur la distinction entre la fortune privée et commerciale, voir notamment Markus Reich, in SJZ, 80ème année, fascicule 14, pp 221 ss.; Ernst Höhn, Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Einkommensteuerrecht, in ASA 1981/1982, 50ème volume, pp 529ss (ci-après: ASA 50).

³² ATF 115 Ib 238; Markus Reich, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Helbing & Liechtenhahn, Bâle, 2000, ad art. 16 chiffre 52 ss. (ci-après: Kommentar).

³³ Ernst Höhn / Robert Waldburger, Steuerrecht, § 14 ch. 26. Pour une critique de l'extension de la notion de revenus de dividendes par la jurisprudence, voir Markus Reich, Kommentar, ad art. 16 ch. 53, 54 ; Ernst Höhn, in ASA 50, p. 542, ch. 5, 6.

³⁴ Ernst Höhn, Die Besteuerung der privaten Gewinne, P.G. Keller, Winterthur, 1955, pp 263 ss. (ci-après: Die Besteuerung der privaten Gewinne).

privé et de l'indépendant n'est pas différente au point de justifier un traitement fiscal différent³⁵. Cette inégalité n'étant selon lui pas suffisante pour justifier une imposition différente des gains en capital, il examine encore la question de l'arbitraire³⁶ d'une telle législation c'est-à-dire si, dans son ensemble, il est admissible d'imposer les gains de l'indépendant en exonérant ceux provenant de la fortune privée. Il arrive à la conclusion qu'une telle réglementation est arbitraire et contraire à l'art. 4 aCst. tant sous l'angle de l'égalité de traitement que sous celui de la capacité contributive puisque le privé est avantagé non seulement par rapport au commerçant mais également par rapport à tout autre privé dont les revenus proviennent de sources autres que des participations³⁷.

Selon Zuppinger, Böckli, Locher et Reich, il ne fait également aucun doute que les gains en capital augmentent la capacité contributive du contribuable et qu'il serait donc justifié d'imposer tous les gains en capital quels que soient les éléments de fortune sur lesquels ils ont été réalisés³⁸. Dans le cadre de leur ouvrage sur l'harmonisation fiscale, ils ont cependant relevé plusieurs problèmes liés à une imposition de tous les gains en capital³⁹. L'ouvrage présente plusieurs variantes à l'imposition des gains en capital dont celle de l'imposition des gains sur les participations qualifiées uniquement. Cette dernière est toutefois critiquée notamment pour des motifs d'égalité de traitement entre les différents porteurs de titres mais aussi du fait qu'elle introduirait une troisième imposition pour les sociétés⁴⁰. Les auteurs aboutissent à la conclusion qu'il serait justifié de renoncer à une imposition des gains provenant de l'aliénation des participations en proposant cependant de traiter l'investisseur important de la même manière que le commerçant, ce qui reviendrait à traiter les participations en question comme faisant partie de la fortune commerciale⁴¹.

³⁵ Certains auteurs concluaient de cette inégalité de traitement une nécessité d'imposer les gains en capital privés (voir Oskar Bosshardt, Die Bedeutung des Gewinnbegriffs bei der zürcherischen Einkommenssteuer, référence tirée de Ernst Höhn, Die Besteuerung der privaten Gewinne, p. 266, note no 30).

³⁶ Le système serait selon lui arbitraire s'il n'existait aucune motivation pertinente pour justifier le traitement différent.

³⁷ Pour une imposition des produits d'aliénation de participations de la fortune privée, voir également Cagianut, Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne, in ASA 1973/1974, 42^{ème} volume, pp. 433 ss.

³⁸ Ferdinand Zuppinger, Peter Böckli, Peter Locher, Markus Reich, Steuerharmonisierung, Stämpfli, Zurich 1984, pp 109 ss. (ci-après: Steuerharmonisierung).

³⁹ Parmi ceux-ci on peut notamment relever que l'on devrait, pour respecter le principe de la capacité contributive, prendre également en considération les pertes survenues. Certains projets cantonaux ont montré que les contrôles liés à une imposition des gains en capital entraînent des coûts totalement disproportionnés par rapport aux bénéfices obtenus. Une imposition des gains de tous les éléments de fortune paraîtrait en outre impossible en l'absence de l'obligation pour les privés de tenir une comptabilité.

⁴⁰ Ferdinand Zuppinger, Peter Böckli, Peter Locher, Markus Reich, Steuerharmonisierung, pp 109 ss.; Peter Böckli, Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, in ASA 1974/1974, 42^{ème} volume, pp 369 ss. (ci-après: ASA 42).

⁴¹ Ferdinand Zuppinger, Peter Böckli, Peter Locher, Markus Reich, Steuerharmonisierung, pp 99 ss.; voir également le Message du 25 mai 1983 concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral (FF 1983 III 1, ch. 144.3). On peut d'ailleurs relever que cette proposition se rapproche de la proposition de l'ERU et du modèle 1 envoyé en consultation par le DFF.

3.5. Position de la jurisprudence

Le Tribunal fédéral rappelle, pour le droit cantonal, que le système du revenu global net exige en principe l'imposition des gains en capital de la fortune privée non seulement pour tenir compte de la double imposition des sociétés et des personnes physiques mais également en raison du principe de l'égalité de traitement, tout particulièrement du principe de l'imposition selon la capacité contributive. Il considère toutefois que la non imposition des gains en capital de la fortune privée est justifiée par des raisons objectives et qu'elle ne viole donc pas l'égalité de traitement⁴². En interprétant de manière extensive la notion de fortune commerciale dans de nombreux arrêts⁴³ et en développant une pratique extrêmement stricte de la transposition ou de la liquidation partielle indirecte⁴⁴, le Tribunal fédéral a toutefois suscité de nombreuses critiques dans la doctrine. C'est partiellement sa pratique qui a entraîné la présente réforme.

3.6. Conclusions intermédiaires

La question de l'exonération fiscale des gains en capital de la fortune privée est délicate puisqu'elle est empreinte de considérations tant juridiques qu'économiques et politiques. En exonérant les gains en capital de la fortune privée, le droit en vigueur prévoit une inégalité de traitement. Celle-ci est cependant tolérée pour différents motifs. Le simple fait que les revenus des dividendes et les gains provenant d'aliénation de participations sont fiscalement traités différemment ne permet donc pas d'affirmer que le projet actuellement débattu aux Chambres soit contraire aux principes constitutionnels d'imposition. Il faut au contraire examiner les mesures proposées dans leur ensemble afin de pouvoir se prononcer sur la constitutionnalité du projet.

Les chapitres introductifs ont par ailleurs démontré que la double imposition économique n'engendre pas forcément d'inégalités de traitement. Les représentants de l'économie souhaitent toutefois l'atténuer afin d'encourager la croissance économique. Ils refusent par contre une imposition, même partielle, des gains en capital de la fortune privée, raison pour laquelle le Conseil fédéral a renoncé à présenter le modèle qui aurait permis d'introduire une imposition neutre quant à la forme juridique et au financement de la société.

Ces réflexions nous amènent à poser une question intermédiaire qu'il nous paraît nécessaire de traiter avant de répondre à votre question 1⁴⁵.

⁴² A titre de motifs d'ordre pratique qui plaident en défaveur de leur imposition le TF mentionne notamment que l'imposition de tels gains est compliquée et laborieuse, voire impossible, plus particulièrement lorsqu'elle ne se limite pas à une imposition de parts à des sociétés de capitaux ou d'autres titres mais qu'elle inclut d'autres éléments de la fortune qui ne doivent pas être déclarés périodiquement (ATF 114 Ia 221).

⁴³ ATF 125 II 113.

⁴⁴ ATF 101 Ib 44, ATF 2A 331/2003.

⁴⁵ Cette question se pose dans la mesure où tant l'initiative populaire visant à introduire un impôt sur les gains en capital que les modèles 1 et 2 présentés en consultation par le DFF ont été rejetés. D'un point de vue juridique, il faut donc prendre en compte qu'il n'existe pas d'imposition des gains en capitaux de la fortune privée et que cette situation ne doit pas changer.

Admettant qu'un système fiscalement neutre (quant à la forme et au financement) idéal nécessiterait en principe une imposition des gains en capital de la fortune privée, l'introduction d'une imposition partielle des dividendes peut-elle, sans cette compensation, respecter les principes de l'égalité de traitement, de l'imposition selon la capacité contributive et de l'équité?

4. Examen de la conformité à la Constitution fédérale

4.1. Principes constitutionnels applicables

La réponse aux questions posées nécessite un examen de la constitutionnalité des propositions concrètes de modifications puisque l'appréciation doit porter sur l'ensemble des mesures envisagées⁴⁶. Leur conformité à la Constitution fédérale doit être examinée surtout sous l'angle de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive. Ces deux principes se concrétisent par l'examen de l'égalité de traitement horizontale, qui exige que deux sujets fiscaux disposant de la même capacité contributive supportent la même charge fiscale, et de l'égalité de traitement verticale qui suppose qu'on traite différemment deux personnes n'ayant pas la même capacité contributive. Ces principes ne sont certes pas absolus; ils peuvent être relativisés, mais le régime fiscal mis en place doit respecter, dans son ensemble, le principe de l'égalité au sens de l'art. 8 Cst. selon lequel la structure de l'imposition choisie ne peut permettre aucune différence qui ne puisse être valablement justifiée au risque d'aboutir à une législation arbitraire⁴⁷. Il faut à ce titre relever que l'on ne peut reconnaître n'importe quel motif comme étant pertinent pour justifier une inégalité de traitement.

Les mesures visant à alléger la double imposition économique doivent être aménagées de manière à ne pas avantager de manière disproportionnée certaines formes de sociétés⁴⁸. Cela aurait en effet pour conséquence d'éloigner la législation d'un système d'imposition neutre quant à la forme ce qui pourrait la rendre difficilement défendable sous l'angle de l'art. 8 Cst.⁴⁹.

Pour certains, le principe de l'égalité de traitement doit être concrétisé par la neutralité de financement des sociétés de capitaux. Pour eux, l'examen du respect de l'égalité de traitement doit être limité à la charge fiscale marginale grevant les différentes formes de financement de la société de capitaux sans tenir compte de la charge fiscale des sociétés de personnes ou des autres sources de revenus. Nous reviendrons sur ces différents points de vue aux chiffres 4.3.2. et 4.3.3.

⁴⁶ Dans ce sens, voir Dieter Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip in der Unternehmenssteuerreform, in *StuW* 4/2000, pp 328 ss., ch. III 2.

⁴⁷ Ernst Höhn/Robert Waldburger, *Steuerrecht*, § 4 ch. 78; ATF 124 I 193; ATF 124 I 247.

⁴⁸ Il faut noter également que l'allégement général en faveur des entreprises génère des inégalités de traitement par rapport aux autres contribuables dans la mesure où les dividendes provenant de participations qualifiées seront dorénavant avantagés par rapport aux autres revenus. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a rappelé, dans son message du 22.06.2005, qu'il proposera parallèlement des allègements en faveur de l'imposition des familles (FF 2005 4469 ch. 1.10.2.1).

⁴⁹ Dans ce contexte, l'analyse doit tout particulièrement tenir compte du fait qu'aujourd'hui peu de contribuables subissent une double-imposition injustifiée (voir chiffre 1.2.) et que la double-imposition économique est compensée, partiellement du moins, par l'exonération fiscale des gains en capital de la fortune privée.

4.2. Projet du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a reconnu que le projet ne pourra atteindre ni la neutralité de la forme juridique ni la neutralité de financement des sociétés en raison du maintien de l'exonération des gains en capital de la fortune privée. Les mesures proposées s'orientent donc principalement vers l'atténuation de la double imposition économique et poursuivent le but d'optimiser le système actuel en supprimant ses lacunes les plus visibles telles que la surimposition. L'introduction d'une imposition partielle de tous les dividendes de la fortune privée à hauteur de 80% permet d'améliorer la situation des sociétés qui subissent une double imposition qu'elle soit justifiée ou non.

L'introduction de l'imposition partielle pour tous les dividendes, et non pas uniquement pour les participations qualifiées, permet de maintenir l'égalité de traitement entre tous les investisseurs et de favoriser ainsi le capital-risque; elle généralise cependant l'inégalité de traitement par rapport aux autres sources de revenus, entièrement imposés, et les revenus de participations.

Les analyses de l'AFC ont montré⁵⁰ qu'un taux d'imposition partielle de 80% permet encore à l'actionnaire-entrepreneur de percevoir un salaire soumis à l'AVS dans des conditions fiscales avantageuses. Ce critère est important puisqu'il démontre que malgré une diminution de la charge fiscale des sociétés qui distribuent leurs bénéfices, la perception d'un salaire reste néanmoins intéressante. Il existe donc un certain équilibre entre les sociétés de capitaux et les associés de sociétés de personnes ou les indépendants qui sont eux obligatoirement soumis à un impôt sur le revenu progressif et au paiement de l'AVS⁵¹. Cela permet de déduire que le système proposé n'engendre pas d'inégalité horizontale importante entre les différentes formes de sociétés. Selon l'étude Keuschnigg, la charge fiscale marginale moyenne des sociétés de capitaux⁵² pour une imposition des dividendes à 100% est de 45,79%⁵³; elle tombe à 43,468% pour un taux d'imposition de 80%. Cette baisse peut sembler peu importante mais elle doit être comparée à la charge fiscale marginale moyenne des sociétés de personnes qui est de 47% (qui sont donc en moyenne déjà défavorisées aujourd'hui). Pour un taux d'imposition partielle de 50%, la charge fiscale marginale moyenne des sociétés de capitaux tombe à 39,9% creusant ainsi l'écart avec la charge marginale des sociétés de personnes.

Le taux d'imposition plus favorable proposé pour les dividendes provenant de la fortune commerciale (60%) permet de tenir compte de l'inégalité qui existe au niveau

⁵⁰ Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005 4533 ch. 2.3)

⁵¹ La prise en compte des versements à l'AVS est nécessaire pour déterminer le revenu effectivement disponible pour le contribuable et, par conséquent, sa capacité contributive (voir note de bas de page n°4 ci-dessus).

⁵² Il s'agit d'une moyenne selon les différents types de financement, la charge fiscale de l'auto-financement étant de 35,4%. Il sied encore de rappeler que seules les sociétés qui distribuent plus de 70% de leurs bénéfices subissent pleinement la double imposition; les autres se trouvent dans la moyenne.

⁵³ Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005, chiffre 1.5.2). La charge fiscale pour un taux de 80% est déduite par interpolation linéaire par l'AFC.

du traitement fiscal des gains en capital. Cette inégalité est aussi corrigée par l'introduction d'une imposition partielle des gains en capital de la fortune commerciale lorsque les participations s'élèvent à plus de 10% et qu'elles ont été possédées une année au moins. Un traitement différent selon la durée de possession des participations est largement admis par la doctrine qui considère que l'augmentation de la capacité contributive liée à la vente de participations est inversement proportionnelle à la durée de possession de ces dernières⁵⁴.

La proposition du Conseil fédéral atténue en outre les inégalités entraînées par le traitement fiscal plus favorable des participations de la fortune privée par rapport aux autres formes de revenus par les réglementations relativement strictes proposées en matière de commerce quasi-professionnel des titres, de transposition et de liquidation partielle indirecte. Dans ce contexte, des opérations qui, par leur importance, relèvent plus de comportements liés à la fortune commerciale qu'à la fortune privée sont imposés comme des revenus d'une activité indépendante ou de la fortune mobilière.

Bien que l'allégement proposé par le Conseil fédéral soit modeste, il faut cependant rappeler que l'ensemble de ces mesures avantagent les participations par rapport aux autres sources revenus. Conscient de cet élément, le Conseil fédéral a mentionné dans son message du 22 juin 2005, qu'il y aura lieu de prévoir un allégement de l'imposition des autres contribuables, afin de réduire l'inégalité de traitement que ces personnes subissent par le traitement fiscal favorable des participations.

Compte tenu du rejet d'une réforme profonde en consultation externe, le projet du Conseil fédéral ne peut pas aboutir à une neutralité de la forme juridique ou du financement. L'allégement relativement faible (aux yeux de certains) qu'il propose relativise il est vrai les principes de l'imposition selon la capacité contributive et de l'égalité de traitement mais il permet, dans son ensemble, de diminuer la double imposition économique sans qu'il ne devienne arbitraire sur le plan de l'équité fiscale. Accompagné en plus de quelques correctifs à l'exonération des gains en capital de la fortune privée, il respecte à notre avis le principe de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst. même s'il ne prévoit pas l'introduction d'une imposition des gains en capital provenant de l'aliénation de participations de la fortune privée.

4.3. Solutions envisagées par le CN et le CE

4.3.1. Effets et conséquences des solutions du CN et du CE

L'imposition des revenus de participations qualifiées de la fortune privée à un taux de 50% (CN) ou 60% (CE) va au-delà des impératifs visant à supprimer la double imposition économique si l'examen se fonde sur les résultats de la commission ERU. Celle-ci concluait qu'un taux d'imposition partielle des dividendes et des produits d'aliénation de participations de la fortune privée de 60% serait adapté pour supprimer la double imposition; en l'absence de mesures compensatoires, le Conseil fédéral a donc estimé qu'un taux de 80% était raisonnable.

Les allègements proposés par le CN et le CE accentuent l'inégalité de traitement entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes et auraient ainsi pour

⁵⁴ Peter Böckli, ASA 42, p. 387; Ernst Höhn, Die Besteuerung der privaten Gewinne, pp 272 ss.

effet d'encourager les sociétés de personnes à se constituer en sociétés de capitaux. Une telle situation va à l'encontre du but visant à atteindre une imposition neutre quant à la forme juridique. Un taux d'imposition bas des dividendes de l'ordre de 50% ou 60% inciterait par ailleurs les investisseurs-entrepreneurs des sociétés de capitaux axées sur les personnes (les PME principalement) à renoncer à prélever un salaire, soumis à l'AVS, à et préférer un versement de dividendes fiscalement avantage⁵⁵. Un tel comportement pourrait, comme vous l'avez également relevé, engendrer des problèmes de financement de la caisse AVS. Les sociétés de personnes et les indépendants qui renonceraient à se constituer en société anonyme seraient désavantagés puisque l'impôt sur le revenu est plus élevé que l'impôt sur le bénéfice et que le revenu est du plus soumis aux cotisations AVS. Les dividendes versés ne seraient par contre imposés que très partiellement. Ces éléments constituent également une inégalité de traitement entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux et contreviennent au but de neutralité quant à la forme juridique.

