L'indemnité de résiliation anticipée dans les contrats de crédit hypothécaires à taux fixe : cadre civil et traitement fiscal

Carla Cournot / Lysandre Papadopoulos



Juriste en Etude d'avocats (Genève), candidate à la Maîtrise en droit économique et au Certificat de spécialisation en matière d'avocature



Procureur (Genève), titulaire du brevet d'avocat, ancien greffier au Tribunal administratif fédéral

La présente contribution analyse l'indemnité due par le preneur de crédit hypothécaire à taux fixe en cas de résiliation du contrat avant l'avènement du terme convenu. En abordant à la fois ses aspects civils et fiscaux, nous examinons la clause d'indemnité de résiliation anticipée en tant que mécanisme de protection des droits contractuels du prêteur et discutons de sa qualification juridique, notamment en tant que clause pénale exclusive. Nous explorons ensuite son traitement fiscal selon la jurisprudence, en mettant en lumière les différentes hypothèses de résiliation anticipée et leurs implications fiscales.

In diesem Beitrag wird die Entschädigung analysiert, die der Kreditnehmer eines Hypothekendarlehens mit festem Zinssatz im Falle einer Kündigung des Vertrags vor Ablauf der vereinbarten Frist zu zahlen hat. Unter Berücksichtigung sowohl der zivil- als auch der steuerrechtlichen Aspekte untersuchen wir die Klausel über die Entschädigung bei vorzeitiger Kündigung als Mechanismus zum Schutz der vertraglichen Rechte des Kreditgebers und erörtern ihre rechtliche Einordnung, insbesondere als exklusive Konventionalstrafe. Anschließend untersuchen wir ihre steuerliche Behandlung nach der Rechtsprechung, wobei wir die verschiedenen Hypothesen der vorzeitigen Kündigung und ihre steuerlichen Auswirkungen beleuchten.

Contenu

I. Introduction 249
II. Aspects civils de l'indemnité de résiliation anticipée 250
1. Introduction 250
1.1. Exemples de clauses d'indemnité de résiliation anticipée 250
1.2. Analyse comparative des clauses 253
2. Principes 254
3. L'indemnité de résiliation anticipée : clause pénale exclusive ou dédit consensuel ? 255

3.1. Principes . . . 255
3.2. Historiquement : absence de distinction . . . 256
3.3. L'indemnité de résiliation anticipée en tant que clause pénale exclusive . . . 258
4. Conclusion intermédiaire . . . 266
III. Traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée . . . 267
1. Principes . . . 267
2. Traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée selon la jurisprudence du Tribunal fédéral . . . 269
2.1. Première hypothèse : le contrat de prêt est résilié en vue d'obtenir de meilleures conditions avec la même banque . . . 269
2.2. Deuxième hypothèse : l'emprunteur conclut un nouveau contrat de prêt avec une nouvelle banque et verse une indemnité à l'ancien créancier . . . 270
2.3. Troisième hypothèse : la relation entre l'emprunteur et la banque est résiliée en raison de la vente du bien immobilier . . . 270
2.4. Synthèse des trois hypothèses . . . 272
3. Jurisprudence dans le temps (intégration de la nouvelle jurisprudence dans les pratiques cantonales) . . . 273
3.1. Solution lucernoise . . . 274
3.2. Solution bernoise . . . 275
3.3. Résumé intermédiaire . . . 275
4. Analyse de la jurisprudence . . . 275
4.1. Distinction injustifiée entre les deux premières situations . . . 276
4.2. Continuation du lien nécessaire entre le prêt et l'indemnité . . . 276
4.3. Situations économiques et comptables comparables . . . 277
4.4. Planification fiscale et interdiction de l'abus de droit . . . 278
4.5. Contrat de prêt maintenu même en cas de changement de sûreté (vente de l'immeuble) . . . 280
5. Mise en relation de l'analyse civile et de l'analyse fiscale . . . 280
6. Conclusion intermédiaire . . . 282
IV. Conclusion . . . 282

I. Introduction[1,2]

L'emprunt hypothécaire est une étape indispensable dans le processus d'achat d'un bien immobilier. L'hypothèque à taux fixe est le type de financement le plus plébiscité en Suisse[3] car il permet une planification plus sécurisée de la situation financière de l'emprunteur que son équivalent à taux variable, en lui garantissant une protection contre les fluctuations des taux hypothécaires. Ce type de contrat de crédit a pour éléments essentiels un montant hypothécaire, un taux d'intérêt et une durée fixes. Ce dernier facteur implique que le montant du prêt doit en principe être remboursé à l'échéance convenue contractuellement.

Toutefois, l'emprunteur peut vouloir rembourser le montant du crédit prématurément, par exemple en cas de vente de son bien immobilier, de coups du sort tels qu'un décès ou un divorce, ou enfin dans le but de se refinancer à des conditions plus avantageuses ; ce dernier cas est particulièrement fréquent en période de taux hypothécaires bas, à l'instar des dernières années. La résiliation anticipée d'un contrat hypothécaire est donc une réalité courante.

En cas de remboursement anticipé d'un contrat de prêt hypothécaire à taux fixe, l'organisme de financement facture une indemnité de résiliation anticipée (ou indemnité de remboursement anticipé, « Vorfälligkeitsentschädigung »). Cette pénalité due en raison de la rupture du contrat représente souvent plusieurs dizaines ou centaines de milliers de francs, allant même jusqu'à atteindre plusieurs millions dans certains cas ; elle a par conséquent des implications financières incontestables, qui relèvent aussi bien du montant que l'emprunteur devra verser à la banque que des éventuelles économies d'impôt dont il pourra bénéficier à la suite du paiement.

L'indemnité de résiliation anticipée résulte ainsi d'une pondération entre les intérêts du preneur de crédit hypothécaire à bénéficier d'un maximum de flexibilité à moindre coût en cas de changements dans sa situation, et ceux de la banque créancière à percevoir régulièrement les intérêts jusqu'au terme convenu. Dès lors, nous pouvons nous demander quelle est son efficacité en tant que mécanisme de protection des droits contractuels

---

1 La présente contribution est issue d'un remaniement du mémoire de Maîtrise déposé par l'autrice le 31 mai 2024 à l'Université de Genève dans le cadre du séminaire « Contrats de crédit et financements : enjeux de structuration » (Semestre de printemps 2024), avec pour sujet « L'indemnité de résiliation anticipée dans les contrats de prêt hypothécaires à taux fixe », sous la direction du Prof. Fabien Liegeois et de Monsieur Besart Buci. Le mémoire de Maîtrise a été distingué par le Prix des Meilleurs mémoires de maîtrise universitaire en droit 2023–2024 décerné par l'Université de Genève.

2 L'auteur a co-rédigé la présente contribution alors qu'il était encore avocat inscrit au barreau de Genève, à savoir avant la prise de ses nouvelles fonctions.

3 Reto Arpagaus, Hypothekarkredit, in : Das Schweizerische Bankgeschäft, édité par Reto Arpagaus/Ralph Stadler/Thomas Werlen, 8e éd., Zurich 2021, p. 329 ss., p. 335.

du prêteur, et dans quelle mesure elle parvient à atteindre cet objectif sans imposer de charge excessive aux emprunteurs.

Au regard de la récurrence des situations de résiliation anticipée, ainsi que des enjeux pécuniaires que ces cas représentent, tant pour les emprunteurs que pour les prêteurs, la présente contribution a pour objet d'analyser différents aspects propres aux indemnités de résiliation anticipée en droit suisse. La relation entre l'emprunteur et l'organisme financier repose sur un rapport contractuel de droit civil ; c'est pourquoi traiter uniquement les implications fiscales de l'indemnité en faisant abstraction de ses aspects civils nous paraîtrait trop cloisonné. Dès lors, nous avons opté pour une approche combinée afin de proposer au lecteur une appréciation globale de la question. Nous analyserons ainsi les aspects civils de l'indemnité de résiliation anticipée (ch. II *infra*), avant d'étudier son traitement fiscal (ch. III *infra*).

II. Aspects civils de l'indemnité de résiliation anticipée

1. Introduction

Cette première sous-partie a pour objectif de répertorier quatre clauses contractuelles portant sur l'indemnité de résiliation anticipée dans les contrats de prêt hypothécaires à taux fixe. Il nous paraît en effet pertinent de commencer par se pencher sur les clauses réellement employées par la pratique bancaire, avant d'analyser les notions et enjeux qui les sous-tendent de façon plus théorique. Cette approche vise ainsi à ancrer la présente intervention dans une réalité aussi concrète que possible.

Sans naturellement prétendre à l'exhaustivité, les clauses suivantes nous semblent représentatives de la pratique bancaire et juridique ; trois d'entre elles ressortent d'ailleurs de la jurisprudence. Nous relèverons dans l'analyse comparative des clauses[4] qu'elles ont, du reste, une teneur relativement analogue.

1.1. Exemples de clauses d'indemnité de résiliation anticipée

Clause 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, (publ. in :) SJ 2008 I p.167, Faits, consid. A :

> « Indemnité de résiliation anticipée »
>
> « En cas de dénonciation anticipée, le client est tenu de verser à la banque une indemnité égale à la différence entre le taux d'intérêt de l'hypothèque, tel qu'il a été convenu, et le taux d'intérêt, au moment de la résiliation du contrat, d'un placement sur le marché monétaire ou des capitaux calculé en fonction de la durée résiduelle dudit placement. L'indemnité minimale est

4 Cf. *infra* II.1.2.

toutefois fixée à 1% du montant remboursé, ceci même si le taux d'intérêt du crédit est inférieur à celui du placement ».

Clause 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, Faits, consid. A.b :

« Indemnité en cas de remboursement anticipé »

« En cas de remboursement anticipé, total ou partiel, à la demande du(des) débiteur(s), ce(s) dernier(s) est(sont) tenu(s) de verser à la banque une indemnité découlant de la perte de rendement de cette dernière au regard de l'échéance convenue. L'indemnité correspond à la différence de rendement entre ce qui aurait été obtenu au taux fixé jusqu'à l'échéance convenue et ce qui serait obtenu, par la banque, par un placement sur le marché monétaire durant la même période. L'indemnité minimale est toutefois fixée à 1.000% du montant remboursé, ceci même si le taux du prêt est inférieur à celui du placement ».

Clause 3. Banque cantonale vaudoise (BCV), 2021 :

« Un remboursement anticipé du prêt hypothécaire est possible en tout temps sur demande de la Banque (une modification à la hausse des conditions de taux sur les marchés financiers ne pouvant justifier à elle seule une telle demande) ou sur demande du Client, moyennant le paiement d'une participation aux frais administratifs de la Banque engendrés par cette opération, conformément au tarif qu'elle fixe (en particulier le Tarif des frais crédits) et d'une indemnité de remboursement anticipé.

Est assimilé à un remboursement anticipé, un amortissement non convenu préalablement par écrit avec la Banque.

Indemnité de remboursement anticipé

Dans la mesure où le remboursement anticipé doit être effectué sur demande du Client, quelle qu'en soit la cause, ou sur celle de la Banque, lorsqu'alternativement :

- le Client est en retard dans le règlement d'une échéance de paiement,
- l'insolvabilité du Client est manifeste,
- la Banque estime que la valeur des garanties remises a diminué,
- l'utilisation du prêt hypothécaire est modifiée sans l'accord de la Banque,
- les documents exigés par la Banque au cours de la relation contractuelle ne sont pas fournis par le Client et/ou ses auxiliaires,

le Client est redevable d'une indemnité tenant compte des conditions du marché monétaire ou des capitaux retenues par la Banque.

Cette indemnité est calculée sur la différence entre :

- le taux d'intérêt appliqué au prêt hypothécaire, en tenant compte des éventuelles réservations de taux effectuées par le Client, diminué de la partie du taux relative au coût du risque de crédit déterminé par la Banque à la conclusion du contrat et
- le taux de replacement, qui est défini comme étant le taux d'intérêt (y compris s'il prend la forme d'une commission prélevée sur les dépôts de capitaux, comme l'intérêt négatif) qui pourrait être obtenu par la Banque (ou mis à sa charge) au moment de la dénonciation, compte tenu d'un replacement des fonds sur le marché monétaire ou des capitaux pour la durée restant à courir.

