



Avis de droit / Gutachten

2008.3 (p. 30-67)

De la constitutionnalité d'une réduction de l'imposition des dividendes et participations relevant de la fortune commerciale ou privée, sans l'introduction d'un impôt sur les gains en capital

Von der Verfassungsmässigkeit einer Milderung der Dividenden- und Beteiligungsbesteuerung im Geschäfts- oder Privatvermögen ohne Einführung einer Kapitalgewinnsteuer

Etienne Grisel, Professeur ordinaire de droit public suisse à l'Université de Lausanne

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

Mots clés: Allègement de la double imposition économique par le biais d'une imposition partielle; principes de l'égalité fiscale et de l'imposition selon la capacité économique; neutralité du mode de financement et de la forme juridique des entreprises; croissance économique.

Stichwörter: Die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung mittels Teilbesteuerung; die Grundsätze der Steuergleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; die Finanzierungs- und die Rechtsformneutralität der Unternehmen; das Wirtschaftswachstum.

Termini chiave: La riduzione della doppia imposizione economica attraverso un'imposizione parziale; i principi dell'uguaglianza fiscale e dell'imposizione secondo la capacità economica; la neutralità del finanziamento e della forma giuridica dell'impresa; la crescita economica.

Regeste:

L'imposition partielle est compatible avec les art. 8 et 127 de la Constitution, car elle n'outrepasse pas l'importante marge d'appréciation que la doctrine et la jurisprudence laissent au législateur. Les projets controversés du Conseil des Etats et du Conseil national se fondent sur des bases objectives. Ils visent à alléger la double imposition dont les gains des entreprises et les dividendes sont actuellement frappés – une pratique considérée comme contraire au principe de l'égalité de traitement. Les projets visent par cette voie à inciter les entrepreneurs à verser davantage de dividendes. Du point de vue juridique, les dividendes se distinguent d'autres revenus des biens tels que par exemple les revenus locatifs ou les revenus de l'épargne. La réforme ne s'oppose en aucune manière aux objectifs de la législation fiscale. Elle vise uniquement à empêcher que le même objet soit imposé deux fois, et prend simultanément en compte les réformes les plus récentes, menées dans de nombreux cantons. Les projets parlementaires sont ainsi compatibles avec les principes de l'égalité fiscale et de l'imposition selon la capacité économique. Ils peuvent être adoptés sans qu'il soit obligatoire d'introduire simultanément un impôt sur les gains en capital – impôt qui n'existe par ailleurs dans aucun canton et a été rejeté à une nette majorité par le peuple et les cantons en 2001. La réforme prévue ne porte globalement pas atteinte à des intérêts publics généraux prépondérants; elle poursuit au contraire d'importants intérêts généraux, notamment la neutralité du mode de financement et de la forme juridique des entreprises ainsi que la croissance économique. Cette dernière est un objectif imposé à la Confédération par la Constitution.

Regeste:

Die Teilbesteuerung ist mit Artikel 8 und 127 BV vereinbar, denn sie reicht nicht über den grossen Ermessensspielraum hinaus, den Lehre und Rechtsprechung dem Gesetzgeber gewähren. Die strittigen Entwürfe von Ständerat und Nationalrat stützen sich auf objektive und sachliche Grundlagen. Sie streben danach, die gegenwärtige – der Rechtsgleichheit eben gerade zuwiderlaufende – wirtschaftliche Doppelbelastung des Unternehmensgewinns und der Dividendenausschüttung zu mildern. Damit versuchen sie, die Unternehmer zu einer vermehrten Dividendenausschüttung zu ermuntern. Vom rechtlichen Standpunkt aus unterscheiden sich Dividenden von anderen Vermögenserträgen, wie beispielsweise Mieteinkünften oder Sparzinsen. Die Reform untergräbt die Ziele der Steuergesetzgebung in keiner Art und Weise. Sie will lediglich verhindern, dass derselbe Gegenstand zwei Mal besteuert wird, und trägt gleichzeitig den jüngsten Reformen Rechnung, die in zahlreichen Kantonen realisiert wurden. So gesehen sind die parlamentarischen Entwürfe mit den Grundsätzen der Steuergleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar. Sie können verabschiedet werden, ohne dass gleichzeitig zwingend eine Kapitalgewinnsteuer eingeführt werden muss, die im Übrigen in keinem Kanton existiert und von Volk und Ständen im Jahre 2001 eindeutig verworfen wurde. Die geplante Reform beeinträchtigt als Ganzes gesehen kein überwiegendes öffentliches Interesse; vielmehr verfolgt sie wichtige allgemeine Interessen, namentlich die Finanzierungs- und Rechtsformneutralität der Unternehmen sowie das Wirtschaftswachstum, das eine der Zielsetzungen ist, welche die Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft aufträgt.

Regesto:

L'imposizione parziale è compatibile con gli articoli 8 e 127 Cost., poiché non va oltre l'ampio margine di discrezionalità che la dottrina e la giurisprudenza concedono al legislatore. I progetti controversi del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati poggiano su basi obiettive e oggettive e aspirano a ridurre l'attuale – e contraria all'uguaglianza giuridica – doppia imposizione economica sugli utili delle imprese e della distribuzione dei dividendi. Questi progetti mirano a incitare le imprese a distribuire maggiormente i dividendi. Dal punto di vista giuridico, i dividendi si distinguono dagli altri redditi patrimoniali, come ad esempio i redditi da pigioni o gli interessi dei capitali a risparmio. La riforma non concerne in alcun modo gli obiettivi della legislazione fiscale, ma impedisce solamente che lo stesso oggetto sia tassato due volte e prende in considerazione al contempo le riforme più recenti attuate in numerosi Cantoni. Sotto questo aspetto, i progetti parlamentari sono compatibili con i principi dell'uguaglianza fiscale e dell'imposizione secondo la capacità economica. Possono quindi essere approvati senza che sia necessariamente introdotta l'imposta sui guadagni in capitali che tra l'altro non esiste in alcun Cantone ed è stata chiaramente respinta dal Popolo e dai Cantoni nel 2001. La riforma prevista, considerata nel suo insieme, non nuoce gli interessi preponderanti pubblici; persegue invece gli interessi generali importanti, segnatamente la neutralità del finanziamento e delle forme giuridiche delle imprese nonché la crescita economica, che costituisce uno degli obiettivi sanciti dalla Costituzione della Confederazione svizzera.

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

Rechtliche Grundlagen: Art. 8 und 127 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

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

I. LES DONNEES DU PROBLEME

A. Le projet du Conseil fédéral

Dans son Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements¹, le Conseil fédéral exposait que la réforme tendait à atténuer les surimpositions injustifiées, notamment celle des dividendes versés aux actionnaires. Aussi proposait-il de limiter cette imposition à 80% dans le cadre de la fortune privée et à 60 % s'agissant de la fortune commerciale. Il rappelait que les gains d'aliénation provenant de titres privés resteraient exonérés. Cependant, il voulait soumettre l'ensemble des entreprises à l'impôt sur le capital et prendre des mesures en faveur des sociétés de personnes. Quant à l'allègement de la double imposition économique du dividende, il souhaitait l'étendre à l'ensemble des associés, sans fixer de participation minimale.

Pour une part importante, les considérations émises par le gouvernement se fondaient sur les études entreprises par la Commission d'experts pour une imposition neutre des entreprises quant à la forme (ERU). Celle-ci faisait observer que trois membres seulement de l'OCDE (Irlande, Pays-Bas et Suisse) connaissent encore le système classique de la double imposition économique de la personne morale et de l'actionnaire. En substance, la Commission recommandait l'introduction d'un impôt sur l'entreprise indépendant de la forme juridique, combiné avec une imposition partielle : 1. des rendements provenant des participations à ces entreprises ; 2. des gains provenant de la vente de participations déterminantes. Elle estimait que, pour éviter la double imposition, il convenait de modifier avant tout l'impôt sur le revenu de l'actionnaire. Cette considération conduisait l'ERU à proposer une imposition partielle du dividende de 60%, la double imposition pouvant être tenue pour éliminée lorsque la somme de l'impôt sur le bénéfice de la société et sur le revenu procuré par les dividendes reçus correspond à celle qu'un associé comparable d'une société en nom collectif devrait payer sur son propre bénéfice tiré d'une activité indépendante².

D'une manière générale, le but de la réforme préconisée par le Conseil fédéral était de renforcer l'attrait de la place économique suisse et d'améliorer les performances de l'économie nationale. À cet égard, la double imposition économique des dividendes paraît être un inconvénient, car elle n'est pas neutre quant au financement des entreprises et nuit par conséquent à leur efficacité³. Le Conseil fédéral répondait d'ailleurs à un grand nombre d'interventions parlementaires, motions ou initiatives individuelles, qui réclamaient une diminution plus ou moins sensible de la double imposition économique⁴. En consultation, l'exécutif avait présenté divers modèles et, au vu des résultats, il proposait la réduction précitée à 80% pour la fortune privée et à 60% pour la fortune commerciale, sans introduire de contribution sur les gains d'aliénation, les cantons étant par ailleurs libres de régler à leur guise l'imposition des bénéfices distribués⁵.

Ce changement paraissait indispensable à l'exécutif, non pas seulement pour redresser une inégalité de traitement, mais encore pour éviter que la surcharge fiscale amène les agents économiques à modifier leur comportement, les bénéfices étant distribués à un taux particulièrement bas dans notre pays⁶. Voilà pourquoi le Conseil fédéral préconisait une atténuation de la double imposition sur tous les dividendes de la fortune privée, à l'exclusion toutefois des parts à des fonds de placement ou à des sociétés analogues, dès lors que leurs propriétaires n'ont aucune influence directe sur les agissements d'une société de capitaux détermi-

¹ FF 2005, p. 4469.

² FF 2005, p. 4484.

³ Ibidem p. 4503 ss.

⁴ Ibidem p. 4510 ss.

⁵ Ibidem p. 4524 ss.

⁶ Ibidem p. 4529.

née. Or, ce qu'il convient d'éviter, c'est précisément que la surimposition incite les investisseurs à diminuer la distribution des dividendes.

En définitive, le projet du Conseil fédéral prévoyait une imposition partielle des rendements produits par des participations de la fortune commerciale, à concurrence de 60%, si elles sont au moins égales à 10% du capital-actions et ont été la propriété du contribuable ou de l'entreprise de personnes pendant un an au moins (article 18b nouveau LIFD)⁷. Dans les autres cas, les bénéfices sont entièrement imposables, comme par le passé. En outre, l'article 20, alinéa 1bis lettre a, nouveau, prévoit que le rendement des droits de participation de la fortune privée est soumis à une imposition partielle à hauteur de 80%⁸. Ainsi, l'imposition partielle des bénéfices distribués diminue la charge fiscale marginale, les cantons demeurant libres de fixer le taux de l'imposition partielle et de faire ou non une différence entre les participations qualifiées ou non qualifiées. Cette solution implique une neutralité du financement qui entraînera d'importants gains d'efficacité économique en faisant baisser la charge fiscale marginale des sociétés de capitaux. Elle garantit également un équilibre entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes, la neutralité de la forme juridique étant assurée, du moins en moyenne. Ainsi, le législateur améliore l'équité fiscale « dans le sens de l'uniformité de l'imposition » et rapproche le système de la neutralité du financement et de la forme juridique⁹.

B. Les projets des Chambres fédérales

Les deux Chambres ont débattu de la réforme fiscale, le Conseil des Etats le 13 juin 2006, le Conseil national les 21 septembre et 4 octobre. Des divergences ont surgi au cours des délibérations, si bien que la navette parlementaire se poursuivra. Mais elle a déjà fait apparaître une position majoritaire, qui s'est manifestée lors du débat d'entrée en matière, puis dans les discussions sur les articles.

1. Le débat d'entrée en matière

a. Au **Conseil des Etats**, la discussion a d'abord porté sur une proposition de la minorité qui demandait le renvoi du projet au Conseil fédéral, proposition qui fut rejetée par 34 voix contre 8¹⁰. Le rapporteur de la Commission rappela que la Commission avait, dans sa majorité, opté pour un système d'imposition partielle qualifiée, abaissant les pourcentages d'imposition des dividendes à 50% pour la fortune commerciale et à 60% pour la fortune privée. Elle cherche ainsi à inciter les sociétés à distribuer davantage leurs bénéfices, afin que ceux-ci ne soient pas « immobilisés » dans l'entreprise. Cependant, elle a limité ce changement aux participations d'au moins 10 % du capital-actions ou du capital social, de manière à donner davantage de responsabilités aux entrepreneurs et de récompenser leurs succès. Il s'agit également de rapprocher la Suisse des pays voisins et d'infléchir le comportement frileux des entreprises lors de la distribution des dividendes. Quant au pourcentage minimal de participation qualifié de 10%, il a été introduit par la plupart des cantons, dont plusieurs sont déjà allés dans la même direction voire plus loin encore. Or aujourd'hui, ils sont libres de décider s'ils veulent prévoir une imposition partielle et de désigner le pourcentage. En revanche, pour ce qui est de la part minimale de participation qui sera exigée, elle doit être ancrée dans la loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, du 14 décembre 1990¹¹). En définitive, le rapporteur de la Commission reconnaissait que la réforme diminuerait les rentrées fiscales de la Confédération et des cantons à court

⁷ Ibidem p. 4579 ; Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11.

⁸ Ibidem p. 4580.

⁹ Ibidem p. 4593-4 ; 4600.

¹⁰ BOCE 2006, p. 424 à 432.

¹¹ RS 642.14.

terme, mais qu'elle serait favorable aux entreprises, et à l'Etat également à plus long terme¹².