Le CN et le CE proposent également un taux d'imposition partielle des dividendes et des produits d'aliénation de participations de la fortune commerciale de 50%; cette proposition va au-delà des recommandations de la commission ERU qui considérerait qu'un taux de 60% était adéquat pour supprimer la double imposition économique⁵⁶. Cet allègement supplémentaire pourrait également être mis en question du point de vue de l'imposition selon la capacité contributive. En prévoyant ce même taux pour les dividendes de la fortune privée, le CN maintient dans une certaine mesure l'inégalité de traitement due au fait que les gains en capital sont totalement exonérés, contrairement aux gains de la fortune commerciale. L'imposition des gains d'aliénation de participations de la fortune commerciale sera certes allégée, mais en contrepartie les dispositions réglant les correctifs à l'exonération des gains en capital de la fortune privée, à savoir les dispositions sur la liquidation partielle indirecte⁵⁷, la transposition et le commerce quasi-professionnel des titres⁵⁸, prévoient des

⁵⁵ La note de l'AFC du 18 mai 2006 à l'attention de la CER-CE précise cette affirmation. Selon le chiffre 3.3. de cette note, la tendance à renoncer à la perception d'un revenu soumis à l'AVS existerait en principe pour des taux d'imposition partielle inférieurs à 70%. Le tableau présenté sous le chiffre 4.1 de la note du 15 septembre 2006 à l'attention de la CER-CN permet en outre de déduire que, pour un taux d'imposition partielle de 50%, l'entrepreneur devrait, compte tenu des taux d'imposition fédéral et cantonaux, préférer un prélèvement des bénéfices pour tout bénéfice supérieur à CHF 100'000.--. Cette tendance existerait également pour un taux d'imposition partielle de 60% pour autant que le taux d'imposition marginale sur la fortune soit inférieur à 0,3%. Le phénomène de substitution dépend donc des bénéfices générés par la société et des taux d'imposition des cantons, notamment de l'impôt sur la fortune. Dans sa note du 24 novembre 2006, l'AFC conclut finalement que la substitution a lieu pour des taux d'imposition fixés entre 50% et 75%.

⁵⁶ Il va également au-delà des conclusions de l'AFC du 24 novembre 2006 si l'on tient compte des assurances sociales dans le calcul de la charge fiscale grevant le revenu de l'activité indépendante.

⁵⁷ Pour que l'on admette une liquidation partielle indirecte, il faut que de la substance non nécessaire à l'exploitation qui aurait pu être distribuée au moment de la vente, soit distribuée dans les cinq ans après la vente avec la participation du vendeur. En outre, si ces conditions sont remplies, seule la substance distribuée sera imposée en procédure de rappel d'impôt et non pas tout le produit de la vente. De telles conditions rendent l'examen de l'impossibilité très compliqué pour les autorités fiscales et la limitation des éléments imposés diminue considérablement la portée de la disposition.

⁵⁸ Selon la proposition du CE, les gains provenant de l'aliénation de participations de la fortune privée doivent être considérés comme des revenus de l'activité indépendante et donc être soumis à la disposition sur le commerce quasi-professionnel des titres uniquement si le produit de la vente

conditions d'application si restrictives qu'elles reviendront presque à assurer une exonération totale des produits d'aliénation de participations de la fortune privée.

Les solutions proposées accentueraient par ailleurs l'inégalité de traitement par rapport au traitement fiscal de la fortune immobilière pour laquelle tant les revenus que les produits d'aliénation (par les cantons) sont imposables. Elles créeraient de surcroît une nouvelle inégalité au regard de tous les autres revenus de la fortune mobilière qui restent entièrement imposables. L'allégement limité aux participations qualifiées avantagerait enfin les actionnaires importants par rapport aux petits actionnaires mais limiterait quelque peu l'inégalité de traitement par rapport aux autres revenus.

Une imposition partielle des dividendes de 50% permettrait toutefois, comme vous l'avez relevé au cours de la séance du 9 novembre 2006 et tel qu'il ressort du document complémentaire envoyé par l'AFC le 13 novembre 2006, d'atteindre la neutralité entre le financement de la société de capitaux par capitaux étranger et par capital-actions⁵⁹.

Compte tenu des réflexions qui précèdent, il sied d'examiner si le rapprochement d'une neutralité de financement des sociétés de capitaux permet de justifier les inconvénients engendrés par l'accentuation des inégalités de traitement énumérées ci-dessus.

4.3.2. Neutralité de financement

La société de capitaux, comme la société de personnes d'ailleurs, dispose de plusieurs modes de financement auxquels sont rattachées des conséquences fiscales différentes. Elle peut se financer au moyen de capital étranger (prêt bancaire ou prêt de l'entrepreneur) ou par le biais de capital propre, soit par la thésorisation des bénéfices obtenus (autofinancement) ou par un financement par émission d'actions. Le financement par capital étranger et par autofinancement sont fiscalement attrayants. La société qui choisit le capital étranger peut déduire les intérêts du capital emprunté de son bénéfice réduisant ainsi d'autant le montant imposable. En cas de prêt de l'entrepreneur, le financement est plus coûteux puisque les intérêts versés par la société débitrice doivent être considérés comme des revenus de l'entrepreneur. Le financement par thésorisation des bénéfices obtenus (autofinancement) n'engendre en lui-même aucune conséquence fiscale puisqu'il provient de l'utilisation des bénéfices obtenus; l'impôt sur les bénéfices étant faible, ce financement est avantageux⁶⁰. Le financement par émission d'actions avec redistribution des bénéfices est lui désavantageux d'un point de vue fiscal puisqu'il

s'élève durant deux années consécutives à plus de CHF 500'000.-- et si le montant des achats et ventes effectués durant ces deux années représente quatre fois la valeur de la fortune en participations que le contribuable possédait en début de l'année fiscale. Les pertes provenant de l'aliénation devraient en outre pouvoir être imputées de manière illimitée sur les gains en capital alors que seules les participations ayant été possédées moins de quatre ans peuvent faire l'objet d'une imposition (la proposition du CN ne prévoit pas de montant minimum au produit de la vente, allégeant ainsi la proposition du CE).

⁵⁹ Selon votre note complémentaire du 24 novembre 2006 toutefois, la neutralité entre le financement par capital-étranger ou par émission d'actions serait atteinte pour un taux d'imposition partielle variant entre 35% et 60%.

⁶⁰ Il faut préciser que la thésorisation des bénéfices augmente la valeur de la société; compte tenu de l'exonération des gains en capital de la fortune privée, l'aliénation de l'entreprise peut toutefois souvent avoir lieu franche d'impôts.

entraîne une double imposition économique. Les bénéfices engendrés par la société grâce au capital-actions injecté par l'entrepreneur-investisseur sont soumis à l'impôt sur le bénéfice. Les bénéfices distribués sous forme de dividendes (après impôt sur les bénéfices) sont eux imposés auprès du porteur de parts; ils sont comptabilisés avec le reste de ses revenus et imposés à un taux progressif (pour la Confédération). Compte tenu de ces éléments, l'entrepreneur-investisseur qui a besoin de nouveaux capitaux a aujourd'hui tendance à choisir le financement par capital étranger ou à favoriser l'autofinancement.

Selon les explications données au cours de la séance du 9 novembre 2006 et le document envoyé par l'AFC le 13 novembre 2006, le fait d'attacher des conséquences fiscales différentes selon le mode de financement choisi par la société de capitaux entraînerait une violation du principe de l'égalité de traitement au détriment des sociétés de capitaux. L'imposition partielle des dividendes distribués à un taux de 50% permettrait de redresser partiellement cette inégalité en rapprochant la charge fiscale supportée lors du financement par émission d'actions de celle qui grève la société financée par du capital étranger⁶¹. Une telle mesure inciterait l'entrepreneur-investisseur qui aurait besoin de nouveaux capitaux à choisir de se financer plutôt par le biais de capital-actions, avec redistribution des bénéfices sous forme de dividendes, et à renoncer ainsi au capital étranger.

Nous ne doutons pas de l'effet de redistribution provoqué par l'imposition partielle des dividendes. A notre avis, les modes de financement peuvent être juridiquement considérés comme des états de faits différents auxquels le législateur peut rattacher des conséquences différentes. La société et l'entrepreneur-investisseur sont juridiquement libres de choisir le mode de financement qui est pour eux le plus avantageux. Ils sont cependant de facto tenus de choisir les modes de financement qui sont à leur disposition compte tenu de la situation de la société: le financement par capital-étranger (banque) dépend par exemple des risques que constitue la société pour le prêteur, la part d'auto-financement des besoins de financement par rapport au cash-flow dégagé. Cela signifie que les avantages et les inconvénients des modes de financement ne dépendent pas principalement de l'imposition mais d'autres éléments «factuels» inhérents à la structure de la société. Nous sommes par conséquent d'avis que l'égalité de traitement n'oblige pas le législateur à prévoir un traitement fiscal égal entre le financement par capital étranger et celui par capital-actions, sous réserve toutefois des cas de surimposition et d'arbitraire. Cela n'exclut toutefois pas qu'il puisse y avoir des motifs pertinents pour prévoir une telle égalité.

Il faut dans ce cadre rappeler que le principe de l'égalité de traitement exige un traitement identique des situations identiques mais pas le traitement identique de situations différentes. La neutralité de la forme juridique n'échappe pas à ce principe (voir chiffre 1.3. ci-dessus). Il est généralement admis que le droit fiscal ne doit pas être aménagé de manière à contrecarrer les institutions juridiques du droit privé⁶²; il n'est ainsi pas admissible de prévoir des mesures d'incitation fiscales qui reviendraient en pratique à rendre illusoire une forme juridique prévue par le droit privé.

⁶¹ La neutralité de financement complète, c'est-à-dire englobant l'autofinancement, nécessiterait une imposition des gains en capital de la fortune privée, mesure qui a été fortement critiquée.

⁶² Voir Thomas Koller, *Privatrecht und Steuerrecht*, Stämpfli et Cie SA, Berne, 1993, p. 394 ss.; Message du 13 juin 2000 concernant la loi sur la fusion, FF 2000 3995, ch. 1.3.9.2.

Au cours de la séance du 9 novembre dernier, vous avez justifié la nécessité d'une structure d'imposition des dividendes neutre quant au financement par le fait qu'elle permettrait, à long terme, de favoriser la croissance économique⁶³: le financement par émission d'actions devenant plus avantageux, plus de dividendes seraient distribués et réinvestis dans des sociétés ou des branches économiques rentables.

Ce mécanisme de croissance est discutable. Le message du Conseil fédéral exprime d'ailleurs une retenue certaine à ce sujet. Il mentionne certes que si les distributions de bénéfices des PME augmentaient, ces derniers pourraient certes être investis de façon plus rentable dans d'autres entreprises par l'intermédiaire du marché des capitaux, et donc avoir un effet de croissance économique. Il tempère cependant son affirmation en précisant que cet effet ne se produirait que pour autant que les bénéfices en question ne soient pas affectés à la consommation privée. Contrairement aux affirmations formulées dans vos documents complémentaires du 24 novembre dernier, le Conseil fédéral ajoute en outre que même si les dividendes étaient distribués il n'est pas certain qu'ils seraient réinvestis dans les branches rentables, telles que les sociétés start-up que vous mentionnez. Il n'est ainsi pas exclu que l'entrepreneur-investisseur préfère réinvestir ses bénéfices dans le développement de sa société ou dans des branches sûres. Le message relativise également les effets de croissance pour les sociétés de capitaux de plus grande envergure en rappelant que la direction de telles sociétés préfère parfois la thésorisation non pas pour des motifs fiscaux mais pour se soustraire au contrôle des autres actionnaires⁶⁴. L'instrument proposé ne nous paraît donc pas suffisamment spécifique. L'imposition partielle des dividendes à un taux bas peut certes encourager la distribution des dividendes mais elle ne peut par contre pas influencer l'utilisation de ces dividendes. Ainsi, l'instrument proposé dépend trop des réactions de l'investisseur, qui peuvent être étrangères à la mesure, pour qu'il puisse avoir une influence importante sur la croissance. Selon nous, des mesures visant à encourager l'investissement dans des entreprises innovantes ou rentables devraient être plus ciblées vers le but à atteindre. Compte tenu des éléments qui précèdent, l'effet de croissance économique que le réinvestissement des bénéfices distribués dans des secteurs économiques rentables pourrait permettre de favoriser nous semble, dans une certaine mesure du moins, hypothétique.

4.3.3. Examen de la constitutionnalité des solutions proposées

Partant du principe que la structure fiscale neutre quant au financement⁶⁵ soit principalement justifiée par des motifs de politique économique (puisque'il n'existe à notre avis pas d'inégalité de traitement inadmissible au sens juridique), l'examen de la constitutionnalité des mesures envisagées nécessite de répondre aux questions suivantes:

- a) La Constitution prévoit-elle un but de «croissance économique»?
- b) Est-il possible d'atteindre ce but par le biais de mesures fiscales et accepter ainsi que l'on puisse s'écarter des principes d'imposition que sont l'égalité de traitement et le principe de l'imposition selon la capacité contributive?

⁶³ Cette croissance est déterminée en termes d'augmentation du PIB, de la consommation et des salaires notamment.

⁶⁴ Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (FF 2005 4469, ch. 1.7.3.1).

⁶⁵ Nous entendons ici uniquement la neutralité entre le financement par capital étranger et par émission d'actions.

Il sied d'abord de rappeler que la poursuite de buts extra-fiscaux au moyen d'instruments fiscaux est en soi problématique; de tels moyens peuvent être admis si la Constitution fédérale le prévoit expressément comme à l'art. 111 al. 3 et 4 Cst.. Aucune disposition de la Constitution fédérale ne prévoit toutefois un but de «croissance économique». L'art. 94 Cst. que vous avez mentionné lors de la séance du 9 novembre dernier est une disposition générale qui demande uniquement à la Confédération et aux cantons de créer un environnement favorable pour l'économie et susceptible de ce fait de favoriser la croissance économique. Une telle disposition peut aussi être en partie concrétisée par l'aménagement d'un cadre fiscal avantageux pour les sociétés, comme la fixation d'un taux d'imposition des bénéfices bas applicable à toutes les sociétés.

Il n'est pas d'emblée exclu que le législateur s'écarte de l'égalité de traitement. La doctrine l'admet pour autant que les mesures proposées reposent sur un motif pertinent et qu'elles respectent le principe de proportionnalité⁶⁶. La croissance économique peut être un tel motif pertinent. Quant au principe de proportionnalité, il repose sur trois maximes, à savoir la règle de l'aptitude, la règle de la nécessité et la règle de la proportionnalité au sens étroit⁶⁷. Selon la règle de l'aptitude, le moyen choisi doit être propre à atteindre le but visé; s'il n'y est pas approprié c'est, le plus souvent, qu'il vise un autre but que celui qui est affiché. La règle de la nécessité exige que le législateur choisisse, entre plusieurs moyens, celui qui, tout en atteignant le but visé, porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. Enfin, la règle de la proportionnalité au sens étroit met en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public. Il s'agit ainsi de déterminer quelle importance la mesure prend dans sa réalisation.

Sur la base des éléments mentionnés au chiffre précédent, il y a lieu d'admettre que le rapprochement d'une imposition neutre quant au financement, par le biais d'une imposition partielle des dividendes à un taux bas, peut difficilement être considéré comme un instrument adéquat pour favoriser la croissance économique, laquelle n'est d'ailleurs pas consacrée expressément comme un but constitutionnel. La mesure est donc d'autant moins nécessaire à la réalisation de ce but.

Comme elle ne répond pas suffisamment aux maximes du principe de proportionnalité, la mesure proposée, à savoir une imposition se rapprochant d'une neutralité quant au financement, ne permet guère, selon nous, de justifier les nombreuses inégalités de traitement que sa concrétisation entraînerait et qui ont été décrites au chiffre 4.3.1. Nous ne pouvons donc pas souscrire à la constitutionnalité des solutions du CE et du CN.

Selon les dernières projections de l'AFC, l'égalité de traitement entre la charge fiscale des dividendes obtenus par le porteur de parts et celle des revenus de l'activité indépendante (y compris assurances sociales) serait toutefois atteinte avec un taux d'imposition partielle des dividendes variant entre 60% et 90%, sans qu'une compensation par une imposition des gains d'aliénation de la fortune privée soit

⁶⁶ Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999, pp 397 ss.

⁶⁷ Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, 2ème édition, Stämpfli & Cie SA, Berne, 1994, chiffre 5.2.1.2.

nécessaire. Ce taux varierait entre 50% et 80% si l'on ne tenait pas compte, dans le calcul de la charge fiscale de l'indépendant, des assurances sociales⁶⁸.

Les nouvelles considérations prises en compte pour obtenir ces taux, comme d'ailleurs la nécessité et les effets de leur prise en compte n'ont pas ou peu été expliqués; de même les effets de ces taux sur les charges fiscales marginales n'ont pas été démontrés. Il nous est par conséquent difficile de juger de la pertinence des nouvelles hypothèses retenues et par conséquent des nouveaux taux avancés. Si ces nouvelles hypothèses devaient cependant se révéler plus appropriées au vu de la réalité, que les références retenues par la commission ERU, suivies par le DFF et considérées comme déterminantes par le Conseil fédéral, il pourrait être envisageable d'admettre qu'un taux de 60% vise encore à supprimer la double-imposition, pour autant bien entendu que son application ne crée pas de sous-impositions marquantes. Il sied dans ce cadre de rappeler que la double imposition ne génère une surimposition que lorsque l'entrepreneur distribue une grande part de ses bénéfices; il n'est sinon pas désavantagé par rapport à l'indépendant ou à l'associé d'une société de personnes, raison pour laquelle l'application d'un taux d'imposition bas pourrait engendrer des sous-impositions dans de nombreux cas.