Cette différence est multipliée par la durée non respectée du délai de dénonciation, en principe de six mois, et le montant du remboursement ou du capital restant dû en cas de dénonciation par la Banque. Si une convention de taux fixe a été conclue, la différence précitée est multipliée par la durée comprise entre le jour du remboursement effectif et celui de l'expiration du taux fixe (cas échéant, le jour de l'échéance du délai de dénonciation ordinaire si ce jour est postérieur à celui de l'expiration du taux fixe) et le montant du remboursement ou du capital restant dû en cas de dénonciation par la Banque.

L'indemnité minimale est toutefois fixée à CHF 1'000.- (mille francs suisses), même si le taux de replacement est identique ou supérieur au taux d'intérêt du prêt hypothécaire diminué du coût du risque de crédit retenu par la Banque ».

Clause 4. Arrêt de la I^e^ chambre civile de la Cour suprême du canton de Zurich PP190013-O/U du 22 août 2019, p. 2 :

« 11. Vorzeitige Produktauflösung

Kreditprodukte mit einer festen Laufzeit können nicht aufgelöst werden. Die Bank kann ausnahmsweise auf ein entsprechendes Gesuch des Kreditnehmers hin eine vorzeitige Auflösung bewilligen. In diesem Fall ist eine von der Bank bestimmte Vorfälligkeitsentschädigung zu entrichten.

Die Vorfälligkeitsentschädigung berechnet sich nach der Differenz zwischen dem vereinbarten Kreditzinssatz und dem bei Beendigung des Vertrages er-

zielbaren Zinssatz für eine Anlage am Geld- oder Kapitalmarkt mit der entsprechenden Restlaufzeit. Eine Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung kann bei der Bank nachgefragt werden. […] ».

1.2. Analyse comparative des clauses

Une analyse comparative de ces clauses permet de faire ressortir quatre éléments fondamentaux, communs à chacune d'entre elles ; il convient également de relever les aspects sur lesquels ces clauses contractuelles divergent.

En premier lieu, toutes prévoient évidemment le *principe d'une indemnité de résiliation anticipée* exigible par la banque.

Ensuite, les *conditions* auxquelles une telle indemnité est due sont spécifiées, de manière plus ou moins détaillée. La troisième clause évoque notamment le paiement d'une indemnité lorsque la banque prend l'initiative de résilier le contrat de manière anticipée. Les circonstances dans lesquelles une telle hypothèse se produirait sont énumérées dans une liste apparemment exhaustive (« lorsqu'alternativement »), recensant entre autres le retard dans le règlement d'une échéance de paiement ou l'insolvabilité manifeste de l'emprunteur.

Dans un arrêt cantonal datant de 2019[5], la Cour des poursuites et faillites vaudoise a tranché un cas dans lequel la BCV avait résilié de manière anticipée le contrat de prêt hypothécaire qui la liait à sa cliente et tentait d'obtenir la réalisation du gage immobilier. La clause concernant le remboursement anticipé du prêt était quasiment identique à la clause 3 précitée, à cela près qu'elle n'énumérait pas de motifs spécifiques susceptibles de justifier une telle demande.[6] La Cour cantonale a néanmoins considéré qu'en adoptant cette clause, les parties s'étaient vraisemblablement réservé la possibilité de résilier le contrat pour justes motifs telle qu'elle existe pour tous les contrats de durée[7] ; ce principe instauré par la jurisprudence permet la résiliation immédiate du contrat à titre exceptionnel lorsque le maintien de la relation contractuelle devient insupportable.[8] Le contrat de prêt étant un contrat de durée[9], nous pourrions ainsi considérer que la troisième clause susmentionnée concrétise le principe de la résiliation pour justes motifs.

Chaque clause mentionne ensuite la *méthode de calcul* employée pour déterminer le montant de l'indemnité. Celle-ci consiste la plupart du temps en la différence entre le taux d'intérêt convenu et le taux d'intérêt que la banque pourrait obtenir au moment de

5 Arrêt de la Cour des poursuites et faillites du canton de Vaud ML/2019/145 du 5 août 2019.
6 *Idem*, Faits, consid. 1b.
7 *Idem*, consid. IIb.
8 ATF 128 III 428, (publ. in :) JdT 2005 I p. 284, consid. 4.
9 Fabien Liegeois, Pièges fiscaux du contrat de prêt, RSDA/SZW 2020, p. 138 ss. (cit. : Pièges), p. 142.

la dénonciation compte tenu d'un placement des fonds sur le marché monétaire ou des capitaux pour la durée résiduelle du prêt (taux de replacement ou taux de réinvestissement, « Wiederanlagesatz »). La clause 3 ci-dessus détaille par ailleurs ce qui doit être entendu par « taux d'intérêt appliqué au prêt hypothécaire » et « taux de replacement », ainsi que des facteurs dont il doit être tenu compte lors du calcul.

Enfin, relevons que les clauses 1, 2 et 3 ci-dessus instituent le principe qu'une *indemnité minimale* sera due, quel que soit le résultat du calcul précité, et précisent le montant de celle-ci.[10] Cette indemnité minimale peut prendre la forme d'un montant fixe (« [l]'indemnité minimale est toutefois fixée à CHF 1'000.- (mille francs suisses) ») ou d'une part du montant remboursé par l'emprunteur (« [l]'indemnité minimale est toutefois fixée à 1.000% du montant remboursé » et « [l]'indemnité minimale est toutefois fixée à 1% du montant remboursé »).

Après cet aperçu des piliers des clauses d'indemnité de résiliation anticipée, il s'agit à présent de s'interroger plus précisément sur la qualification juridique à leur apporter et au traitement que les tribunaux civils leur réservent.

2. Principes

Le crédit hypothécaire relève fondamentalement des règles sur le prêt de consommation (art. 312 ss CO[11]).[12]

Dans la pratique bancaire, ce prêt est conclu à titre onéreux et garanti par un gage immobilier (hypothèque [art. 824 ss CC[13]] ou cédule hypothécaire [art. 842 ss CC]). Les parties sont ainsi libres de convenir d'un prêt à durée déterminée sans possibilité pour l'emprunteur de rembourser le montant avant la fin de la durée contractuelle, sauf à ce que la banque lui réclame les intérêts jusqu'à la fin de la durée contractuelle. A cette prétention de la banque, le client ne pourra pas lui opposer qu'elle devrait réduire son éventuel dommage, puisqu'elle agirait dans un tel cas en exécution du contrat (art. 1 et 19 CO), et non en réparation du dommage (art. 97 CO).[14]

Il n'en demeure pas moins que les banques accordent en pratique un droit de sortie au client ; comme cela ressort des quatre clauses exemplatives précitées, cette sortie du

[10] Relevons, avec Liegeois, que les banques prévoient en toute hypothèse une indemnité minimale complémentaire (Fabien Liegeois, Indemnité pour résiliation anticipée d'un prêt hypothécaire à taux fixe, RSJ 120/2024 p. 801 ss [cit. : Indemnité], p. 803). Dès lors, la citation de la clause 4 ci-dessus par le Tribunal cantonal zurichois n'apparaît que partielle, en ce sens qu'elle ne mentionne pas une telle indemnité minimale.

[11] RS 220.

[12] Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 3.

[13] RS 210.

[14] Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 802 et les références citées.

contrat déclenche un droit de la banque à une indemnité, dont les modalités de calcul sont fixées contractuellement. En substance, la banque n'exigera pas du client qu'il s'acquitte de l'entier des intérêts convenus jusqu'au terme du contrat ; elle ne demandera que le paiement de la différence entre le taux d'intérêt prévu par le contrat et le taux qu'elle obtiendra en réinvestissant le montant remboursé de manière anticipée pour la durée résiduelle.[15]

3. L'indemnité de résiliation anticipée : clause pénale exclusive ou dédit consensuel ?

3.1. Principes

D'une part, la clause pénale (« Konventionalstrafe ») au sens de l'art. 160 CO est la prestation que le débiteur promet au créancier en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite d'une obligation déterminée (obligation principale).[16] Une telle promesse vise à protéger l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat, en constituant une incitation supplémentaire pour le débiteur à se conformer au contrat.[17] Elle améliore également la position juridique du créancier, qui est dispensé de prouver son dommage (cf. art. 161 al. 1 CO).[18] Autrement dit, la clause pénale est une ainsi une « convention accessoire par laquelle le débiteur promet au créancier une prestation (la peine conventionnelle) pour le cas où il n'exécuterait pas ou n'exécuterait qu'imparfaitement une prestation déterminée (prestation principale) ».[19]

La clause pénale est dite « exclusive » lorsque le créancier ne peut exiger que le montant de la peine conventionnelle en cas d'inexécution du débiteur.[20] La peine exclusive se substitue à l'exécution de la prestation, au choix du débiteur.[21] Ceci implique que le créancier ne peut pas exiger l'exécution de l'obligation violée[22], ni le versement de dommages-intérêts.[23]

15 *Idem*, p. 803 et les références citées.

16 Gregoire Geissbuhler, Droit des obligations, Volume 1 : partie générale, Zurich 2020, n° 1304 ; Benedict Foex, Dédit et clause pénale, in : Der Grundstückkauf/La vente immobilière, édité par Jurg Schmidt, Zurich 2010, p. 407 ss., p. 410.

17 ATF 135 III 433, SJ 2009 I 417, consid. 3.1 ; Foex (nbp 16), p. 410.

18 ATF 135 III 433, SJ 2009 I 417, consid. 3.1 ; ATF 122 III 420, consid. 2a.

19 Michel Mooser, intro art. 158–163 CO, n° 6, in : Commentaire romand, Code des obligations I, édité par Luc Thevenoz/Franz Werro, 3e éd., Bâle 2021 (cit. : CR CO I-Auteur-e).

20 Maxence Carron, Le droit des contrats spéciaux de A à Z, Quid iuris ?, Zurich 2022, p. 51 ; Alborz Tolou, La forfaitisation du dommage, thèse (Fribourg), Zurich 2017, p. 62.

21 Geissbuhler (nbp 16), n° 1306.

22 *Idem*, n° 1302.

23 Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 804 et les références citées.

D'autre part, la clause de dédit permet à un contractant de résoudre le contrat librement, en payant la peine conventionnelle prévue (cf. art. 158 al. 3 CO).[24] Le Tribunal fédéral qualifie le dédit comme une indemnité qu'une partie promet à une autre pour le cas où elle userait du droit qu'elle s'est réservé de résoudre ou de résilier le contrat[25] ; ce type de clause s'apparente donc à ce que nous pourrions qualifier de droit de sortie payant[26], permettant au débiteur d'être délié de l'obligation principale contre le versement d'un montant défini contractuellement.

Le dédit est « réel » lorsqu'il est versé à la conclusion du contrat, en n'étant toutefois dû que si l'une des parties exerce son droit de résilier unilatéralement le contrat ou en empêche fautivement l'exécution.[27] Le dédit est « consensuel » lorsqu'il n'est versé qu'au moment de l'exercice de la faculté de se départir du contrat.[28] Pour désigner le dédit consensuel, on parle aussi de « peine résolutoire » (« Wandelpön »).[29]

3.2. Historiquement : absence de distinction

Initialement, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une disposition contractuelle prévoyant la possibilité pour l'emprunteur de résilier un contrat de prêt hypothécaire de manière anticipée contre le paiement d'une indemnité devait « s'analyse[r] comme une clause pénale exclusive ou dédit consensuel (Wandelpön) au sens de l'art. 160 al. 3 CO, dès lors qu'elle permet de résoudre le contrat moyennant le versement d'une peine ».[30]

Le Tribunal fédéral s'était en l'occurrence prononcé sur le cas d'un homme d'affaires ayant contracté trois prêts hypothécaires à taux fixe auprès de la banque défenderesse. Après avoir vendu les trois immeubles correspondants et remboursé les prêts avant qu'ils n'arrivent à échéance, il a contesté les indemnités de résiliation anticipée dues contractuellement. Selon lui, les clauses avaient été insérées dans les contrats à la suite d'une « erreur matérielle », et il n'en avait pas pris connaissance ou avait été contraint de les accep-

24 ATF 110 II 141, consid. 2b ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.301/2006 du 23 avril 2007, consid. 6.

