

## Développements récents en matière d'imposition d'après la dépense

### Recent developments concerning lump-sum taxation

L'imposition d'après la dépense, appelée également impôt à forfait, permet à un ressortissant étranger d'être imposé en Suisse non pas sur la base de ses revenus et de sa fortune, mais sur celle de ses dépenses. Pour pouvoir bénéficier de ce système, le contribuable doit ne pas avoir la nationalité suisse, être assujéti à titre illimité pour la première fois ou après une absence d'au moins dix ans de Suisse et ne pas exercer d'activité lucrative sur le territoire helvétique.

Ces dernières années ont été marquées par la stabilisation et la pérennisation de cette forme d'imposition sur le plan politique vu le rejet par le peuple suisse le 30 novembre 2014 d'une initiative tendant à la supprimer et au niveau juridique par sa réforme adoptée le 28 septembre 2012 par les Chambres fédérales. L'Administration fédérale des contributions (AFC) a édicté le 24 juillet 2018 la Circulaire n° 44 intitulée « Imposition d'après la dépense en matière d'impôt fédéral direct » (Circulaire 44) qui remplace la Circulaire n° 9 du 3 décembre 1993 (Circulaire 9). L'objet de cette contribution est de présenter les éléments principaux de cette nouvelle circulaire qui parachève l'édifice de la réforme de l'impôt à forfait.

Les grandes lignes de la réforme du 28 septembre 2012 peuvent être résumées de la manière suivante. Tout d'abord, les conditions légales pour être imposé à forfait doivent être remplies par les deux époux vivant en ménage commun ce qui exclut la possibilité pour l'un des deux conjoints d'avoir une activité lucrative en Suisse et pour un couple dont l'un des deux époux a la nationalité suisse de bénéficier de ce système d'imposition. En second lieu, les cantons ont l'obligation de fixer un minimum de dépense dans leur législation ce dernier étant établi à CHF 400'000.- concernant le calcul de l'impôt fédéral direct. Ensuite, le montant minimum des dépenses du contribuable ne doit plus correspondre au quintuple de la valeur locative du bien occupé

Lump-sum taxation - also known as expenditure-based taxation - allows foreign citizens to pay tax in Switzerland based on their expenditure rather than on their income and wealth. In order to benefit from this system, the taxpayer must not hold Swiss nationality, must have an unrestricted right to remain in Switzerland either for the first time or after an absence of ten years or more and must not be engaged in gainful activity in Switzerland.

This form of taxation has been stabilised and its continued existence has been assured over recent years both politically - in light of the Swiss people's decision to reject an initiative seeking to abolish it on 30 November 2014 - and legally following its reform which was adopted by the Federal Assembly on 28 September 2012. The Federal Tax Administration (FTA) issued circular no. 44 entitled "Lump-sum taxation in relation to direct federal taxes" (Circular 44) on 24 July 2018 which replaces circular no. 9 of 3 December 1993 (Circular 9). This article aims to outline the main elements of this new circular which completes the reform of flat-rate taxation.

The main tenets of the reform of 28 September 2012 can be summarized in the following way. Firstly, the legal conditions for paying lump-sum taxation must be met by the two spouses living in the same household, which excludes the possibility of one of the two spouses being engaged in gainful activity in Switzerland and of a couple where one of the two spouses holds Swiss nationality from benefiting from this tax system. Secondly, the cantons are obliged to establish a minimum level of expenditure in their legislation with this being set at CHF 400,000 for the calculation of direct federal taxation. Furthermore, the taxpayer's minimum amount of expenditure no longer has to be five times the rental value of the property occupied by the flat-rate taxpayer but seven times. Finally, whereas un-

par le forfaitaire, mais au septuple. Enfin, alors que sous l'ancien droit, le montant payé à titre d'impôt d'après la dépense couvrait à la fois l'impôt sur la fortune et celui sur le revenu, il appartient désormais aux cantons d'imposer, sous une forme qu'ils sont libres de déterminer, la fortune du contribuable. Il sied de souligner que ces nouvelles règles sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 pour les nouveaux arrivants, mais qu'elles s'appliqueront aux contribuables présents en Suisse avant cette date uniquement à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021.