5. Réponses aux questions posées

Compte tenu des réflexions qui précèdent, nous répondrons à la question formulée sous le chiffre 3.6. avant de traiter votre question 1 et modifions par ailleurs l'ordre des questions posées.

1. *Quels sont les facteurs et considérations à prendre en compte pour la détermination d'une limite maximale aux mesures d'allégement de manière à ce que celles-ci soient conformes à la Constitution fédérale?*

La question de la constitutionnalité des allégements de la double imposition économique ne doit pas être examinée de manière isolée. Il faut considérer le régime fiscal pertinent dans son ensemble pour pouvoir déterminer si une mesure particulière est défendable du point de vue de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive.

Il y a d'abord lieu de tenir compte du fait que le système en vigueur comporte déjà une inégalité de traitement qui a fait l'objet de critiques, tant de la part de la doctrine que de la jurisprudence. La marge de manœuvre du législateur qui entend introduire une imposition partielle des dividendes tout en maintenant l'exonération des produits d'aliénation de la fortune privée est donc limitée. L'allégement ne doit en effet pas élargir l'inégalité de traitement qui découle déjà de l'exonération fiscale des gains en capital de la fortune privée sans motifs pertinents et d'une manière disproportionnée.

Il sied également de tenir compte du fait que, d'un point du vue juridique, la double imposition économique n'entraîne pas forcément d'inégalité de traitement. L'actionnaire n'est ainsi désavantagé par rapport à un indépendant que s'il distribue la majorité de ses bénéfices (70% et plus). En outre, un traitement fiscal différent selon le mode de financement de la société de capitaux ne constitue pas

⁶⁸ Comme mentionné sous la note de bas de page n°5, nous sommes toutefois d'avis que les assurances sociales doivent également être prise en compte dans le calcul.

une inégalité de traitement en soi, sous réserve du cas de surimposition. Le législateur se doit donc d'être prudent lors de l'élaboration de la nouvelle législation de manière à ce que les allègements introduits n'avantagent pas sans justification pertinente une catégorie de contribuables au détriment des autres.

La poursuite de buts extra-fiscaux, comme la croissance économique, par le biais d'instrument fiscaux est en soi problématique et doit en principe reposer sur une base constitutionnelle. Une inégalité de traitement accrue entre les différentes formes de sociétés ou par rapport aux autres sources de revenus pourrait en soi être admise même sans base constitutionnelle pour autant que les mesures envisagées poursuivent un but pertinent et qu'elles respectent le principe de proportionnalité (soit les maximes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit). Comme nous l'avons décrit au chiffre 4.3, le rapprochement d'une imposition neutre quant au financement par le biais d'une imposition partielle des dividendes très bas n'est à notre avis guère apte à atteindre le but de croissance économique et ne justifie donc pas une inégalité de traitement importante par rapport aux sociétés de personnes mais aussi par rapport aux autres sources de revenus.

Les correctifs apportés à l'exonération des gains en capital de la fortune privée sont aussi importants pour la détermination du taux admissible.

Il faut enfin garder à l'esprit que les mesures d'allègement proposées tant par le Conseil fédéral que par le CN et le CE visent principalement à alléger les sociétés et leurs investisseurs par un traitement fiscal favorable des dividendes⁶⁹; il en résulte une inégalité de traitement par rapport à tous les autres contribuables dont les revenus sont imposés conformément au principe du revenu global net. Le projet devrait donc être accompagné, en parallèle, de mesures visant à alléger l'imposition des personnes physiques autres que les investisseurs. La fixation du taux d'allègement doit également tenir compte de ces contribuables de manière à ce qu'ils ne soient pas désavantagés sans justification pertinente.

2. *Admettant qu'un système fiscalement neutre (quant à la forme et au financement) idéal nécessiterait en principe une imposition des gains en capital de la fortune privée, l'introduction d'une imposition partielle des dividendes peut-elle, sans cette compensation, respecter les principes de l'égalité de traitement, de l'imposition selon la capacité contributive et de l'équité?*

Une imposition partielle des dividendes est envisageable sous cette forme pour autant que l'allègement ne favorise pas une catégorie de contribuables sans justification pertinente et de manière disproportionnée.

Compte tenu des éléments mentionnés sous le chiffre 4.2., une imposition partielle de 80% sur tous les dividendes provenant de la fortune privée, accompagnée de réglementations adéquates des questions du commerce quasi-professionnel des titres, de la liquidation partielle indirecte et de la transposition, respecte le principe de l'égalité prévu à l'art. 8 Cst. malgré le fait qu'elle relativise les principes de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive au sens de l'art. 127 Cst.. Elle permet en effet de lutter, dans une certaine mesure du moins, contre la surimposition, tout en maintenant la charge

⁶⁹ Nous gardons à l'esprit que des mesures d'allègement sont également prévues, de manière ponctuelle, pour les sociétés de personnes ou les indépendants.

fiscale marginale moyenne des sociétés de capitaux dans une relation admissible par rapport à la charge fiscale marginale des sociétés de personnes. L'inégalité de traitement par rapport aux autres formes de sociétés et aux autres revenus est en outre limitée grâce aux correctifs apportés à l'exonération fiscale des gains en capital de la fortune privée.

En fondant l'analyse sur les études de la commission ERU qui ont été reprises par le Conseil fédéral, un système d'imposition partielle des dividendes provenant de participations qualifiées de la fortune privée à un taux de 50% ou de 60% sans imposition, même partielle, des gains en capital de la fortune privée va par contre au-delà des objectifs fixés dans le message du Conseil fédéral et vise à favoriser la croissance économique au moyen d'un rapprochement d'une neutralité quant au financement. Il s'agit selon nous d'un instrument de politique économique qui a pour effet d'inciter les sociétés de capitaux à se financer par émission d'actions et les sociétés de personnes à se constituer en sociétés de capitaux. Il avantage ainsi clairement les investisseurs-actionnaires au détriment des associés de sociétés de personnes, des indépendants et des autres sources de revenus. L'avantage créé est tel qu'il nous paraît disproportionné, pour les motifs énumérés au chiffre 4.3.3.

En revenant sur le concept développé par la commission ERU, on doit admettre que les propositions formulées par le CE et le CN permettent un rapprochement d'une neutralité de financement mais, en même temps, qu'elles s'écartent de l'objectif de neutralité quant à la forme juridique. Or, nous pensons que l'objectif de neutralité du financement doit, pour répondre aux exigences constitutionnelles, être conçu en relation avec une neutralité du système quant à la forme juridique.

Comme nous l'avons relevé en début de texte, le législateur dispose toutefois d'une marge de manœuvre dans la fixation du taux d'imposition partielle. En se fondant sur les conclusions de l'ERU et les projections de l'étude Keuschnigg, nous considérons que des taux d'imposition partielle de 50% ou 60% tels qu'ils sont proposés, sans correctifs, ne répondent plus aux exigences constitutionnelles. Il nous est toutefois difficile de fixer in abstracto une limite en-deçà de laquelle les mesures visant à alléger la double imposition économique ne seraient plus acceptables sans l'introduction de correctifs tels que l'imposition des gains en capital de la fortune privée. Selon les projections de l'AFC une imposition partielle entre 60 et 70% inciterait les entrepreneurs-investisseurs à renoncer au prélèvement d'un salaire et à lui préférer la distribution des bénéfices. Cette constatation permettrait d'examiner l'admissibilité d'un taux d'imposition partielle de 70%. Le modèle 3 que le DFF avait transmis en consultation prévoyait ainsi une imposition partielle de 70%; afin d'éviter des sous-impositions, l'imposition partielle était toutefois subordonnée à la condition que les bénéfices distribués aient été soumis à une imposition préalable de 15% au moins. Sans correctifs, un tel taux nous semblerait par contre également discutable.

Si, par contre, comme nous l'avons relevé sous le chiffre 4.3.3. ci-dessus, il devait s'avérer que les considérations retenues par la commission ERU pour déterminer les taux d'imposition partielle ne sont pas suffisamment représentatives et que les hypothèses utilisées par l'AFC sont plus appropriées, au vu de la réalité, les taux déduits de ces hypothèses, à savoir un taux d'imposition partielle pouvant varier de 90 % jusqu'à 60%⁷⁰, devraient pouvoir être admis. Un taux de 60% ne pourrait

⁷⁰ Les assurances sociales devant à notre avis être prises en compte dans le calcul de la charge fiscale de l'indépendant, un taux de 50% ne pourrait à notre sens pas être défendable.

bien sûr être acceptable que pour autant que son application n'entraîne pas de sous-impositions importantes.

3. *L'allègement ou la suppression de la double imposition économique par le biais d'une imposition partielle doit-il, pour des motifs constitutionnels, être obligatoirement accompagné, en contrepartie, par une imposition des gains en capital provenant de l'aliénation d'éléments de la fortune mobilière privée?*

Non, comme nous l'avons relevé à plusieurs reprises dans cet avis, une imposition des gains en capital n'est pas absolument nécessaire. En cas de maintien de l'exonération des gains en capitaux, la marge de manœuvre du législateur qui souhaite introduire une imposition partielle des dividendes de la fortune privée est cependant restreinte, pour les motifs et dans les mesures mentionnées dans les réponses aux questions 1 et 2 ci-dessus.

4. *Une partie de l'allègement ou la suppression de la double imposition économique par le biais d'une imposition partielle doit-elle, pour des motifs constitutionnels, être compensée par une imposition des gains en capital provenant de l'aliénation d'éléments de la fortune mobilière privée?*

Nous illustrons cette question de la manière suivante: si l'imposition partielle était de 50%, alors seuls 30% ou 20%, par exemple, du produit d'aliénation de participations de la fortune privée seraient imposables.

Une telle proposition redresserait certes quelque peu la situation et tiendrait mieux compte de la capacité contributive. Elle resterait malgré tout discutable en raison de l'inégalité de traitement qu'elle maintiendrait non seulement avec la fortune commerciale (un allègement supplémentaire des participations de la fortune commerciale ne serait pas envisageable en raison de l'inégalité de traitement déjà importante avec les autres revenus) mais aussi avec les autres sources de revenus. La mise en place d'un tel système poserait en outre le problème de la coexistence de cette imposition d'une partie de l'allègement avec les dispositions adoptées en matière de liquidation partielle indirecte et de transposition et la réglementation proposée du commerce quasi-professionnel des titres. Il y aurait lieu de se demander dans quels cas appliquer l'une ou l'autre disposition; cette problématique existerait d'ailleurs également si l'allègement devait être totalement compensé par une imposition de l'aliénation des gains en capital de la fortune privée.

Dans la mesure où aucune projection n'a été élaborée sur la base de ces données, il nous est difficile de nous prononcer de manière péremptoire au sujet de ces propositions. Nous estimons toutefois qu'une imposition partielle des dividendes de 50% devrait être compensée par une imposition dans la même mesure des gains en capital de la fortune privée, cela d'autant plus que les dispositions sur la transposition, sur la liquidation partielle indirecte et sur le commerce quasi-professionnel des titres seront vraisemblablement rarement appliquées compte tenu des conditions d'application très restrictives qui ont été décidées ou qui sont encore débattues.

Gutachten betreffend die Verfassungsmässigkeit einer Teilbesteuerung von Dividenden im Privatvermögen

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Unternehmenssteuerreform II musste sich das Bundesamt für Justiz (BJ) zur Verfassungsmässigkeit bestimmter Massnahmen, die eine Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften zum Ziel hatten, äussern. Folgende Fragen wurden dem BJ unterbreitet:

- 1. Ist aus verfassungsrechtlichen Gründen die Milderung oder Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung mittels Teilbesteuerung (= teilweiser Einbezug der Dividenden in die Steuerbemessungsgrundlage) grundsätzlich nur zulässig, wenn gleichzeitig die Kapitalgewinne aus der Veräusserung beweglichen Privatvermögens steuerlich erfasst werden?*
- 2. Ist aus verfassungsrechtlichen Gründen ein bestimmtes Ausmass der Milderung oder Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung mittels Teilbesteuerung nur zulässig, wenn gleichzeitig die Kapitalgewinne aus der Veräusserung beweglichen Privatvermögens steuerlich erfasst werden?*
- 3. Welche Faktoren und Annahmen sind für die Festlegung einer verfassungsrechtlichen Höchstgrenze der zulässigen Milderungsmassnahmen zu berücksichtigen?*

Diese Fragen sind vor allem auf Grund der von Herrn Waldburger jüngst geäusserten Kritik an der vorgeschlagenen Ordnung aufgeworfen worden. Im Wesentlichen hebt er hervor, dass sich das Parlament in einer steuerrechtlich und politisch heiklen Situation befinde. Er hält dafür, dass die Gesetzesvorlage in der gegenwärtigen vom Parlament beschlossenen Fassung insoweit gegen die Rechtsgleichheit und den Grundsatz der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstosse, als es die Dividenden und die privaten Kapitalgewinne steuerlich unterschiedlich behandelt. Die Fassung des Nationalrates sehe in der Tat vor, dass lediglich 50% (60% gemäss Fassung Ständerat) der Dividenden besteuert werden, während an der Steuerfreiheit der Gewinne aus der Veräusserung der Beteiligungen festgehalten wird. Eine zu starke Entlastung gehe über das Ziel der Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung hinaus und stelle eine Vorzugsbehandlung von Inhabern qualifizierter Beteiligungen dar.

Auf einige einleitende Bemerkungen zu Beginn unseres Gutachtens folgt die Unterscheidung zwischen den rechtlichen Anforderungen und den wirtschaftlichen Interessen der vorliegenden Reform (Ziff. 1). Angesichts der Komplexität des Vorlage blenden wir kurz zurück auf die Entwicklung des Reformprojekts seit den Arbeiten der "Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung" (ERU⁷¹) bis zu den parlamentarischen Beratungen (Ziff. 2). Da die Auseinandersetzung zur steuerlichen Behandlung der Kapitalgewinne des Privatvermögens in Lehre⁷² und Recht-

⁷¹ Die ERU ist von Bundesrat Kaspar Villiger mit Verfügung vom 31. Januar 2000 eingesetzt worden mit dem Auftrag, das geltende Recht der Unternehmensbesteuerung umfassend zu prüfen und Varianten eines Konzepts für die rechtsformneutrale Besteuerung der Einkünfte aus Unternehmung zu erarbeiten.

⁷² Zu dieser Frage haben sich zahlreiche Autoren im Rahmen der Ausarbeitung der Botschaft vom 25. Mai 1983 zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer geäussert (BBl 1983 III 1).

sprechung⁷³ breit diskutiert wurde und die Frage der Aufrechterhaltung oder der, zumindest teilweisen, Aufhebung ihrer Steuerfreiheit bei der Erarbeitung dieser Vorlage ein wichtiges Thema war, so scheint es uns zweckmässig, auf diese Problematik zurückzukommen (Ziff. 3). Gestützt auf diese Grundlagen werden wir die Verfassungsmässigkeit der Vorschläge des Bundesrates und der beiden Räte prüfen, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Gleichmässigkeit und des Grundsatzes der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 BV) sowie unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgleichheitsgebotes (Art. 8 BV) und des Willkürverbotes (Art. 9 BV) (Ziff. 4). Schliesslich werden wir die gestellten Fragen beantworten (Ziff. 5).

1 Vorbemerkungen

1.1 Einleitung

Angesichts der knapp bemessenen Frist kann die in diesem Gutachten vorgenommene Untersuchung nur summarisch sein. Abgesehen davon ist die gutachterliche Prüfung auch deshalb summarisch, weil es unmöglich ist, eine empirische Prüfung der Konsequenzen der Reform vorzunehmen, die allen einzelnen in Betracht fallenden Situationen Rechnung trägt; zu denken ist etwa an die besondere Finanzierungsstruktur, die Ausschüttungsquote oder an die Eigenkapitalrendite. Beizufügen ist, dass die Auswirkungen der Reform auch von den verschiedenen kantonalen Steuersystemen abhängen. Auch wenn sich dieses Gutachten auf die Massnahmen im Bundessteuerrecht beschränkt, so gilt es doch im Auge zu behalten, dass auch die Kantone Entlastungsmassnahmen für die Beteiligungsinhaber vorsehen können; diese kantonalen Entlastungen werden die Reaktionen der Unternehmer-Investoren hinsichtlich der Bundessteuermassnahmen mehr oder weniger stark beeinflussen. Es ist aber unmöglich, die Auswirkungen der kantonalen Regelungen auf die bundesrechtlichen Regelungen abschliessend zu bestimmen, weil in Bezug auf die von den Kantonen in Aussicht genommenen Entlastungen Unsicherheiten bestehen. Die zahlreichen Konstellationen können mehr als 200 verschiedene Varianten widerspiegeln. Diese Varianten müssen aber schematisiert und verallgemeinert werden, um Schlussfolgerungen ziehen zu können. Vor diesem Hintergrund ist die Untersuchung umso schwieriger, als die Annahmen für die verschiedenen Modellrechnungen verändert wurden; dies führte zu einer anderen Berechnung der Teilbesteuerungssätze, die notwendig sind, um die wirtschaftliche Doppelbelastung zu beseitigen oder andere Ziele dieser Reform zu erreichen.