25 ATF 84 II 151, consid. 2.

26 Cf. Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 810, qui, sans pour autant se limiter au dédit consensuel, relève que le droit de sortie payant accordé par la banque à l'emprunteur est un assouplissement du régime selon lequel l'emprunteur qui rembourse par avance un crédit hypothécaire à taux fixe doit à la banque l'intégralité des intérêts convenus, sans réduction, sans que la banque n'ait à prouver de dommage (prétention en exécution de la banque contre l'emprunteur).

27 Pascal Pichonnaz, Une clause de dédit comme indemnité de résiliation anticipée (art. 377 CO), in : Droit de la construction (DC) 2022 p. 150 ss., p. 150 ; Arrêt de la Cour civile II du Tribunal du canton du Valais, C1 18 21 du 24 août 2020, (publ. in :) RVJ 2021 p. 271, consid. 6.2.1.

28 *Ibid.*

29 Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 804.

30 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, consid. 4.1.

ter. Le Tribunal fédéral a finalement rejeté le recours, confirmant ainsi l'arrêt de la Cour d'appel.[31]

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral établissait donc que cette clause devait être analysée « comme une clause pénale exclusive ou un dédit consensuel », formule qui sera reprise par bon nombre d'auteurs.[32]

La doctrine, pour sa part, ne semblait pas s'être prononcée sur la qualification de l'indemnité de résiliation anticipée d'un prêt hypothécaire, en particulier au regard d'une distinction qu'il convenait de faire entre clause pénale exclusive et dédit consensuel. Couchepin notait tout au plus qu' « [e]n pratique, la question de savoir si les parties ont voulu conclure une peine conventionnelle ou une peine résolutoire [*i.e.* un dédit consensuel] est souvent difficile à trancher »[33] et qu'« [i]l s'agit d'interpréter la clause conclue ».[34] Si malgré tout, la volonté des parties ne pouvait être établie, la loi présume la conclusion d'une clause pénale.[35]

La distinction entre clause pénale exclusive et dédit consensuel n'en a pas moins une portée importante. En particulier, c'est la question de l'applicabilité de l'art. 163 al. 3 CO (réduction des peines excessives)[36] au dédit consensuel qui est en jeu. Si la doctrine est partagée[37] quant à la question de l'applicabilité de cette disposition au dédit consensuel,

---

31 Arrêt de Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, consid. 5.

32 Cf. not. Francois Bianchi, Prêt hypothécaire, Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (not@lex) 2009, p. 24 ss., p. 24 ; Liegeois, Pièges (nbp 9), p. 143 ; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen/Phidias Ferrari, in : Recueil de contrats commerciaux, édité par Sylvain Marchand/Christine Chappuis/Laurent Hirsch, Bâle 2013., n° 4.4 ; Nicolas De Gottrau, Jurisprudence civile en droit bancaire et financier 2007–2008, in : Journée 2008 de droit bancaire et financier, édité par Luc Thevenoz/Christian Bovet, Genève 2009, p. 174 ss., p. 177.

33 Gaspard Couchepin, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, thèse (Fribourg), Zurich 2008, n° 1128.

34 *Ibid.*

35 *Idem*, n° 1129.

36 « Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives ».

37 Pichonnaz (nbp 27), p. 151 ; Philipp H. Haberbeck, Unterliegt die Wandelpön der richterlichen Herabsetzung ?, in : Jusletter 2019, p. 8 : l'art. 163 al. 3 CO est une concrétisation du principe de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), fondamental en droit suisse et applicable à tous les rapports juridiques, et devrait donc s'appliquer aux clauses de dédit consensuel ; Couchepin (nbp 33), n° 1114 et 1127 : la distinction entre dédit consensuel et clause pénale est dépourvue de portée pratique (bien qu'elle doive être faite), « puisque le législateur a décidé d'appliquer aux peines résolutoires les règles sur les clauses pénales », y compris l'art. 163 al. 3 CO ; Foex (nbp 16), p. 421 : dès lors que le Tribunal fédéral semble assimiler le dédit consensuel à une clause pénale exclusive, « on voit mal comment l'art. 163 al. 3 CO ne lui serait pas applicable » ; *contra* Markus W. Stadlin, Der Liegenschaftsverkauf mit vorzeitiger Auflösung der Festhypothek : Überlegungen zur Rechtsnatur der Vorfälligkeitsentschädigung und zu den steuerlichen Folge, in : Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 2019, p. 1 ss., p. 6 ; CR CO I-Mooser (nbp 19), art. 163 CO, n° 5 et art. 160 CO, n° 15 ; Markus Widmer/Renato Constantini/Felix R. Ehrat, art. 158 CO, n° 14 et art. 160 CO, n° 25,

la jurisprudence du Tribunal fédéral exclut d'emblée la réductibilité d'une telle clause sur la base de l'art. 163 al. 3 CO.[38]

Ainsi, le Tribunal fédéral estimait, dans l'arrêt précité[39], que l'indemnité de résiliation anticipée doit être analysée « comme une clause pénale exclusive ou dédit consensuel ». Pourtant, la jurisprudence réserve un traitement juridique différencié à ces deux institutions au regard de l'art. 163 al. 3 CO, en préconisant son applicabilité à la clause pénale, et non au dédit consensuel.

Clause pénale exclusive et dédit consensuel ne peuvent donc pas être considérés comme des notions interchangeables. Le Tribunal fédéral a fort heureusement éclairci la situation juridique quelques années plus tard, ce que nous détaillons à présent.

3.3. L'indemnité de résiliation anticipée en tant que clause pénale exclusive

3.3.1. Introduction

Dans un arrêt relatif à cette question particulière datant de 2014, le Tribunal fédéral a affirmé : « [i]l n'est plus contesté que la clause contractuelle litigieuse instituant le paiement d'une indemnité en cas de remboursement anticipé du prêt doit se qualifier comme une clause pénale exclusive au sens de l'art. 160 al. 3 CO ».[40] Le Tribunal fédéral semble donc avoir abandonné la qualification de dédit consensuel[41], et avoir ainsi admis l'applicabilité de l'art. 163 al. 3 CO à l'indemnité en cause.[42]

Examinons à présent quels sont, selon nous, les fondements du raisonnement du Tribunal fédéral l'ayant finalement mené à ne retenir que la qualification de clause pénale exclusive dans cet arrêt.

---

in : Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, édité par David Oser/Corinne Widmer Luchinger, 7e éd., Bâle 2020 (cit. : BSK CO I-Auteur-e) ; Peter Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 11e éd., Zurich 2020, n° 3867 ; Geissbuhler (nbp 16), n° 1302 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.97/2004 du 23 juin 2004, (publ. in :) RNRF 97/2016, consid. 3.1.2.

38 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.97/2004 du 23 juin 2004, consid. 3.1.2.

39 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, consid. 4.1.

40 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5.2.3.

41 Cf. toutefois Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 804 s., y compris nbp 18, qui semble suggérer que le Tribunal fédéral n'a pas, à ce jour, tranché la question de la qualification (« [le] Tribunal fédéral [...] qualifie l'indemnité pour résiliation anticipée d'un prêt hypothécaire à taux fixe de ‹ clause pénale exclusive › ou ‹ dédit consensuel › », admettant toutefois que lorsque la situation s'impose, le juge doit pouvoir réduire l'indemnité).

42 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014 ; cf. *infra* II.3.3.

3.3.2. Fonction de l'indemnité de résiliation anticipée

Il est généralement admis que la clause pénale connaît une fonction indemnitaire (ou compensatrice), dans la mesure où elle compense économiquement la violation contractuelle[43], une fonction préventive en agissant comme un moyen de pression sur le débiteur pour qu'il adopte un certain comportement[44], mais également une fonction répressive.[45] Cette dernière, pertinente en l'espèce, « se manifeste au moment de payer l'indemnité, et donc qu'une fois que le débiteur viole une obligation ».[46] Elle est illustrée par le fait que la clause pénale est due indépendamment de tout dommage en vertu de l'art. 161 al. 1 CO.[47] Comme souligné par Couchepin, la fonction répressive n'est efficace que si le montant convenu est supérieur au dommage subi par le créancier à la suite de l'inexécution, car le débiteur subit une perte patrimoniale sans contrepartie.[48] C'est dans cette mesure que la clause pénale joue le rôle de sanction.

Dans un contrat de prêt hypothécaire à taux fixe, la prestation promise contractuellement par l'emprunteur consiste notamment au paiement de l'intérêt.[49] Comme déjà clairement exprimé dans l'arrêt datant de 2007, l'indemnité de résiliation anticipée « institue une peine exclusive, puisqu'elle permet en définitive à l'emprunteur d'échapper à son obligation de verser les intérêts prévus jusqu'à la fin du contrat, moyennant le versement d'une indemnité ».[50] Le Tribunal fédéral ajoute que le caractère de clause pénale de l'indemnité « ressort du reste bien de la fixation d'une indemnité minimale ».[51]

Les clauses utilisées en pratique prévoient d'ailleurs une indemnité minimale due par l'emprunteur s'il résilie le contrat de manière anticipée.[52] Toutes stipulent que ce montant minimal est dû « même si le taux d'intérêt du prêt est inférieur à celui du placement »[53], *i.e.* même si la banque n'a subi aucun dommage du fait de la résiliation anticipée. C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral retient uniquement la notion de clause

43 Couchepin (nbp 33), n° 140 ; Tanja Schmidt, Les clauses pour solde de tout compte ou la renonciation définitive à se prévaloir de prétentions ultérieures, thèse (Genève), Zurich 2019, n° 134 ; Tolou (nbp 20), p. 73.

44 Couchepin (nbp 33), n° 132 ; Tolou (nbp 20), p. 74.

45 Schmidt (nbp 43), n° 134 ; Tolou (nbp 20), p. 76.

46 Tolou (nbp 20), p. 76.

47 *Idem*, p. 77.

48 Couchepin (nbp 33), n° 147.

49 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, consid. 4.1 ; Liegeois, Pièges (nbp 9), p. 142.

50 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, consid. 4.2.

51 *Ibid.*

52 Cf. *supra* II.1.1.

53 Cf. *supra* II.1.1, Clause 2.

pénale exclusive dans son arrêt de 2014, clarifiant de la sorte la qualification juridique à apporter à l'indemnité de résiliation anticipée.[54]

Ainsi, l'indemnité que l'emprunteur doit payer en cas de remboursement anticipé du prêt, comprise en tant que clause pénale exclusive, a notamment pour fonction de sanctionner l'inexécution de la prestation promise par l'emprunteur. Le versement d'une indemnité minimale lorsque la banque ne subit aucun dommage implique que son montant sera nécessairement supérieur au dommage subi par la créancière ; sous cet angle, l'indemnité peut être perçue comme la « sanction du non-paiement de l'intérêt dû ». Une telle qualification est justifiée, tout particulièrement, lorsque la résiliation intervient sur demande de la banque pour cause de retard dans le règlement d'une échéance de paiement, comme mentionné dans la troisième clause contractuelle précitée.[55]

3.3.3. Excursus : vision européenne de l'indemnité de résiliation anticipée

Le fait que le Tribunal fédéral retienne la qualification de clause pénale exclusive soulève une divergence intéressante entre le droit suisse et le droit de l'Union européenne, que nous proposer de brièvement survoler.