#### Conditions pour bénéficier de l'imposition d'après la dépense

Bien que les articles 14 alinéa 2 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et 6 alinéa 2 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) soient très clairs sur cette question, l'AFC insiste aux chiffres 2.1 et 2.2 de la Circulaire 44 sur le fait que les époux vivant en ménage commun doivent remplir l'un et l'autre l'ensemble des conditions mentionnées ci-dessus pour pouvoir bénéficier de l'imposition d'après la dépense. Elle précise expressément que dès le 1<sup>er</sup> janvier 2021, plus aucune exception à cette règle ne peut intervenir.

Une des questions les plus sensibles au niveau politique et des plus importantes sur le plan pratique est de savoir quelle est la portée exacte de l'exigence selon laquelle un forfaitaire ne doit pas exercer d'activité lucrative en Suisse. La Circulaire 44 précise ce qui suit à son chiffre 2.3: «Exerce une activité lucrative qui exclut le droit à l'imposition d'après la dépense, la personne qui pratique en Suisse une profession principale ou accessoire de quelque genre que ce soit et en retire, en Suisse ou à l'étranger, des revenus. C'est en particulier le cas des artistes, des scientifiques, des inventeurs, des sportifs et des membres de conseils d'administration qui exercent personnellement une activité lucrative en Suisse». En théorie, cela signifie qu'un forfaitaire ne peut pas exercer une activité lucrative sur sol helvétique ni en qualité de salarié d'une société suisse ou étrangère, ni comme indépendant. En revanche, il peut exercer toute activité à titre gratuit aussi bien en Suisse qu'à l'étranger, de même que



der the old law the amount paid in lump-sum taxation covered both tax on wealth as well as on income, it is now up to the cantons to tax the taxpayer's wealth in a form which they are free to decide on. It is worth noting that these new provisions entered into force on 1 January 2016 for new arrivals but will only apply to taxpayers present in Switzerland before this date from 1 January 2021.

#### Conditions of eligibility for lump-sum taxation

While article 14 para. 2 of the Federal Act of 14 December 1990 on Direct Federal Taxation (DFTA) and article 6 para. 2 of the Federal Act of 14 December 1990 on the Harmonisation of Direct Taxation at Cantonal and Communal Levels (DTHA) are very clear on this point, the Federal Tax Administration (FTA) insists in sections 2.1 and 2.2 of Circular 44 that spouses living in the same household must meet both of the above-mentioned conditions in order to be eligible for lump-sum taxation. It expressly stipulates that no exception to this rule can be made from 1 January 2021.

One of the most sensitive issues politically and one of the most important practically is determining the exact scope of the provision according to which a flat-rate taxpayer cannot engage in gainful activity in Switzerland. Circular 44 stipulates the following in section 2.3: "Engaging in gainful activity, which excludes the right to flat-rate taxa-

tion, is where the person practices a main or auxiliary profession in Switzerland of any kind from which they receive an income in Switzerland or abroad. In particular, this applies to artists, scientists, inventors, sports people and Board of Directors members who are personally engaged in gainful activity in Switzerland." In theory, this means that flat-rate taxpayers may not engage in any gainful activity on Swiss territory, neither as the employee of a Swiss or foreign company nor in a self-employed capacity. They may, however, carry out non-remunerated activity in Switzerland or abroad, as well as any kind of gainful activity outside of Switzerland, whether as an employee or in a self-employed capacity. A taxpayer opting for expenditure-based taxation is allowed to invest in Switzerland or abroad. Such investments may produce income by way of interest, dividends or capital gains. If the investment takes place in Switzerland, the taxpayer's role must be limited to that of investor and must not effectively constitute gainful activity. The value of the Swiss investments and the revenue that they generate are covered by the control calculation which we will look at below. Particular attention should be paid to the opportunity for flat-rate taxpayers to engage in gainful activity abroad. Some cantonal tax administrations adopt a stricter approach than the law and the FTA and do not accept flat-rate taxpayers holding executive positions as employees abroad. They justify their position by contending that some of their activities are carried out in Switzerland



as otherwise the Swiss domicile would be fictitious. Furthermore, in cases of gainful activity abroad in a self-employed capacity, the authorities are becoming increasingly vigilant in checking whether any element of the activity is exercised in Switzerland or whether the taxpayer's domicile in Switzerland creates a centre of economic interest. A recurrent issue is establishing whether a flat-rate taxpayer may be the director of a Swiss company. With reference to the text of section 2.3 of the aforementioned Circular 44, the FTA does not exclude this possibility provided the taxpayer is either not personally engaged in any activity in Switzerland or the activity is not carried out for gainful purposes. It should be pointed out that some cantons adopt a more restrictive approach.