Im Lichte dieser Verdeutlichungen gilt es festzuhalten, dass es schwierig ist, die Frage eindeutig zu beantworten, ob eine steuerliche Massnahme mit dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu vereinbaren sei. Dies deshalb, weil zahlreiche Faktoren zu berücksichtigen sind und weil die zur Diskussion stehenden Verfassungsprinzipien sehr allgemein gehalten sind. Daran knüpft sich die Feststellung, dass das Gleichbehandlungsgebot unter verschiedenen Aspekten geprüft werden kann: die Einhaltung der Gleichbehandlung kann untersucht werden mit Blick auf alle Steuerpflichtige oder in Bezug auf die verschiedenen Gesellschaftsformen oder beschränkt auf eine bestimmte Gesellschaftsform. Der Vergleich zwischen dem Unternehmer-Investor einer Kapitalgesellschaft und dem Selbständigerwerbenden fällt unterschiedlich aus je nachdem, ob die Steuerbelastung des Selbständigerwerbenden mit oder ohne Berücksichtigung

⁷³ BGE 114 Ia 221; BGE 101 Ib 44; BGE 2A 331/2003.

der Sozialversicherungsbeiträge⁷⁴ berechnet wird. Es ist somit anzuerkennen, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung von Entlastungsmassnahmen über einen Gestaltungsspielraum verfügt.

Die zahlreichen mit der Revision verbundenen Unwägbarkeiten lassen es als angezeigt erscheinen, bei der Untersuchung zunächst an die in der Vergangenheit geführten Diskussionen zur steuerlichen Behandlung ausgeschütteter Dividenden und den langen Werdegang der Vorlage zu erinnern. Auch ist es notwendig, dass die Untersuchung die Gesamtheit der für die steuerliche Behandlung von Aktienkapitalbeteiligungen ins Auge gefassten Massnahmen berücksichtigt.

1.2 Die Eingrenzung der untersuchten Fragen

Die steuerliche Gesamtbelastung der von den Entlastungen betroffenen Gesellschaften ist schon heute unterschiedlich wegen der kantonalen Tarife auf dem Kapital und dem Gewinn; sie könnte je nach den von den Kantonen gewährten Entlastungen zu grossen Unterschieden führen. Diese unterschiedlichen Strukturen werden die Auswirkungen der vom Bundesgesetzgeber beschlossenen Massnahmen auf die steuerliche Gesamtbelastung noch begrenzen oder erweitern. Es ist nicht möglich, zu diesem Zeitpunkt Vergleiche mit den kantonalen Entlastungsmassnahmen anzustellen, ausser durch Verweise auf die von der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) angestellten Berechnungen.

Ausser der Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung bezweckt die Reform mehrere Massnahmen zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen der Personenunternehmen und der Kapitalgesellschaften. Zu den periodischen Massnahmen zugunsten der Kapitalgesellschaften zählen die Anrechnung der Gewinn- an die Kapitalsteuer oder die für die Zwecke der Vermögenssteuer beschlossene Änderung der Bewertungsvorschriften für Wertschriften des Geschäftsvermögens. Die übrigen Massnahmen zugunsten der Personenunternehmungen betreffen namentlich Steueraufschubtatbestände bei der Überführung von Liegenschaften aus dem Geschäftsvermögen ins Privatvermögen oder beim Unternehmensübergang im Falle der Erbfolge. Die Liquidationsgewinnbesteuerung zu einem reduzierten Satz ist eine Entlastungsmassnahme; da sie aber nur bei Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit zum Tragen kommt, ändert sie die periodische Besteuerung nicht und dürfte deshalb für die Wahl der Rechtsform nicht entscheidend sein, weshalb diese Massnahme nicht mehr erwähnt wird. Das Gutachten beschränkt sich auf die Prüfung der Teilbesteuerung der Dividenden zwecks Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung. Daneben ziehen wir die Bestimmungen zur Regelung des Quasi-Wertschriftenhandels, der indirekten Teilliquidation sowie der Transponierung mit in Betracht, da diese Massnahmen Korrektive darstellen zur Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne.

1.3 Sind die beschlossenen Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung aus rechtlichen Gründen geboten?

⁷⁴ Unseres Erachtens müssen beim Vergleich die Sozialversicherungsbeiträge mitberücksichtigt werden, da auch sie das verfügbare Einkommen des Selbständigerwerbenden vermindern; sie sind deshalb bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Bedeutung (gleicher Meinung siehe Francis Cagianut/Ernst Höhn, Unternehmungssteuerrecht, Haupt Bern, 1993, § 3, Ziff. 22; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, Bd. 2, Haupt Bern, § 45 Ziff. 15, Tabelle).

Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, weil die Unternehmenssteuerreform II hauptsächlich aus wirtschaftlichen und politischen Gründen angestossen wurde. Die wirtschaftlichen Interessen können von den rechtlichen Erfordernissen abweichen, weshalb die Unterscheidung für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der ins Auge gefassten Massnahmen wichtig ist.

Die Unternehmenssteuerreform II verfolgte ursprünglich das Ziel einer möglichst rechtsform- und finanzierungsneutralen Unternehmensbesteuerung, damit die unternehmerischen Entscheidungen nicht von steuerlichen Überlegungen beeinflusst werden. Da in der Vernehmlassung jegliche Besteuerung privater Kapitalgewinne verworfen wurde, musste sich der Bundesrat unter Begrenzung der Reformziele darauf beschränken, nur noch die wirtschaftliche Doppelbelastung zu mildern. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob die Verfolgung dieses Ziels einem rechtlichen Erfordernis entspricht, beispielsweise wegen einer rechtsungleichen Besteuerung von Unternehmen, oder ob sie eher auf wirtschaftlichen Beweggründen beruht⁷⁵.

Die ERU-Studie zeigt, dass die Gewinnsteuer in der Schweiz grundsätzlich vorteilhaft ist. Weniger vorteilhaft stellt sich die Situation dar, wenn man die Grenzsteuerbelastung des Investors mitberücksichtigt, da die steuerliche Behandlung der ausgeschütteten Gewinne (vollumfänglich der wirtschaftlichen Doppelbelastung unterliegend) eine andere ist als diejenige der thesaurierten Gewinne (die Kapitalgewinne auf den von Privaten gehaltenen Beteiligungen sind steuerfrei). Diese unterschiedliche Behandlung verzerrt die Neutralität zwischen Selbstfinanzierung und Beteiligungsfinanzierung. Daraus ergibt sich, dass die kleinen Unternehmen wenig Gewinn ausschütten und dass die Selbstfinanzierung der Investitionen mittels thesaurierter Gewinne dominiert. Die Unternehmen sind wenig veranlasst, sich neue Eigenmittel von aussen zu beschaffen, was zur Belebung des Finanzmarktes führen würde. Gemäss ökonomischen Analysen ermuntert die wirtschaftliche Doppelbelastung die Unternehmer zur Fremdfinanzierung ihrer Investitionen, da die Fremdfinanzierung im Vergleich zur Beteiligungsfinanzierung vorteilhafter ist.

Dabei handelt es sich in erster Linie um wirtschaftliche Überlegungen, zumal die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht zwangsläufig zu einer Überbesteuerung führt. Die wirtschaftliche Doppelbelastung ist tatsächlich nur dann ungerechtfertigt, wenn die Steuerlast des Unternehmens und Aktionärs höher ist als diejenige eines Selbständigerwerbenden oder eines Fremdkapitalgebers. Die ERU hat festgestellt, dass die wirtschaftliche Doppelbelastung die Aktionäre gegenüber den Beteiligten an einem Personenunternehmen nicht von vorneherein benachteiligt. Es sind im

⁷⁵ Die kürzlich von den Eidg. Räten verabschiedete Vorlage betreffend die Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung beruht eindeutig auf einem rechtlichen Erfordernis, da die rechtsungleiche Behandlung von Ehepaaren und Konkubinatspaaren seit Jahrzehnten vom Bundesgericht beanstandet wird. Die Ehepaare werden zu Unrecht einzig wegen ihres Zivilstandes steuerlich stärker belastet. Es drängen sich deshalb aus rechtlichen Gründen Massnahmen auf.

Gegenteil letztere, die grundsätzlich benachteiligt sind⁷⁶. Fehlt es an einer Ausschüttung, so unterliegen die Gewinne einer Kapitalgesellschaft nur der Gewinnsteuer, während die von einem Personenunternehmen erzielten Gewinne der progressiven Einkommenssteuer unterliegen und zudem durch Sozialversicherungsbeiträge geschmälert werden. Die wirtschaftliche Doppelbelastung beeinträchtigt den Aktionär nur, wenn der Jahresgewinn grösstenteils ausgeschüttet wird. Aus den Untersuchungen der ERU ergibt sich, dass die wirtschaftliche Doppelbelastung für den Aktionär im Vergleich mit der Steuerbelastung des Kaufmanns erst bei einer Gewinnausschüttung von über 70% des Jahresgewinns nachteilig ist⁷⁷. Eine Überbesteuerung des Aktionärs im Vergleich zum Fremdkapitalgeber liegt ebenfalls nur bei erheblicher Ausschüttung von Dividenden vor. In seinem Aussprachepapier vom 14. Dezember 2004 zu den Eckwerten der Unternehmenssteuerreform (weiteres Vorgehen) präzisiert das Eidg. Finanzdepartement (EFD), dass die ungerechtfertigte wirtschaftliche Doppelbelastung vor allem die personenbezogenen Kapitalgesellschaften mit hohen Gewinnen trifft, wenn die Gesellschaft zur Gewinnausschüttung gezwungen ist⁷⁸.

Die wirtschaftliche Doppelbelastung führt demnach nur in wenigen Fällen zu rechtungleicher Behandlung, weshalb der rechtliche Handlungsbedarf beschränkt ist. Der Bundesrat hat jedoch in der Botschaft ausgeführt, dass die Frage des Handlungsbedarfs nicht bloss aufgrund eines empirischen Zahlenvergleichs beantwortet werden könne. Die wirtschaftliche Doppelbelastung verändere das Verhalten der Anteilsinhaber, was darin zum Ausdruck komme, dass diese alle zulässigen und unzulässigen Mittel einsetzen, um der wirtschaftlichen Doppelbelastung zu entgehen⁷⁹. Dies erlaubt den Hinweis auf ein weiteres rechtliches Problem, welches in der Steuerfrei-

⁷⁶ Die ERU hat in ihrem Bericht zur Illustration dieser Situation Beispiele angeführt: «Eine Kapitalgesellschaft hat 100 Gewinn abzüglich der darauf geschuldeten Gewinnsteuer von 17.5 erzielt und schüttet diesen vollständig aus. Auf der erhaltenen Dividende von 82.5 entrichtet der Anteilsinhaber eine Einkommenssteuer von 22.5, so dass ihm noch 60 als frei verfügbares Einkommen verbleiben. Die Gesamtbelastung des ursprünglich erzielten Unternehmensgewinnes beträgt somit 40%. Ein vergleichbarer Selbständigerwerbender, dessen Unternehmungserfolg nur der Einkommenssteuer unterliegt, käme in einem solchen Fall auf eine geringere Steuerbelastung. Schüttet die Kapitalgesellschaft jedoch nur einen Teil ihres Jahresgewinnes aus, ist in der Regel die Gesamtbelastung von Gesellschaft und Anteilsinhaber niedriger als diejenige des vergleichbaren Selbständigerwerbenden. Es leuchtet daher ein, dass die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht unbedingt einer Überbesteuerung gleichkommt.» (Bericht der ERU S. 24; siehe auch Anhang 1, S. 6

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/index.html?lang=de&start=60>). Gleicher Meinung Xavier Oberson, wenn er ausführt, dass die unterschiedliche Behandlung von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften nicht ohne weiteres den Schluss zulässt, das geltende System sei verfassungswidrig. Nach seiner Auffassung ist es dem Gesetzgeber erlaubt, die Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften gestützt auf die zivilrechtliche Unterscheidung verschieden zu behandeln, umso mehr, als nach geltendem Recht die wirtschaftliche Doppelbelastung zufolge der verhältnismässig niedrigen Besteuerung der Kapitalgesellschaften gemildert ist (Xavier Oberson, *Fondements et perspectives d'une imposition des entreprises*, in ASA 70 (2001/02) 257, 264).

⁷⁷ Vgl. Vernehmlassungsvorlage zur Unternehmenssteuerreform II vom 5. Dezember 2003, Ziff. 1.3.1; im gleichen Sinn die Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten (BBl **2005** 4733, Ziff. 2.1.3); Anhang 1 zum Bericht der ERU vom Juni 2001, S. 6.

⁷⁸ Aussprachepapier des EFD vom 14. Dezember 2004 betreffend Stossrichtung und Eckwerte der Unternehmenssteuerreform II, nicht publiziert, Ziff. 2.1.

⁷⁹ Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten (BBl **2005** 4733, Ziff. 2.1.4).

heit der privaten Kapitalgewinne und der missbräuchlichen Handhabung dieser Nichtbesteuerung besteht.

Mit Rücksicht auf diese Zusammenhänge, bei denen wirtschaftliche Überlegungen dominieren, hat der Gesetzgeber darauf zu achten, dass bei den von ihm beschlossenen Massnahmen zur Erreichung des gesteckten Zieles⁸⁰ keine neuen Ungerechtigkeiten dadurch entstehen, dass eine Kategorie von Steuerpflichtigen in übertriebener Weise bevorzugt wird, in welchem Fall sich die Gesetzgebung aus rechtlicher Sicht als unzulässig erweisen könnte⁸¹.

2 Vorgeschichte der Vorlage

Im Vergleich zu den Empfehlungen der ERU und zum ursprünglichen ambitionierten Konzept der ESTV mussten die Ziele der Revision überdacht und die Vorlage angepasst werden. Für die Beurteilung der Fragen ist es wichtig, die verschiedenen Phasen der Vorlage in Erinnerung zu rufen.

2.1 Empfehlungen der ERU

Die ERU empfahl eine rechtsform- und finanzierungsneutrale Unternehmensbesteuerung. Zu diesem Zweck schlug sie die Einführung einer Unternehmenssteuer vor, kombiniert mit einer Teilbesteuerung der Erträge aus Beteiligungen an Unternehmen, die der Unternehmenssteuer unterliegen, und der Gewinne aus der Veräusserung von massgeblichen Beteiligungen an solchen Unternehmen⁸². Diese Unternehmenssteuer hätte als definitive Steuer jedes Unternehmen unabhängig von seiner Rechtsform belastet. Die Entlastung hätte den Unternehmer begünstigt und wäre als Abzug von der Bemessungsgrundlage erfolgt. In diesem Rahmen schlug die ERU eine Teilbesteuerung im Umfang von 60% vor⁸³. Die Personenunternehmen, welche die Voraussetzungen für diese Besteuerung nicht erfüllten, hätten ein Optionsrecht für die Unternehmensbesteuerung erhalten. Die ERU empfahl, die Erträge aus Beteiligun-

⁸⁰ Nach den Vorstellungen des Bundesrates sollte sich die Reform auf die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung beschränken; die weitergehenden Vorschläge der Eidg. Räte tendieren in Richtung einer Neutralität der Finanzierung von Kapitalgesellschaften.

⁸¹ Für weitere Einzelheiten betreffend die rechtlichen und wirtschaftlichen Anforderungen an die Reform vgl. auch die Ziffern 1.7.1 und 1.7.2 der Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten (BBl 2005 4733).

⁸² Darunter ist der partielle Einbezug der ausgeschütteten Dividenden in die Einkommensbemessung zu verstehen.

⁸³ Die wirtschaftliche Doppelbelastung gilt als beseitigt, wenn die Summe der Gewinnsteuer und der Einkommenssteuer auf den Dividenden gleich hoch ist wie die Steuerbelastung des an einer Kollektivgesellschaft Beteiligten auf dem aus der selbständigen Erwerbstätigkeit erwirtschafteten Gewinn. In ihren Belastungsvergleichen hat die ERU die nicht mehr rentenbildenden AHV-Beiträge den Steuern gleichgestellt. Dieser Umstand hat zur Folge, dass der Grenzsteuersatz beim Selbständigerwerbenden tendenziell höher liegt als bei einem vergleichbaren Aktionär. Die tatsächliche Grenzsteuerbelastung des Selbständigerwerbenden und sein Zinsnachteil im Verhältnis zu einem vergleichbaren Aktionär, der den Unternehmensgewinn erst bei Ausschüttung versteuert, sind denn auch die Hauptgründe, welche die ERU veranlasst haben, von einer notwendigen Teilbesteuerung von 60% zu sprechen (vgl. hierzu Ziffer 1.3.3 der Vernehmlassungsvorlage zur Unternehmenssteuerreform II, <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/00731/index.html?lang=de>).

gen an einem Unternehmen (einschliesslich der Gewinne aus der Veräusserung von wesentlichen Beteiligungen) beim Inhaber zu 60% der Einkommenssteuer zu unterwerfen. Als wesentliche Beteiligung für die Besteuerung der Beteiligungsgewinne hätte eine Beteiligung von mindestens 5% des Kapitals (oder des Vermögens) eines der Unternehmenssteuer unterliegenden Unternehmens gegolten, sofern der Erwerbspreis der Beteiligung (oder des Anteils) den Wert 100'000 Franken überstieg⁸⁴.

2.2 Modelle der Vernehmlassungsvorlage

Gestützt auf die Ergebnisse der ERU und der gemischten Arbeitsgruppe «Standortstudie»⁸⁵ hat der Bundesrat drei Modelle in die Vernehmlassungsvorlage aufgenommen.

Modell 1: Dieses vom Bundesrat favorisierte Modell 1 sah ein Teilbesteuerungsverfahren mit Option vor⁸⁶, d.h. eine Teilbesteuerung des Nettoergebnisses von qualifizierten Beteiligungen des Privatvermögens vor, sofern der Steuerpflichtige ausdrücklich für die steuerliche Behandlung seiner qualifizierten Beteiligungen als Geschäftsvermögen optiert hat. Als qualifiziert galten nach diesem Modell Beteiligungen mit einer Quote von mindestens 10% des Grund- oder Stammkapitals. Dividenden und Veräusserungsgewinne wären im Umfang von 60% mit dem übrigen steuerbaren Einkommen erfasst worden. Verluste, auch nicht realisierte, wären mit übrigem Einkommen zu 60% verrechenbar gewesen und hätten während sieben Jahren zu 60% vorgetragen werden können. Das Modell hätte es erlaubt, die Probleme des Quasiwertschriftenhandels⁸⁷ und, bei Ausübung des Optionsrechts durch den Steuerpflichtigen, die mit der Transponierung und der indirekten Teilliquidation verbundenen Probleme zu lösen. Das Modell hätte die Neutralität des Steuersystems hinsichtlich Wahl der Finanzierungsart und der Rechtsform merklich verbessert. Es hätte auch zu einem Abbau von Unausgewogenheiten im Bereich der Steuergerechtigkeit geführt.