Le droit européen reconnaît au preneur de crédit hypothécaire la qualité de consommateur en vertu de l'art. 4 ch. 2 de la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel ; cette directive est applicable aux contrats de prêt hypothécaires en vertu de son art. 3 al. 1 lit. a. La première disposition renvoie à l'art. 3 lit. a de la directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs, selon lequel on entend par consommateur « toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

En revanche, le législateur suisse a expressément exclu l'application de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)[56] aux contrats de crédit hypothécaires (art. 7 al. 1 lit. a LCC), niant ainsi la qualité de consommateur à l'emprunteur. Par conséquent, contrairement au consommateur, le preneur de crédit hypothécaire n'a pas la faculté de s'acquitter prématurément des obligations qui découlent du contrat de crédit avec remise des intérêts en vertu de l'art. 17 al. 1 et 2 LCC. Les clauses pénales prévoyant le versement d'une indemnité de résiliation anticipée sont donc considérées

54 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5.2.3.
55 Cf. *supra* II.1.1, Clause 3.
56 RS 221.214.1.

comme valides, du moins au regard de la LCC.[57] L'exclusion prévue par l'art. 7 al. 1 lit. a LCC est justifiée, à tout le moins depuis l'adoption par les milieux bancaires de mesures visant à éviter un endettement à trop long terme.[58]

Cette première distinction entraîne nécessairement un degré de protection accru pour l'emprunteur européen, qui se manifeste notamment au regard du traitement de l'indemnité de résiliation anticipée. Selon l'art. 25 al. 3 de la directive 2014/17/UE, « [l]es Etats membres peuvent prévoir que le prêteur a droit à une indemnisation équitable et objective, lorsque cela s'avère justifié, pour les éventuels coûts directement supportés du fait du remboursement anticipé du crédit, mais n'impose pas de pénalité au consommateur. A cet égard, l'indemnisation ne dépasse pas la perte financière du prêteur. Dans ces conditions, les Etats membres peuvent prévoir que l'indemnisation ne peut dépasser un certain niveau ou qu'elle ne peut être autorisée que pour une certaine durée ».[59]

Dans un arrêt portant sur la résiliation anticipée d'un contrat de prêt hypothécaire[60], la Cour de justice de l'Union européenne a examiné un cas dans lequel les clauses du contrat prévoyaient notamment que la banque « aurait droit à une indemnisation pour le préjudice subi du fait du remboursement anticipé ».[61] Le calcul de ce préjudice serait fondé sur la méthode dite « actif-passif », jugée admissible par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande). Les emprunteurs seraient par ailleurs tenus de payer une rémunération raisonnable pour les frais administratifs liés au remboursement anticipé du prêt.[62]

Dans ses conclusions du 28 septembre 2023[63], l'avocat général a présenté la méthode dite « actif-passif » employée par la jurisprudence allemande. Celle-ci peut être assimilée à la méthode de calcul de l'indemnité utilisée par les clauses suisses, dès lors qu'elle consiste à faire la différence entre « les intérêts que l'emprunteur aurait versés en cas

57 Daniel Guggenheim/Anath Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5e éd., Berne 2014, n° 1079.

58 Anne-Christine Fornage, Vers un droit du crédit à la consommation plus responsable, in : Journal des tribunaux (JdT) 2017 II, p. 4 ss.., p. 15 ; voir aussi les Directives relatives aux exigences minimales pour les financements hypothécaires de juin 2012 et juin 2014, approuvées par la FINMA en juillet 2014.

59 En vertu de l'art. 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les directives sont des actes juridiques contraignants ; les parties à un contrat de prêt hypothécaire ne peuvent donc pas valablement déroger à cette disposition contractuellement.

60 Arrêt de la CJUE dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG* (C536/22) du 14 mars 2024, EU :C :2024 :234.

61 Arrêt de la CJUE dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG* (C536/22) du 14 mars 2024, EU :C :2024 :234, point 18.

62 *Ibid.*

63 Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona présentées le 28 septembre 2023 dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG*, (C-536/22), EU :C :2023 :721.

d'exécution du contrat telle que convenue » et « le rendement qui serait réalisé si le prêteur investissait les montants remboursés par anticipation dans des titres sûrs du marché des capitaux à maturité identique ».[64] L'avocat général a également insisté sur le fait que cette formule « n'inclut pas de sommes visant à sanctionner l'emprunteur pour le remboursement anticipé »[65] ; ainsi, l'indemnité calculée selon la méthode « actif-passif » a uniquement pour ambition de correspondre à la perte financière de la banque et non d'imposer une pénalité au consommateur du fait du remboursement anticipé, conformément à l'art. 25 al. 3 de la directive 2014/17/UE.[66] Enfin, « [s]i les taux d'intérêt appliqués au réinvestissement sont supérieurs à ceux convenus dans le contrat de crédit initial, le prêteur n'a pas droit à une indemnisation ».[67]

En résumé, cette vision européenne de l'indemnité de résiliation anticipée s'oppose à la fixation d'une indemnité minimale due en l'absence de tout dommage subi par la banque dans un but répressif. Cela diffère nettement de la qualification de clause pénale exclusive adoptée par le Tribunal fédéral, dont l'approche pourrait sembler sévère en comparaison avec le régime européen. Ainsi, si le droit communautaire est plus protecteur des intérêts de l'emprunteur en limitant strictement l'indemnité aux coûts réels supportés par la banque, le droit suisse a, pour sa part, une approche plus libérale, privilégiant les intérêts du prêteur, ou à tout le moins la liberté contractuelle des parties.

3.3.4. Applicabilité de l'art. 163 al. 3 CO

Puisque le Tribunal fédéral a qualifié l'indemnité de résiliation anticipée de clause pénale exclusive au sens de l'art. 160 al. 3 CO[68], il est clair que l'art. 163 al. 3 CO y trouve application. Par conséquent, nous pouvons conclure à ce que le juge doive réduire une indemnité de résiliation anticipée qu'il juge excessive. Cependant, cela ne signifie pas nécessaire-

64 Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona présentées le 28 septembre 2023 dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG*, (C-536/22), EU :C :2023 :721, point 63 ; Arrêt de la CJUE dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG* (C536/22) du 14 mars 2024, EU :C :2024 :234, point 18.

65 Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona présentées le 28 septembre 2023 dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG*, (C-536/22), EU :C :2023 :721, point 66.

66 Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona présentées le 28 septembre 2023 dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG*, (C-536/22), EU :C :2023 :721, point 66 ; arrêt de la Cour d'appel de Caen, Chambre civile 1, 07/04050 du 5 février 2009 : la jurisprudence française précise même que cette clause « ne répond donc pas à la définition de la clause pénale », dès lors qu'elle « n'a pas pour but de sanctionner une inexécution de ses engagements par le débiteur ».

67 Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona présentées le 28 septembre 2023 dans l'affaire *MW et CY contre VR Bank Ravensburg-Weingarten eG*, (C-536/22), EU :C :2023 :721, point 66.

68 Arrêt du Tribunal 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5.2.3 ; cf. *supra* II.3.3.1.

ment que celle-ci sera effectivement réduite, comme le démontrent des constellations spécifiques abordées ci-dessous.

a) Cas du montant de l'indemnité inférieur à la somme des intérêts dus

L'arrêt du Tribunal fédéral datant de 2014[69] porte sur le remboursement anticipé d'un contrat de prêt hypothécaire à la suite de la vente de l'immeuble appartenant à l'emprunteuse. Le prêt contracté était de CHF 19'000'000.-, puis a été réduit à CHF 18'430'000.- après la déduction de trois amortissements semestriels de CHF 190'000.-. Ce prêt a ensuite été poursuivi par la banque avec l'acheteur de l'immeuble pour un montant de CHF 17'500'000.-, avec le même taux d'intérêt de 2.635% et la même échéance. À la suite de la résiliation anticipée du prêt par l'emprunteuse, la banque a réclamé une indemnité de CHF 184'300.-, correspondant à l'indemnité minimale de 1% sur le capital de CHF 18'430'000.-.

La Cour de justice genevoise a admis que l'indemnité de résiliation anticipée due par l'emprunteuse violait l'art. 163 al. 3 CO et que celle-ci devait être réduite, dès lors que la banque en exigeait le paiement alors qu'elle continuait à financer l'immeuble vendu à concurrence de CHF 17'500'000.-.[70] Ainsi, l'indemnité devait être réduite à CHF 9'300.- équivalant à 1% de CHF 930'000.- (CHF 18'430'000.- auxquels sont soustraits CHF 17'500'000.-, *i.e.* le montant du remboursement anticipé sur lequel la banque a cessé de percevoir des intérêts) ; la somme de CHF 17'500'000.- n'était en effet « pas pertinente au titre de la clause de remboursement » puisque la banque continuait à percevoir des intérêts sur celle-ci.[71]

Le Tribunal fédéral a réfuté cet argument, et a affirmé que la Cour cantonale, en admettant le caractère excessif de l'indemnité, « perd de vue que la clause litigieuse permet en définitive à l'emprunteur d'échapper à son obligation de verser les intérêts prévus jusqu'à la fin du contrat, moyennant le paiement d'une indemnité forfaitaire ».[72] Par ailleurs, le montant réclamé étant de « 1% de la somme empruntée (tout amortissement déduit) », il était à l'évidence inférieur à la somme des intérêts qui couraient jusqu'à la fin du prêt. Dans ces conditions, l'indemnité ne saurait être qualifiée d'excessive.[73]

69 Arrêt du Tribunal 4A_567/2013 du 31 mars 2014.

70 Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève ACJC/1310/2013 du 8 novembre 2013, consid. 4.2.

71 Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève ACJC/1310/2013 du 8 novembre 2013, consid. 3.2.

72 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5.3.

73 *Ibid.*

Ces formules employées par le Tribunal fédéral semblent sous-entendre que l'indemnité de résiliation anticipée est une sorte de faveur accordée à l'emprunteur, lui permettant « d'échapper à son obligation », et dont le montant est de toute façon inférieur à celui qu'il aurait dû payer si le contrat avait été exécuté comme convenu.

Notre Haute Cour avait déjà adopté cette approche dans son arrêt datant de 2007, dans lequel le montant de l'indemnité ne correspondait non pas à l'indemnité minimale de 1% du montant remboursé, mais à un taux toujours inférieur au taux hypothécaire convenu de 3.75% pour chaque contrat.[74]

Par ce raisonnement, le Tribunal fédéral a ainsi conclu que l'indemnité de résiliation anticipée n'était pas excessive dans ces deux situations.

b) Cas de l'intérêt négatif

Une autre problématique devant être examinée au regard du montant de l'indemnité de résiliation anticipée et de son caractère potentiellement excessif est la question de l'intérêt négatif. En effet, dans les deux arrêts par lesquels le Tribunal fédéral a nié le caractère excessif de l'indemnité, le taux de replacement était positif, et respectivement inférieur[75] ou supérieur[76] au taux hypothécaire (ce dernier cas menant à l'application de l'indemnité minimale convenue). Néanmoins, en période de taux directeur négatif à l'instar des années 2015 à 2022, le taux de replacement peut prendre la forme d'un intérêt négatif mis à la charge de la banque. Ainsi, en cas de résiliation anticipée du contrat de prêt hypothécaire, non seulement la banque ne perçoit rien en plaçant les fonds jusqu'à l'échéance convenue, mais elle doit de surcroît verser une commission à la Banque nationale suisse (BNS) pour le placement de ses avoirs.[77] Il convient de déterminer l'impact d'une telle conjoncture sur le calcul de l'indemnité de résiliation anticipée.

Dans un arrêt publié en 2019[78], l'Obergericht zurichois s'est prononcé sur la résiliation anticipée d'un contrat de prêt hypothécaire à taux fixe lorsque le taux de replacement est négatif. La banque défenderesse s'était en effet basée sur le LIBOR à 12 mois comme taux de replacement[79] ; celui-ci était alors de -0.509%, et devait être soustrait au taux hypothécaire de 1.680%, soit :

74 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, consid. 4.3.
75 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007, Faits, consid. A.
76 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, Faits, consid. A.d.
77 Yvan Cardenas, Le chaos des intérêts négatifs, in : Expert Focus 4/2016, p. 222 ss., p. 222.
78 Arrêt de la I^e chambre civile de la Cour suprême du canton de Zurich PP190013-O/U du 22 août 2019.
79 Arrêt de la I^e chambre civile de la Cour suprême du canton de Zurich PP190013-O/U du 22 août 2019, consid. 2 : le LIBOR était alors le taux d'intérêt ajusté auquel les banques s'accordaient mutuellement des crédits à une date donnée.

$$\begin{array}{r} 1.680\% \\ -\ (-0.509\%) \\ \hline 2.189\% \end{array}$$

La créancière a donc conclu à une indemnité de résiliation anticipée dont le montant excédait la somme des intérêts convenus, ce que son client a contesté.

Comme relevé par Thevenoz et al., l'Obergericht *a* tranché en faveur du client, considérant notamment que la formulation de la clause litigieuse visait un placement qui procure effectivement un revenu. Ainsi, ni le texte contractuel, ni le contexte de la conclusion du crédit en 2011 ne permettaient au client de s'attendre à devoir compter avec un intérêt négatif[80] ; l'utilisation de ce dernier en tant que taux de replacement a donc été exclue et la défenderesse a dû rembourser le montant déjà prélevé à ce titre à l'emprunteur.