It is interesting to note that the content of Circular 44 on the notion of engaging in gainful activity in Switzerland is almost identical to that found in Circular 9 which it replaces. One difference is nevertheless worth highlighting. Whereas in 1993 the FTA stipulated that income meant revenue from gainful activity as an employee or in a self-employed capacity, in accordance with articles 17 and 18 DFTA respectively, it abandoned this specification in 2018. In our view, this can be interpreted as the FTA's intention to cover all kinds of income, such as the reimbursement of expenses for example.

Finally, with regard to the requirement that a taxpayer wishing to benefit from flat-rate taxation must take domicile in Switzerland for the first time or after an absence of at least ten years, the FTA deems that an ex-

travelling activity is exercised in Switzerland or whether the taxpayer's domicile in Switzerland creates a centre of economic interest. A recurrent issue is establishing whether a flat-rate taxpayer may be the director of a Swiss company. With reference to the text of section 2.3 of the aforementioned Circular 44, the FTA does not exclude this possibility provided the taxpayer is either not personally engaged in any activity in Switzerland or the activity is not carried out for gainful purposes. It should be pointed out that some cantons adopt a more restrictive approach.

toute activité lucrative à l'étranger soit en qualité de salarié, soit comme indépendant. De même, une personne imposée d'après la dépense a le droit d'investir en Suisse ou à l'étranger. Ces investissements peuvent être rémunérés, par exemple, sous forme d'intérêts, de dividendes ou de plus-values. Si l'investissement a lieu en Suisse le rôle du contribuable doit se limiter à celui d'investisseur et ne pas être en réalité une activité lucrative. La valeur des investissements helvétiques et des revenus qu'ils génèrent entrera en ligne de compte dans le cadre du calcul de contrôle dont nous parlerons ci-dessous. Une attention toute particulière doit être accordée à la possibilité pour un forfaitaire d'exercer une activité lucrative à l'étranger.

En effet, certaines administrations fiscales cantonales se montrent plus strictes que la loi et que l'AFC et n'acceptent pas qu'un forfaitaire occupent des fonctions exécutives en qualité de salarié à l'étranger. Elles justifient leur position en considérant que, soit une partie de ses activités est exercée en Suisse, soit, si tel n'est pas le cas, le domicile suisse est fictif. Par ailleurs, en cas d'activité lucrative à l'étranger en qualité d'indépendant, les autorités se montrent également de plus en plus vigilantes sur le point de savoir si une partie d'entre elles n'est pas exercée sur le territoire helvétique et si le fait que le contribuable soit domicilié en Suisse n'y crée pas un établissement stable. Une question récurrente est celle de savoir si un forfaitaire peut être administrateur d'une société suisse. Si l'on se réfère au texte du chiffre 2.3 de la Circulaire 44 précitée, l'AFC n'exclut pas cette possibilité à condition soit que le contri-

buable n'exerce personnellement aucune activité en Suisse, soit que l'activité ne soit pas exercée à titre lucratif. Il sied de souligner que certains cantons se montrent plus restrictifs.

Il est intéressant de relever que le contenu de la Circulaire 44 concernant la notion d'exercice d'une activité lucrative en Suisse est quasiment identique à celui figurant dans la Circulaire 9 qu'elle remplace. Une différence mérite néanmoins d'être relevée. Alors qu'en 1993, l'AFC précisait que par revenu il n'y avait lieu d'entendre des revenus provenant d'une activité lucrative dépendante ou indépendante, respectivement au sens des articles 17 et 18 LIFD, elle a abandonné cette précision en 2018. A notre sens, cela doit s'interpréter comme une volonté de l'AFC de couvrir toute sorte de revenu, comme par exemple des remboursements de frais.

Enfin, concernant l'exigence selon laquelle un contribuable qui souhaite bénéficier de l'imposition d'après la dépense doit prendre domicile en Suisse pour la première fois ou après une absence d'au moins dix ans, l'AFC considère qu'il existe une exception pour les personnes imposées d'après la dépense, qui quittent la Suisse et qui souhaitent y revenir. Ces dernières peuvent revenir en Suisse en y bénéficiant à nouveau du système de l'imposition d'après la dépense même sans avoir résidé dix ans à l'étranger.