Modell 2: Dieses Modell sah für qualifizierte Beteiligungen des Privatvermögens (mindestens 20% am Grund- oder Stammkapital) spezifische Regelungen vor. Da-

⁸⁴ Unter den vorgeschlagenen Massnahmen hat die ERU auch empfohlen, dass die Vermögenssteuer auf massgeblichen Beteiligungen abgeschafft werden sollte. Die Kapitalgewinne aus nicht massgeblichen Beteiligungen im Privatvermögen sollten wie bisher steuerfrei bleiben. Im Weiteren hat die ERU im Rahmen der Einführung einer Unternehmenssteuer empfohlen, die der Unternehmenssteuer unterstellten Personenunternehmen bezüglich der Sozialversicherung gleich zu behandeln wie die Kapitalgesellschaften.

⁸⁵ Diese Arbeitsgruppe ist im August 2000 im Auftrag des EFD von der ESTV eingesetzt worden; der Arbeitsgruppe gehörten auch Vertreter kantonaler Steuerverwaltungen an. Diese Gruppe hatte namentlich den Auftrag, die internationale Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Steuersystems zu untersuchen. Die Ergebnisse sollten in eine Prioritätenliste steuerlicher Massnahmen im Interesse eines wettbewerbsfähigen Standortes einfließen.

⁸⁶ In ihrem Urkonzept schlug die ESTV die Einführung einer obligatorischen Teilbesteuerung sämtlicher Einkünfte aus qualifizierten Beteiligungsrechten sowohl des Privat- wie des Geschäftsvermögens vor. Angesichts der starken Kritik aus Kreisen der Wirtschaft hat das EFD darauf verzichtet, das Urkonzept in die dem Bundesrat vorgeschlagene Vernehmlassungsvorlage mit den drei Modellen aufzunehmen.

⁸⁷ Das Problem des Quasiwertschriftenhandels wäre gelöst worden dank der neuen Umschreibung der Kriterien der Zugehörigkeit von (qualifizierten und übrigen) Beteiligungen zum Geschäftsvermögen: sämtliche Beteiligungsrechte hätten nur dann automatisch als Geschäftsaktiven gegolten, wenn die betreffenden Wertschriften funktional mit der Geschäftstätigkeit eines Personenunternehmens verknüpft gewesen wären.

nach wären bei direkter oder indirekter Realisierung sowohl ausgeschüttete als auch zurückbehaltene Gewinne im Umfang von 60% in die Bemessungsgrundlage einbezogen worden. Auf massgebliche Beteiligungen des Geschäftsvermögens wären die Regelungen gemäss Modell 1 anwendbar gewesen⁸⁸.

Modell 3: Diese Modell bezweckte einzig die Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung der Beteiligungsinhaber. Gewinnausschüttungen jeglicher Art wären sowohl im Geschäfts- wie im Privatvermögen im Umfang von 70% besteuert worden⁸⁹.

2.3 Vom EFD im Anschluss an die Vernehmlassung vorgeschlagene Eckwerte

Gestützt auf das Ergebnis der Vernehmlassung mit der Ablehnung jedwelcher Besteuerung privater Kapitalgewinne⁹⁰ schlug das EFD vor, für Portfoliobeteiligungen des Privat- und Geschäftsvermögens an der geltenden steuerlichen Behandlung festzuhalten. Für qualifizierte Beteiligungen (von mindestens 10%) des Privatvermögens schlug es eine Entlastung beim Anteilsinhaber auf Ebene der Bemessungsgrundlage vor. Danach wären beim Bund Dividenden zu 80%, bei den Kantonen nach eigenem Ermessen erfasst worden. Kapitalgewinne wären grundsätzlich steuerfrei geblieben, unter Vorbehalt der vorgesehenen Bestimmungen bezüglich der indirekten Teilliquidation und des Quasiwertschriftenhandels. Bei der Vermögenssteuer wäre auf eine Teilbesteuerung verzichtet worden. Die Dividenden und Veräusserungsgewinne aus qualifizierten Beteiligungen (mindestens 10%) des Geschäftsvermögens wären beim Bund zu 60%, bei den Kantonen nach eigenem Recht erfasst worden⁹¹.

2.4 Botschaft des Bundesrates

Entgegen den Anträgen des EFD hat der Bundesrat darauf verzichtet, die steuerliche Entlastung auf qualifizierte Beteiligungen zu beschränken. Entsprechend hat er vorgeschlagen, Dividenden aus Beteiligungen des Privatvermögens nur noch zu 80%⁹² und Dividenden aus Beteiligungen des Geschäftsvermögens zu 60% zu besteuern. Für Gewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen des Geschäftsvermögens war

⁸⁸ Dieses Modell hätte die Neutralität des Steuersystems durch das Teilbesteuerungsverfahren verbessert und wäre aus Sicht des EFD vernünftig gewesen, da es nur qualifizierte Beteiligungen von mindestens 20% betroffen hätte.

⁸⁹ Immerhin wäre bei der direkten Bundessteuer die Inanspruchnahme dieser Dividenden-Teilbesteuerung von einer minimalen Vorbelastung von mindestens 15% abhängig gemacht worden. Bei Nichterreichen dieser Vorbelastungsschwelle wäre dem Aktionär die Teilbesteuerung zu verweigern gewesen. Das Erfordernis der Vorbelastung beruhte nach Auffassung des EFD auf Gründen der Gleichbehandlung.

⁹⁰ Die Einführung einer, auch nur teilweisen, Besteuerung privater Kapitalgewinne ist von Kantonen wie auch von Parteien abgelehnt worden. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» am 2. Dezember 2001 von Volk und Ständen abgelehnt wurde.

⁹¹ Der Vorschlag übernahm im übrigen die unbestrittenen Massnahmen zugunsten der Personen- und Kapitalgesellschaften.

⁹² Die steuerliche Behandlung der Gewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen des Privatvermögens stimmte mit dem Vorschlag des EFD überein.

die Teilbesteuerung im Umfang von 60% nur dann vorgesehen, wenn die veräusser-ten Beteiligungen mindestens 10% des Grund- oder Stammkapitals ausmachten und während mindestens eines Jahres im Eigentum des Steuerpflichtigen waren. In allen anderen Fällen blieben Veräusserungsgewinne aus Beteiligungsrechten (des Geschäftsvermögens) wie bisher vollumfänglich steuerbar⁹³.

2.5 Parlamentarische Beratungen

Das Parlament hat die Vorlage zur Reform der Unternehmensbesteuerung in zwei Gesetzesvorlagen aufgeteilt. Die eine Vorlage enthält die als vordringlich erachteten Regelungen der Transponierung und der indirekten Teilliquidation; das entsprechende Gesetz ist am 23. Juni 2006 verabschiedet worden.

In der anderen Vorlage schlägt der Ständerat vor, im Geschäftsvermögen die Divi-
denden und die Veräusserungsgewinne von qualifizierten Beteiligungen (10% am Grund- oder Stammkapital) zu 50% zu erfassen; im Privatvermögen sollen die Divi-
denden aus qualifizierten Beteiligungen zu 60% erfasst werden, während Kapitalge-
winne steuerfrei bleiben⁹⁴. Der Nationalrat schlägt für das Geschäftsvermögen die
gleiche Lösung vor wie der Ständerat⁹⁵, während er für das Privatvermögen die Divi-
denden auf qualifizierten Beteiligungen nur zu 50% erfasst haben will.

Im Verlauf der parlamentarischen Beratungen hat die ESTV zu Handen der Kommis-
sionen für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats und des Nationalrats zusätzliche
Abklärungen vorgenommen zur Frage, wie sich die Teilbesteuerung auf die Einnah-
men der Sozialversicherungen auswirkt. In Ihrer Hintergrundnotiz vom 18. Mai 2006
hält die ESTV fest, dass bei Teilbesteuerungssätzen von 70% und höher der Anreiz,
anstatt Lohn Dividenden zu beziehen, vermutlich nicht besteht; demgegenüber ist es
bei einem Teilbesteuerungssatz von 50% weitaus vorteilhafter, Dividenden zu bezie-
hen. In ihrer Notiz vom 15. September 2006 präzisierte die ESTV, dass bei einer
Teilbesteuerung von 50% der Substitutionseffekt praktisch immer eintrete; demge-
genüber lohne sich bei einem Teilbesteuerungssatz von 60% der Übergang vom
Lohn- zum Gewinnbezug erst, wenn der Grenzsteuersatz der Vermögenssteuer tiefer
als etwa 0,6% liegt. In Bezug auf die Finanzierungsneutralität und Verfassungsmäs-
sigkeit gelangte die ESTV in ihrer Notiz vom 13. November 2006 zu Handen des
Bundesamtes für Justiz zum Schluss, dass im Einkommensbereich über 150'000
Franken die Neutralität zwischen Fremd- und Anteilsfinanzierung grundsätzlich er-
reicht werden kann bei einer Teilbesteuerung zwischen 46,6% und 58,9%, welche
Sätze abhängig sind von der konkreten Eigenkapitalrendite und dem in Betracht ge-
zogenen Einkommen. In ihrer ergänzenden Notiz vom 24. November 2006 erwähnt
die ESTV, dass die Neutralität zwischen Dividendenbezug und Einkommen aus selb-
ständiger Erwerbstätigkeit mit Berücksichtigung der Sozialversicherungsabgaben bei
einem Teilbesteuerungssatz zwischen 60% und 90% erreicht ist. Ohne Berücksichti-
gung der Sozialversicherungsabgaben fallen diese Teilbesteuerungssätze auf eine
Bandbreite zwischen 50% und 80%. Der Ersatz von Lohnbezug durch Dividenden
tritt ein bei Teilbesteuerungssätzen zwischen 50% und 75%. Die Finanzierungsneut-
ralität schliesslich wäre gemäss der genannten Notiz erreicht bei Teilbesteuerungs-
sätzen zwischen 35% und 60%.

⁹³ Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten (BBl **2005** 4733, Ziff. 7.2 zu Art. 18b).

⁹⁴ In Übereinstimmung mit dem von den Vernehmlassungsteilnehmern zum Ausdruck gebrachten Willen.

⁹⁵ Unter Vorbehalt der indirekt gehaltenen Beteiligungen.

3 Die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne

Die gegen die Gesetzesvorlage erhobenen Kritiken zielen vor allem darauf, dass die Dividenden und Veräusserungsgewinne auf Beteiligungen des Privatvermögens unterschiedlich behandelt werden. Immerhin ist daran zu erinnern, dass dieser Unterschied schon im geltenden Recht besteht⁹⁶. Da es sich dabei um eine Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung handelt, scheint es uns bedeutsam, die Argumente in Erinnerung zu rufen, mit welchen man diese unterschiedliche Behandlung begründet.

3.1 Der Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung

In der Lehre ist anerkannt, dass die Einkommenssteuer grundsätzlich das gesamte reine Einkommen erfasst⁹⁷. Dies bedeutet, dass sämtliche Einkünfte gesamthaft von ein und derselben Steuer erfasst werden; vorbehalten bleiben die vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausnahmen. Das DBG unterscheidet bei den steuerbaren Einkünften vier Kategorien. Es sieht indessen verschiedene Ausnahmen von der Besteuerung vor, darunter die privaten Kapitalgewinne (Art. 16 Abs. 3 DBG)⁹⁸.

3.2 Geschichte der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne

Die Botschaft vom 25. Mai 1983 zum StHG und zum DBG⁹⁹ sah noch keine vollständige Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne vor¹⁰⁰; vielmehr war vorgesehen, die Gewinne aus der Veräusserung privater Beteiligungen von mindestens 20% einer Sondersteuer (= Beteiligungsgewinnsteuer) zu unterstellen. Der Bundesrat begründete dies damit, dass Grossaktionäre einer Aktiengesellschaft aller Regel nach in der Lage seien, auf den Geschäftsgang massgebend einzuwirken. Wirtschaftlich lasse sich ihre Stellung im Moment der Beteiligungsveräusserung mit derjenigen von Teilhabern an einer Personengesellschaft vergleichen. Im Verlauf der parlamentarischen Beratungen gingen die Meinungen derart auseinander, dass man sich schliesslich dazu entschied, an der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne festzuhalten.

3.3 Tragweite der Steuerfreiheit

Das DBG beschränkt die Steuerfreiheit auf die Kapitalgewinne des beweglichen Privatvermögens und auf die privaten Grundstücksgewinne, während die Gewinne auf der Veräusserung von Geschäftsvermögen steuerbar bleiben. Diese Unterscheidung führt zwangsläufig zur heiklen Frage nach der Unterscheidung zwischen Privat- und

⁹⁶ Die ungleiche Behandlung existiert ebenfalls zwischen dem Privat- und dem Geschäftsvermögen.

⁹⁷ Es sei darauf hingewiesen, dass der Grundsatz des Nettovermögenszuwachses durch das Realisationsprinzip abgeschwächt wird; danach sind nur realisierte Vermögensbestandteile steuerlich relevant.

⁹⁸ Ernst Höhn / Robert Waldburger, Steuerrecht, Band 1, Haupt, Bern, 2001, § 14 Ziff. 16ff. (hienach Steuerrecht).

⁹⁹ Botschaft vom 25. Mai 1983 zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (BBl 1983 III 1, Ziff. 144.32).

¹⁰⁰ Im Unterschied zum Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die direkte Bundessteuer.

Geschäftsvermögen¹⁰¹. Da die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne eine Lücke im schweizerischen Steuersystem darstellt, ist sie mit Rücksicht auf die Geltung des Leistungsfähigkeitsprinzips restriktiv anzuwenden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Begriffe des Beteiligungsertrags und der selbständigen Erwerbstätigkeit weit zu fassen, wogegen der Begriff des privaten Kapitalgewinnes restriktiv auszulegen ist¹⁰². Diese Überlegungen haben in der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis dazu geführt, in bestimmten Fällen die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne nicht anzuerkennen, sondern diese Fälle als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit oder als Kapitalertrag aus Privatvermögen zu betrachten. Es betrifft dies die Fälle der Transponierung, des Quasiwertschriftenhandels und der indirekten Teilliquidation¹⁰³.

3.4 Die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne in der Doktrin

Zahlreiche Autoren haben sich mit diesem Problem befasst. Höhn¹⁰⁴ hat die Frage geprüft unter dem Aspekt der Gleichbehandlung von Gewinnen des Privat- und des Geschäftsvermögens. Er stellt fest, dass im Fall des Verkaufs von Beteiligungen die Situation des Privaten gegenüber jener des Selbständigerwerbenden keinen Unterschied aufweist, der eine steuerlich unterschiedliche Behandlung rechtfertigen würde¹⁰⁵. Da diese Ungleichheit ungenügend sei, um die unterschiedliche Besteuerung der Kapitalgewinne zu rechtfertigen, prüft er eine solche Gesetzgebung unter dem Aspekt der Willkür¹⁰⁶ und fragt, ob es gesamthaft betrachtet zulässig sei, die Kapitalgewinne des Geschäftsvermögens zu besteuern und gleichzeitig jene des Privatvermögens von den Steuern auszunehmen. Er gelangt zum Schluss, dass eine solche gesetzliche Ordnung willkürlich und mit Art. 4 aBV nicht vereinbar sei, weder unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit noch unter jenem des Grundsatzes der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Dies deshalb, weil der Private nicht nur gegenüber dem Kaufmann, sondern auch gegenüber jeden anderen Privaten bevorzugt behandelt wird, dessen Einkünfte aus anderen Quellen stammen als aus Beteiligungen¹⁰⁷.

Nach Zuppinger/Böckli/Locher/Reich besteht kein Zweifel, dass Kapitalgewinne die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöhen, weshalb die Besteuerung gerechtfertigt

¹⁰¹ Vgl. insbes. Markus Reich, Die Abgrenzung von Geschäfts- und Privatvermögen im Einkommenssteuerrecht, in SJZ 80 (1984) 221ff.; Ernst Höhn, Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Einkommensteuerrecht, in ASA 50 (1981/82) 529ff. (nachfolgend: ASA 50).

¹⁰² BGE 115 Ib 238; Markus Reich in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2000, Art. 16 N 52ff. (nachfolgend: Kommentar).

¹⁰³ Ernst Höhn / Robert Waldburger, Steuerrecht, § 14 Ziff. 26. Zur Kritik der Ausdehnung des Begriffs Vermögensertrag durch das Bundesgericht vgl. Markus Reich, Kommentar, zu Art. 16 N. 53, 54 ; Ernst Höhn, in ASA 50, 542 Ziff. 5, 6.

¹⁰⁴ Ernst Höhn, Die Besteuerung der privaten Gewinne, P.G. Keller, Winterthur, 1955, S. 263ff. (nachfolgend: Die Besteuerung der privaten Gewinne).

¹⁰⁵ Einige Autoren schliessen aus dieser ungleichen Behandlung auf eine Notwendigkeit der Besteuerung privater Kapitalgewinne (siehe Oskar Bosshardt, Die Bedeutung des Gewinnbegriffs bei der zürcherischen Einkommenssteuer, Hinweis aus: Ernst Höhn, Die Besteuerung der privaten Gewinne, S. 266, N 30).

¹⁰⁶ Die Regelung wäre nach seiner Auffassung willkürlich, wenn kein sachlicher Grund für die Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung vorliegen würde.