Toutefois, la Cour est parvenue à cette conclusion car la clause contractuelle litigieuse ne prévoyait pas expressément la possibilité que le taux de replacement puisse être négatif. Nous pouvons nous demander si la situation aurait été jugée différemment si tel avait été le cas, à l'instar de la troisième clause précitée, qui comprenait explicitement la mention de l'intérêt négatif.[81]

Dans un autre arrêt présentant un état de fait similaire et auquel fait référence l'Obergericht[82], le Bezirksgericht zurichois affirme qu'outre la variante consistant à mentionner explicitement dans le texte du contrat qu'un taux d'intérêt négatif est également concerné, il aurait existé des formulations neutres qui auraient été compatibles avec un taux de replacement positif ou négatif.[83] Selon cette jurisprudence cantonale, l'intérêt négatif pourrait donc valablement être pris en compte dans le calcul du montant de l'indemnité lorsque cela est expressément prévu.

80 Luc Thevenoz et al., Le droit bancaire privé suisse 2019/Das schweizerische Bankprivatrecht 2019, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 2020, p. 174 ss., p. 175 ; Arrêt de la I^e chambre civile de la Cour suprême du canton de Zurich PP190013-O/U du 22 août 2019, consid. 5.2.

81 Cf. *supra* II.1.1, Clause 3 : « le taux de replacement, qui est défini comme étant le taux d'intérêt (y compris s'il prend la forme d'une commission prélevée sur les dépôts de capitaux, comme l'intérêt négatif) qui pourrait être obtenu par la Banque (ou mis à sa charge) au moment de la dénonciation, compte tenu d'un replacement des fonds sur le marché monétaire ou des capitaux pour la durée restant à courir ».

82 Arrêt du Tribunal d'arrondissement du canton de Zurich FV180107 du 28 septembre 2018, (publ. in :) Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 117/2018, p. 260 ss.

83 *Idem*, consid. 3.4.

Il serait alors moins aisé de faire valoir l'argument, relevé par le Tribunal fédéral, selon lequel la somme réclamée à titre d'indemnité de résiliation anticipée est « à l'évidence inférieur[e] à la somme des intérêts qui couraient jusqu'à la fin du prêt »[84] comme motif lui permettant d'en exclure la réduction en vertu de l'art. 163 al. 3 CO. Dans une telle situation, cette réduction pourrait, selon nous, être envisagée pour garantir le caractère équitable de l'indemnité.

En résumé, l'indemnité de résiliation anticipée est susceptible d'être réduite si elle est qualifiée d'excessive en vertu de l'art. 163 al. 3 CO, en vertu de sa nature de clause pénale exclusive. Toutefois, puisque le montant de l'indemnité est généralement inférieur à la somme des intérêts qui couraient jusqu'à l'échéance convenue, le Tribunal fédéral n'a, à ce jour, pas admis le caractère excessif de cette indemnité (cf. les deux décisions précitées[85]).

Cela dit, nous partageons l'avis de Liegeois, selon lequel, outre la situation du client, il faut aussi tenir compte du contexte de la résiliation : le client qui profite de la conjoncture se distingue de celui que les aléas de la vie, tels qu'un divorce, la perte d'un emploi ou un décès, poussent à céder son logement. Le client contraint de précipiter une vente immobilière à la suite d'une dégradation de sa situation financière devrait mener le juge à pouvoir limiter le montant de l'indemnité à la perte financière effective que subit la banque du fait de la résiliation anticipée, ce sur la base de l'art. 163 al. 3 CO.[86]

4. Conclusion intermédiaire

Après avoir parcouru un historique doctrinal et jurisprudentiel parfois sinueux en matière de dédit consensuel et de clause pénale, nous concluons que la qualification de clause pénale exclusive doit être retenue, tel que jugé par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 2014[87] ; ceci permet en effet l'applicabilité de principe de l'art. 163 al. 3 CO à d'éventuelles indemnités excessives.

Outre la qualification juridique à retenir, d'autres moyens peuvent être envisagés pour éviter que l'indemnité de résiliation anticipée n'impose une charge excessive aux emprunteurs. Tout d'abord, après examen de la conception de l'indemnité dans l'Union européenne, l'on pourrait se demander si la validité même d'une indemnité minimale devrait être remise en question, car elle pourrait paraître injustifiée lorsque la banque créancière se trouve dans la même (voire dans une meilleure) situation économique à la suite du remboursement anticipé. L'on peut notamment imaginer certains cas particuliers pouvant mener à une réduction du montant de l'indemnité en vertu de l'art. 163 al.

84 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5.3.
85 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014 et arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007.
86 Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 805.
87 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5.2.3.

3 CO (notamment un abus de droit manifeste de l'organisme de financement (art. 2 al. 2 CC)[88] ou une indemnité excédant la somme des intérêts dus lorsque l'intérêt négatif est pris en compte dans le calcul).[89]

Après cet aperçu du volet civil de l'indemnité de résiliation anticipée, il convient à présent d'examiner le traitement fiscal de celle-ci.

III. Traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée

1. Principes

Conformément à l'art. 25 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)[90], le revenu net se calcule en défalquant du total des revenus imposables les déductions générales et les frais mentionnés aux art. 26 à 33*a* LIFD.

L'art. 33 al. 1 lit. a 1ère phrase LIFD prévoit ce qui suit : « Sont déduits du revenu : [...] les intérêts passifs privés à concurrence du rendement imposable de la fortune au sens des art. 20, 20a et 21, augmenté d'un montant de 50 000 francs » (voir aussi l'art. 9 al. 2 lit. a de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)[91]).

Ces deux dispositions règlent ainsi une déduction limitée des intérêts passifs privés lors de la détermination du revenu net imposable. Celle-ci fait partie des déductions générales[92] (aussi appelées déductions socio-politiques ou anorganiques[93]), qui supposent une dépense réelle du contribuable, et permettent au contribuable de déduire de son revenu imposable une obligation qui le lie de servir des intérêts à des tiers en raison d'une dette.[94] Dans ce cadre, la déduction des intérêts passifs est qualifiée de déduction générale, mais englobe aussi pour partie des frais d'acquisition du revenu.[95]

88 Dans une telle situation, l'indemnité devrait en principe être réduite si la somme convenue est si élevée qu'elle dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (cf. not. ATF 133 III 43, (publ. in :) JdT 2007 I 226, consid. 3.3.1).

89 Cf. *supra* II.3.3.4.a..

90 RS 642.11.

91 RS 642.14.

92 Alexandre Faltin/Yacine Rezki, Déductions fiscales liées à la propriété immobilière (impôt sur le revenu), in : La propriété immobilière face aux défis énergétiques, édité par Michel Hottelier/Benedict Foex, Genève/Zurich 2016, p. 181 ss., p. 181.

93 Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, 5e éd., Bâle 2021, § 7, n° 282.

94 Raphaël Gani, Note ad arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, du 17 août 2011, CDP.2011.99, Revue de droit Administratif et de droit Fiscal (RDAF) 2012 II, p. 92 ss., p. 96.

95 Oberson (nbp 93), § 7, n° 283 ; Yves Noel, art. 33 LIFD, n° 4, in : Commentaire romand, Impôt federal direct, 2017, édité par Yves Noel/Florence Aubry Girardin, 2e éd, Bâle 2017 (cit. : CR LIFD-Auteur-e).

L'intérêt correspond à la rémunération pour l'usage d'un capital.[96] Selon le Tribunal fédéral, la notion d'intérêts passifs (ou intérêts de la dette, « Schuldzins ») comprend en principe « la rémunération due lors de l'allocation ou de la non restitution d'une somme d'argent ou d'un capital, dans la mesure où elle est régulièrement calculée en pour cents, au prorata du temps et en quota du capital ».[97] Pour que la qualification d'intérêts passifs, et donc leur déduction du revenu, soient retenues, il doit exister une dette en capital et une relation entre cette dernière et les intérêts passifs.[98]

Par exemple, dans les contrats de leasing, une telle relation fait défaut, parce que les mensualités (redevances) sont dues en raison de la cession de l'usage d'un bien ; les versements en question s'apparentent donc à des loyers. Par conséquent, les mensualités du leasing n'entrent pas dans la notion d'intérêts passifs de l'art. 33 al. 1 let. a LIFD.[99] Il en va de même en matière de crédit de construction, puisque le montant mis à disposition de l'emprunteur sert à l'acquisition ou à l'amélioration d'un bien immobilier ; les intérêts représentent des « frais d'acquisition, de production ou d'amélioration d'éléments de fortune » au sens de l'art. 34 lit. d LIFD.[100]

Cela dit, ne constituent des intérêts passifs déductibles « que les prestations d'un débiteur au créancier qui n'ont pas juridiquement pour effet d'amortir une dette en capital existante ».[101]

En définitive, le traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée, sujet qu' Oberson qualifie d'ailleurs de « question trapue »[102], soulève la problématique majeure qui consiste à déterminer si cette indemnité peut constituer une déduction admise par le droit fiscal et, le cas échant, à quel titre, au regard de quel impôt et dans quelles situations. Cette question est essentielle en pratique, dès lors qu'une interprétation dissonante entre les cantons concernés pourrait conduire à une double imposition intercantonale, en violation de l'art. 127 al. 3 Cst.[103] ; le canton du domicile du contribuable a en

96 Oberson (nbp 93), § 7, n° 341.

97 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.81/1992 du 30 septembre 1992, (publ. in :) RDAF 1995 35, consid. 2.a.

98 *Ibid.*

99 CR LIFD-Noel (nbp 95), art. 33, n° 7 ; cf. toutefois Oberson (nbp 93), § 7, n° 342 : « Cette solution ignore qu'économiquement, à partir d'un certain moment, le preneur de leasing est en fait contraint d'exercer l'option d'achat pour tirer pleinement avantage du contrat [...]. Le leasing de ce point de vue s'apparente à un prêt financier. Une portion des redevances de leasing correspondant en réalité à des intérêts passifs devrait alors pouvoir être déductible ».

100 Oberson (nbp 93), § 7, n° 346 ; CR LIFD-Noel (nbp 95), art. 33, n° 7.

101 CR LIFD-Noel (nbp 95), art. 33, n° 7.

102 Oberson (nbp 93), § 7, n° 347.

103 Gregory Clerc/Aurélien Fluckiger, Déductibilité des indemnités de résiliation anticipée de crédit hypothécaire, Revue de droit Administratif et de droit Fiscal (RDAF) 2020 II, p. 27 ss., p. 42.

effet la prérogative de percevoir l'impôt sur le revenu, tandis que le canton du lieu de situation de l'immeuble est compétent pour percevoir l'impôt sur les gains immobiliers.[104]

Malgré le droit fédéral harmonisé en la matière, les pratiques cantonales ont longtemps présenté une certaine disparité. Certains cantons tels que Bâle-Campagne, Zurich et Vaud admettaient ainsi la déduction des indemnités de résiliation anticipée à titre d'intérêts passifs, tandis que d'autres, en particulier le Tessin, Lucerne et Neuchâtel, la refusaient.[105]

2. Traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée selon la jurisprudence du Tribunal fédéral

Si Gani relevait déjà « l'étonnante diversité des pratiques cantonales en matière de déduction des indemnités pour dénonciation d'un prêt » dans sa note sur un arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois en 2012[106], ce n'est qu'à partir de 2017 que le Tribunal fédéral s'est déterminé à ce propos. Dans deux arrêts rendus par le même collège de juges et publiés simultanément (l'un en français et l'autre en allemand)[107], notre Haute Cour a en effet *tranché la question de la déductibilité des indemnités à titre d'intérêts passifs*.

Le Tribunal fédéral s'est ensuite prononcé en 2019 sur l'hypothèse de l'indemnité de résiliation anticipée versée lors d'un *changement de créancier hypothécaire*, effectué dans le but d'obtenir des conditions plus avantageuses.[108] Ce dernier arrêt a mis fin à toute confusion ayant subsisté à la suite des deux arrêts précédents, et a sans doute définitivement clarifié la question du traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée.

Par ces trois arrêts, le Tribunal fédéral a distingué plusieurs situations dans lesquelles une telle indemnité serait versée, chacune étant soumise à une traitement fiscal différent.