#### Le calcul de contrôle

Trop de personnes ignorent que l'imposition d'après la dépense ne se limite pas au calcul de l'impôt sur ces dernières. En effet, une fois calculés l'impôt fédéral, cantonal et communal sur les dépenses du contribuable, il y a lieu de comparer, chaque année, ces montants avec ceux calculés sur les éléments suivants, seul le montant le plus élevé étant dû :

- La fortune immobilière sise en Suisse et son rendement;
- Les objets mobiliers se trouvant en Suisse et les revenus qu'ils produisent;
- Les capitaux mobiliers placés en Suisse, y compris les créances garanties par gage immobilier, et les revenus qu'ils produisent;
- Les droits d'auteur, brevets et droits analogues exploités en Suisse et les revenus qu'ils produisent;
- Les retraites, les rentes et pensions de source suisse;



- f. Les revenus pour lesquels le contribuable requiert un dégrèvement partiel ou total d'impôt étranger en application d'une convention contre les doubles impositions conclue par la Suisse.

Dans sa nouvelle circulaire, l'AFC a précisé au chiffre 3.3.4 qu'entrent en ligne de compte au titre de «revenus des capitaux mobiliers placés en Suisse», les revenus du contribuable qui sont de source suisse. Pour déterminer si tel est le cas, est déterminant pour des droits de créance, le fait que le domicile ou le siège du débiteur se trouve en Suisse et, en cas de droits de participation, le fait que le lieu du siège de la société de capitaux ou de la société coopérative à laquelle participe le contribuable se situe en Suisse. Le lieu où sont conservés les droits de participation ou de créance ainsi que la devise dans

laquelle ils sont libellés ne sont pas déterminants. Par exemple, la valeur d'une action Nestlé dont le siège est en Suisse ainsi que ses revenus entreront en considération dans le calcul de contrôle peu importe que le titre appartienne à un portefeuille géré par une banque se trouvant en Suisse ou à l'étranger.

#### Conclusion

Bien que la Circulaire 44 apporte un certain nombre de précisions, il y a lieu de constater que son contenu est relativement similaire à celui de la Circulaire 9. Par ailleurs, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait qu'elle ne concerne que l'impôt fédéral direct. Par conséquent, les cantons disposent d'une certaine marge de manœuvre notamment concernant les impôts cantonaux et communaux. ■

ception exists for persons subject to flat-rate taxation who leave Switzerland and wish to return. This latter group can return to Switzerland and take advantage of the flat-rate tax system again even if they have not resided abroad for a 10-year period.

#### The control calculation

Many people overlook the fact that flat-rate taxation is not restricted to the tax calculation on expenditure. Once federal, cantonal and communal tax has been calculated based on the taxpayer's expenditure, these amounts must be compared each year with those amounts calculated based on the following elements with only the highest amount being due:

- a. Real estate assets situated in Switzerland and revenues thereof;
- b. Moveable objects situated in Switzerland and revenues thereof;

- c. Movable capital situated in Switzerland including debts secured by the pledge of a property and the revenues thereof;
- d. Copyrights, patents and similar rights being used in Switzerland and the revenues thereof;
- e. Pensions, unearned income and annuities from Swiss sources;
- f. Revenues for which the taxpayer requires either temporary or full foreign tax relief under a double taxation treaty entered into by Switzerland.

In its new circular, the FTA stipulated in section 3.3.4 that the taxpayer's revenues from moveable capital situated in Switzerland." To determine whether this is the case, the decisive factor for debt claim rights is whether the domicile or registered office of the debtor is located in Switzerland and in the case of participatory rights whether the registered office of the stock company or coop-

erative company in which the taxpayer holds a stake is located in Switzerland. The place where the participatory or debt claim rights are held and the currency in which they are denominated are not determining factors. For example, the value of shares in Nestlé, whose registered office is in Switzerland, and the revenues thereof are included in the control calculation regardless of whether the shares are part of a portfolio managed by a bank in Switzerland or abroad.

#### Conclusion

While Circular 44 includes a number of stipulations, its content is quite similar to that of Circular 9. We also wish to draw the reader's attention to the fact that this only concerns direct federal tax. This means the cantons have a certain degree of room for manoeuvre, especially with regard to cantonal and communal taxes. ■