Le rapporteur a été soutenu par plusieurs orateurs, qui ont relevé la baisse du taux d'imposition dans maint Etat européen et la concurrence internationale que la Suisse doit affronter. La double imposition économique lèserait en particulier les investisseurs qui mettent à la disposition d'une petite ou moyenne entreprise un capital-risque : en cas de perte, celui-ci subira une diminution ; s'il y a des bénéfices, ceux-ci seront imposés dans le cadre de l'entreprise et ensuite les dividendes versés à l'actionnaire seront encore une fois pris en compte dans le cadre de l'impôt fédéral direct et des impôts cantonaux. Une atténuation sensible de la double imposition économique se justifie donc, et elle doit être plus forte que ne le propose le projet du Conseil fédéral, lequel ne suffira pas à faire changer les comportements et à encourager les versements de dividendes plus élevés¹³. Suivant un député, un taux de 50% serait d'autant plus adéquat qu'il se rapprocherait des révisions déjà opérées dans la plupart des cantons¹⁴. Un autre orateur a fait observer que le faible versement des dividendes pendant des décennies augmente le poids de la société et la rend difficilement vendable¹⁵.

Une députée opposée à l'entrée en matière releva qu'il faudrait introduire un impôt sur les gains de participation, afin de rétablir un équilibre. Elle exprima la crainte qu'une atténuation du pourcentage d'imposition encourage le versement de dividendes en lieu et place du salaire, au détriment des assurances sociales¹⁶. A cela, un orateur répondit que le projet était déjà équilibré puisque la fortune privée et ses gains sont imposés à plusieurs titres. Quant à l'impôt sur les gains en capital, les arguments qui ont conduit à son rejet lors de la votation populaire de décembre 2001 n'ont pas perdu leur validité¹⁷.

b. Le débat du Conseil national le 21 septembre 2006 donna également l'occasion aux députés de s'exprimer sur les principes. Le rapporteur de la Commission indiqua que celle-ci avait opté pour un taux unique de 50%, tant pour la fortune privée que commerciale, afin de simplifier les choses. Toutefois, comme le Conseil des Etats, elle est d'avis que l'innovation doit être limitée aux participations d'au moins 10% du capital actions, pour alléger la facture fiscale des petites et moyennes entreprises et répondre à la concurrence internationale, dans le dessein de garantir la prospérité de l'économie suisse¹⁸.

Le point de vue de la majorité fut soutenu par plusieurs orateurs : l'un dénonçait la criante injustice causée par la double imposition économique des sociétés et des détenteurs de capital¹⁹ ; l'autre faisait valoir la position des cantons et la nécessité de favoriser les PME²⁰ ; un troisième rappela que la participation exigée d'au moins 10% avait été introduite à la demande insistante des cantons, qui voulaient alléger la charge des PME et non pas celle des nombreux et riches actionnaires qui possèdent ici ou là quelques actions et cherchent en priorité un gain en capital²¹ ; un quatrième souligna que l'impôt sur la fortune de l'entrepreneur est sans doute un frein majeur à l'innovation dans notre pays²² ; un dernier orateur releva que la condition d'une participation minimale permettait de cibler les entreprises de petite taille dont les actionnaires sont souvent des membres de la famille²³.

¹² M. Germann, BOCE 2006, p. 425.

¹³ Forster-Vannini, BOCE 2006, p. 428.

¹⁴ Leumann-Würsch, ibidem p. 430.

¹⁵ Jenny, ibidem.

¹⁶ Sommaruga, BOCE 2006, p. 426.

¹⁷ Lauri, ibidem p. 427-8.

¹⁸ Imfeld, BOCN 2006, p. 1261.

¹⁹ De Buman,, ibidem p. 1266 .

²⁰ M. Wandfluh, ibidem p. 1268.

²¹ Bühler, ibidem p.1269.

²² Noser, BOCN 2006, p.1468.

²³ Rime, ibidem, p. 1273.

Du côté des opposants, on reprochait au projet de ne pas respecter le principe fondamental de l'imposition selon la capacité contributive et d'avantager les actionnaires au détriment des travailleurs, voire des petits actionnaires qui possèdent moins de 10% du capital-actions. Tel qu'il était, le projet manquait également un des buts principaux de la réforme, soit l'imposition neutre des entreprises quant à la forme, car les sociétés de capitaux seront favorisées par rapport aux sociétés de personnes. Quant à la double imposition économique qu'il s'agirait d'éviter, elle n'a pas de réalité, sauf dans les cas où la distribution des dividendes s'élève à 70% des gains réalisés, ce qui est rare. En outre, il n'est pas établi que les avantages accordés à la distribution des dividendes seront favorables à la croissance économique ; ils pourraient même aller à fin contraire, dès lors qu'ils incitent au « désinvestissement » dans les entreprises²⁴. D'autres députés ont également fait valoir que la double imposition n'existe pas en fait, car l'entreprise, tout comme le propriétaire d'actions, profite des prestations de l'Etat et tous deux doivent donc être appelés à payer des impôts²⁵. Il s'agit d'ailleurs de deux personnes juridiquement distinctes²⁶.

Un point particulier mérite d'être souligné : devant le Conseil des Etats, une députée avait exprimé la crainte que l'abaissement du pourcentage encourage le versement de dividendes en lieu et place du salaire, au détriment des cotisations aux assurances sociales. Devant le Conseil national, un député répondit que l'ordonnance relative à la nouvelle loi ou la pratique fiscale devraient introduire des dispositions pour lutter contre d'éventuels abus ; au demeurant, les entrepreneurs ne sont pas en droit de fixer librement leur salaire, qui est déterminé par l'autorité fiscale, généralement à un niveau élevé, ce qui rend nécessaire un revenu complémentaire sous la forme de dividendes, pour payer ses impôts et subvenir à ses besoins personnels²⁷.

2. La discussion des articles

a. S'agissant de la discussion et des décisions au sujet des dispositions légales topiques, le **Conseil des Etats** a d'abord décidé, suivant la proposition de la majorité de sa Commission, d'introduire un article 18b nouveau qui abaisse l'imposition des revenus produits par les participations de la fortune commerciale à un taux de 50%, lorsque ces droits équivalent à au moins 10% du capital actions et qu'ils ont été la propriété du contribuable pendant un an au moins²⁸. La Chambre des cantons a, de surcroît, ajouté à l'actuel article 18, alinéa 2, LIFD un alinéa qui réserve l'article 18b²⁹. La discussion a également porté sur un alinéa 2bis de l'article 18, que le Conseil des Etats précise en prévoyant : « Les bénéfices provenant de l'aliénation de titres et d'autres placements financiers qui ne proviennent pas de la fortune qui est en rapport fonctionnel avec une exploitation dirigée par le contribuable ne constituent pas des revenus d'une activité lucrative indépendante. » Le but de cette adjonction est de distinguer aussi clairement que possible le commerce quasi professionnel de titres et la gestion purement privée, point sur lequel la jurisprudence du Tribunal fédéral créerait des incertitudes et ne serait pas conforme à la volonté du législateur³⁰.

b. Quant au **Conseil national**, il a modifié le projet d'article 18b, alinéa 1 en prévoyant que les dividendes sont imposables à hauteur de 50%, lorsque les droits de participation équivalent à au moins 10% du capital action ou du capital social³¹. A l'article 20, le **Conseil des Etats** adopta un alinéa 1 bis au terme duquel les dividendes et les parts de bénéfices sont imposables à hauteur de 60%, lorsque ces droits équivalent à au moins 10% du capital ac-

²⁴ Leutenegger Oberholzer, ibidem p. 1262.

²⁵ Fehr, ibidem, p.1264.

²⁶ Berset, BOCE 2006, p.434. Leutenegger Oberholzer, BOCN 2006, p. 1277.

²⁷ Wandfluh, ibidem, p. 1268, 1279 ; De Buman, p.1282.

²⁸ BOCE 2006, p. 433-7.

²⁹ Ibidem, p. 438.

³⁰ Ibidem, p. 441, Schiesser, p.442, Leumann Würsch ; BOCN 2006, p.1474, De Buman.

³¹ BOCN 2006, p. 1277ss.

tion³². Puis le **Conseil national** a modifié le texte du Conseil des Etats en prévoyant une imposition à hauteur de 50%³³.

c. Le **Conseil des Etats** a également modifié le projet d'article 7, alinéa 1, LHID qu'avait présenté le Conseil fédéral : le texte amendé prévoit qu'en cas de dividendes provenant de participations équivalant au moins à 10% du capital, les cantons peuvent atténuer la double imposition économique au moyen de l'imposition partielle. En revanche, il décida de maintenir tels quels les alinéas 1ter et 1quater de l'article 7 LHID, proposés par le Conseil fédéral³⁴. En revanche, l'alinéa 1bis de l'article 7 a été biffé. Le **Conseil national** s'est rallié à la version de l'article 7 LHID voté par le Conseil des Etats³⁵.

d. Dans l'ensemble des débats, la question de la constitutionnalité du projet n'a été évoquée qu'en passant, par quelques orateurs opposés à la réforme, lesquels faisaient valoir une violation du principe d'égalité et notamment de l'exigence de l'imposition selon la capacité contributive³⁶. En revanche, elle fut abordée par le Conseiller fédéral Merz, qui releva le danger de traiter légèrement un problème délicat, abondamment analysé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁷.

II. LA SOLUTION DU PROBLEME

A. L'énoncé des principes

a. La constitutionnalité des lois fédérales en matière fiscale est subordonnée au respect des principes définis par les articles 8 et 127 Cst. Ceux-ci énoncent d'une manière qui n'est pas nécessairement exhaustive les principes essentiels qui gouvernent la fiscalité : l'égalité de traitement avant tout, puis ses succédanés qui ne font guère que concrétiser davantage le précepte d'égalité dans le domaine fiscal précisément : l'universalité de l'impôt et la capacité économique des contribuables. En d'autres termes, les « principes régissant l'impôt » relèvent de l'exigence plus générale de l'égalité d'imposition.

Suivant l'**universalité de l'impôt**, tous les contribuables doivent être imposés selon la même réglementation juridique : ils sont soumis, non seulement à une règle uniforme, mais sont également chargés de manière identique lorsqu'ils se trouvent dans la même situation. Dans cette perspective, l'imposition devrait être neutre, afin d'assurer que toutes les entreprises font l'objet de traitements semblables³⁸. Il suit également de là que le cercle des contribuables doit être tracé de manière que toutes les personnes soient astreintes à payer l'impôt en fonction de leur capacité contributive et que l'assiette de l'impôt soit définie de façon à ne pas exclure indûment certains éléments³⁹.

Quant au principe de la « **capacité économique** », il se rattache aussi au principe de la proportionnalité de la charge fiscale⁴⁰ ; il a d'ailleurs conduit à un impôt progressif sur le revenu global net, adapté à la situation personnelle du contribuable.

Le principe d'égalité énoncé par l'article 8 Cst. et quelque peu précisé par l'article 127 alinéa 2 demeure une maxime d'ordre tout à fait **général**, l'égalité étant un concept indéterminé et tellement vague, qu'en soi il est de peu d'utilité dans le langage et le raisonnement juridiques. En réalité, l'égalité renvoie à l'idée de justice ; elle échappe à une définition juridique

³² BOCE 2006, p. 437-8.

³³ BOCN 2006, p. 1472.

³⁴ BOCE 2006, p.446-7.

³⁵ BOCN 2006, p. 1484.

³⁶ Leutenegger Oberholzer, BOCN 2006, p. 1262, 1279 ; Rechteiner, ibidem, p. 1469.

³⁷ BOCN 2006, p.1469-70.

³⁸ ATF 114 IA 224 ; 109 IA 315 ; 96 I 566.

³⁹ ATF 112 IA 244.

⁴⁰ ATF 122 I 305.

précise. C'est pourquoi la pratique se contente de formules d'autant plus abstraites que l'égalité est un principe général applicable à toutes les collectivités publiques et à chacun des organes officiels, en particulier au législateur.

Dans la mesure où les articles 8 et 127 imposent des obligations aux auteurs de la loi, ils leur enjoignent, dans un sens **positif**, « d'appliquer un traitement juridique semblable à des situations de fait semblables et un traitement juridique différent à des situations de fait différentes »⁴¹. Dans un sens **négatif**, le Tribunal fédéral juge qu'un texte normatif « est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente ; cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifiés se rapportent à une situation de fait importante »⁴².

b. Si le champ d'application des articles 8 et 127 n'est pas limité, le **contrôle judiciaire** ne s'étend toutefois pas aux lois **fédérales**, suivant l'article 190 Cst. qui remplace l'ancien article 191 désormais. Autrement dit, la réforme fiscale envisagée par les Chambres fédérales bénéficie d'une immunité et ne pourra être revue par aucune juridiction. Certes, cela ne dispense pas le Parlement de son devoir de veiller à la constitutionnalité de son projet. Toutefois, si le constituant a refusé de soumettre la législation fédérale au contrôle du juge, c'est précisément pour laisser au législateur une certaine marge de manœuvre dont il est libre d'user. Cette remarque a d'autant plus de portée que, dans les cas où le Tribunal fédéral est compétent pour vérifier la constitutionnalité des lois **cantoniales**, il fait néanmoins preuve d'une grande retenue dans l'application du principe de l'égalité dans la loi.