2.1. Première hypothèse : le contrat de prêt est résilié en vue d'obtenir de meilleures conditions avec la même banque

Dans cette situation, l'emprunteur résilie le contrat de manière anticipée dans le but d'en conclure un nouveau à un taux plus avantageux avec le même créancier. La relation contractuelle demeure inchangée et seules certaines conditions initiales sont modifiées, notamment celles liées au taux d'intérêt, ce qui explique le versement d'une indemnité.[109] Par conséquent, le Tribunal fédéral retient que le lien entre la dette hypothécaire sous-

104 Oberson (nbp 93), § 20, n° 1 : risque de conflit d'assujettissements illimités et limités.
105 ATF 143 II 396, consid. 2.2 ; Gani (nbp 94), p. 97.
106 Gani (nbp 94), p. 96.
107 ATF 143 II 396 et ATF 143 II 382.
108 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019.
109 Thierry De Mitri, Dénonciation d'un crédit hypothécaire : le Tribunal fédéral clarifie le traitement fiscal, Novità fiscali (NF) 2020, p. 600 ss., p. 602.

jacente et l'indemnité de résiliation anticipée perdure.[110] Il conclut ainsi que l'indemnité versée à la banque doit être considérée comme des *intérêts passifs déductibles* du revenu imposable en vertu des art. 33 al. 1 lit. a LIFD et 9 al. 2 lit. a LHID.[111]

2.2. Deuxième hypothèse : l'emprunteur conclut un nouveau contrat de prêt avec une nouvelle banque et verse une indemnité à l'ancien créancier

Cette situation s'est manifestée dans l'arrêt datant de 2019, relativement à un couple domicilié dans le canton de Zurich et propriétaire d'un bien immobilier appartenant à sa fortune privée. Le couple a résilié de manière anticipée son prêt hypothécaire pour en conclure un nouveau avec une autre banque, à des conditions plus avantageuses. Le premier établissement bancaire a réclamé une indemnité de résiliation anticipée, que les contribuables ont considéré comme étant des intérêts passifs ; ils l'ont dès lors portée en déduction de leur revenu imposable dans leur déclaration d'impôts en application des art. 33 al. 1 lit. a LIFD et 9 al. 2 lit. a LHID. La déduction a toutefois été refusée par l'administration fiscale zurichoise.

Dans cette hypothèse, notre Haute Cour précise qu'il n'est *pas justifié d'assimiler l'indemnité à des intérêts passifs* : à la différence du premier cas de figure et justement puisque le prêteur n'est plus le même, le lien indispensable entre la dette et l'indemnité fait défaut.[112] Cette dernière n'est donc pas déductible du revenu imposable du contribuable et, cette situation ne concernant pas la vente d'un bien immobilier, il n'y a pas de déduction possible au regard de l'impôt sur les gains immobiliers non plus.[113] Comme De Mitri le souligne, cette hypothèse est, de fait, la plus désavantageuse pour le contribuable.[114]

2.3. Troisième hypothèse : la relation entre l'emprunteur et la banque est résiliée en raison de la vente du bien immobilier

Ce dernier cas de figure s'était présenté dans les deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral en 2017.

L'arrêt francophone[115] concerne un couple domicilié dans le canton de Neuchâtel et ayant aliéné un immeuble situé dans le canton de Vaud. Cette vente a mené au remboursement anticipé des deux contrats de prêt hypothécaires dont l'immeuble était grevé. Les contribuables ont fait valoir les indemnités de résiliation anticipée en tant qu'impenses dans

110 ATF 143 II 382, consid. 5.3.1 ; ATF 143 II 396, consid. 2.3 ; De Mitri (nbp 109), p. 602.
111 ATF 143 II 382, consid. 5.3.1 ; ATF 143 II 396, consid. 2.3 ; Gani (nbp 94), p. 98.
112 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019, consid. 2.2.3 ; ATF 143 II 382, consid. 5.3.2 ; De Mitri (nbp 109), p. 602.
113 *Ibid*.
114 De Mitri (nbp 109), p. 602.
115 ATF 143 II 396.

leur déclaration d'impôt sur les gains immobiliers. L'administration fiscale vaudoise les a alors informés que les indemnités ne pouvaient pas être déduites à titre d'impenses, mais à titre d'intérêts passifs déductibles de leur revenu imposable. Toutefois, cette déduction a été refusée par l'autorité fiscale neuchâteloise, qui n'admettait pas l'assimilation des indemnités à des intérêts passifs.

Dans l'arrêt germanophone du même jour[116], notre Haute Cour a tranché le cas d'une veuve ayant vendu un immeuble sis dans le canton de Zurich. Cette vente a entraîné la résiliation anticipée du prêt hypothécaire, et le versement d'une indemnité à ce titre. La contribuable a pu obtenir la déduction de cette indemnité de son revenu imposable, jusqu'à ce que celui-ci soit ramené à 0. En parallèle, une décision concernant l'impôt sur les gains immobiliers a été rendue sans déduction de l'indemnité. Le refus d'opérer la déduction a été confirmé par décision du Tribunal administratif zurichois, à l'encontre de laquelle le Tribunal fédéral a statué.

Dans cette hypothèse, l'indemnité de résiliation anticipée doit être examinée à l'aune de l'art. 12 al. 1 LHID.[117] D'après cette disposition, l'impôt sur les gains immobiliers a pour objet les gains réalisés lors de l'aliénation de tout ou partie (notamment) d'un immeuble faisant partie de la fortune privée du contribuable, à condition que le produit de l'aliénation soit supérieur aux dépenses d'investissement (prix d'acquisition ou autre valeur s'y substituant, impenses). Par impenses, on vise les frais engagés par le contribuable qui sont liés à la vente immobilière et ceux qui ont conduit à une augmentation de la valeur fiscale de l'immeuble.[118] En principe, les cantons sont libres de déterminer les dépenses pouvant être prises en considération à titre d'impenses.[119] Les impenses sont ajoutées au prix d'acquisition pour déterminer le prix de revient.[120]

Le Tribunal fédéral examine les conditions permettant d'assimiler l'indemnité à une impense pouvant être déduite de l'impôt sur les gains immobiliers. L'indemnité a effectivement été versée par l'aliénateur (1) dans un lien étroit et indissociable avec la vente de l'immeuble (2), et cela a permis une augmentation (à tout le moins sous l'angle juridique) de la valeur du bien (3) en permettant la suppression d'obligations de charges y rattachées ; il est donc justifié d'admettre qu'il s'agit d'une *impense déductible de l'impôt sur les gains immobiliers* au sens de l'art. 12 al. 1 LHID.[121]

116 ATF 143 II 382.
117 ATF 143 II 396, consid. 2.4.
118 Oberson (nbp 93), § 13, n° 50.
119 ATF 143 II 396, consid. 2.4 et les références citées.
120 Oberson (nbp 93), § 13, n° 50.
121 ATF 143 II 382, consid. 4.4 ; Liegeois, Pièges (nbp 9), p. 150 ; De Mitri (nbp 109), p. 602.

2.4. Synthèse des trois hypothèses

Cette jurisprudence en trois hypothèses a été résumée sous forme de tableau par le Tribunal fédéral dans l'arrêt datant de 2019.[122] Il est reproduit ci-dessous[123] :

Hypothèse	Description	Traitement fiscal
1	*Adaptation des conditions* La relation de prêt avec l'ancien prêteur continue d'exister, mais le contrat de prêt initial est modifié avant la fin de la durée du contrat (par ex. concernant le montant du prêt et/ou le taux d'intérêt), raison pour laquelle le prêteur perçoit une indemnité de résiliation anticipée.	Le lien entre la dette initiale du prêt et l'indemnité de résiliation anticipée, nécessaire pour que cette dernière soit assimilée à des intérêts passifs, n'est pas affecté. Par conséquent : assimilation de l'indemnité de résiliation anticipée à des intérêts passifs.
2	*Changement d'établissement financier* L'emprunteur conclut un contrat de prêt avec un autre prêteur, raison pour laquelle la relation de prêt avec l'ancien prêteur est résiliée avant la fin de la durée du contrat et celui-ci perçoit une indemnité de résiliation anticipée.	Le lien entre la dette initiale et du prêt et l'indemnité de résiliation anticipée, nécessaire pour que cette dernière soit assimilée à des intérêts passifs, fait défaut. Par conséquent : pas d'assimilation de l'indemnité de résiliation anticipée à des intérêts passifs.

[122] Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019, consid. 2.2.1.
[123] Traduction libre de l'allemand vers le français.

Hypothèse	Description	Traitement fiscal
3	*Vente du bien* La relation de prêt avec l'ancien prêteur est résiliée avant la fin de la durée du contrat en vue de la vente du bien grevé du gage immobilier, raison pour laquelle le prêteur perçoit une indemnité de résiliation anticipée.	Le lien entre la dette initiale et du prêt et l'indemnité de résiliation anticipée, nécessaire pour que cette dernière soit assimilée à des intérêts passifs, fait défaut. Par conséquent : pas d'assimilation de l'indemnité de résiliation anticipée à des intérêts passifs, mais impense déductible de l'impôt sur les gains immobiliers.

3. Jurisprudence dans le temps (intégration de la nouvelle jurisprudence dans les pratiques cantonales)

Cette nouvelle jurisprudence résultant des trois arrêts précités[124] diffère drastiquement de la pratique qu'avait adoptée la plupart des autorités cantonales jusqu'alors. S'est donc posée la question de la mise en œuvre de la jurisprudence dans le temps. Sans pouvoir formellement parler de droit transitoire[125], la question de la temporalité de ces nouvelles règles jurisprudentielles a notamment été soulevée par Wenger en 2017.[126]

Le problème majeur concernait surtout la troisième hypothèse. Dans cette situation, les contribuables, croyant à la continuation de la pratique antérieure, renonceraient à faire valoir la déduction de l'indemnité dans leur déclaration d'impôt sur les gains immobiliers. En revanche, la déduction sera vraisemblablement revendiquée au regard de l'impôt sur le revenu, mais devra dorénavant être refusée conformément à la nouvelle jurisprudence. L'indemnité ne serait alors pas déduite du tout, ce qui contrevient juste-

124 Cf. *supra* III.2.

125 Milena Pirek, L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi, thèse (Fribourg), Zurich 2018, n° 842 : le droit transitoire désigne « l'ensemble des règles spéciales de transition, temporaires et destinées à atténuer la rigueur du passage d'une législation à une autre », à l'exclusion d'un changement de pratique, de jurisprudence ou de coutume.

126 Thomas J. Wenger, Vorfälligkeitsentschädigung und steuerliche Abzugsfähigkeit, in : sui-generis 2017, p. 173 ss., n° 48.

ment à ce que préconise le Tribunal fédéral, mais aussi au principe de l'imposition selon la capacité économique (art. 127 al. 2 Cst.).[127]

Dès lors, si tous les cantons ont naturellement fini par revoir leur pratique conformément à la typologie du Tribunal fédéral sur le long terme[128], quel a été l'effet de la nouvelle jurisprudence immédiatement après sa publication sur les procédures en cours ?

Pour répondre à cette question, nous procéderons à une étude de cas en nous référant à la pratique de deux cantons, Lucerne et Berne. Ces deux exemples, repris de la contribution de Wenger, permettent d'illustrer les différentes méthodes cantonales employées pour se conformer à la jurisprudence.

3.1. Solution lucernoise

Antérieurement aux arrêts du Tribunal fédéral en la matière, le canton de Lucerne faisait partie de ceux refusant d'assimiler les indemnités de résiliation anticipée à des intérêts passifs susceptibles d'être déduits du revenu imposable.[129]

En réaction aux deux arrêts publiés en 2017[130], l'administration fiscale lucernoise a publié le 24 mai de la même année une newsletter intitulée « Changement de pratique – Déduction des primes de retrait/indemnités de résiliation anticipée » (traduction libre).[131] Après avoir résumé la nouvelle jurisprudence et rappelé le principe de l'interdiction du cumul des déductions, elle aborde la question du « droit transitoire » (« Übergangsrecht »).