¹⁰⁷ Für die Besteuerung der Gewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen des Privatvermögens vgl. Cagianut, Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne, in ASA 42 (1973/74) 433ff.

wäre, unabhängig von den Merkmalen des Vermögens, auf welchem sie erzielt wurden¹⁰⁸. In ihrem Werk zur Steuerharmonisierung führen sie allerdings mehrere mit einer Kapitalgewinnbesteuerung verbundene Probleme an¹⁰⁹. Das Werk nennt einige Möglichkeiten einer Kapitalgewinnbesteuerung, darunter die Besteuerung qualifizierter Beteiligungen. Letztere stösst allerdings auf Kritik, namentlich aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung der verschiedenen Anteilshaber und weil sie zu einer dritten Art der Gesellschaftsbesteuerung führe¹¹⁰. Die Autoren halten den Verzicht auf eine (allgemeine) Kapitalgewinnbesteuerung für gerechtfertigt, schlagen indessen vor, den Inhaber einer qualifizierten Beteiligung gleich zu behandeln wie den Kaufmann. Dies hätte zur Folge, dass die qualifizierten Beteiligungen als Teil des Geschäftsvermögens behandelt würden¹¹¹.

3.5 Rechtsprechung

Das Bundesgericht hält im Zusammenhang mit dem kantonalen Recht fest, dass das System der allgemeinen Reineinkommenssteuer nicht bloss wegen der damit gewollten (sog. Doppel-) Belastung von Kapitalgesellschaften und natürlichen Personen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit, vor allem der gleichmässigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, im Grunde eine (ergänzende) Besteuerung der Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen verlangt. Es räumt jedoch ein, dass die Nichtbesteuerung privater Kapitalgewinne dann gerechtfertigt ist, wenn sie auf objektiven Gründen beruht, in welchem Fall sie das Rechtsgleichheitsgebot nicht verletzt¹¹². Das Bundesgericht hat in zahlreichen Entscheiden¹¹³ den Begriff des Geschäftsvermögens ausdehnend interpretiert und zudem eine äusserst strenge Praxis zur Transponierung sowie zur indirekten Teilliquidation¹¹⁴ entwickelt, wodurch es sich in der Lehre mannigfaltige Kritik zugezogen hat. Es ist nicht zuletzt diese bundesgerichtliche Praxis, welche Anlass zu vorliegender Reform gegeben hat.

¹⁰⁸ Ferdinand Zuppinger, Peter Böckli, Peter Locher, Markus Reich, Steuerharmonisierung, Stämpfli, Bern 1984, S. 109ff. (nachfolgend: Steuerharmonisierung).

¹⁰⁹ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auf Grund des Leistungsfähigkeitsprinzips auch die Verluste zu berücksichtigen wären. Einige kantonale Regelungen haben gezeigt, dass die mit der Besteuerung der Kapitalgewinne verbundenen Kontrollen zu einem Veranlagungsaufwand führten, der in keinem Verhältnis zum Ertrag stand. Eine Besteuerung der Gewinne auf allen Vermögensbestandteilen wäre auch deshalb unmöglich, da die Privatpersonen nicht buchführungspflichtig sind.

¹¹⁰ Ferdinand Zuppinger, Peter Böckli, Peter Locher, Markus Reich, Steuerharmonisierung, S. 109ff.; Peter Böckli, Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, in ASA 42 (1973/1974) 369ff. (nachfolgend: ASA 42).

¹¹¹ Ferdinand Zuppinger, Peter Böckli, Peter Locher, Markus Reich, Steuerharmonisierung, S. 99ff.; siehe auch Botschaft vom 25. Mai 1983 zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (BBl 1983 III 1, Ziff. 144.3). Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich dieser Vorschlag der Empfehlung der ERU und dem vom EFD in die Vernehmlassung geschickten Modell 1 annähert.

¹¹² Unter den praktischen Gründen, die gegen eine Besteuerung privater Kapitalgewinne sprechen, weist das Bundesgericht namentlich darauf hin, dass die Veranlagung solcher Gewinne kompliziert und aufwändig sei. Dies gelte jedenfalls dann, wenn sie sich nicht auf Gewinne auf Anteilen an Kapitalgesellschaften und anderen Wertschriften beschränkt, sondern auch andere Vermögensbestandteile einschliesst, die mit jeder periodischen Einkommens- und Vermögenssteuerveranlagung im Wertschriftenverzeichnis zu deklarieren sind (BGE 114 Ia 221).

¹¹³ BGE 125 II 113.

¹¹⁴ BGE 101 Ib 44, BGE 2A 331/2003.

3.6 Zwischenergebnis

Die Frage der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne ist heikel, da sie geprägt ist sowohl von rechtlichen wie auch von ökonomischen und politischen Gesichtspunkten. Das geltende Recht sieht mit der Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne eine rechtsungleiche Behandlung vor. Diese Rechtsungleichheit wird aus verschiedenen Gründen toleriert. Der blosser Umstand, dass Dividendeneinkünfte und Veräusserungsgewinne steuerlich ungleich behandelt werden, erlaubt es noch nicht, das vorliegende Gesetzesprojekt im aktuellen Stand der parlamentarischen Beratung als verfassungswidrig zu bezeichnen. Die vorgeschlagenen Massnahmen müssen in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden, bevor man sich über die Verfassungsmässigkeit der Vorlage ausspricht.

Die einleitenden Bemerkungen haben übrigens gezeigt, dass die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht zwangsläufig eine Rechtsungleichheit bewirkt. Die Vertreter der Wirtschaft wollen sie jedoch mildern, um das Wirtschaftswachstum zu fördern. Gleichzeitig lehnen sie eine, auch nur partielle, Besteuerung der privaten Kapitalgewinne ab, weshalb das EFD das Modell nicht präsentierte, mit welchem es möglich gewesen wäre, eine Besteuerung einzuführen, welche sowohl hinsichtlich der Rechtsform wie auch der Finanzierung neutral gewesen wäre.

Diese Überlegungen führen uns dazu, eine Zwischenfrage zu formulieren, die vor der Beantwortung der uns gestellten Frage 1 zu behandeln ist¹¹⁵:

Ist mit Rücksicht darauf, dass ein (hinsichtlich Rechtsform und Finanzierung) steuerlich neutrales System grundsätzlich die Besteuerung privater Kapitalgewinne verlangen würde, die Einführung einer Teilbesteuerung von Dividenden mit dem Gleichbehandlungsgebot und mit dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar, auch wenn die genannte Kompensation (durch eine Kapitalgewinnsteuer) ausbleibt?

4 Prüfung der Verfassungskonformität

4.1 Anwendbare verfassungsrechtliche Grundsätze

Die Antwort auf die gestellten Fragen erfordert die Untersuchung der Verfassungsmässigkeit der konkreten Vorschläge, da die Beurteilung sich auf die Gesamtheit der Massnahmen beziehen muss¹¹⁶. Ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung muss vor allem unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgleichheitsgebotes und des Prinzips der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geprüft werden. Diese beiden Prinzipien konkretisieren sich durch die Prüfung der horizontalen Rechtsgleichheit (zwei Steuerpflichtige mit gleicher Leistungsfähigkeit müssen die gleiche Steuerlast tragen) und die vertikale rechtsgleiche Behandlung (ungleiche steuerliche Behandlung zweier Steuerpflichtiger, die nicht die gleiche Leistungsfähigkeit haben). Diese Prinzipien gelten nicht absolut; sie können relativiert werden, aber

¹¹⁵ Diese Frage stellt sich umso mehr, als sowohl die Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» als auch die vom EFD in die Vernehmlassung geschickten Modelle 1 und 2 abgelehnt worden sind. Aus rechtlicher Sicht ist deshalb zu berücksichtigen, dass es keine Besteuerung privater Kapitalgewinne gibt und dass an diesem Zustand nichts geändert werden soll.

¹¹⁶ In diesem Sinne siehe Dieter Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip in der Unternehmenssteuerreform, in StuW 4/2000, S. 328ff., Kap. III 2.

die gewählte Steuerordnung muss gesamthaft das Rechtsgleichheitsgebot im Sinne von Art. 8 BV beachten und darf nicht eine Unterscheidung treffen, welche mangels sachlicher Begründung Gefahr läuft, willkürlich zu sein¹¹⁷. Dabei kann nicht jedes beliebige Motiv als sachlich ausreichend betrachtet werden, um eine rechtsungleiche Behandlung zu rechtfertigen.

Vorliegend bedeutet dies, dass die vorgeschlagenen Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung nicht zu einer unverhältnismässigen Bevorzugung bestimmter Gesellschaftsformen (Rechtsformen) führen dürfen¹¹⁸. Dies hätte zur Folge, dass die Gesetzgebung von einer rechtsformneutralen Besteuerung Abstand nehmen würde, was sie schwerlich als mit Art. 8 BV vereinbar erscheinen liesse¹¹⁹.

Für einige muss das Rechtsgleichheitsgebot durch die Neutralität der Finanzierung von Kapitalgesellschaften konkretisiert werden. Für sie muss die Beachtung des Rechtsgleichheitsgebots beschränkt werden auf die Grenzsteuerbelastung im Vergleich der verschiedenen Formen der Finanzierung von Kapitalgesellschaften, ohne die Steuerbelastung der Personenunternehmungen oder anderer Einkommensarten mit zu berücksichtigen. Wir kommen darauf unter den Ziffern 4.3.2 und 4.3.3 zurück.

4.2 Die Botschaft des Bundesrates

Der Bundesrat hat erkannt, dass das Reformprojekt weder die Rechtsform- noch die Finanzierungsneutralität erreichen kann, solange an der Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne festgehalten wird. Die vorgeschlagenen Massnahmen bezwecken daher in erster Linie die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung und verfolgen das Ziel, das geltende System durch Beseitigung der augenfälligsten Lücken, wie etwa die Überbesteuerung, zu verbessern. Die Einführung einer Teilbesteuerung der Dividenden aus allen Beteiligungen des Privatvermögens zu 80% erlaubt es, die Situation der Gesellschaften zu verbessern, die eine wirtschaftliche Doppelbelastung erleiden (sei diese nun gerechtfertigt oder nicht).

Die Einführung der Teilbesteuerung aller Dividenden, und nicht nur der qualifizierten Beteiligungen, erlaubt es, die Gleichbehandlung zwischen allen Investoren sicherzustellen und so das Risikokapital zu fördern. Hingegen führt sie generell zu einer Ungleichbehandlung von Beteiligungseinkommen und übrigen Einkommensarten, welche vollständig besteuert werden.

Die Berechnungen des ESTV haben gezeigt¹²⁰, dass es für einen Unternehmeraktionär bei einem Teilbesteuerungssatz von 80% steuerlich noch vorteilhaft ist, einen AHV-pflichtigen Lohn zu beziehen. Dieses Kriterium ist wichtig, da es zeigt, dass

¹¹⁷ Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, § 4 Kap. 78; BGE 124 I 193, BGE 124 I 247.

¹¹⁸ Es ist ausserdem zu beachten, dass die generelle Milderung zugunsten der Gesellschaften Ungleichbehandlungen gegenüber den anderen Steuerpflichtigen nach sich zieht, wenn Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen künftig gegenüber anderen Einkommensarten bevorteilt werden. Dies ist der Grund, weshalb der Bundesrat in seiner Botschaft vom 22.06.2005 daran erinnert hat, dass er parallel Entlastungen zu Gunsten der Familien vorschlagen wird (BBI **2005** 4733 Ziff. 1.10.2.1).

¹¹⁹ In diesem Zusammenhang müssen die Untersuchungen speziell der Tatsache Rechnung tragen, dass heute wenige Steuerpflichtige eine ungerechtfertigte Doppelbelastung erdulden müssen (siehe Ziffer 1.2.) und dass die wirtschaftliche Doppelbelastung zumindest teilweise durch die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne kompensiert wird.

¹²⁰ Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (BBI **2005** 4797 Ziff. 2.3).

trotz der Steuerentlastung auf Dividenden der Lohnbezug nach wie vor interessant bleibt. Somit existiert also ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Kapitalgesellschaften und den Mitgliedern einer Personenunternehmung oder Selbständigerwerbenden, welche obligatorisch der progressiven Einkommenssteuer und der AHV-Beitragspflicht unterstehen¹²¹. Dies erlaubt die Schlussfolgerung, dass sich aus dem vorgeschlagenen System keine grosse horizontale Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen ergibt. Gemäss der Studie Keuschnigg beträgt die durchschnittliche Grenzsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften¹²² 45.79%¹²³ bei einer Dividendenbesteuerung von 100%; sie fällt auf 43,468% bei einem Besteuerungssatz von 80%. Diese Reduktion mag gering erscheinen, doch muss sie mit der durchschnittlichen Grenzsteuerbelastung der Personenunternehmungen verglichen werden, welche 47% beträgt (die Personenunternehmungen sind somit im Schnitt bereits heute benachteiligt). Mit einem Teilbesteuerungssatz von 50% fällt die durchschnittliche Grenzsteuerbelastung auf 39,9% und vergrössert damit den Unterschied zur Grenzsteuerbelastung der Personenunternehmungen.

Der vorteilhaftere Besteuerungssatz für Dividenden aus dem Geschäftsvermögen (60%) erlaubt es, der Ungleichheit Rechnung zu tragen, welche bei der Kapitalgewinnbesteuerung herrscht. Diese Ungleichheit wird auch korrigiert durch die Einführung einer Teilbesteuerung der Kapitalgewinne aus Geschäftsvermögen, wenn die Beteiligungen 10% übersteigen und während mindesten einem Jahr gehalten wurden. Eine unterschiedliche Behandlung, je nach Haltedauer der Beteiligungen, wird von der Lehre grossmehrheitlich gutgeheissen. Sie geht davon aus, dass die Erhöhung der Leistungsfähigkeit aufgrund eines Beteiligungsverkaufs umgekehrt proportional zu deren Haltedauer ist¹²⁴.

Der Vorschlag des Bundesrates mildert ausserdem die Ungleichheiten, welche durch die steuerlich vorteilhaftere Behandlung der Beteiligungen im Privatvermögens im Gegensatz zu anderen Einkommensarten entstehen, indem er relativ strikte Bestimmungen vorschlägt bezüglich des Quasiwertschriftenhandels, der Transponierung und der indirekten Teilliquidation. In diesem Zusammenhang werden Transaktionen, die in Folge ihres Umfangs eher einem geschäftsmässigen als einem privaten Verhalten gleichen, wie Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit oder aus beweglichem Vermögen besteuert.

Obwohl die vom Bundesrat vorgeschlagene Milderung bescheiden daher kommt, darf nicht vergessen werden, dass die Massnahmen insgesamt Beteiligungen gegenüber anderen Einkommensarten bevorteilt. Der Bundesrat war sich dieser Tatsache bewusst und hat in seiner Botschaft vom 22. Juni 2005 geschrieben, dass eine Steuerentlastung der anderen Steuerpflichtigen vorgesehen werden sollte, um die Ungleichbehandlung zu verkleinern, welche diese Pflichtigen durch die steuerliche Vorzugsbehandlung von Beteiligungen erleiden.

¹²¹ Die Beiträge an die AHV müssen berücksichtigt werden, um das effektiv verfügbare Einkommen der Steuerpflichtigen und somit ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bestimmen zu können (siehe FN 4 hievore).

¹²² Es handelt sich dabei um einen Durchschnitt gemäss verschiedener Finanzierungstypen, die Steuerbelastung der Selbstfinanzierung beträgt 35,4%. Es wird daran erinnert, dass nur Gesellschaften, die mehr als 70% ihres Gewinnes ausschütten, voll die wirtschaftliche Doppelbelastung zu tragen haben; die anderen Gesellschaften befinden sich im Durchschnitt.

¹²³ Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (BBI **2005**, Ziffer 1.5.2).

¹²⁴ Peter Böckli, ASA 42, 387; Ernst Höhn, Die Besteuerung der privaten Gewinne, S. 272ff.

Mit Rücksicht darauf, dass eine tiefgreifende Reform in der Vernehmlassung abgelehnt wurde, kann der Entwurf des Bundesrates nicht in einer Rechtsformneutralität oder einer Finanzierungsneutralität münden. Die vorgeschlagene (in den Augen der einen) relativ schwache Milderung relativiert tatsächlich die Grundsätze der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Gleichbehandlung, doch erlaubt sie insgesamt, die wirtschaftliche Doppelbelastung zu mildern, ohne dass sie hinsichtlich der Steuergerechtigkeit willkürlich würde. Da die Milderung zusätzlich von einigen Korrekturmassnahmen bezüglich der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne begleitet wird, wird der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 8 BV nach unserer Auffassung beachtet, obwohl keine Besteuerung der Kapitalgewinne aus Beteiligungen des Privatvermögens eingeführt wird.

4.3 Lösungen des NR und SR

4.3.1 Auswirkungen und Folgen der Lösungen von Nationalrat und Ständerat

Die Teilbesteuerung der Dividenden auf qualifizierten Beteiligungen des Privatvermögens zu einem Satz von 50% (NR) oder 60% (SR) geht über die zur wirtschaftlichen Doppelbelastung gebotene Milderung hinaus, sofern man sich dabei auf die Ergebnisse der ERU-Kommission stützt. Die Kommission kam zum Ergebnis, dass ein Teilbesteuerungssatz von 60% für Dividenden und für Verkaufserlöse für Beteiligungen des Privatvermögens angemessen wäre, um die wirtschaftliche Doppelbelastung abzuschaffen; der Bundesrat hat deshalb, bei Fehlen von kompensatorischen Massnahmen, einen Satz von 80% als vernünftig erachtet.