Cette réserve qu'observe le juge se justifie à deux égards : d'une part, l'organe judiciaire doit respecter les prérogatives qui sont dévolues par la Constitution au législateur, sous peine de mettre en péril la séparation des pouvoirs et la souveraineté populaire ; dans un pays où la loi est faite par un Parlement librement élu et soumise au référendum, le juge ne saurait empiéter sans raisons importantes sur le pouvoir politique. En seconde ligne, le principe d'égalité, qui est énoncé sous une forme abstraite et lapidaire, est essentiellement **relatif** et ne dicte pas souvent la solution des problèmes posés ; il saute aux yeux que le législateur ne saurait traiter tous les individus de la même façon ni donner une seule solution à tous les problèmes que fait naître la vie en société ; la loi n'est donc juste que si elle tient compte de l'ensemble des faits et, dès lors, de la diversité des situations qui peuvent se présenter ; dans ces conditions, il serait difficile au juge de considérer qu'il détient une vérité absolue et des recettes toutes faites, l'égalité renvoyant à l'idée d'équité qui est de nature intrinsèquement subjective.

En conséquence, la pratique du Tribunal fédéral est certes pertinente lorsqu'il s'agit d'analyser la conformité de la loi fédérale à la Constitution. Mais elle doit être analysée avec une certaine réserve. Au surplus, elle fait elle-même preuve d'une grande modération, car elle tient pour inconstitutionnelles seulement les dispositions qui sont manifestement inéquitables, ne se fondent sur « aucun motif raisonnable »⁴³ ou paraissent dépourvues « de base objective et sérieuse »⁴⁴. En d'autres termes, dans la mesure où il est compétent, le juge constitutionnel limite son intervention aux cas d'abus de pouvoir ou d'excès évident des limites de celui-ci. Il ne substitue pas sa propre appréciation à celle du législateur⁴⁵.

c. Naturellement, le principe d'égalité n'a pas exactement la même portée dans tous les domaines où il trouve application. Le contenu de la législation, la matière à laquelle elle se rapporte sont pertinents. Dans le domaine particulier de l'**imposition**, les exigences sont, d'un côté, particulièrement strictes ; toutefois d'un autre côté, le sujet est tellement complexe et

⁴¹ ATF 103 IA 519.

⁴² ATF 123 I 243.

⁴³ ATF 122 I 313.

⁴⁴ ATF 92 I 98 ; voir ATF 113 IA 149 ; 110 IA 13 ; 109 IA 124-5.

⁴⁵ AT 109 IA 124-5.

fait appel à tant de considérations divergentes, que l'application du principe d'égalité est souvent difficile et sujette à la controverse.

Dans un des rares arrêts assez récents, le Tribunal fédéral a rappelé les lignes de conduite qui découlent de la **jurisprudence**. A défaut d'arrêt vraiment topique sur la question précise qui doit être tranchée dans le cas présent, il n'y a rien d'autre à faire que suivre les pistes plutôt larges qu'indique la pratique. D'après le principe de l'égalité de l'imposition tel que le conçoit le Tribunal fédéral, « les personnes qui sont dans des situations semblables doivent être soumises aux impôts d'une manière identique et les différences de faits essentiels doivent entraîner des charges fiscales différenciées correspondantes »⁴⁶. Quant au principe de l'universalité de l'imposition, il interdit « d'exonérer des personnes ou des groupes de personnes sans motifs objectifs : les charges financières de la collectivité publique qui résulte des tâches d'intérêt public doivent être supportées par tous les citoyens »⁴⁷. Selon le principe de la proportionnalité à la capacité contributive, « des exonérations de même que des abattements se justifient lorsqu'ils se fondent sur des motifs objectifs, c'est-à-dire sur des différences de fait objectives et précises »⁴⁸. L'encouragement d'objectifs non fiscaux par des charges ou des allègements d'impôts n'est admissible qu'à certaines conditions : les mesures fiscales doivent être appropriées au buts extra fiscaux visés ; elles ne doivent pas porter atteinte au principe de la proportionnalité à la capacité contributive, sauf motifs pertinents, objectivement clairs et raisonnables »⁴⁹. Enfin, « il convient de procéder à une pesée des intérêts... afin de déterminer si l'intérêt public à la mesure de dirigisme fiscal justifie l'atteinte à la capacité contributive ... »⁵⁰.

d. Les auteurs de la loi fédérale sont eux-mêmes les juges des normes qu'ils édictent, puisque celles-ci échappent au contrôle du Tribunal fédéral. S'ils sont astreints au respect de la Constitution, ils n'ont pas à se montrer plus sévères pour eux-mêmes que ne le serait le juge constitutionnel, s'il existait. Il doivent donc prendre la décision qui leur paraît à la fois la plus équitable et la mieux adaptée à l'intérêt général, sachant d'ailleurs que la solution finale pourra être donnée par le peuple, dont le droit de référendum remplace ici, en quelque sorte, la juridiction constitutionnelle manquante.

Même si celle-ci existait, le juge reconnaîtrait qu'il « doit faire preuve de réserve, spécialement pour des questions dont la solution dépend dans une large mesure de facteurs politiques »⁵¹. La loi est d'abord une œuvre politique, en effet, et il ne conviendrait pas que le juge substitue son appréciation subjective à celle du législateur. Quand on est chargé d'examiner si un projet de loi se conforme ou non au principe d'égalité, il faut donc se garder de faire prévaloir ses conceptions personnelles de l'équité et de choisir à sa guise les critères d'évaluation. Dans un Etat démocratique, le législateur, formé du peuple et du Parlement, est présumé avoir une conception au moins défendable de la justice. Cette présomption est renversée seulement si les normes adoptées sont vraiment insoutenables. Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs l'inégalité en matière fiscale comme un cas particulier d'arbitraire⁵².

B. L'application des principes

Toute différence de traitement ne s'analyse pas nécessairement comme une inégalité au sens constitutionnel du terme. Autrement dit, certaines différenciations sont admissibles, voire nécessaires, tandis que d'autres sont inacceptables et contraires aux articles 8 et 127 Cst. . Aussi s'agit-il de faire le partage entre les premières et les secondes. L'étude qui suit se concentre sur la question posée concrètement dans le cas présent : une imposition par-

⁴⁶ Arrêt du 13 novembre 1997, RDAF 1998 II p.133, 138.

⁴⁷ Ibidem ; voir ATF 114 IA 224.

⁴⁸ Ibidem ; voir ATF 114 IA 323.

⁴⁹ Ibidem, p. 142.

⁵⁰ Ibidem .

⁵¹ Arrêt du 13 novembre 1997, RDAF 1998 II p.144 ; voir ATF 120 IA 334 ; 118 IA 4.

⁵² ATF 125 I 4.

tielle des participations (à un taux de 60% ou 50%) est-elle conforme ou non au principe constitutionnel de l'égalité et notamment de la capacité contributive ?

La jurisprudence ne résout pas expressément ce problème. La doctrine s'y est jusqu'ici peu intéressée, hormis une monographie intéressante qui traite du sujet en général et qui, quoique récente, ne porte pas sur la réforme en cours⁵³. L'auteur analyse le phénomène de la double imposition, notamment au regard de la neutralité de concurrence et de la nécessité d'atténuer la sur-imposition économique⁵⁴. Il passe en revue les diverses mesures qui pourraient être prises à cet effet, notamment l'imposition partielle des dividendes⁵⁵. Il reconnaît que cette méthode est en soi contraire au système mais qu'elle présente également des avantages, notamment au regard de la neutralité du financement et de l'égalité de traitement avec le capital-risque et le capital étranger. Il souligne d'ailleurs les particularités de la charge préalable qui pèse sur la personne morale et de la charge ultérieure qui frappe les personnes physiques⁵⁶. Il conclut que, un besoin d'atténuation se faisant sentir, l'une ou l'autre méthode utilisée ne pourrait en aucun cas être considérée comme contraire à la Constitution⁵⁷. Quant à fixer un maximum acceptable pour cette atténuation, l'auteur relève que le législateur dispose d'une très grande marge de manœuvre lorsqu'il évalue les différents modèles possibles et leurs conséquences⁵⁸. Il ajoute que des mesures d'adoucissement prises en faveur des personnes physiques sont tout à fait conformes à la Constitution⁵⁹.

Dès lors qu'aucun arrêt fédéral ou cantonal publié ne traite le sujet qui doit être traité ici, seule une analyse rigoureuse menée en fonction des critères définis par le Tribunal fédéral permet de conduire à une solution objectivement défendable⁶⁰.

A cet égard, six critères paraissent déterminants. Avant tout, il convient de délimiter nettement les cercles de personnes ou de choses que la norme litigieuse séparerait et de prendre en compte le facteur exact auquel se référerait le législateur pour opérer la distinction. Ensuite, il faut déterminer - et peser - les effets juridiques et pratiques que produirait la discrimination légale en cause, c'est-à-dire la gravité du résultat qu'elle provoquerait. En troisième lieu, il importe de se demander si la différence de traitement se justifie par une réelle disparité des situations concrètes qui seraient traitées séparément. En quatrième ligne, des facteurs d'ordre juridique sont également appelés à jouer un rôle : lorsque les deux choses que le législateur distingue sont soumises à des réglementations différentes, à des droits ou à des devoirs dissemblables, une différence de traitement peut se justifier, à condition que le rapport entre ces deux éléments juridiques soit suffisamment étroit. En cinquième ligne, mais à titre plutôt subsidiaire, il convient de se référer au but de la législation mise en cause : lorsqu'une discrimination suit la logique de la réglementation en question, se conforme à ses objectifs essentiels, l'inégalité créée par une norme peut sembler légitime. Enfin, l'analyse ne saurait faire complètement abstraction du but propre à la norme litigieuse et en particulier des intérêts publics qu'elle tend à réaliser ; il est vrai que le critère du bien commun est subjectif et souvent contestable, mais des discriminations peuvent être valables, lorsque l'intérêt public recherché est particulièrement important.

Il faudra encore étudier séparément la question, qui a été soulevée ici ou là, de la relation entre la présente réforme et l'éventuelle introduction d'un impôt sur les gains en capital.

⁵³ M.Reich, Die wirtschaftliche Doppelbelastung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilsinhaber, Zurich, 2000.

⁵⁴ P. 37s.

⁵⁵ P. 50s.

⁵⁶ P.67s.

⁵⁷ P.69 in fine.

⁵⁸ P. 86.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Voir notamment A. Haeffliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern, 1985, p. 60ss. ; K.Klett, Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, RDS, 1992, II, p.5. ; D. Yersin, L'égalité de traitement en droit fiscal, ibidem, p. 147 ss. ; V. Martenet, Géométrie de l'égalité, Zurich, 2003, p. 28ss. , 189 ss. , 278 ss. ; sur la méthode d'analyse utilisée ici, cf. E. Grisel, Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne, 2000, p.50ss.

1. Les différences de traitement opérées par les projets des Chambres fédérales

La première prémisse du raisonnement qui doit conduire à une conclusion objective tient à la délimitation exacte des personnes – ou des choses – que les projets des Chambres fédérales traitent séparément. A cet égard, il faut envisager d'abord la fortune commerciale, puis la fortune privée.

S'agissant de la fortune commerciale, les deux Chambres ont arrêté à 50% l'imposition des dividendes ou parts de bénéfice, lorsque les droits de participation représentent au moins 10% de capital (article 18, alinéa 1, nouveau LIFD) . Les gains en capital restent imposables à hauteur de 60% , à condition que les droits de participation soient restés la propriété du contribuable pendant un an au moins (article 18, alinéa 2, nouveau) .

Quant à la fortune privée, le Parlement a réduit l'imposition des dividendes provenant d'actions à 60% (Conseil des Etats) ou 50% (Conseil national) , si le contribuable détient des droits de participation d'au moins 10% (article 20 , alinéa 1 bis , nouveau) . L'article 16, alinéa 3, qui exonère les gains en capital, est maintenu.

Dans un cas comme dans l'autre, la loi ne fait donc pas de distinctions directes entre des personnes, mais bien entre des choses, certains objets étant traités d'une manière spécifique . A la différence du revenu ordinaire tiré d'une activité (dépendante ou non) ou de la fortune, les dividendes ou parts de bénéfice ne seraient imposés que partiellement. Autrement dit, les projets, qui diffèrent seulement quant aux taux, visent, non pas les personnes des contribuables, mais bien l'assiette de l'impôt, c'est-à-dire le fait générateur et la base de calcul. Ainsi, le principe de l'universalité de l'impôt n'est pas en cause. Tout au plus s'agit-il ici des principes de la proportionnalité et de la capacité contributive⁶¹. A cet égard, l'exigence de l'égalité horizontale implique que le législateur définisse l'assiette de l'impôt, compte tenu de l'ensemble des éléments qui constituent la situation financière du contribuable, revenu et fortune. Toutefois, le principe de l'équité verticale suppose que les différences de situation « soient prises en compte par le biais d'abattement, de déductions, de taux réduit ou, inversement, par des taux d'autant plus hauts que le revenu est élevé »⁶².

En règle générale, la loi suisse a prévu un impôt sur le revenu qui est unitaire et porte sur le revenu global net de chaque personne. Il est indiscutable que les projets des Chambres fédérales dérogent à ce principe, puisqu'ils mettent à part certains éléments du revenu du contribuable. Mais il reste à déterminer si cette exonération partielle se justifie au regard de ses résultats concrets et des autres facteurs pertinents.

2. Les conséquences pratiques de la différence de traitement

L'abaissement de l'imposition des dividendes aura des effets qui se feront sentir sur deux plans différents.