La solution apportée consiste à admettre que la nouvelle pratique est en principe applicable à toutes les procédures de taxation en cours relatives à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur les gains immobiliers. Ainsi, le fisc lucernois doit désormais admettre la déduction de l'indemnité à titre d'intérêts passifs lorsque les conditions de la première hypothèse sont réunies (changement de pratique). Toutefois, si un contribuable s'est fié à la continuation de l'ancienne pratique, et qu'il a par conséquent renoncé à faire valoir la déduction de l'indemnité au regard de l'impôt sur les gains immobiliers à la suite de la vente de l'immeuble, la déduction pourra lui être accordée *a posteriori*, sur demande et au moyen d'une correction informelle de la taxation définitive relative à l'impôt sur les gains immobiliers.

127 *Ibid.*

128 De Mitri (nbp 109), p. 603 : cf. not. les cantons du Tessin, de Vaud et de Berne.

129 Arrêt de la Cour administrative du Tribunal cantonal du canton de Lucerne, du 17 février 1998, LGVE 1998 II n° 30, consid. 2bb ; ATF 143 II 396, consid. 2.2.

130 ATF 143 II 396 et ATF 143 II 382.

131 Newsletter Steuern Luzern, 10/2017 Steuer + Praxis du 24 mai 2017.

3.2. Solution bernoise

Contrairement au canton de Lucerne, les autorités bernoises assimilaient déjà l'indemnité de résiliation anticipée à des intérêts passifs, quelle que soit la raison pour laquelle elle était due.

Dans le document « TaxInfo – Intérêts passifs » publié le 13 juillet 2017, il est indiqué que les indemnités de résiliation anticipée n'étant pas versées lors de la vente d'un bien immobilier continueront à être déductibles du revenu jusqu'à la fin de l'année 2019.[132] Le fait que le prêt hypothécaire faisant l'objet de la résiliation anticipée soit remplacé par un nouveau contrat auprès du même prêteur n'était pas exigé. Ainsi, les autorités bernoises n'ont, dans un premier temps, pas procédé à la distinction entre les deux premières hypothèses préconisée par le Tribunal fédéral.[133]

Dans une nouvelle formulation de sa pratique administrative du 13 mars 2020, l'administration fiscale bernoise a toutefois décidé de reprendre strictement la typologie du Tribunal fédéral, à la suite de la clarification du traitement fiscal de l'indemnité de résiliation anticipée dans l'arrêt de 2019.[134] Les trois hypothèses ont alors été distinguées, et ces nouvelles règles jurisprudentielles ont été intégrées à la pratique bernoise dès l'année fiscale 2020.

3.3. Résumé intermédiaire

Pour résumer ces deux solutions, nous pouvons d'une part retenir que le canton de Lucerne a immédiatement intégré la nouvelle jurisprudence à sa pratique, y compris pour les procédures de taxation en cours. D'autre part, le canton de Berne a privilégié la continuation de sa pratique antérieure, en y intégrant à proprement parler la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'à compter de l'année fiscale 2020.

Wenger estime, à juste titre, que la solution bernoise est préférable par souci de prévisibilité, puisque les contribuables prennent régulièrement des dispositions en se fiant à la poursuite de la pratique en vigueur.[135]

4. Analyse de la jurisprudence

Tandis que la jurisprudence du Tribunal fédéral[136] a pu s'intégrer relativement en douceur aux pratiques cantonales, la doctrine lui a réservé un accueil pour le moins mitigé.

132 Tax-Info, Schuldzinsen, version du 13 juillet 2017.
133 De Mitri (nbp 109), p. 603.
134 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019.
135 Wenger (nbp 126), n° 59.
136 ATF 143 II 396 ; ATF 143 II 382 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019.

Les auteurs ont certes salué de manière quasiment unanime l'avancée majeure que représente la jurisprudence au regard de la sécurité juridique, et par là même de la planification.[137] Les traitements différenciés entre les cantons, ainsi que les problématiques de double imposition intercantonale découlant des pratiques disparates devraient ainsi être évitées à l'avenir.[138] Toutefois, plusieurs auteurs ont émis des critiques et soulevé des interrogations au sujet de la nouvelle jurisprudence ; il convient de les examiner relativement à chacune des trois hypothèses formulées par le Tribunal fédéral.

4.1. Distinction injustifiée entre les deux premières situations

Au regard de la première situation, De Mitri désapprouve la terminologie employée par le Tribunal fédéral qui, selon lui, témoigne du fait que « notre Haute Cour méconnaît les situations de résiliation anticipée ».[139] En effet, selon la jurisprudence, l'assimilation de l'indemnité à des intérêts passifs est justifiée en raison du maintien de la relation contractuelle avec le prêteur.[140] Cependant, la terminologie bancaire indique bien qu'il s'agit d'une résiliation, ce qui implique nécessairement que la relation contractuelle préexistante est interrompue. Le fait qu'un nouveau contrat présentant des conditions plus avantageuses soit conclu auprès de la même banque ne change pas le fait qu'il s'agit en principe d'un nouveau contrat de prêt. Il ne s'agit donc pas seulement d'une modification du taux d'intérêt, mais d'une nouvelle convention portant sur l'ensemble des éléments essentiels du contrat de prêt.[141]

Or, cette situation est matériellement identique à celle prévue par la deuxième hypothèse. Pour bon nombre d'auteurs, une distinction entre les deux premières situations n'est pas justifiée ; ils préconisent donc une *déduction à titre d'intérêts passifs dans les deux cas* (première et deuxième hypothèses, à savoir aussi bien en cas d'adaptation des conditions chez le même établissement financier qu'en cas changement d'établissement financier).

4.2. Continuation du lien nécessaire entre le prêt et l'indemnité

Gani, dont le Tribunal fédéral indique pourtant qu'il s'agit « du courant doctrinal [qui] doit être suivi »[142], spécifie expressément « qu'il n'apparaît pas déterminant que le nou-

137 Martin Byland, Indemnité de résiliation anticipée et impôts, in : L'expert fiduciaire (TREX) 2018, p. 102 ss., p. 103 ; De Mitri (nbp 109), p. 605.

138 Clerc/Fluckiger (nbp 103), p. 42.

139 De Mitri (nbp 109), p. 605.

140 ATF 143 II 382, consid. 5.3.1 : « une relation de prêt qui continue d'exister et qui n'est réaménagée qu'en ce qui concerne les conditions » ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019, consid. 2.2.1 : « [l]a relation de prêt avec l'ancien prêteur continue d'exister, mais le contrat de prêt initial est modifié avant la fin de la durée du contrat ».

141 De Mitri (nbp 109), p. 605.

142 ATF 143 II 396, consid. 2.3.

veau contrat soit conclu avec le même créancier ou avec un autre, cette donnée ne modifiant en rien la nature de l'indemnité ».[143] Pour sa part, Locher souligne que les indemnités de remboursement anticipé étant généralement fixées en tenant compte du montant du remboursement, de la durée résiduelle du contrat et de la différence entre le taux d'intérêt hypothécaire et le taux de replacement, il doit être admis que le lien nécessaire entre le prêt et l'indemnité existe, indépendamment du fait que le nouveau contrat soit conclu auprès d'une nouvelle banque.[144] Ces deux critiques sont néanmoins expressément écartées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de 2019, qui maintient que l'indemnité de résiliation anticipée ne peut dans ce cas pas bénéficier du même traitement fiscal que dans la première hypothèse.[145]

4.3. Situations économiques et comptables comparables

De Mitri rappelle tout d'abord que, selon la jurisprudence, la notion d'intérêt de la dette doit être comprise dans un sens économique indépendamment de sa forme, de sa désignation et du moment auquel le montant est versé[146]. Cette vision économique de la notion d'intérêts passifs rend dès lors la distinction entre les deux premières hypothèses « étonnante » pour l'auteur, puisque l'indemnité rémunère exactement le même phénomène économique dans les deux cas, *i.e.* une marge d'intérêts futurs. La banque détermine la marge d'intérêts qu'elle aurait dû percevoir si le contrat n'avait pas été résilié de manière anticipée, indépendamment de savoir si un nouveau contrat de prêt a été conclu auprès d'elle ou d'un autre donneur de crédit.[147] Autrement dit, malgré la rupture du lien entre le client et l'établissement financier, la nature de l'indemnité de base, à savoir ses caractéristiques économiques, ne sont pas modifiées.[148]

De plus, d'un point de vue comptable, l'auteur indique que les banques comptabilisent l'indemnité dans les deux situations comme un produit d'intérêt ; elles sont donc comptablement et économiquement exactement dans la même position dans les deux premières hypothèses.

Enfin, le calcul de l'indemnité est par ailleurs fixé sur les mêmes paramètres dans les deux cas, et il ne dépend pas de la conclusion d'un contrat hypothécaire auprès d'une nouvelle banque.[149]

143 Gani (nbp 94), p. 98.
144 Peter Locher, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer I, 2e éd., Bâle 2019, art. 33 LIFD, n° 23.
145 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019, consid. 2.2.3.
146 De Mitri (nbp 109), p. 604 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_142/2014 du 13 avril 2015, (publ. in :) RDAF 2015 II p. 458, consid. 2.3.1.
147 De Mitri (nbp 109), p. 604.
148 Liegeois, Indemnité (nbp 10), 809.
149 De Mitri (nbp 109), p. 605.

4.4. Planification fiscale et interdiction de l'abus de droit

Il est loisible à chacun, dans les limites du cadre fixé par le droit applicable, d'organiser son activité de façon à payer le moins d'impôts possible. L'économie d'impôt est en effet admise par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral.[150] Le contribuable peut choisir, parmi plusieurs comportements envisageables, ou formes juridiques à disposition, la structure la moins onéreuse fiscalement.[151] Le Tribunal fédéral souligne même que l'économie d'impôt n'est pas seulement permise, elle est également légitime, car elle représente un impératif d'une gestion raisonnable (« Gebot vernünftigen Haushaltens »).[152] La doctrine pour sa part relève que l'optimisation fiscale est une opération éminemment judicieuse pour les structures de fortune complexes, et relève même de bon sens, car celui qui ne pratique aucune planification fiscale gaspille ses ressources.[153] La planification fiscale, aussi appelée optimisation fiscale, est ainsi largement pratiquée.[154] Parmi d'autres exemples, on peut citer le changement de domicile dans un autre canton ou à l'étranger ou la réalisation d'un gain en capital plutôt que d'un rendement de participations.[155]

Toutefois, sous prétexte d'une économie fiscale, le contribuable ne saurait franchir la limite de l'interdiction de l'abus de droit.[156] Dans cette hypothèse, le contribuable risque alors de tomber dans un schéma d'évasion fiscale[157], qui, à certaines conditions, est susceptible d'être remis en cause.[158] Lorsque ces conditions sont remplies, l'imposition doit

---

150 Oberson (nbp 93), § 4, n° 20.

151 Les termes du Tribunal fédéral sont les suivants : « Hierzu ist vorab festzuhalten, dass es grundsätzlich jedermann freisteht, sich wirtschaftlich so zu betätigen, dass möglichst wenig Steuern geschuldet werden, d.h. zwischen mehreren Möglichkeiten rechtlicher Gestaltung jene zu wählen, welche die geringste Steuerbelastung zur Folge hat. » (ATF 98 Ib 314, consid. 3d).

152 Arrêt du Tribunal fédéral du 10 janvier 1994, (publ. in :) ASA 64 (1995/96) p. 80 ss., consid. 3b (arrêt cité in : Michael Beusch, Steuereinsparung zwischen Legalität und Steuerkriminalität, in : Zentrum für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht (zsis) 2010, Flash mensuel n° 10).

153 Trésor-Gauthier Mitongo Kalonji, L'impact des actions de l'OCDE et de l'UE contre l'évasion fiscale internationale sur les systèmes fiscaux des pays en développement, thèse (Neuchâtel), Bâle 2020, n° 647.

154 *Idem*, n° 646.

155 Oberson (nbp 93), §4, n° 20.

156 Pierre-Marie Glauser, Evasion fiscale et interprétation économique en matière de TVA : la lutte contre les abus dans l'impôt sur la consommation, in : Archives 75 p. 727 ss. (cit. : TVA), p. 759 : La délimitation entre planification fiscale autorisée et évasion fiscale prohibée est parfois difficile à faire.