Die vom NR und vom SR vorgeschlagenen Milderungen verstärken die Ungleichbehandlung zwischen Kapitalgesellschaften und Personenunternehmungen und würden somit die Personenunternehmungen veranlassen, sich als Kapitalgesellschaften zu konstituieren. Eine solche Situation läuft dem Ziel zuwider, eine rechtsformneutrale Besteuerung anzustreben. Ein tiefer Dividendenbesteuerungssatz in der Höhe von 50% oder 60% würde ausserdem für Aktionär-Unternehmer von personenbezogenen Kapitalgesellschaften (insbesondere KMU) Anreize schaffen, auf einen AHV-pflichtigen Lohn zu verzichten und stattdessen einen steuerlich günstigeren Dividendenbezug vorzuziehen¹²⁵. Ein solches Verhalten könnte bei der AHV-Kasse zu Finanzierungsproblemen führen, wie Sie dies ebenfalls bereits aufgezeigt haben. Personenunternehmungen und Selbständigerwerbende, welche darauf verzichten, sich als AG zu konstituieren, wären benachteiligt, da die Einkommenssteuer höher ist als die Gewinnsteuer und sie überdies noch AHV-Beiträge leisten müssten. Hingegen würden die Dividenden nur teilweise besteuert. Im Ergebnis würde dies zu einer Ungleichbehandlung von Personenunternehmungen und Kapitalgesellschaften führen, was dem Ziel der Rechtsformneutralität zuwider läuft.

¹²⁵ Die Notiz der ESTV vom 18. Mai 2006 zu Handen der WAK-SR führt dies aus. Gemäss Ziffer 3.3. dieser Notiz besteht die Tendenz, auf einen AHV-pflichtigen Lohn zu verzichten, grundsätzlich für Besteuerungssätze unterhalb von 70%. Die Darstellung in Ziffer 4.1 der Notiz vom 15. September 2006 zu Handen der WAK-NR erlaubt überdies die Schlussfolgerung, dass bei einem Steuersatz von 50% und in Anbetracht der Bundes- und Kantonssteuersätze, der Unternehmer für Gewinne über 100'000 CHF die Gewinnausschüttung vorziehen dürfte. Diese Tendenz existiert ebenfalls bei einem Steuersatz von 60%, sofern der Grenzsteuersatz für Vermögen kleiner als 0,3% ist. Der Kippeffekt hängt also von den erwirtschafteten Gewinnen der Gesellschaft und den kantonalen Steuersätzen ab, insbesondere jenen der Vermögenssteuer. In ihrer Notiz vom 24. November 2006 ist die ESTV schliesslich zum Ergebnis gelangt, dass der Kippeffekt bei einer Teilbesteuerung zwischen 50% und 75% stattfindet.

Für Beteiligungen im Geschäftsvermögen schlagen NR und SR ein Teilbesteuerungsmass von 50% vor. Dies geht freilich über die Vorschläge der ERU hinaus, die ein Teilbesteuerungsmass von 60% für angemessen hielt, um die wirtschaftliche Doppelbelastung zu eliminieren¹²⁶. Diese zusätzliche Milderung könnte auch unter dem Aspekt der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Frage gestellt werden. Indem der NR für Dividenden des Privatvermögens und des Geschäftsvermögens den selben Satz vorsieht, hält er in einem gewissen Masse eine Ungleichbehandlung aufrecht, da Kapitalgewinne im Privatvermögen im Gegensatz zu Kapitalgewinnen im Geschäftsvermögen komplett steuerfrei sind. Die Besteuerung der Veräusserungserlöse bei Beteiligungen aus dem Geschäftsvermögen wird zwar gemildert, auf der anderen Seite sehen die Bestimmungen betreffend die Korrekturmassnahmen zur Steuerfreiheit der Kapitalgewinne im Privatvermögen, wie etwa die Vorschriften über die indirekte Teilliquidation¹²⁷, die Transponierung und den Quasiwertschriftenhandel¹²⁸, solch restriktive Anwendungsvoraussetzungen vor, dass damit beinahe eine komplette Steuerbefreiung von Veräusserungserlösen bei Beteiligungen im Privatvermögen erreicht wird.

Die vorgeschlagenen Lösungen würden übrigens die Ungleichbehandlung zum unbeweglichen Vermögen verstärken, bei welchem sowohl die Einkommen wie auch die Veräusserungsgewinne (bei den Kantonen) besteuert werden. Die Vorschläge würden ausserdem eine neue Ungleichheit bezüglich allen anderen Einkünften aus beweglichem Vermögen schaffen, welche vollständig steuerbar bleiben. Würde die Milderung auf qualifizierte Beteiligungen beschränkt, würde dies Grossaktionäre im Vergleich zu Kleinaktionären bevorteilen, wobei die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Einkommensarten ein wenig gemindert würde.

Wie Sie anlässlich der Sitzung vom 9. November 2006 erwähnt haben und wie es auch aus den zusätzlichen Unterlagen der ESTV vom 13. November 2006 hervorgeht¹²⁹, soll mit einer Teilbesteuerung der Dividenden zu 50% eine Finanzierungsneutralität bei der Finanzierung einer Kapitalgesellschaft mit Fremdkapital und mit Aktienkapital erreicht werden.

¹²⁶ Der Vorschlag geht auch über die Schlussfolgerungen der ESTV hinaus, wenn man bei der Berechnung der Steuerlast, welche das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit belastet, die Sozialversicherungsabgaben mit berücksichtigt.

¹²⁷ Um eine indirekte Teilliquidation anzunehmen, muss nicht betriebsnotwendige Substanz, welche im Zeitpunkt des Verkaufs ausschüttungsfähig war, innerhalb von fünf Jahren unter Mithilfe des Verkäufers ausgeschüttet werden. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird ausserdem einzig die ausgeschüttete Substanz, nicht der ganze Verkaufserlös im Nachsteuerverfahren besteuert. Solche Voraussetzungen verkomplizieren für die Steuerbehörden die Überprüfung der Steuerbarkeit, und die Beschränkung der besteuerten Faktoren verkleinern die Tragweite der Bestimmung beträchtlich.

¹²⁸ Gemäss dem Vorschlag SR werden Gewinne aus dem Verkauf von Privatbeteiligungen nur dann als Einkommen einer selbständigen Erwerbstätigkeit betrachtet und somit der Bestimmung bezüglich dem Quasi-Wertschriftenhandels unterworfen, wenn der Verkaufserlös während zwei aufeinanderfolgenden Jahren mehr als CHF 500'000.-- beträgt und der Betrag der An- und Verkäufe während dieser zwei Jahren mindestens vier mal dem Wert der Vermögensbeteiligungen entspricht, welche der Steuerpflichtige zu Beginn des Steuerjahres besass. Verkaufsverluste könnten überdies unbeschränkt an die Kapitalgewinne angerechnet werden während einzig die Beteiligungen, welche weniger als vier Jahre gehalten wurden, besteuert werden könnten. (Der Vorschlag des NR sieht keinen minimalen Verkaufserlös vor, ist also milder als der Vorschlag des SR).

¹²⁹ Gemäss Ihrer Zusatznotiz vom 24. November 2006 wird hingegen die Finanzierungsneutralität mit Fremdkapital oder mit Aktienausgabe bei einem Teilbesteuerungssatz von 35% bis 60% erreicht.

Auf Grund der vorangehenden Überlegungen ist somit zu prüfen, ob die Annäherung an eine Finanzierungsneutralität von Kapitalgesellschaften die nachteiligen Folgen rechtfertigen kann, welche durch die aufgezählten verstärkten Ungleichheiten verursacht werden.

4.3.2 Finanzierungsneutralität

Der Kapitalgesellschaft (wie übrigens auch der Personenunternehmung) stehen mehrere Finanzierungswege offen, welche aber unterschiedliche steuerliche Folgen nach sich ziehen. Sie kann sich finanzieren mit Fremdkapital (Bankkredit oder Darlehen des Unternehmers), mit Eigenkapital, nämlich mittels Thesaurierung der erzielten Gewinne (Selbstfinanzierung) oder mittels Ausgabe von Aktien. Die Finanzierung durch Fremdkapital und mittels Selbstfinanzierung ist steuerlich vorteilhaft. Die Gesellschaft, welche das Fremdkapital wählt, kann die Schuldzinsen auf dem aufgenommenen Kapital von ihrem Gewinn abziehen und so den Steuerbetrag entsprechend reduzieren. Im Falle eines Unternehmerdarlehens ist die Finanzierung für den Unternehmer steuerlich teurer, da die durch die Schuldnergesellschaft überwiesenen Zinsen bei ihm als Einkommen behandelt werden müssen. Die Finanzierung mittels Thesaurierung der erzielten Gewinne (Selbstfinanzierung) zieht an sich keine steuerlichen Folgen nach sich, da sie aus der Verwendung der erwirtschafteten Gewinne stammt; weil die Gewinnsteuer tief ist, bietet diese Finanzierungsart Vorteile¹³⁰. Die Anteilsfinanzierung mit Wiederausschüttung der Gewinne ist aus steuerlicher Sicht unvorteilhaft, weil sie der wirtschaftlichen Doppelbelastung unterliegt. Die von der Gesellschaft auf dem eingebrachten Aktienkapital des Unternehmer-Investors erzielten Gewinne unterstehen der Gewinnsteuer. Die dann in Form von Dividenden verteilten Gewinne (nach Gewinnsteuer) werden ihrerseits beim Teilhaber besteuert; sie unterliegen zusammen mit dem übrigen Einkommen einem progressiven Tarif (beim Bund). Angesichts dieser Umstände tendiert heute der Unternehmer-Investor dazu, seinen Finanzierungsbedarf mit Fremdkapital oder mittels Selbstfinanzierung zu decken.

Gemäss den Darlegungen anlässlich der Sitzung vom 9. November 2006 und dem versandten Dokument der ESTV vom 13. November 2006 würde die Tatsache, dass je nach gewähltem Finanzierungsweg der Kapitalgesellschaft unterschiedliche Steuerauswirkungen resultieren, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots zu Lasten der Kapitalgesellschaften darstellen. Eine Teilbesteuerung der ausgeschütteten Dividenden zu einem Satz von 50% würde es erlauben, diese Ungleichheit teilweise auszugleichen, indem die Steuerbelastung bei Finanzierung durch Aktienausgabe an diejenige angenähert würde, welche die mit Fremdkapital finanzierte Gesellschaft belastet¹³¹. Eine solche Massnahme würde den Unternehmer-Investor, welcher neues Kapital benötigt, dazu anregen, eher den Finanzierungsweg via Aktienkapital (mit Gewinnausschüttung in Form von Dividenden) zu wählen und so auf Fremdkapital zu verzichten.

¹³⁰ Die Gewinnthesaurierung erhöht zwar den Wert der Gesellschaft. Dies bleibt jedoch steuerlich oft ohne Folgen, weil die Steuerfreiheit der Kapitalgewinne im Privatvermögen dafür sorgt, dass die Veräusserung der Gesellschaft steuerfrei über die Bühne geht.

¹³¹ Die vollständige Finanzierungsneutralität – unter Einschluss der Selbstfinanzierung – würde eine Besteuerung der Kapitalgewinne im Privatvermögen erfordern, was jedoch stark kritisiert worden war.

An einem Umlenkungseffekt, verursacht durch die Teilbesteuerung der Dividenden, zweifeln wir nicht. Unserer Meinung nach können die Finanzierungswege juristisch als unterschiedliche Tatbestände betrachtet werden, an welche der Gesetzgeber unterschiedliche Folgen knüpfen kann. Der Gesellschaft und dem Unternehmer-Investor ist es juristisch frei gestellt, diejenige Finanzierungsart zu wählen, welche für sie bzw. für ihn am vorteilhaftesten ist. De facto sind sie jedoch gehalten, denjenigen Finanzierungsweg zu wählen, welcher ihnen in Anbetracht der Situation der Gesellschaft effektiv offen steht: Der Zugang zu Fremdkapital (Bank) hängt beispielsweise von den Risiken ab, welche die Gesellschaft für den Geldgeber darstellt. Der Selbstfinanzierungsanteil hängt von der Höhe des erwirtschafteten Cash-flows ab. Das bedeutet, dass die Vor- und Nachteile der Finanzierungsarten nicht hauptsächlich von der Besteuerung abhängen, sondern von anderen Fakten, welche der Struktur des Unternehmens inne wohnen. Folglich sind wir der Meinung, dass das Gleichbehandlungsgebot den Gesetzgeber nicht dazu verpflichtet, eine steuerliche Gleichbehandlung zwischen der Finanzierung durch Fremdkapital und der Finanzierung durch Aktienkapital vorzusehen, unter Vorbehalt jedoch von Überbesteuerung und Willkür. Das schliesst hingegen nicht aus, dass es triftige Gründe geben kann, eine solche Gleichbehandlung vorzusehen.

In diesem Zusammenhang muss daran erinnert werden, dass das Gleichbehandlungsgebot eine Gleichbehandlung in gleichen Fällen verlangt, aber keine Gleichbehandlung in ungleichen Fällen. Die Rechtsformneutralität fällt ebenfalls unter diesen Grundsatz (siehe Ziff. 1.3 hievore). Es ist gemeinhin anerkannt, dass das Steuerrecht nicht so ausgestaltet werden soll, dass es Rechtsinstituten des Privatrechts zuwider läuft¹³². Somit ist es nicht zulässig, Steueranreize vorzusehen, welche eine vom Privatrecht vorgesehene Rechtsform in der Praxis illusorisch machen würden.

Anlässlich der Sitzung vom vergangenen 9. November haben Sie die Notwendigkeit einer finanzierungsneutralen Dividendenbesteuerungsstruktur damit gerechtfertigt, dass sie auf lange Sicht das Wirtschaftswachstum begünstigen würde¹³³. Wird die Finanzierung mittels Aktienausschüttung vorteilhafter, so werden umso mehr Dividenden ausgeschüttet und in wirtschaftlich rentable Gesellschaften oder Branchen reinvestiert.

Dieser Wachstumsmechanismus ist diskutabel. Hierzu bringt auch die Botschaft des Bundesrates übrigens eine gewisse Zurückhaltung zum Ausdruck. Zwar erwähnt der Bundesrat, dass – wenn die Gewinnausschüttungen der KMU zunehmen –, diese Gewinne via Kapitalmarkt rentabler in andere Unternehmen investiert werden könnten und somit einen Wirtschaftswachstumseffekt hätten. Er schwächt diese Aussage aber mit der Präzisierung ab, dass sich dieser Effekt nur einstellt, wenn die fraglichen Gewinne nicht privat konsumiert werden. Entgegen den Behauptungen in Ihren zusätzlichen Unterlagen vom vergangenen 24. November fügt der Bundesrat überdies an, es sei, selbst wenn die Dividenden ausgeschüttet würden, nicht sicher, ob sie in rentable Branchen investiert würden – also z.B. in die Start-up Unternehmen, welche Sie anführen. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Unternehmer-Investor seine Gewinne lieber in die Entwicklung seiner Gesellschaft oder in sichere Branchen investiert. Die Botschaft relativiert ebenfalls die Wachstumseffekte, welche von grösseren Kapitalgesellschaften ausgehen, da die Leitung solcher Gesellschaften

¹³² Siehe Thomas Koller, Privatrecht und Steuerrecht, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1993, S. 394ff.; Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Fusionsgesetz, BBl 2000 4337, Ziff. 1.3.9.2.

¹³³ Dieses Wachstum manifestiert sich namentlich in einem Anstieg des BIP, des Konsums und der Löhne.

manchmal die Thesaurierung nicht aus steuerlichen Gründen wählt, sondern um sich der Kontrolle der anderen Aktionäre entziehen zu können¹³⁴. Das vorgeschlagene Mittel scheint uns deshalb nicht genügend spezifisch. Die Teilbesteuerung der Dividenden zu einem ermässigten Satz kann zwar sicherlich die Dividendenausschüttung anregen, hingegen vermag sie die Verwendung dieser Dividenden nicht zu beeinflussen. So hängt das vorgeschlagene Mittel allzu sehr von den Reaktionen des Investors ab, welche den intendierten Zweck der Massnahme unterlaufen können, als dass von ihm ein bedeutender Einfluss auf das Wachstum ausgehen könnte. Unserer Meinung nach müssten Massnahmen zur Investitionsförderung in innovative oder rentable Unternehmen gezielter auf das zu erreichende Ziel ausgerichtet sein. In Anbetracht dieser Erörterung scheint uns der Wachstumseffekt, welcher durch die Reinvestition ausgeschütteter Gewinne in wirtschaftlich rentable Sektoren ermöglicht werden könnte bis zu einem gewissen Grad eher hypothetisch.

4.3.3 Prüfung der Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Lösungen

Ausgehend vom Grundsatz, dass für die finanzierungsneutrale Steuerstruktur¹³⁵ hauptsächlich wirtschaftspolitische Gründe angeführt werden (da nach unserer Meinung keine rechtlich unzulässige Ungleichbehandlung vorliegt), muss die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Massnahmen folgende Fragen beantworten:

- a) Sieht die Verfassung ein «Wirtschaftswachstum» als Ziel vor?
- b) Kann man dieses Ziel mit steuerlichen Massnahmen erreichen und darf man akzeptieren, dass man sich damit von den Steuergrundsätzen der Gleichbehandlung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entfernt?

Einführend soll daran erinnert werden, dass die Verfolgung von ausserfiskalischen Zielen mittels Instrumenten des Steuerrechts an sich problematisch ist; solche Mittel können zugelassen werden, wenn dies die Verfassung wie z.B. in Artikel 111 Absätze 3 und 4 BV ausdrücklich vorsieht. Keine Bestimmung der Verfassung sieht hingegen ein «Wirtschaftswachstums»-Ziel vor. Artikel 94 BV, welchen Sie anlässlich der Sitzung vom vergangenen 9. November erwähnt haben, ist eine allgemeine Bestimmung, welche von Bund und Kantonen ausschliesslich verlangt, günstige Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu schaffen und auf diese Weise das Wirtschaftswachstum zu begünstigen. Eine solche Bestimmung kann teilweise auch mit steuerlich günstigen Rahmenbedingungen für Gesellschaften konkretisiert werden, etwa durch einen tiefen Gewinnbesteuerungstarif für alle Gesellschaften.

Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich der Gesetzgeber vom Gleichbehandlungsgebot entfernt. Die Doktrin billigt dies, sofern den vorgeschlagenen Massnahmen triftige Gründe zugrunde liegen und sie das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten¹³⁶. Das Wirtschaftswachstum kann ein solch triftiger Grund sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip beruht auf den drei Grundsätzen, nämlich Gebot der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn¹³⁷. Das

¹³⁴ Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (BBl **2005** 4733, Ziff. 1.7.3.1).

¹³⁵ Die Finanzierungsneutralität bezieht sich hier ausschliesslich auf Fremdkapital und Aktienausgabe.

¹³⁶ Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999, S. 397ff.

¹³⁷ Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, 2. Aufl., Stämpfli & Cie AG, Bern, 1994, Ziffer 5.2.1.2.

Eignungsgebot verlangt, dass mit dem gewählten Mittel das Ziel erreicht werden kann; ist es nicht geeignet, so liegt der Grund meistens darin, dass ein anderes Ziel als das genannte erreicht werden will. Das Notwendigkeitsgebot verlangt, dass der Gesetzgeber unter den verschiedenen zur Zielerreichung geeigneten Mitteln dasjenige wählt, welches die privaten Interessen am wenigsten verletzt. Schlussendlich wird mit dem Gebot der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn die Schwere der Auswirkungen des gewählten Mittels auf die Situation des Bürgers abgewogen gegen das zu erwartende Resultat aus Sicht des öffentlichen Interesses. Es geht also darum zu prüfen, wie schwer sich die Massnahme bei ihrer Realisation auswirkt.

Auf Grund der Überlegungen der vorherigen Ziffer muss man annehmen, dass die Annäherung an eine finanzierungsneutrale Besteuerung auf dem Weg einer Teilbesteuerung der Dividenden zu einem tiefen Satz kaum als adäquates Mittel zur Förderung des Wirtschaftswachstums betrachtet werden kann, welches übrigens in der Verfassung nicht ausdrücklich als Ziel figuriert. Damit ist die Massnahme zur Zielerreichung umso weniger notwendig.

Da die vorgeschlagene Massnahme, d.h. eine Besteuerung, die sich einer Finanzierungsneutralität annähert, den Grundsätzen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht genügend entspricht, erlaubt sie unserer Meinung nach kaum, die zahlreichen Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen, welche ihre Umsetzung nach sich ziehen würde und welche in der Ziff. 4.3.1. beschrieben wurden. Den Lösungen des SR und des NR können wir deshalb keine Verfassungsmässigkeit bescheinigen.

Nach den letzten Modellrechnungen der ESTV wäre indessen die Gleichbehandlung zwischen der Steuerlast der Dividenden, welche der Anteilseigner erfährt, und der Steuerlast von Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (inkl. Sozialversicherungen) mit einem Teilbesteuerungssatz der Dividenden zwischen 60% und 90% erreicht, ohne dass eine Besteuerung der Gewinne bei Veräusserungen aus dem Privatvermögen notwendig wäre. Der Satz würde zwischen 50% und 80% variieren, wenn man bei der Berechnung der Steuerlast des Selbständigerwerbenden die Sozialversicherungen ausser Acht lassen würde¹³⁸.

Die neuen Annahmen, auf Grund welcher man zu diesen Sätzen gelangte, wie übrigens auch die Notwendigkeit ihrer Berücksichtigung sowie ihre Auswirkungen auf die Berechnung wurden nicht oder nur geringfügig erklärt; auch wurden die Auswirkungen dieser Sätze auf die Grenzsteuerbelastungen nicht aufgezeigt. Es scheint uns folglich schwierig, ein Urteil über die Richtigkeit der neu getroffenen Annahmen und folglich auch der neu errechneten Sätze abzugeben. Sollten sich aber diese neuen Annahmen als wirklichkeitsnäher erweisen als jene, welche die ERU-Kommission ihren Berechnungen zu Grunde legte und denen das EFD folgte und welche schliesslich auch vom Bundesrat als massgebend erachtet wurden, so könnte in Betracht gezogen werden, dass ein Satz von 60% noch zum Ziel hat, die Doppelbelastung aufzuheben, selbstverständlich vorausgesetzt, dass seine Anwendung keine markante Unterbesteuerung nach sich zieht. In diesem Zusammenhang soll daran erinnert werden, dass die Doppelbelastung nur dann eine Überbesteuerung zur Folge hat, wenn der Unternehmer einen grossen Teil seiner Gewinne ausschüttet; ansonsten ist er im Verhältnis zum Selbständigerwerbenden oder einem Teilhaber einer Personenunternehmung nicht benachteiligt, weshalb die Anwendung eines tiefen Besteuerungssatzes in zahlreichen Fällen eine Unterbesteuerung nach sich ziehen könnte.

¹³⁸ Wie bereits in der FN 4 erwähnt sind wir der Meinung, dass die Sozialversicherungen ebenfalls in die Berechnung einfließen müssen.

5 Antworten auf die gestellten Fragen

Aufgrund der dargelegten Feststellungen nehmen wir zuerst zur Frage der Ziff. 3.6 Stellung, bevor wir Ihre erste Frage beantworten. Ausserdem ändern wir die Reihenfolge der gestellten Fragen.

1. Welche Gesichtspunkte sind bei der Festsetzung einer maximalen Grenze für die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Hinblick auf die verfassungsmässigen Anforderungen in Betracht zu ziehen?

Die Frage der Verfassungsmässigkeit der Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung kann nicht isoliert geprüft werden. Es ist das gesamte Steuersystem in Betracht zu ziehen, um feststellen zu können, ob eine bestimmte Massnahme vor dem Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung und dem Grundsatz der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit standhält.

Schon das geltende Steuersystem enthält eine rechtsungleiche Behandlung, welche sowohl in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung beanstandet wird. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der eine Teilbesteuerung der Dividenden einführen und gleichzeitig an der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne festhalten will, ist daher begrenzt. Die Milderung (der wirtschaftlichen Doppelbelastung) darf die auf der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne beruhende rechtsungleiche Behandlung nicht ohne zwingende Gründe und in unverhältnismässiger Weise ausdehnen.

Unter rechtlichen Gesichtspunkten ist sodann zu berücksichtigen, dass die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht zwingend zu einer rechtsungleichen Behandlung führt. So ist der Aktionär nur dann gegenüber einem Selbständigerwerbenden benachteiligt, wenn er den grösseren Teil des Gewinnes (70% oder mehr) ausschüttet. Ausserdem stellt eine unterschiedliche steuerliche Behandlung je nach Finanzierungsart der Kapitalgesellschaft für sich selbst keine Ungleichbehandlung dar, vorbehaltlich der Fälle von Überbesteuerung. Der Gesetzgeber hat deshalb bei der Ausarbeitung gesetzlicher Massnahmen darauf zu achten, dass die Entlastung nicht ohne stichhaltige Begründung eine Kategorie von Steuerpflichtigen gegenüber anderen begünstigt.

Die Verfolgung ausserfiskalischer Ziele, wie das Wirtschaftswachstum, mittels steuerrechtlichen Instrumenten ist bereits an sich problematisch und muss grundsätzlich auf einer verfassungsmässigen Grundlage beruhen. Eine erhöhte Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen oder bezüglich anderer Einkommensarten könnte an sich zulässig sein, selbst ohne verfassungsrechtliche Grundlage, sofern die geplanten Massnahmen ein gewichtiges Ziel verfolgen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten (Grundsätze der Eignung, der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn). Wie bereits unter Ziff. 4.3 dargelegt, ist eine finanzierungsneutrale Besteuerung über eine sehr tiefe Teilbesteuerung der Dividenden unserer Meinung nach schwerlich geeignet, das Ziel des Wirtschaftswachstums zu erreichen, und sie rechtfertigt somit weder eine schwerwiegende Ungleichbehandlung gegenüber den Personenunternehmungen noch gegenüber anderen Einkommensarten. Ein solches System widerspräche dem Idealziel einer rechtsformneutralen Besteuerung und wäre gekennzeichnet durch eine stossende Ungleichheit der steuerlichen Behandlung von Beteiligungen im Vergleich zu anderen Einkommensarten.

Die beschlossenen Korrektive zur Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne sind bei der Festlegung des zulässigen Teilbesteuerungsmasses ebenfalls von Bedeutung.

Es ist schliesslich zu berücksichtigen, dass die vom Bundesrat wie auch von NR und SR vorgeschlagenen Massnahmen durch eine vorteilhafte Besteuerung der Dividenden vor allem auf eine Entlastung der Kapitalgesellschaften und ihrer bedeutenden Investoren abzielen¹³⁹; daraus resultiert eine rechtsungleiche Behandlung gegenüber allen anderen Steuerpflichtigen, deren Einkünfte nach dem Grundsatz der Reineinkommensbesteuerung erfasst werden. Das Gesetzesprojekt sollte deshalb ergänzt werden durch Massnahmen zur mildernden Besteuerung natürlicher Personen, die keine Investoren sind. Die Festlegung des Teilbesteuerungsmasses muss auch diesen Personen Rechnung tragen, so dass sie nicht ohne sachliche Gründe benachteiligt werden.

2. Ist mit Rücksicht darauf, dass ein (hinsichtlich Rechtsform und Finanzierung) steuerlich neutrales System grundsätzlich die Besteuerung privater Kapitalgewinne verlangen würde, die Einführung einer Teilbesteuerung von Dividenden mit dem Gleichbehandlungsgebot und mit dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar, auch wenn die genannte Kompensation (durch eine Kapitalgewinnsteuer) ausbleibt?

Eine Teilbesteuerung von Dividenden in dieser Form ist möglich, solange die Entlastung nicht eine Gruppe von Steuerzahlern ohne stichhaltige Gründe und in unverhältnismässiger Weise bevorteilt.

Aufgrund der Darlegungen in Ziff. 4.2. erscheint eine Teilbesteuerung von 80% von sämtlichen Dividenden aus dem Privatvermögen, begleitet von angemessenen Regelungen im Bereich des Quasiwertschriftenhandels, der indirekten Teilliquidation und der Transponierung, als mit der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV vereinbar, obwohl dadurch der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung und der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 127 BV relativiert wird. Die Teilbesteuerung erlaubt es nämlich, wenigstens in einem gewissen Masse, gegen die Überbesteuerung vorzugehen und gleichzeitig die mittlere Grenzsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften in einem annehmbaren Verhältnis zur Grenzsteuerbelastung der Personengesellschaften aufrecht zu erhalten. Die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Gesellschaftsformen und anderen Einkommen ist überdies durch die angebrachten Korrektive bei der Steuerbefreiung privater Kapitalgewinne beschränkt.

Stützt man sich auf die Untersuchungen der ERU-Kommission, welche vom Bundesrat übernommen wurden, so geht ein System mit Teilbesteuerung der Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen des Privatvermögens zu einem Satz von 50% oder 60%, ohne (teilweise) Besteuerung der privaten Kapitalgewinne, klar über die in der Botschaft des Bundesrates anvisierten Ziele hinaus, da damit ein Wirtschaftswachstum mittels Annäherung an die Finanzierungsneutralität gefördert werden soll. U.E. handelt es sich dabei um ein wirtschaftspolitisches Mittel, welches Kapitalgesellschaften dazu anregt, sich via Aktienausgabe zu finanzieren und eine Umwandlung von Personenunternehmungen in Aktiengesellschaften fördert. Damit werden klar Investor-Aktionäre bevorteilt, zum Nachteil der Gesellschafter von Personenunter-

¹³⁹ Es ist auch zu berücksichtigen, dass punktuelle Milderungen auch für Personenunternehmungen und für Selbständigerwerbende vorgesehen sind.

nehmungen, der Selbständigerwerbenden und der übrigen Einkommensarten. Aus den unter Ziff. 4.3.3. erläuterten Gründen scheint uns die daraus erwachsende Bevorzugung unverhältnismässig.

Kommt man auf das von der ERU-Kommission entwickelte Konzept zurück, so muss man zugestehen, dass die vom SR und vom NR formulierten Vorschläge ein Annähern an die Finanzierungsneutralität erlauben, sich aber gleichzeitig vom Ziel der Rechtsformneutralität entfernen. Nach unserer Meinung muss das Ziel der Finanzierungsneutralität jedoch im Zusammenhang mit der Rechtsformneutralität betrachtet werden, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden.

Wie wir schon zu Beginn des Textes angemerkt haben, verfügt der Gesetzgeber bei der Festsetzung des Satzes der Teilbesteuerung jedoch über einen Ermessensspielraum. Wenn man sich auf die Schlussfolgerungen der ERU und die Erläuterungen der Keuschnigg-Studie stützt, so betrachten wir einen Teilbesteuerungssatz von 50% oder 60%, so wie vorgeschlagen ohne Korrekturmassnahmen, als nicht mehr verfassungsmässig. Es ist für uns jedoch schwierig, abstrakt eine Grenze zu ziehen, ausserhalb welcher die Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ohne Einführung von Korrekturmassnahmen wie die Besteuerung der privaten Kapitalgewinne nicht mehr zulässig wären. Gemäss den Berechnungen der ESTV veranlasst eine Teilbesteuerung zwischen 60% und 70% die Unternehmer-Investoren dazu, auf den Bezug eines Lohns zu verzichten und stattdessen die Gewinnausschüttung vorzuziehen. Somit könnte die Zulässigkeit eines Teilbesteuerungssatzes von 70% in Erwägung gezogen werden. Das Modell 3, welches das EFD in die Vernehmlassung gab, sah eine Teilbesteuerung von 70% vor; um eine Unterbesteuerung zu vermeiden, war die Teilbesteuerung jedoch davon abhängig, dass die ausgeschütteten Gewinne vorab mit mindestens 15% besteuert wurden. Ohne Korrekturmassnahmen würde uns ein solcher Teilbesteuerungssatz hingegen ebenfalls diskutabel erscheinen.

Wenn es sich hingegen, wie wir schon unter Ziff. 4.3.3. erwähnt haben, erweisen sollte, dass die Annahmen der ERU-Kommission für die Bestimmung der Teilbesteuerungssätze nicht genügend repräsentativ sind, und dass die von der ESTV getroffenen Annahmen der Realität besser entsprechen, so könnte aus diesen Hypothesen ein Teilbesteuerungssatz in der Bandbreite zwischen 90% bis 60%¹⁴⁰ abgeleitet werden. Ein Satz von 60% könnte selbstredend nur dann gutgeheissen werden, solange seine Anwendung keine schwerwiegenden Unterbesteuerungen nach sich zieht.

3. Muss die Milderung oder Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung mittels Teilbesteuerung aus verfassungsrechtlichen Gründen zwangsläufig mit einer Besteuerung der Kapitalgewinne aus der Veräusserung beweglichen Privatvermögens einher gehen?

Wie wir in diesem Gutachten schon mehrfach erläutert haben, ist eine Besteuerung der Kapitalgewinne nicht absolut notwendig. Werden aber die Kapitalgewinne weiterhin nicht besteuert, so steht dem Gesetzgeber, der eine Teilbesteuerung der Dividenden aus Privatvermögen einführen möchte, dafür ein beschränkter Spielraum

¹⁴⁰ Unseres Erachtens müssen die Sozialversicherungen bei der Berechnung der Steuerbelastung des Selbständigerwerbenden berücksichtigt werden; ein Satz von 50% wäre aus unserer Sicht nicht vertretbar.

offen. In Bezug auf die Gründe für diese Beschränkung und deren Ausmass sei auf die Antworten zu den Fragen 1 und 2 hievor verwiesen.

4. Muss ein Teil der Milderung oder Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung mittels Teilbesteuerung aus verfassungsrechtlichen Gründen mit einer Besteuerung der Kapitalgewinne aus der Veräusserung beweglichen Privatvermögens kompensiert werden?

Für diese Frage gehen wir von einem Beispiel aus: Bei einer Teilbesteuerung (der Dividenden) von 50% wären bloss 30% oder 20% des Gewinnes aus der Veräusserung von Beteiligungen des Privatvermögens steuerbar.

Ein solcher Vorschlag würde die Situation sicherlich ein wenig berichtigen und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besser berücksichtigen. Dennoch bliebe der Vorschlag insofern diskutabel, als er nicht nur die Ungleichbehandlung mit dem Geschäftsvermögen (eine weitergehende Milderung der Beteiligungen im Geschäftsvermögen wäre wegen der bereits bestehenden, gewichtigen Ungleichbehandlung mit den anderen Einkommen nicht in Betracht zu ziehen) beibehielte, sondern auch mit den Einkommen anderer Art. Würde ein solches System eingeführt, stellte sich überdies das Problem der Verträglichkeit eines solchen Teilbesteuerungssystems mit den verabschiedeten Bestimmungen über die indirekte Teilliquidation und die Transponierung sowie mit der vorgeschlagenen Regelung des Quasiwertschriftenhandels. Man müsste sich fragen, welche Bestimmungen in welchem Fall anzuwenden wären; diese Problematik würde sich übrigens auch dann stellen, wenn die Milderung komplett mit einer Besteuerung der privaten Kapitalgewinne kompensiert würde.

Da auf Grund der vorhandenen Daten keine diesbezüglichen Berechnungen erarbeitet wurden, können wir uns zu diesen Vorschlägen kaum verbindlich äussern. Wir schätzen jedoch, dass eine Teilbesteuerung der Dividenden im Umfang von 50% durch eine Besteuerung der Kapitalgewinne des Privatvermögens in gleichem Umfang kompensiert werden müsste. Dies umso mehr, als die Bestimmungen zur Transponierung, zur indirekten Teilliquidation und zum Quasiwertschriftenhandel, in Anbetracht der sehr restriktiven Anwendungsvoraussetzungen, die bereits beschlossen wurden oder noch beraten werden, wahrscheinlich kaum je angewendet werden.

JAAC 2008.4 - La constitutionalité d'une imposition partielle des dividendes de la fortune privée, avis de droit du 29 novembre 2006

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2008
Année	
Anno	
Band	-
Volume	
Volume	
Seite	68-119
Page	
Pagina	
Ref. No	150 000 140

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.