Du point de vue des individus, il est évident qu'un type de revenu qui n'appartient qu'à une minorité de citoyens est favorisé par rapport aux autres ressources que peuvent se procurer la plupart des administrés. Ceux-ci seraient éventuellement fondés à se plaindre du privilège reconnu à des tiers, mais à condition d'être eux-mêmes touchés dans des intérêts propres et d'être dans une situation de corrélation assez forte avec celle des contribuables avantagés. Dans le cas des locataires, le Tribunal fédéral a admis qu'ils étaient dans une position proche de celle des propriétaires qui habitent leur propre immeuble et pouvaient donc attaquer la norme qui n'imposait pas (ou pas assez) le revenu locatif⁶³. De même, les couples mariés

⁶¹ Voir chiffre 5 ci-dessous .

⁶² J.M.Rivier, Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune, 2^e édition, Lausanne , 1998, p. 85.

⁶³ RF 1984, p. 138.

ont qualité pour se plaindre, par un recours au Tribunal fédéral, de la charge fiscale plus forte qui pèse sur eux, par rapport aux concubins⁶⁴ ; à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral, les législations cantonales ont d'ailleurs dû être modifiées. En revanche, le juge a laissé ouverte la question si des citoyens ordinaires pouvaient s'en prendre à la suppression de l'impôt sur les gains en capital de la fortune privée⁶⁵ ; le recours devait de toute manière être rejeté pour des motifs de fond. Dès lors, à supposer que le Tribunal fédéral soit habilité à se prononcer sur la validité de la loi fédérale, ce que la Constitution interdit, il est possible, mais non pas certain, qu'il considérerait comme recevable un recours dirigé par les contribuables qui ne bénéficieraient pas de la réduction prévue par la réforme étudiée.

Quoi qu'il en soit, il faut aussi se placer sur le plan collectif. A cet égard, les conséquences financières de la décision envisagée seraient déterminantes. Un abaissement de la charge fiscale des uns a généralement pour effet de diminuer les recettes de l'Etat, risquant de provoquer une hausse générale des impôts, afin que l'équilibre budgétaire puisse être maintenu. Autrement dit, les contribuables qui ne sont pas visés par la réduction sont défavorisés, au moins d'une manière indirecte.

Cependant, ce danger n'est que virtuel. Il ne se réalise pas toujours et nécessairement. En l'occurrence, il convient de garder à l'esprit un but primordial de la réforme, qui est d'encourager les entreprises à distribuer davantage de dividendes. Si cet objectif est atteint, les bénéficiaires paieront certes à un taux moins élevé, mais sur des sommes plus importantes. Le taux étant divisé par deux, si l'assiette est multipliée par deux également, le résultat final pour le fisc et, par suite, pour l'ensemble des contribuables, serait blanc. Il est vrai que les choses ne sont pas aussi simples en réalité et que ce jeu de bascule ne se produira pas forcément de la manière prévue. Mais on peut admettre que la révision projetée par les Chambres fédérales n'entraînera pas non plus automatiquement une perte chiffrable pour le fisc, sinon à très court terme.

3. Les différences concrètes de situation entre la perception de dividendes et d'autres sources de revenus

Il est permis d'envisager ce problème sous trois angles différents.

Du point de vue du contribuable considéré isolément, il paraît incontestable que le dividende entre dans son patrimoine personnel et constitue un revenu, au sens habituel du terme. La lettre c) de l'article 20 LIFD obéit à cette logique, qui n'est pas vraiment réfutable.

Toutefois, sous un aspect plus large, le rendement des participations à une société diffère à maints égards d'un revenu ordinaire. En effet, il ne s'agit pas à proprement parler d'un transfert d'un patrimoine à un autre, si l'on admet que les porteurs d'actions ou de parts sont, collectivement, les propriétaires de la société. L'assemblée générale décide d'ailleurs librement de distribuer -ou non- un dividende, qui n'est donc pas une source permanente de revenu. Il est vrai que le caractère permanent n'est pas un élément constitutif du revenu, tel que le législateur l'a conçu à l'article 20 LIFD, selon le Tribunal fédéral⁶⁶. Mais précisément, cette jurisprudence interprète la loi actuelle, et il n'est pas interdit de la modifier, à condition que la réforme repose sur des fondements objectifs et pertinents.

En pratique et surtout économiquement, il apparaît que les dividendes et prises de bénéfices visés par l'article 20, alinéa 1, lit. c), ne sont pas identiques aux revenus qu'énumèrent les autres clauses de l'article 20 LIFD, lequel fait précisément la distinction entre, par exemple, les intérêts d'épargne et les loyers, d'une part, les dividendes, d'autre part (lit. a et d.). En effet, il n'y a pas, dans ce dernier cas, de véritable relation horizontale entre deux patrimoi-

⁶⁴ ATF 110 IA 10.

⁶⁵ ATF 114 IA 223.

⁶⁶ ATF 117 IB 1.

nes totalement distincts : quand la société verse un dividende, elle s'appauvrit et s'interdit d'utiliser le bénéfice à des fins d'investissement ; autrement dit, le détenteur de participations perd d'une main ce qu'il reçoit de l'autre. D'une certaine manière, on peut dire qu'il n'en sort pas réellement enrichi.

Dès lors qu'il se trouve devant deux situations concrètes qui peuvent être regardées, soit comme similaires, soit comme dissemblables, le législateur dispose d'une certaine marge de manœuvre. Tandis qu'il serait certainement excessif et injuste d'exonérer complètement les dividendes, une imposition de la moitié environ ne paraît pas d'emblée déraisonnable, puisqu'elle se trouve en quelque sorte à mi-chemin entre deux solutions extrêmes. Les projets des Chambres fédérales semblent d'autant plus défendables qu'ils concernent uniquement des détenteurs de participations supérieures à 10%, c'est-à-dire un relativement petit nombre de porteurs dans des sociétés de taille plutôt restreinte. Or le lien économique entre l'entreprise et les actionnaires est particulièrement fort lorsque ces derniers sont peu nombreux et qu'ils possèdent une part importante du capital. La relation est évidemment moins étroite, lorsque l'entreprise est d'une taille telle, qu'une participation de 10% n'est possible en fait pour aucun agent économique isolé. C'est-à-dire que la conjonction entre une réduction de l'imposition et l'exigence d'une participation minimale obéit à une logique qui tient compte des différences de situations économiques et concrètes.

Une comparaison avec l'impôt locatif se justifie. Selon le Tribunal fédéral, il serait inadmissible d'exonérer la valeur locative du logement occupé par son propriétaire⁶⁷ ; d'ailleurs, les articles 21b LIFD et 7, alinéa 1, LHID prescrivent l'imposition, mais il n'est pas interdit au législateur de fixer la valeur déterminante en dessous du chiffre réel correspondant à la valeur vénale⁶⁸.

4. Les différences juridiques entre le versement de dividendes et celui des autres formes de revenu

Dans une perspective voisine de la précédente, qui s'en tenait à des considérations essentiellement économiques, on peut aussi comparer les situations juridiques de celui qui perçoit un dividende et de celui qui se procure un autre type de revenu.

En droit, le versement de dividendes implique bel et bien un transfert de propriété d'un bien mobilier, de la société à l'actionnaire. Formellement du moins, il n'y a pas de différence entre cette opération et d'autres transferts d'une personne à l'autre. D'ailleurs, toujours d'un point de vue strictement juridique, la société et les détenteurs de participations sont des sujets distincts. Au cours des débats parlementaires, quelques orateurs n'ont pas manqué de relever cette situation et en ont déduit que la loi actuelle n'introduit aucune double imposition, puisque les deux sujets de droit assujettis sont séparés⁶⁹.

Pour pertinent qu'il soit, cet argument n'est cependant pas à lui seul décisif, car il ne conviendrait pas de négliger d'autres aspects de la situation juridique. Avant tout, il ne s'agit pas ici de s'arrêter à des considérations purement formalistes. La doctrine du XIXe siècle avait déjà relevé que la personne morale est, dans une large mesure, la représentation d'une fiction. La loi fait « comme si » la société était distincte de ses membres et en tire les conséquences juridiques nécessaires en pratique, mais cela ne doit pas masquer la réalité, où il est manifeste que la société est créée par ses membres et n'existerait pas sans eux. Les traiter comme deux choses entièrement séparées correspond donc à une sorte d'artifice qui ne doit pas être poussé à l'extrême et dont les conséquences ne doivent pas être exagérées.

⁶⁷ ATF 112 IA 240.

⁶⁸ ATF 128 I 242 ; 125 I 65 ; 124 I 145 ; voir E. Höhn, R. Waldburger, *Steuerrecht*, vol II, Bern 2002, p. 131 ; Rivier, *Op. cit.*, p. 437.

⁶⁹ Berset, *BOCE* 2006, p. 434 ; Leutenegger Oberholzer, *BOCN*, 2006, p. 1277.

En seconde ligne, toujours sous l'angle juridique, il existe des différences importantes entre les diverses catégories de revenu que vise l'article 20 LIFD. Celui qui perçoit les intérêts de ses avoirs ou un loyer est à proprement parler un créancier qui peut exiger l'exécution d'une dette, dont le montant est d'ailleurs connu par avance. Il en va tout autrement dans le versement d'un dividende, dont le principe et le montant sont arrêtés périodiquement par une assemblée générale qui jouit à cet égard d'une grande liberté. Et c'est précisément de cette latitude qu'usent de nombreuses entreprises suisses, en s'abstenant de distribuer des dividendes normaux, afin d'échapper au paiement de l'impôt prévu par la lettre c) de l'article 20 LIFD. Cette circonstance fait voir la divergence entre les deux situations juridiques envisagées. Alors que le détenteur d'un livret d'épargne ou le bailleur n'a aucune influence sur la perception des sommes auxquelles il a droit, le détenteur de participations peut échapper, pour des motifs juridiques, à l'imposition sur les dividendes, en renonçant à ces derniers.

5. Le lien entre le but de la législation et la différence de traitement introduite par la réforme de l'imposition des dividendes

D'une manière générale, la loi d'impôt cherche à frapper équitablement tous les citoyens, suivant leur capacité contributive. La portée de ce principe s'étend à l'égalité verticale aussi bien qu'horizontale. Le législateur doit donc déterminer l'assiette de l'impôt en tenant compte de l'ensemble des éléments qui constituent la situation financière du contribuable. L'impôt sur le revenu, en particulier, concerne ainsi les recettes les plus diverses, notamment celles qui proviennent de la fortune mobilière, suivant l'article 20 LIFD. En l'occurrence, il faut se demander si les objectifs recherchés seraient déjoués, au cas où le dividende afférent aux participations qualifiées serait imposé à raison de 60 ou de 50%.

Cinq considérations paraissent déterminantes à cet égard, et cela abstraction faite de l'éventuelle introduction d'un impôt sur les gains immobiliers, question qui doit être traitée séparément.

a. Avant tout, il convient de se rappeler que le Tribunal fédéral reconnaît au législateur cantonal un large pouvoir d'appréciation, « lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité économique des contribuables et de choisir la manière de prendre celle-ci en considération à des fins fiscales »⁷⁰. La même liberté d'action appartient nécessairement au législateur fédéral, au minimum et même à plus forte raison, puisque la Constitution le soustrait au contrôle du juge.

b. Ensuite, la finalité de la réforme ne contredit pas directement celle du système fiscal suisse. En effet, elle tend à corriger – partiellement – une double imposition économique du bénéfice des sociétés et du dividende versé aux détenteurs de participations. Cette surimposition successive n'est pas, contrairement à l'opinion des adversaires de la révision, une pure illusion. Elle correspond à une réalité concrète : le dividende n'étant rien d'autre que la distribution, totale ou non, du bénéfice de l'entreprise, la charge fiscale qui pèse d'abord sur la société selon les articles 58 ss. LIFD, puis sur le dividende, frappe effectivement deux fois le même objet⁷¹. Si l'on ajoute l'impôt sur la fortune, qui est du par le propriétaire de participations et qui, à la longue, équivaut à une contribution indirecte sur le revenu, on s'aperçoit que les biens mobiliers en question sont touchés à trois reprises, certes sous des formes différentes, mais cependant sensibles. Dans cette perspective, on ne saurait dire qu'un taux réduit applicable aux dividendes serait inconciliable avec le but de la législation topique.

c. La double imposition économique engendre elle-même une inégalité de traitement, que la réforme envisagée a précisément pour but de corriger en partie. Dès lors que le même objet est frappé d'un impôt plusieurs fois, il en résulte un désavantage pour celui qui investit dans une société de capitaux, par rapport à l'entrepreneur indépendant. La réduction du taux d'imposition du dividende n'est donc rien d'autre qu'une atténuation de la sur-imposition et,

⁷⁰ D.Yersin, Op.cit., p.171, no.32 ; ATF 109 IA 101.

⁷¹ Reich, Op.cit. p. 42 ss.

sous cet angle, non seulement elle ne contrevient pas aux articles 8 et 127 Cst., mais encore elle obéit justement au précepte d'égalité.

Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer au fond sur la double imposition économique. Dans un arrêt du 19 mai 1989, il a relevé « qu'une double imposition peut se produire lorsque différents sujets et objets fiscaux sont identiques non seulement juridiquement, mais aussi économiquement »⁷². Mais il a refusé d'y voir une violation de l'article 46, alinéa 2, aCst., dans le cas où un canton impose une société anonyme sur le rendement et le capital, alors qu'un autre canton impose l'actionnaire sur la valeur des actions et le dividende ; comme il l'a souligné à juste titre, il s'agit certes d'une double charge économique, mais non pas d'une double imposition intercantonale, car elle est « inhérente au système »⁷³ ; en effet, si la société et l'actionnaire étaient imposés dans le même canton, il y aurait également double imposition ; celle-ci résulte du système et non pas d'un conflit de lois entre cantons. De cette jurisprudence, il n'est guère permis de tirer des enseignements pour la question qui se pose ici. La seule leçon que l'on peut en déduire est que le Tribunal fédéral a reconnu une double imposition lorsque des objets fiscaux sont identiques économiquement. Mais il ne s'est pas exprimé sur les conséquences juridiques de cette situation.

d. D'aucuns ont objecté que la double (ou triple) imposition ne se produisait que dans les cas, relativement rares, où le bénéfice est distribué dans une proportion supérieure à 70%. Mais cet argument se heurte à une autre considération, qui est en étroite relation avec la finalité du système fiscal. Ce dernier, pour être vraiment juste, devrait être neutre. Or le principe de la neutralité implique précisément que la loi ne soit pas conçue de manière à influencer le comportement et les décisions des agents économiques ; de surcroît, elle devrait éviter les anomalies et permettre l'usage le plus efficace des ressources financières du contribuable, notamment des entrepreneurs⁷⁴.

La législation actuelle a pour inconvénient d'inciter les sociétés à ne pas distribuer une portion importante des dividendes, ce qui désavantage à la fois les actionnaires, privés de revenus normaux, et le fisc, auquel échappe une partie des recettes qui devraient lui revenir. A cet égard, les Chambres fédérales ont jugé qu'une réduction d'environ la moitié de l'imposition du dividende permettrait de revenir à une attitude différente, plus conforme à l'esprit originaire du droit des sociétés et consistant à verser une part appréciable du bénéfice sous forme de dividende au porteur de participations.

e. En cinquième ligne, le système fiscal de la Suisse doit être envisagé dans son ensemble, et le législateur fédéral ne saurait s'abstenir de prendre en compte la législation des cantons, ainsi que leur point de vue⁷⁵. Une coordination est inévitable, d'une part. D'autre part, ce qui est considéré comme valable et conforme à la Constitution pour les cantons l'est aussi pour la Confédération.

Or une série de cantons a réduit plus ou moins fortement, sous des formes diverses, la double imposition du bénéfice de la société et du dividende versé aux actionnaires. Pour la plupart, ils ont abaissé à 50% le taux d'imposition des dividendes perçus par les détenteurs de participations qualifiées (de 5%, 10% ou 20%, voire 40% du capital)⁷⁶ ; certains sont

⁷² STR, 1990, p.408.

⁷³ Ibidem, p.409.

⁷⁴ Voir J.M. Rivier, Op. cit., p. 88-9 et les citations.

⁷⁵ Voir Martenet, Op.cit., p. 124 ss. .

⁷⁶ SH : article 38, alinéa 3a du Gesetz über die direkten Steuern du 20 mars 2000; LU : article 57, alinéa 6 du Steuergesetz du 22 novembre 1999; AI : article 37, alinéa 4 du Steuergesetz, du 25 avril 1999 ; SG : article 51, alinéa 5 du Steuergesetz, du 4 avril 2006 ; TG : article 37, alinéa 3 du Steuergesetz du 14 septembre 2005; NW : article 40, alinéa 3 du Gesetz über die Steuern, du 22 mars 2000; OW : article 137, alinéa 2 du Steuergesetz, du 30 octobre 1994; AG : articles 45a et 29a du Steuergesetz du 22 août 2006, votation du 26 novembre. En AR, la votation du 21 mai 2006 qui réduisait de moitié le taux a été annulée par le Tribunal fédéral le 12 septembre 2006 pour violation de l'unité de matière : 1P 223/2006.

même descendus à 40%⁷⁷, voire à 20 %⁷⁸, tandis qu'un canton a retenu une proportion de 70%⁷⁹. Lors des débats parlementaires, les partisans de la révision de la loi fédérale ont insisté à maintes reprises sur le fait que les cantons avaient souhaité une réforme dans le sens voulu par les Chambres. De surcroît, on peut aussi considérer comme pertinent le fait que les dispositions cantonales n'ont pas été attaquées par un recours au Tribunal fédéral, alors même que plusieurs d'entre elles ont été promulguées il y a bon nombre d'années.

6. La question de la relation entre l'imposition partielle des participations et l'introduction d'un impôt sur les gains en capital

De l'analyse qui précède, il ressort que la réduction du taux a été admise dans un certain nombre de cantons. Or aucun d'entre eux ne connaît plus l'impôt sur les gains en capital provenant de la fortune privée, lequel a été aboli partout, et cela depuis assez longtemps⁸⁰. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis il y a près de vingt ans que la suppression de cette forme d'imposition était compatible avec le principe d'égalité⁸¹; mais il a donné de cette exonération une interprétation restrictive⁸².

Un arrêt du 13 novembre 1997 résume et commente ainsi l'arrêt précité. Il relève que le requérant critiquait l'abolition de l'imposition des gains en capital, alors que le Conseil d'Etat invoquait la perspective de favoriser l'accès à la propriété, ainsi que des considérations pratiques liées au coût du prélèvement de l'impôt, en relevant que la plupart des autres cantons y avaient renoncé. « Le Tribunal fédéral s'est rallié à ces arguments : la révision législative était justifiée en l'espèce par des raisons objectives, la solution retenue correspondant de surcroît à un sentiment général de justice. Enfin, l'imposition des gains en capital réalisés dans la fortune commerciale – par opposition au patrimoine privé – ou sur des immeubles ne constituait pas une violation du principe de l'égalité de traitement. A cet égard, l'arrêt souligne que le législateur cantonal est autorisé à choisir des solutions schématiques visant à simplifier l'imposition même si celle-ci n'assure pas un traitement égal de tous les contribuables dans toute la mesure souhaitée. Ainsi le législateur peut s'inspirer très largement de considérations pratiques et d'économies administratives lors de l'élaboration des normes fiscales ; le Tribunal fédéral les admettra aussi longtemps qu'elles ne sont pas invoquées simplement afin d'aménager un privilège fiscal (ou une sur-imposition) incompatibles avec le principe d'une imposition égale découlant de l'article 4 Cst... »⁸³.

Ici ou là, on a prétendu que l'exonération du gain en capital provenant de la fortune privée mobilière impliquait une inégalité de traitement par rapport au traitement fiscal de la fortune immobilière. Cet argument est manifestement erroné, et l'arrêt précité du Tribunal fédéral en fait justice. Il relève en effet qu'une différence de traitement se justifie ici pour plusieurs raisons : à cause de l'exiguïté du territoire, la valeur des immeubles augmente constamment et d'une manière importante, les pertes étant rares ; l'augmentation de la valeur est d'ailleurs due à l'activité de l'Etat et aux frais qu'il assume ; c'est la collectivité sur le territoire de laquelle se trouve l'immeuble qui bénéficie de l'impôt sur les gains, facilement vérifiables par le registre foncier ; ces diverses circonstances ne se retrouvent pas lorsqu'il s'agit des gains procurés par la vente d'actions⁸⁴.

⁷⁷ UR : votation du 26 novembre 2006, article 24, alinéa 2 du Gesetz über die direkten Steuern.

⁷⁸ GL : article 34, alinéa 3 du Steuergesetz du 7 mai 2000 ; à Berne le Conseil d'Etat a proposé un taux de 40% tandis que la Commission parlementaire propose 50% ; voir le projet du gouvernement du 5 avril 2006.

⁷⁹ Votation du 26 novembre 2006, ZG : article 35, alinéa 4 du Steuergesetz du 30 mars 2006.

⁸⁰ Voir Rivier, *Op.cit.*, p.334.

⁸¹ ATF 114 IA 221.

⁸² ATF du 11 juin 2004, 2 A 331/2003 ; voir ATF 115 IB 243 ; FF 2005, p. 4539.

⁸³ RDAF, 1998, II 139 ; voir D.Yersin, *Op.cit.* p.210s, avec la critique d'un arrêt précédent.

⁸⁴ ATF 114 I A 227-8.

Quant à la doctrine, elle est divisée. Ainsi, un auteur affirme nettement que l'exonération de l'article 16, alinéa 3, LIFD transgresse le principe de l'imposition selon la capacité économique⁸⁵. En revanche, le commentateur de la loi approuve la jurisprudence du Tribunal fédéral et considère que l'exonération des gains en capital se justifie, puisqu'elle correspond au sentiment général de la justice dans notre pays⁸⁶.

Dans ces conditions, il paraîtrait difficile de soutenir de manière convaincante que l'abaissement applicable au dividende doit obligatoirement s'accompagner de l'introduction d'un impôt sur les gains en capital. Non seulement cet affirmation ne trouverait aucun appui dans la jurisprudence, mais encore elle semblerait peu compatible avec la pratique récente. Au surplus, poser la question dans ces termes n'est guère logique. Ce qui compte avant tout, c'est de savoir si, en soi, un taux de 50 (ou 60) pour cent pour l'imposition des dividendes se justifie et n'enfreint pas les articles 8 et 127 Cst., le problème de l'imposition des gains en capital étant distinct et d'ailleurs résolu clairement par les cantons, d'une part, dans la votation fédérale de 2001, d'autre part. Il se justifie d'autant moins de lier les deux choses, que la seconde question ne se pose pas en réalité et qu'elle est étrangère à la réforme proposée par le Conseil fédéral et discutée par les Chambres. Indépendamment des difficultés pratiques considérables que rencontrerait ce type d'imposition, il engendrerait, lui aussi, des inégalités s'il visait uniquement les gains en capital réalisés lors de la vente d'actions ou de parts, à l'exclusion des autres gains en capital.

En définitive, il n'apparaît pas que, d'un point de vue strictement juridique, la réduction de l'imposition des dividendes oblige nécessairement le législateur à introduire un impôt sur les gains en capital.

7. La pesée des intérêts en présence et la recherche d'un intérêt public prépondérant

Quelle qu'elle soit, une différence de traitement doit être évaluée en fonction des intérêts publics en présence et abstraction faite d'intérêts de nature purement privée. Le plus souvent, les buts recherchés par le législateur qui tiennent au bien commun sont de natures diverses et peuvent se heurter à d'autres considérations qui relèvent également de l'intérêt général. Aussi une pesée des intérêts s'impose-t-elle.

a. Les opposants à la réforme ont fait valoir principalement, abstraction faite d'une violation du principe d'égalité, que la révision envisagée pourrait avoir des conséquences financières défavorables pour les assurances sociales, notamment pour l'AVS, les nouvelles dispositions encourageant le versement de dividendes en lieu et place du salaire. Cependant, une note de l'administration fédérale des contributions adressée à la Commission pour la sécurité sociale et la santé du Conseil national, datée du 22 septembre 2006, démontre d'une manière convaincante, à l'appui de chiffres précis, que le danger signalé ne répondait guère à la réalité ; il est vrai qu'à court terme, les assurances sociales perdraient des recettes. Toutefois, les perspectives de croissance économique permettraient, à plus longue échéance, d'attendre des recettes plus élevées.

Pour le reste, les adversaires de la révision ont surtout insisté sur les nécessités de l'équité fiscale et de l'imposition suivant la capacité économique, principe qui serait enfreint en l'occurrence.

b. Quant au but d'intérêt public recherché par la réforme, il relève également, selon ses promoteurs, de l'équité fiscale. Celle-ci est une notion essentiellement subjective, que l'on peut apprécier de diverses manières selon le point de vue où l'on se place, politique en particulier.

⁸⁵ Klett, Op.cit. p. 125-6.

⁸⁶ M.Reich, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, vol. 2, Bâle, 2000, p. 141, note 46 ad article 16.

Mais la réforme vise d'autres objectifs encore. Elle tend à réaliser une neutralité quant au financement de l'entreprise. Ce point avait déjà été souligné dans le Message du Conseil fédéral⁸⁷ ; il est encore explicité dans une note du 5 juin 2006 de l'Administration fédérale des contributions ; suivant ces textes, le manque de neutralité dans le financement prive parfois les entreprises de leur efficacité, et cette dernière se trouverait renforcée, si l'imposition des bénéfices distribués et celle des bénéfices capitalisés se rapprochaient.

La réforme a encore pour but de permettre un choix plus libre lors de la définition de la forme juridique des entreprises et de diminuer la charge fiscale sur le capital-risque . En résumé, elle cherche à rendre plus attrayante la place économique suisse, à encourager la croissance en favorisant l'esprit d'entreprise et l'initiative individuelle.

La croissance économique est un but important que la Constitution fédérale assigne à la Confédération et aux cantons. En premier lieu, l'article 2, alinéa 2, charge la Confédération de favoriser la « prospérité commune ». Cette notion doit être interprétée dans un sens large et comprend l'encouragement du progrès économique, scientifique, et social⁸⁸. En deuxième ligne, l'article 94, alinéa 2, Cst. prévoit que la Confédération et les cantons « veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économiques de la population » ; l'alinéa 3 ajoute qu'ils doivent veiller « à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée ». Troisièmement, l'article 100 Cst. charge la Confédération de prendre des mesures « afin d'assurer une évolution régulière de la conjoncture et, en particulier, de prévenir et combattre le chômage et le renchérissement » (alinéa 1) ; elle doit en outre prendre en considération « le développement économique propre à chaque région » (alinéa 2). Enfin, les intérêts de l'économie suisse sont confiés à la Confédération, qui doit notamment prendre des mesures afin de la protéger (article 101) .

Ainsi, les objectifs recherchés par la réforme en cours ont des bases constitutionnelles nombreuses et précises. Certes, il s'agit de dispositions-programme qui définissent simplement des buts et dont la valeur normative est faible. Cependant, elles assignent à la Confédération des tâches ciblées, qui répondent donc incontestablement à un intérêt public⁸⁹.