157 L'économie d'impôt et l'évasion fiscale demeurent deux procédés qui ne sont pas répréhensibles pénalement, par opposition aux délits fiscaux que sont la soustraction d'impôt et la fraude fiscale (Laurence Cornu, Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique : les limites imposées par les principes généraux du droit, thèse (Lausanne), Zurich 2014, p. 240), dont il n'est toutefois pas question ici.

158 Selon la jurisprudence, il y a évasion fiscale lorsque les conditions suivantes sont réunies : a) la forme juridique choisie par le contribuable paraît insolite, inappropriée ou étrange, en tout cas inadaptée au but économique poursuivi (élément objectif) ; b) lorsqu'il y a lieu d'admettre que ce choix a été opéré abusivement, dans le seul but d'économiser des impôts qui seraient dus si les rapports de droit avaient

être fondée, non pas sur la forme juridique choisie par le contribuable, mais sur la situation qui aurait été appropriée au but économique poursuivi par celui-ci.[159] A cet égard, l'évasion fiscale entre en ligne de compte lorsqu'il apparaît particulièrement choquant, voire arbitraire, qu'une situation déterminée échappe à l'imposition. Elle concerne donc un état de fait et consiste à adapter la situation factuelle pour la faire entrer dans le champ d'application d'une norme existante.[160]

En l'occurrence, la distinction opérée par la jurisprudence entre la première et la deuxième hypothèses (cas de l'adaptation des conditions chez le même établissement financier, respectivement cas du changement d'établissement financier), difficilement justifiable à maints égards, comme décrit ci-dessus, pourrait aussi être problématique sous l'angle de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), voire ouvrir la porte à des possibilités d'abus de droit.

Comme vu précédemment[161], le critère jurisprudentiel déterminant pour qualifier l'indemnité d'intérêts passifs déductibles est le maintien de la relation contractuelle avec la banque ; un contribuable pourrait donc, par hypothèse, s'acquitter d'une indemnité de résiliation anticipée puis maintenir la relation contractuelle pendant seulement quelques mois, par exemple en contractant un nouveau prêt hypothécaire de courte durée résiliable tous les trois mois avec la même banque. A l'échéance de celui-ci, le contribuable change de banque mais pourrait quand même demander à déduire l'indemnité payée lors de la résiliation anticipée du premier contrat de son revenu imposable. Dans ces circonstances, l'emprunteur qui a changé immédiatement de banque et celui qui aurait seulement prolongé la relation contractuelle qu'il entretenait avec son ancienne banque de quelques mois se trouveraient sensiblement dans la même situation ; pourtant, le second bénéficierait d'un traitement fiscal nettement plus avantageux.[162]

Similairement, il peut être plus avantageux d'un point de vue fiscal pour le contribuable de faire valoir la déduction de l'indemnité au regard de l'impôt sur le revenu plutôt qu'au regard de l'impôt sur les gains immobiliers.[163] Une personne dont la situation tomberait normalement dans le champ de la troisième hypothèse aurait alors intérêt à la « dégui-

été aménagés de façon appropriée (élément subjectif) ; c) le procédé conduirait effectivement à une notable économie d'impôt s'il était admis par l'autorité fiscale.

159 Cf. not. arrêt du Tribunal fédéral 2C_1114/2018 du 7 juin 2019, consid. 5.2.

160 Pierre-Marie Glauser, Evasion fiscale, transposition et holdings d'héritiers, in : RDAF 2018 II p. 1 ss. (cit. : Transposition), p. 5.

161 Cf. *supra* III.2.1 et III.2.2.

162 Le risque est que le contribuable souscrive à un prêt à taux variable juste avant de vendre son immeuble pour pouvoir entrer dans le champ de la première hypothèse, au lieu de la troisième, au moment de verser l'indemnité.

163 Wenger (nbp 126), n° 50 : l'on peut notamment citer les cas de revenus extraordinaires, de longue durée de possession ou de vente à perte

ser » pour que l'indemnité soit assimilée à des intérêts passifs (impôt sur le revenu), et non à une impense (impôt sur les gains immobiliers). Wenger émet ainsi l'hypothèse d'un contribuable remplaçant dans un premier temps son contrat de prêt hypothécaire à taux fixe par un prêt à taux variable, avec une durée indéterminée auprès de la même banque, conformément aux circonstances prévues dans la première hypothèse. Ainsi, lorsqu'il prendrait la décision de vendre son bien immobilier, il pourrait résilier cette nouvelle hypothèque sans frais et n'aurait pas à s'acquitter de l'indemnité, ce qui l'aurait autrement placé dans la troisième situation.[164] Pour contrer cette stratégie, l'auteur suggère que la pratique des autorités fiscales impose un délai minimal avant lequel un prêt à court terme doit être conclu pour que l'indemnité de résiliation anticipée soit effectivement reconnue comme un intérêt passif.[165] Nous pouvons néanmoins supposer que de tels procédés seraient contrecarrés en étant qualifiés d'évasion fiscale ou d'abus de droit[166], même en l'absence des critères suggérés par l'auteur.

4.5. Contrat de prêt maintenu même en cas de changement de sûreté (vente de l'immeuble)

Enfin, Byland s'interroge au sujet de la troisième hypothèse : lorsque le contrat est résilié prématurément à la suite d'une vente immobilière, le Tribunal fédéral considère que l'indemnité de résiliation anticipée est indissociable de la vente de l'immeuble grevé. Cependant, ce dernier sert uniquement de gage pour la banque créancière ; le contrat de prêt peut par conséquent être maintenu, même en cas de changement de sûreté.[167] Implicitement, l'auteur remet donc en question l'existence d'un lien étroit et indissociable entre l'indemnité et la vente de l'immeuble.

5. Mise en relation de l'analyse civile et de l'analyse fiscale

Les développements du volet civil qui précèdent[168] appellent des remarques tenant compte des développements présentés ci-dessus sous l'angle fiscal.

La notion d'intérêts passifs (art. 33 al. 1 let. a LIFD) est une notion à rattachement économique, qui requiert ainsi un examen de l'ensemble des circonstances.[169]

164 *Ibid*.
165 *Ibid.*, il est suggéré que ce délai s'étende jusqu'à la fin de la période d'imposition au cours de laquelle l'indemnité a été déduite.
166 Sur les rapports entre évasion fiscale et abus de droit, cf. Mitongo Kalonji (nbp 153), n° 616.
167 Byland (nbp 137), p. 103.
168 Cf. *supra* II.3.3.2.
169 Liegeois, Indemnité (nbp 10), p. 809.

Par ailleurs, selon la théorie développée par Gani et reprise par le Tribunal fédéral dans l'arrêt francophone de 2017[170], il conviendrait d'analyser la nature de l'indemnité.[171] Elle pourrait tout d'abord consister en une « simple » clause pénale au sens des art. 160 ss CO, « ce qui signifie qu'elle est due indépendamment de tout dommage éprouvé par le créancier de la dette remboursée ». Dans ce cas-ci, elle serait complètement indépendante de la dette dont l'exigibilité serait avancée ; la condition du lien entre l'indemnité et la dette à laquelle elle se rapporterait, nécessaire pour être qualifiée d'intérêts passifs, ferait alors défaut. La déduction serait donc exclue lorsque l'indemnité consiste en une simple clause pénale au sens des art. 160 ss CO. Il en irait en revanche autrement lorsque l'indemnité est calculée en fonction du différentiel des taux hypothécaires et du manque à gagner du créancier qui ne percevrait pas les intérêts jusqu'à la fin de la durée initiale du contrat de prêt. Dans ce cas, l'indemnité représenterait une composante « d'intérêts futurs » directement liée à la dette, et « s'apparente davantage à une rémunération qu'à un dédommagement ou une pénalité »[172] ; elle pourrait donc être assimilée à des intérêts passifs au sens des art. 33 al. lit. a LIFD et 9 al. 2 lit. a LHID.[173]

Autrement dit, on peut s'interroger sur la situation dans laquelle le taux de replacement serait identique ou supérieur au taux d'intérêt hypothécaire, de sorte que l'emprunteur serait uniquement tenu de verser à la banque l'indemnité minimale convenue contractuellement, strictement à titre de clause pénale exclusive, et en l'absence de tout dommage éprouvé par la banque créancière.

Selon nous, la thèse de Gani ne doit en tout cas pas être entendue comme s'opposant à la déductibilité de l'indemnité minimale versée lorsque la banque a pu obtenir sur le marché monétaire ou des capitaux un revenu égal ou supérieur aux intérêts qu'elle aurait perçus. En d'autres termes, il n'y a pas lieu de refuser la déduction fiscale demandée des intérêts passifs uniquement car la banque créancière a bénéficié d'un taux de replacement fructueux, sous prétexte que le lien nécessaire entre l'indemnité et la dette à laquelle elle se rapporte fait défaut.

En définitive, le contribuable placé dans la première situation envisagée par la jurisprudence du Tribunal fédéral – soit la conclusion d'un nouveau contrat de prêt plus avantageux avec le même établissement financier – ***devrait pouvoir déduire l'indemnité au titre d'intérêts passifs, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une indemnité minimale ou non***. L'indemnité minimale a certes une fonction intrinsèquement répressive, et n'a pas pour vocation de compenser un dommage subi par la banque

170 ATF 143 II 396.
171 Gani (nbp 94), p. 97 ; ATF 143 II 396, consid. 2.3.
172 ATF 143 II 396, consid. 2.3 ; ATF 143 II 382, consid. 5.3.1.
173 *Ibid.*

du fait de la résiliation anticipée (puisqu'elle n'en a subi aucun). Toutefois, retenir que le lien nécessaire entre l'indemnité minimale et la dette à laquelle elle se rapporte fait défaut serait, selon nous, problématique du point de vue de l'égalité de traitement (art. 8 et 127 al. 2 Cst.), ce d'autant plus que la déduction des intérêts passifs (art. 33 al. 1 lit. a LIFD) suppose, en tant que déduction générale, une dépense réelle, nécessairement intervenue en l'occurrence.[174]

6. Conclusion intermédiaire

Pour résumer les enjeux fiscaux posés par l'indemnité de résiliation anticipée, trois points majeurs doivent être retenus.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral a statué en la matière dès 2017[175], et a définitivement clarifié sa position en 2019.[176] Il a ainsi conféré à la typologie qu'il a instituée la qualité de solution globale ; ces trois arrêts doivent donc se lire de concert.

De plus, le système uniforme instauré par le Tribunal fédéral a mis fin à de longues années de pratiques disparates entre les cantons, pouvant notamment mener à des problèmes de double imposition intercantonale. La nouvelle jurisprudence s'est aisément intégrée à leurs pratiques respectives, chacun ayant recouru à diverses solutions pour s'adapter au régime instauré par notre Haute Cour.

Enfin, bien que la doctrine ait émis des critiques et des inquiétudes, notamment quant aux possibilités d'abus de ce nouveau système par les contribuables, le faible nombre d'arrêts postérieurs à 2019 publiés à ce sujet semble témoigner de la praticabilité de la nouvelle jurisprudence en pratique.

IV. Conclusion

Une présentation des clauses utilisées en pratique et leur analyse comparative a permis de tracer leurs grandes lignes communes concernant les conséquences de la fin anticipée du contrat (indemnité). La qualification juridique de clause pénale exclusive doit être préférée, par souci de clarté et d'équité, celle-ci permettant du reste à l'indemnité de résiliation anticipée d'être réduite si le juge devait admettre son caractère excessif (art. 163 al. 3 CO). Un bref aperçu du droit européen a par ailleurs mis en exergue la prépondérance qu'accorde le droit suisse à la liberté contractuelle et aux intérêts du prêteur.

Le traitement fiscal réservé par la jurisprudence à l'indemnité de résiliation anticipée pointe vers la distinction entre trois situations dans lesquelles une telle indemnité se-

[174] Oberson (nbp 93), § 3, n° 23 et 24 et les références citées : l'analyse, sous l'angle de l'égalité de traitement, viserait alors l'aménagement de l'imposition.

[175] ATF 143 II 396 et ATF 143 II 382.

[176] Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2019 du 16 décembre 2019.

rait versée (cas de l'adaptation des conditions chez le même établissement financier ; cas du changement d'établissement financier ; cas de la vente du bien), qui concernent potentiellement deux impôts (impôt sur le revenu, impôt sur les gains immobiliers). La typologie instaurée par le Tribunal fédéral fait néanmoins l'objet de critiques, à notre sens fondées.