C. Synthèse

Les Chambres fédérales ont décidé d'abaisser le taux d'imposition des participations qualifiées de la fortune commerciale à 50% et de la fortune privée à 60% (Conseil des Etats) ou 50% (Conseil national). Elles ont ainsi sensiblement modifié le projet du Conseil fédéral, qui avait prévu un taux de 60% pour la fortune commerciale et de 80% pour la fortune privée. Il en résulte une différence de traitement entre les dividendes et d'autres sources de revenu. Cette mesure n'est cependant pas incompatible avec les articles 8 et 127 Cst., car elle n'excède pas la grande marge de manœuvre que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent au législateur. En effet, les projets litigieux reposent sur des fondements objectifs et pertinents : sans remettre en cause le principe de l'universalité de l'impôt, ils tiennent compte des différences pratiques et juridiques entre la perception de dividendes et d'autres sources de revenus ; ils cherchent à réduire la double imposition économique qui frappe actuellement le bénéfice des sociétés et la distribution des dividendes , au détriment de l'égalité précisée ; ils cherchent ainsi à encourager les entreprises à distribuer davantage de dividendes ; sous l'angle du droit, ceux-ci ne sont d'ailleurs pas identiques à d'autres rendements de la fortune, comme des loyers ou les intérêts de l'épargne .

⁸⁷ FF 2005, p. 4503s. .

⁸⁸ Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997, I 129 ; voir B.Ehrenzeller, St-Galler Kommentar, Zurich, 2002, p. 28, note 17 ad article 2.

⁸⁹ Voir E.Grisel, Liberté économique, Berne, 2006, p. 107-8.

Loin de déjouer les objectifs de la législation fiscale, la réforme tend à empêcher que le même objet soit imposé deux fois et tient compte des réformes récentes qui ont eu lieu dans un grand nombre de cantons. Dans ces conditions, les projets parlementaires ne sont pas incompatibles avec les principes de l'égalité fiscale et de l'imposition selon la capacité contributive. Ils peuvent être adoptés sans que soit introduit parallèlement un impôt sur les gains en capital, lequel n'existe dans aucun canton et a été refusé nettement par le peuple et les cantons en 2001. Dans son ensemble, la réforme envisagée ne porte atteinte à aucun intérêt public prépondérant et recherche bien plutôt des intérêts généraux importants, notamment la neutralité du financement des entreprises et de leur forme juridique, ainsi que la croissance économique, qui est un des buts assignés à la Confédération par la Constitution .

Il est certes permis de penser de bonne foi que les innovations proposées sont contraires à l'équité : c'est l'aspect politique de la question. Toutefois, du point de vue strictement juridique, elles n'entraînent aucune violation des articles 8 et 127 Cst.

CONCLUSION

La réforme de la fiscalité des entreprises qui réduit le taux d'imposition des parts de participation et dividendes à 60%, respectivement 50%, se conforme à la Constitution, sans que parallèlement soit introduit un impôt sur les gains en capital.

Von der Verfassungsmässigkeit einer Milderung der Dividenden- und Beteiligungsbesteuerung im Geschäfts- oder Privatvermögen ohne Einführung einer Kapitalgewinnsteuer

I. DIE PROBLEMSTELLUNG

A. Der Entwurf des Bundesrats

In seiner Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen⁹⁰ erklärte der Bundesrat, dass die Reform ungerechtfertigte Überbesteuerungen, namentlich die Besteuerung der Dividendenausschüttungen an Aktionäre, mildern wolle. Er schlug vor, die Dividenden im Privatvermögen nur noch zu 80 Prozent und die Beteiligungen im Geschäftsvermögen nur noch zu 60 Prozent zu erfassen. Ferner rief er in Erinnerung, dass Gewinne auf der Veräusserung von privaten Wertschriften steuerfrei bleiben. Dagegen wollte er sicherstellen, dass alle Unternehmen mindestens die Kapitalsteuer bezahlen, und Massnahmen zu Gunsten der Personenunternehmen treffen. Ausserdem hielt er dafür, dass die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung der Dividenden allen Anteilsinhabern, unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung, zu gewähren sei.

Die Stellungnahme des Bundesrats gründete weitgehend auf den Feststellungen der Expertenkommission für eine rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU). Diese wies darauf hin, dass nur noch drei OECD-Staaten (Irland, Niederlande und die Schweiz) das klassische System der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Körperschaft und Aktionär kennen. Die ERU empfahl im Wesentlichen die Einführung einer von der Rechtsform unabhängigen Betriebssteuer, kombiniert mit einer Teilbesteuerung: 1. der Erträge aus Beteiligungen an solchen Unternehmen; 2. der Gewinne aus der Veräusserung von massgeblichen Beteiligungen an solchen Unternehmen. Daraus folgte die ERU, dass die Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung in erster Linie bei der Einkommenssteuer der Anteilsinhaber ansetzen muss. Aus dieser Überlegung heraus schlug die ERU eine Teilbesteuerung der Dividende in Höhe von 60 Prozent vor, da die wirtschaftliche Doppelbelastung als beseitigt gelten kann, wenn die Summe der Gewinnsteuern und der Einkommenssteuern auf den erhaltenen Dividenden jener entspricht, die ein vergleichbarer Kollektivgesellschaftler auf seinem Gewinn aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu entrichten hätte⁹¹.

Allgemeines Ziel der vom Bundesrat in die Wege geleiteten Reform war die Verbesserung der Standortattraktivität der Schweiz und die Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Performance. Die wirtschaftliche Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne scheint in dieser Hinsicht problematisch zu sein, denn die fehlende Finanzierungsneutralität beeinträchtigt die wirtschaftliche Effizienz der Unternehmen⁹². Der Bundesrat beantwortete zahlreiche parlamentarische Vorstösse, Motionen oder Einzelinitiativen, in denen eine mehr oder weniger starke Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung gefordert wurde⁹³. Der Bundesrat hatte in der Vernehmlassung verschiedene Modelle vorgestellt und auf Grund der Vernehmlassungsergebnisse die vorerwähnte Reduktion der Besteuerung von Beteiligungen im Privatvermögen auf 80 Prozent beziehungsweise von Beteiligungen im Geschäftsvermögen auf 60 Prozent vorgeschlagen, ohne eine Steuer auf den Veräusserungsgewinne einzuführen und ohne den Kantonen Vorschriften über die steuerliche Entlastung der ausgeschütteten Gewinne zu machen; die Kantone regeln diese nach eigenem Recht⁹⁴.

⁹⁰ BBI 2005, S. 4733

⁹¹ BBI 2005, S. 4748

⁹² Ebenda S. 4768 ff.

⁹³ Ebenda S. 4774 ff.

⁹⁴ Ebenda S. 4788 ff.

Der Bundesrat erachtete diese Änderung als unerlässlich, und zwar nicht nur, um eine bestehende Ungleichbehandlung auszumerzen, sondern auch, um angesichts der in der Schweiz besonders bescheidenen Ausschüttungsquoten zu verhindern, dass das Verhalten der Wirtschaftssubjekte von der steuerlichen Überbelastung beeinflusst wird⁹⁵. Aus diesem Grund befürwortete der Bundesrat eine Milderung der Doppelbelastung aller Dividenden im Privatvermögen, jedoch mit Ausnahme der Anteile an Anlagefonds oder an ähnlichen Körperschaften, da ihre Inhaber keinen direkten Einfluss auf das Gebaren einer Kapitalgesellschaft ausüben können. Gerade das soll aber vermieden werden: dass die Überbesteuerung die Investoren zu einer Verringerung ihrer Dividendenausschüttung veranlasst.

Schliesslich sah der bundesrätliche Entwurf eine Teilbesteuerung im Umfang von 60 Prozent der Einkünfte aus Beteiligungen des Geschäftsvermögens vor, wenn diese mindestens 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals darstellen und während mindestens eines Jahres im Eigentum des Steuerpflichtigen oder des Personenunternehmens waren (Artikel 18b neu DBG)⁹⁶. In allen anderen Fällen bleiben Veräusserungsgewinne aus Beteiligungsrechten wie bisher voll steuerbar. Ferner sieht der neue Artikel 20 Absatz 1bis Buchstabe a vor, dass Erträge aus Beteiligungsrechten nunmehr einer Teilbesteuerung im Umfang von 80 Prozent unterliegen⁹⁷. Somit vermindert die Teilbesteuerung ausgeschütteter Gewinne die Grenzsteuerbelastung, wobei die Kantone in der Wahl des Teilbesteuerungssatzes frei sind und überdies noch wählen können, ob sie zwischen qualifizierten und nicht qualifizierten Beteiligungen unterscheiden wollen. Diese Lösung schafft eine Finanzierungsneutralität, die zu bedeutenden volkswirtschaftlichen Effizienzgewinnen führen kann, da die Grenzsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften sinkt. Sie gewährleistet ausserdem ein Gleichgewicht zwischen Kapital- und Personengesellschaften, da die Rechtsformneutralität im Durchschnitt über alle Unternehmen gewahrt bleibt. Auf diese Weise verbessert der Gesetzgeber die Steuergerechtigkeit im Sinne der Gleichmässigkeit der Besteuerung, indem die Teilbesteuerung einen Beitrag zur Annäherung an die Finanzierungs- und an die Rechtsformneutralität leistet⁹⁸.

B. Die Entwürfe der Eidgenössischen Räte

Die Steuerreform wurde von beiden Kammern beraten; vom Ständerat am 13. Juni 2006, vom Nationalrat am 21. September und 4. Oktober 2006. Im Laufe der Beratungen kam es zu Differenzen; das parlamentarische Differenzbereinigungsverfahren wird demnach fortgesetzt. Im Rahmen der Eintretensdebatte und danach in der Detailberatung zeichnet sich im Differenzbereinigungsverfahren bereits eine Mehrheitsposition ab.

1. Die Eintretensdebatte

a. Im **Ständerat** wurde als Erstes ein Minderheitsantrag auf Rückweisung des Entwurfs an den Bundesrat diskutiert; der Antrag wurde mit 34 gegen 8 Stimmen abgelehnt⁹⁹. Der Berichterstatter der Kommission rief in Erinnerung, dass die Kommissionsmehrheit sich auf ein System mit einer qualifizierten Teilbesteuerung konzentriert und die Teilbesteuerungsquoten im Geschäftsvermögen auf 50 und im Privatvermögen auf 60 Prozent gesenkt hatte. Damit wollte sie bewirken, dass künftig mehr Gewinne ausgeschüttet, statt im Unternehmen « parikiert » werden. Allerdings beschränkte sie diese Änderung auf Mindestbeteiligungen am Aktien- oder Stammkapital von 10 Prozent oder mehr, um den Unternehmern mehr Verantwortung zu übertragen und diejenigen, die Gewinn erwirtschaftet haben, zu belohnen. Ferner

⁹⁵ Ebenda S. 4792.

⁹⁶ Ebenda S. 4844; Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11.

⁹⁷ Ebenda S. 4844.

⁹⁸ Ebenda S. 4859; 4865

⁹⁹ AB S 2006, S. 424 bis 432.

ging es darum, die Schweiz den Nachbarstaaten anzunähern und das bisher in der Schweiz zurückhaltende Ausschüttungsverhalten der Kapitalgesellschaften zu ändern. Die meisten Kantone haben den Mindestprozentsatz von 10 Prozent für eine qualifizierte Beteiligung bereits eingeführt; einige haben denselben Weg eingeschlagen oder gehen noch weiter. Heute sind die Kantone in der Frage, ob und wie hoch sie einen Teilbesteuerungssatz festlegen wollen, frei. Die geforderte Mindestbeteiligung muss hingegen im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, vom 14. Dezember 1990¹⁰⁰) verankert werden. Zum Schluss räumte der Berichterstatter der Kommission ein, dass die Reform bei den Steuereinnahmen von Bund und Kantonen kurzfristig zu Ausfällen führen dürfte, dass sie sich aber für die Unternehmen und gleichermassen für den Staat längerfristig positiv niederschlagen wird¹⁰¹.

Der Berichterstatter wurde von verschiedenen Einzelrednern unterstützt, welche auf die sinkenden Besteuerungssätze in zahlreichen europäischen Staaten hinwiesen und die internationale Konkurrenz hervorhoben, der die Schweiz ausgesetzt ist. Die wirtschaftliche Doppelbelastung schadet namentlich den Investorinnen und Investoren, die einem kleinen oder mittleren Unternehmen Risikokapital zur Verfügung stellen: Bei Verlusten verringert sich dieses, Gewinne hingegen werden zuerst im Unternehmen besteuert. Die Dividendenausschüttungen an die Aktionäre werden über die direkte Bundessteuer und die kantonalen Steuern nochmals erfasst. Es rechtfertigt sich also, die wirtschaftliche Doppelbelastung spürbar zu mildern, doch die Reform muss weiter gehen, als der Bundesrat in seiner Botschaft gegangen ist; sein Entwurf wird nicht ausreichen, um eine Verhaltensänderung herbeizuführen und höhere Dividendenausschüttungen zu bewirken¹⁰². Ein Ständerat vertritt die Auffassung, dass ein Teilbesteuerungssatz von 50 Prozent noch besser wäre, weil man sich damit den in den meisten Kantonen bereits durchgeführten Revisionen annähern würde¹⁰³. Ein weiterer Redner weist darauf hin, dass ein Unternehmen infolge der bescheidenen Ausschüttung von Dividenden immer schwerer und schwerer und letztlich unverkäuflich wird¹⁰⁴.

Eine Ständerätin, die sich gegen Eintreten ausgesprochen hatte, betonte die Notwendigkeit der Einführung einer Beteiligungsgewinnsteuer, um wieder ein Gleichgewicht herzustellen. Sie äusserte die Befürchtung, dass eine Senkung des Besteuerungssatzes der Ausbezahlung von Dividenden anstelle von Lohnzahlungen Vorschub leisten könnte, was zu Lasten der Sozialversicherungen ginge¹⁰⁵. Dem entgegnete ein Redner, die Vorlage sei bereits ausgewogen, da ja das Privatvermögen und dessen Erträge heute mehrfach besteuert werden. Was die Kapitalgewinnsteuer anbelange, so hätten die bei der Volksabstimmung im Dezember 2001 mit Erfolg dagegen vorgebrachten Argumente nichts von ihrer Gültigkeit verloren¹⁰⁶.

b. Am 21. September 2006 hatten auch die **Nationalräte** die Gelegenheit zu einer Grundsatzdebatte. Der Berichterstatter der Kommission erläuterte, dass die Kommission sich im Sinne einer Vereinfachung für einen Einheitssatz von 50 Prozent sowohl im Privat- wie im Geschäftsvermögen ausgesprochen hatte. Sie ist jedoch der gleichen Auffassung wie der Ständerat, dass die Entlastung erst ab Beteiligungen von mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals gelten soll, um die kleinen und mittleren Unternehmen steuerlich zu entlasten, im internationalen Steuerwettbewerb mithalten und die Prosperität der Schweizer Volkswirtschaft erhalten zu können¹⁰⁷.

Der Standpunkt der Kommissionsmehrheit wurde von mehreren Einzelrednern unterstützt: Einer beklagte die schreiende Ungerechtigkeit, welche durch die wirtschaftliche Doppelbelas-

¹⁰⁰ SR 642.14.

¹⁰¹ M. Germann, AB S 2006, S. 425.

¹⁰² Forster-Vannini, AB S, 2006, S. 428.

¹⁰³ Leumann-Würsch, ebenda S. 430.

¹⁰⁴ Jenny, ebenda.

¹⁰⁵ Sommaruga, AB S 2006, S. 426.

¹⁰⁶ Lauri, ebenda S. 427-8.

¹⁰⁷ Imfeld, AB N 2006, S. 1261.

tung der Kapitalgesellschaften und der Kapitalinhaber geschaffen wird¹⁰⁸; ein weiterer legte die Haltung der Kantone dar und unterstrich den Handlungsbedarf bei den KMU¹⁰⁹; ein dritter rief in Erinnerung, dass der geforderte Schwellenwert von mindestens 10 Prozent auf eindringliches Verlangen der Kantone eingeführt worden war, welche die Entlastung der KMU und nicht diejenige der vielen, mitunter reichen Streuaktionäre wollten, die überall ein bisschen Aktien haben und primär auf den Kapitalgewinn aus sind¹¹⁰; ein vierter Redner hob hervor, dass die Vermögenssteuer, die von einem Unternehmer verlangt wird, vermutlich der Innovationsbremser Nummer 1 in unserem Land ist¹¹¹; und zum Schluss unterstrich ein Redner, dass das Erfordernis einer Mindestbeteiligung eine gezielte Berücksichtigung der mittleren Unternehmen ermöglicht, deren Aktionäre oft Familienmitglieder sind¹¹².

Von Seiten der Gegner wurde der Reform vorgeworfen, dass sie das Grundprinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt und die Aktionäre gegenüber den Arbeitnehmenden und auch gegenüber den Kleinaktionären, die weniger als 10 Prozent des Aktienkapitals besitzen, bevorteilt. In seiner jetzigen Ausgestaltung verfehlt der Gesetzesentwurf auch eines der Hauptziele der Reform, nämlich die rechtsformneutrale Besteuerung der Unternehmen, denn Kapitalgesellschaften würden gegenüber Personengesellschaften begünstigt. Und was die so genannte wirtschaftliche Doppelbelastung anbelangt, die es eigentlich zu vermeiden gelte, sei das, wenn man überhaupt davon reden könne, nur der Fall, wenn die Dividendenausschüttung 70 Prozent der Gewinne betrifft, was praktisch nie der Fall sei. Ausserdem stehe nicht fest, ob die vorteilhafte Wirkung auf das Wirtschaftswachstum, die man der Dividendenausschüttung immer zuschreibe, auch wirklich existiert; Letztere könnte nämlich ganz im Gegenteil Deinvestition fördern¹¹³. Weitere Nationalräte machten geltend, dass von Doppelbelastung nicht die Rede sein könne, denn sowohl Firmen wie auch Aktienbesitzer profitieren von den staatlichen Leistungen, weswegen beide Steuern bezahlen müssen¹¹⁴. Dabei handelt es sich übrigens juristisch um zwei verschiedene Personen¹¹⁵.

Ein Punkt verdient besondere Beachtung: Eine Ständerätin hatte die Befürchtung geäussert, dass eine Senkung des Besteuerungssatzes auf Kosten der Sozialversicherungen die Ausschüttung von Dividenden anstelle von Lohnzahlungen begünstigen könnte. Ein Nationalrat erwiderte darauf, dass in der Verordnung zum neuen Gesetz oder durch Steuerpraxis eine Missbrauchsbestimmung geschaffen werden wird; im Übrigen sind die Unternehmer heute nicht frei, ihren Lohn festzusetzen. Dieser wird von der Steuerbehörde festgesetzt, und zwar auf einem hohen Niveau, was ein Zusatzeinkommen in Form von Dividenden erforderlich mache, um die Steuern bezahlen und den Lebensunterhalt bestreiten zu können¹¹⁶.

2. Die Detailberatung

a. Hinsichtlich der Beratung und der Entscheide über die einschlägigen Gesetzesbestimmungen beschloss der **Ständerat** zuerst auf Antrag seiner Kommissionsmehrheit die Einführung eines neuen Artikels 18b, mit welchem der Teilbesteuerungssatz auf Einkünften aus Beteiligungen des Geschäftsvermögens auf 50 Prozent gesenkt wird, wenn diese Beteiligungsrechte mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals darstellen und während mindestens eines Jahres im Eigentum des Steuerpflichtigen waren¹¹⁷. Darüber hinaus hat der Ständerat

¹⁰⁸ De Buman, ebenda, S. 1266.

¹⁰⁹ Wandfluh, ebenda S. 1268.

¹¹⁰ Bühner, ebenda S. 1269.

¹¹¹ Noser, AB N 2006, S. 1468.

¹¹² Rime, ebenda, S. 1273.

¹¹³ Leutenegger Oberholzer, ebenda, S. 1262.

¹¹⁴ Fehr, ebenda S. 1264.

¹¹⁵ Berset, AB S 2006, S. 434. Leutenegger Oberholzer, AB N 2006, S. 1277.

¹¹⁶ Wandfluh, ebenda, S. 1268, 1279; De Buman, S. 1282.

¹¹⁷ AB S 2006, S. 433-7.

dem heutigen Artikel 18 Absatz 2 StHG einen Absatz hinzugefügt, der erklärt, dass Artikel 18b vorbehalten bleibt¹¹⁸. Die Debatte betraf auch einen Absatz 2bis von Artikel 18, den der Ständerat wie folgt präzisiert: « Veräusserungsgewinne aus Wertschriften und anderen Finanzanlagen, die sich nicht aus Vermögen ergeben, das in einem funktionalen Zusammenhang mit einem von der steuerpflichtigen Person geführten Geschäftsbetrieb besteht, stellen kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dar». Ziel dieses Zusatzes sei es, den Quasi-Wertschriftenhandel möglichst eindeutig von der rein privaten Vermögensverwaltung abzugrenzen, da die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts vieles offen lasse und nicht dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers entspreche¹¹⁹.

b. Der Nationalrat hat den Entwurf von Artikel 18b Absatz 1 geändert, indem er vorsieht, dass die Dividenden nur zu 50 Prozent besteuert werden, vorausgesetzt, die Beteiligungsrechte stellen mindestens 10 Prozent des Aktien- oder Stammkapitals dar¹²⁰. Beim Artikel 20 verabschiedete der **Ständerat** einen Absatz 1bis, demzufolge Dividenden und Gewinnanteile nur noch zu 60 Prozent besteuert werden, vorausgesetzt, sie stellen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals dar¹²¹. Danach änderte der **Nationalrat** den Entwurf des Ständerats, indem er einen Teilbesteuerungssatz von 50 Prozent verabschiedete¹²².

c. Der Ständerat änderte auch den Entwurf von Artikel 7 Absatz 1 StHG, den der Bundesrat vorgelegt hatte: Der geänderte Text räumt den Kantonen im Fall von Dividenden aus Beteiligungen von mindestens 10 Prozent des Kapitals die Möglichkeit ein, die wirtschaftliche Doppelbelastung mittels einer Teilbesteuerung zu mildern. Hingegen beschloss der Ständerat, die Absätze 1ter und 1quater von Artikel 7 StHG, die der Bundesrat vorgeschlagen hatte, unverändert beizubehalten¹²³. Absatz 1bis von Artikel 7 hingegen wurde aufgehoben. Der **Nationalrat** schloss sich der vom Ständerat verabschiedeten Fassung von Artikel 7 StHG an¹²⁴.

d. In der ganzen Debatte wurde die Frage der Verfassungsmässigkeit des Entwurfs nur am Rande von einigen Rednern, welche die Reform ablehnen, thematisiert; sie prangerten eine Verletzung der Rechtsgleichheit und insbesondere des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an¹²⁵. Eingehend befasste sich mit dieser Frage dagegen Bundesrat Merz, der auf die Gefahr hinwies, leichtfertig mit einer Frage umzugehen, die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits eingehend erörtert worden ist¹²⁶.

II. DIE BEANTWORTUNG DER FRAGESTELLUNG

A. Die Grundsätze

a. Die Verfassungsmässigkeit der Bundessteuergesetze wird der Einhaltung der verfassungsmässigen Grundsätze nach Artikel 8 und 127 BV untergeordnet. Diese beiden Artikel zählen die wichtigsten Grundsätze des Steuerrechts auf, wobei diese Aufzählung nicht unbedingt abschliessend ist: Wichtigster Grundsatz ist die Rechtsgleichheit, danach kommen deren Ausflüsse, die im Grunde genommen lediglich den Grundsatz der Gleichbehandlung im Steuerrecht noch weiter konkretisieren: der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung sowie das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Anders aus-

¹¹⁸ Ebenda, S. 438.

¹¹⁹ Ebenda, S. 441, Schiesser, S. 442, Leumann Würsch; AB N 2006, S. 1474, De Buman.

¹²⁰ AB N 2006, S. 1277 ff.

¹²¹ AB S 2006, S. 437-8.

¹²² AB N 2006, S. 1472.

¹²³ AB S 2006, S. 446-7.

¹²⁴ AB N 2006, S. 1484.

¹²⁵ Leutenegger Oberholzer, AB N 2006, S. 1262, 1297; Rechsteiner, ebenda, S. 1469.

¹²⁶ AB S 2006, S. 1469-70.

gedrückt leiten sich die « Grundsätze der Besteuerung » aus dem übergeordneten Erfordernis der rechtsgleichen Besteuerung ab.

Gemäss dem Grundsatz der **Allgemeinheit der Besteuerung** „müssen alle Steuerpflichtigen nach derselben gesetzlichen Ordnung steuerlich erfasst werden“: Sie unterstehen nicht nur denselben Vorschriften, sondern werden auch gleich belastet, wenn sie sich in gleichen Verhältnissen befinden. Die Besteuerung sollte also neutral sein, um sicherzustellen, dass alle Unternehmen in derselben Weise behandelt werden¹²⁷. Daraus folgt ferner, dass der Kreis der Steuerpflichtigen dergestalt sein muss, dass alle Personen nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besteuert werden und die Steuerbemessungsgrundlage so definiert wird, dass nicht etwa gewisse Elemente zu Unrecht ausgeschlossen werden¹²⁸.

Der Grundsatz der « **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** » ist mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Steuerbelastung verknüpft¹²⁹; auf ihn ist übrigens die progressive Besteuerung des Gesamtnettoeinkommens zurückzuführen, die sich nach der persönlichen Situation des Steuerpflichtigen richtet.

Das in Artikel 8 BV verankerte und in Artikel 127 Absatz 2 näher definierte Gleichheitsgebot ist eine **sehr allgemein** gehaltene Maxime, da Gleichheit ein unbestimmtes und derart verschwommenes Konzept ist, dass es an sich in der Sprache und im Denken der Juristen nur von geringem Nutzen ist. In Wirklichkeit verweist Gleichheit auf die Vorstellung von Gerechtigkeit und entzieht sich somit einer genauen juristischen Definition. In der Praxis begnügt man sich denn auch mit Formulierungen, die umso abstrakter sind, als Gleichheit ein Grundprinzip ist, das sich auf alle Gemeinwesen und auf jedes offizielle Organ, besonders auf den Gesetzgeber, anwenden lässt.

Artikel 8 und 127 auferlegen dem Gesetzgeber Pflichten und schreiben ihm im **positiven** Sinne vor, « Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln »¹³⁰. In **negativem** Sinne vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass « ein Erlass das Gebot der Rechtsgleichheit verletzt, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, das heisst, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht »¹³¹.

b. Der Geltungsbereich von Artikel 8 und 127 ist zwar unbegrenzt, doch die **gerichtliche Überprüfung** der Rechtmässigkeit erstreckt sich gemäss Artikel 190 BV, der den bisherigen Artikel 191 ersetzt, nicht auf die **Bundesgesetze**. Anders ausgedrückt geniesst die von den Eidg. Räten vorgesehene Steuerreform eine gewisse Immunität, da sie von keiner Rechtsprechung überprüft werden kann. Natürlich entbindet dies das Parlament nicht von seiner Pflicht, die Verfassungsmässigkeit des Gesetzesentwurfs zu gewährleisten. Wenn allerdings der Verfassungsgeber die Bundesgesetzgebung nicht der richterlichen Kontrolle unterstellen wollte, so gerade deshalb, um dem Gesetzgeber einen gewissen Handlungsspielraum einzuräumen, von dem er einen freien Gebrauch machen kann. Die Tragweite dieser Feststellung ist umso grösser, als das Bundesgericht in denjenigen Fällen, in denen es für die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von **kantonalen** Gesetzen zuständig ist, äusserste Zurückhaltung an den Tag legt, wenn es um die Anwendung des Gleichheitsgebots in der Gesetzgebung geht.

Diese richterliche Zurückhaltung rechtfertigt sich in zweierlei Hinsicht: Erstens muss die Judikative die Vorrechte respektieren, die dem Gesetzgeber durch die Verfassung eingeräumt

¹²⁷ BGE 114 IA 224, 109 IA 315, 96 I 566.

¹²⁸ BGE 112 IA 244.

¹²⁹ BGE 122 I 305.

¹³⁰ BGE 103 IA 519.

¹³¹ BGE 123 I 243.

werden, da ansonsten die Gewaltentrennung und die Volkssouveränität gefährdet würden. In einem Land, in welchem die Gesetze von einem frei gewählten Parlament erlassen werden und dem Referendum unterstellt werden können, darf der Richter nicht ohne gewichtigen Grund in die politische Macht eingreifen. Zweitens ist das abstrakt sowie kurz und bündig formulierte Gleichheitsgebot ein sehr **relativer Begriff**, der nur selten bei der konkreten Problemlösung zum Zuge kommt. Der Gesetzgeber kann unmöglich alle Individuen gleich behandeln oder alle gesellschaftlichen Probleme auf die gleiche Art und Weise lösen. Das Gesetz ist demnach nur gerecht, wenn es die Gesamtheit aller Sachverhalte berücksichtigt, also auch die Verschiedenartigkeit der Situationen, die sich ergeben können. Unter diesen Umständen kann man sich kaum vorstellen, dass ein Richter davon ausgeht, er sei im Besitz der alleinigen Wahrheit und besitze fixfertige Lösungen, denn die Gleichheit verweist auf die Vorstellung von Gerechtigkeit, die grundsätzlich immer subjektiv gefärbt ist.

Daraus ergibt sich, dass die Praxis des Bundesgerichts zwar nützlich ist, um die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes zu überprüfen. Analysiert werden muss sie jedoch mit gewissen Vorbehalten. Sie legt ja selber eine grosse Zurückhaltung an den Tag, denn sie erachtet nur diejenigen Bestimmungen für verfassungswidrig, die offensichtlich ungerecht sind, sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lassen¹³² oder denen es an einer objektiven und ernsthaften Grundlage fehlt¹³³. Anders gesagt äussert sich der Verfassungsrichter im Rahmen seiner Zuständigkeit nur zu Fällen von Amtsmissbrauch oder offensichtlicher Kompetenzüberschreitung. Er stellt sein eigenes Ermessen nicht über dasjenige des Gesetzgebers¹³⁴.

c. Selbstverständlich wirkt sich das Gleichheitsgebot nicht in allen Bereichen, in denen es zur Anwendung gelangt, gleich stark aus. Es kommt vor allem auf den Inhalt der Gesetzgebung und auf das Sachgebiet an, auf das es sich bezieht. Namentlich auf dem Gebiet der **Besteuerung** gelten einerseits besonders strenge Anforderungen; andererseits ist das Thema derart komplex und führt es zu so vielen, sich widersprechenden Erwägungen, dass die Anwendung des Gleichheitsgebots sich oft als schwierig und kontrovers erweist.

In einem seiner seltenen jüngeren Entscheide erinnert das Bundesgericht an die Richtlinien, die sich aus der **Rechtsprechung** ableiten lassen. Mangels eines Bundesgerichtsentscheids, der sich zu genau dieser Frage äussert, über die vorliegend entschieden werden muss, bleibt nichts anderes übrig, als sich an den eher weit gesteckten Anhaltspunkten zu orientieren, die sich der Praxis entnehmen lassen. So wie das Bundesgericht den Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung auslegt, sind « Personen, die sich in gleichen Verhältnissen befinden, in derselben Weise mit Steuern zu belasten und müssen wesentliche Ungleichheiten in den tatsächlichen Verhältnissen zu entsprechend unterschiedlicher Steuerbelastungen führen »¹³⁵. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung seinerseits verbietet « eine unbegründete Ausnahme einzelner Personen oder Personengruppen von der Besteuerung, da der Finanzaufwand des Gemeinwesens für die allgemeinen öffentlichen Aufgaben grundsätzlich von der Gesamtheit der Bürger getragen werden soll »¹³⁶. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit rechtfertigen sich Ausnahmen und Abschläge nur aus objektiven Gründen, das heisst, wenn sie auf tatsächlichen und klaren Unterschieden in den Verhältnissen beruhen¹³⁷. Das Verfolgen nichtfiskalischer Ziele mittels Steuerbelastungen oder Steuererleichterungen ist nur unter bestimmten Bedingungen zulässig: Die Steuermassnahmen müssen geeignet sein, die angestrebten nichtfiskalischen Ziele zu erreichen; sie dürfen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht verletzen, es

¹³² BGE 122 I 313.

¹³³ BGE 92 I 98; siehe BGE 113 IA 149; 110 IA 13, 109 IA 124-5.

¹³⁴ ATF 109 IA 124-5.

¹³⁵ Entscheid vom 13. November 1997, RDAF 1998 II S. 133, 138.

¹³⁶ Ebenda, siehe BGE 114 IA 224.

¹³⁷ Ebenda, siehe BGE 114 IA 323

sei denn, es gebe dafür stichhaltige Gründe, die objektiv klar und vernünftig sind¹³⁸. Schliesslich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, um zu bestimmen, ob das öffentliche Interesse an steuerlichen Lenkungsmassnahmen die Verletzung des Grundsatzes der Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit rechtfertigt¹³⁹.

d. Diejenigen, die Bundesrecht erlassen, sind auch diejenigen, welche die Bestimmungen kontrollieren, die sie selber erlassen haben, da diese nicht durch das Bundesgericht überprüft werden können. Sie sind zwar verpflichtet, die Verfassung einzuhalten, müssen sich selbst gegenüber jedoch nicht strenger sein, als es ein (nicht existierender) Verfassungsrichter wäre. Sie müssen so entscheiden, wie es ihnen am gerechtesten und gleichzeitig am besten geeignet erscheint, um das Allgemeininteresse zu respektieren. Sie wissen aber, dass der Entscheid letztlich immer bei den Stimmbürgern liegt, deren Referendumskompetenz gewissermassen die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit ersetzt.

Selbst wenn es ein Verfassungsgericht gäbe, müssten sich die Verfassungsrichter eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, besonders bei Fragen, deren Beantwortung weitgehend von politischen Faktoren abhängt¹⁴⁰. Ein Gesetz ist in erster Linie ein politisches Werk und der Richter darf sein subjektives Ermessen nicht über dasjenige des Gesetzgebers stellen. Wer den Auftrag erhält zu überprüfen, ob ein Gesetzesentwurf die Rechtsgleichheit verletzt oder nicht, muss sich davor hüten, seinen persönlichen Vorstellungen über die Gerechtigkeit nachzugeben und die Beurteilungskriterien nur nach seinen eigenen Vorstellungen auszuwählen. In einem demokratischen Staat wird vorausgesetzt, dass der Gesetzgeber – also das Volk und das Parlament – eine zumindest vertretbare Auffassung von Gerechtigkeit hat. Von dieser Vermutung wird nur abgewichen, wenn die verabschiedeten Gesetzesbestimmungen wirklich unhaltbar sind. Das Bundesgericht erachtet übrigens die steuerliche Ungleichbehandlung als einen besonderen Fall von Willkür¹⁴¹.

B. Die Anwendung der Grundsätze

Nicht jede unterschiedliche Behandlung ist zwingend als Rechtsungleichheit im verfassungsrechtlichen Sinne auszulegen. Anders gesagt sind bestimmte Unterscheidungen zulässig, ja sogar notwendig, während andere unannehmbar sind und Artikel 8 und 127 BV verletzen. Es gilt also, das eine vom anderen zu unterscheiden. Das vorliegende Rechtsgutachten beschränkt sich auf die konkrete Fragestellung: Verletzt eine Teilbesteuerung der Beteiligungen (zu einem Satz von 60% oder 50%) die von der Verfassung garantierte Rechtsgleichheit und namentlich den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder nicht?

Von der Rechtsprechung wird diese Frage nicht ausdrücklich beantwortet. Die Lehre hat sich bisher wenig für diese Frage interessiert, abgesehen von einer interessanten Monografie, die sich in allgemeiner Form mit diesem Thema befasst, sich aber – obwohl erst kürzlich erschienen – nicht zur laufenden Reform äussert¹⁴². Der Autor analysiert das Phänomen der Doppelbesteuerung, namentlich unter dem Blickwinkel der Wettbewerbsneutralität und der Notwendigkeit, die wirtschaftliche Überbelastung zu mildern¹⁴³. Er gibt einen Überblick über die verschiedenen Massnahmen, die diesbezüglich getroffen werden könnten, insbesondere die Teilbesteuerung der Dividenden¹⁴⁴. Er anerkennt, dass diese Methode an sich systemfremd ist, jedoch auch Vorteile aufweist, insbesondere hinsichtlich der Finanzierungsneutralität und der Gleichbehandlung mit dem Risiko- und dem Fremdkapital. Er unterstreicht im

¹³⁸ Ebenda, S. 142.

¹³⁹ Ebenda.

¹⁴⁰ Entscheid vom 13. November 1997, RDAF 1998 II S. 144; siehe BGE 120 IA 334; 118 IA 4.

¹⁴¹ BGE 125 I 4.

¹⁴² M.Reich, Die wirtschaftliche Doppelbelastung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilsinhaber, Zürich 2000.

¹⁴³ S. 37 ff.

¹⁴⁴ S. 50ff.

Übrigen die Besonderheiten der Vorbesteuerung, welche die juristischen Personen belastet und diejenigen der weiteren Besteuerung, die von den natürlichen Personen erhoben wird¹⁴⁵. Er folgert daraus, dass angesichts des bestehenden Handlungsbedarfs die eine oder andere Methode keinesfalls als verfassungswidrig wird erachtet werden müssen¹⁴⁶. Was die Festlegung eines vertretbaren Höchstwerts für diese Milderung anbelangt, so hebt der Autor hervor, dass der Gesetzgeber bei der Evaluation der verschiedenen in Frage kommenden Modelle und ihrer Auswirkungen über einen sehr grossen Spielraum verfügt¹⁴⁷. Er fügt hinzu, dass die zu Gunsten der natürlichen Personen getroffenen Steuersenkungsmassnahmen durchaus verfassungskonform sind¹⁴⁸.

Da noch nie ein Bundes- oder Kantonsgerichtsentscheid zu dieser Frage publiziert wurde, kann eine objektiv vertretbare Antwort nur mit Hilfe einer sorgfältigen Analyse, die sich auf die vom Bundesgericht definierten Kriterien stützt, gefunden werden¹⁴⁹.

Wir erachten die sechs nachfolgenden Kriterien als massgeblich. Erstens müssen die Personkreise oder Gegenstände, die durch die strittige Norm unterschieden würden, klar abgegrenzt und das Kriterium präzise bestimmt werden, auf das sich der Gesetzgeber stützen würde, um diese Unterscheidung vorzunehmen. Zweitens sind die rechtlichen und konkreten Auswirkungen zu ermitteln – und abzuwägen – die die betreffende, gesetzlich verankerte Unterscheidung nach sich ziehen würde, das heisst, die Tragweite der Auswirkungen dieser Unterscheidung ist zu ermitteln. Drittens muss man sich die Frage stellen, ob die unterschiedliche Behandlung sich durch wirkliche Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen, die verschieden behandelt würden, rechtfertigt. Viertens spielen auch rechtliche Faktoren eine Rolle: Unterstehen die beiden Dinge, die der Gesetzgeber unterscheidet, unterschiedlichen Regelungen, ungleichen Rechten und Pflichten, so lässt sich eine differenzierte Behandlung rechtfertigen, vorausgesetzt allerdings, dass zwischen diesen beiden rechtlichen Elementen ein ausreichend enger Zusammenhang besteht. Fünftens sollte man auch den Zweck der in Frage gestellten Gesetzgebung mit berücksichtigen, wobei dies nur von untergeordneter Bedeutung ist: Bewegt sich eine Unterscheidung gewissermassen in der Logik der fraglichen Regelung und verfolgt sie deren Hauptziele, so lässt sich eine gesetzlich normierte Ungleichbehandlung rechtfertigen. Schliesslich kann die Analyse den eigentlichen Zweck der strittigen Norm und insbesondere die von ihr verfolgten öffentlichen Interessen nicht völlig ausser Acht lassen. Das Kriterium des Gemeinwohls ist zwar subjektiv und oft anfechtbar, doch Unterscheidungen können durchaus ihre Berechtigung haben, wenn damit ein besonders wichtiges öffentliches Interesse verfolgt wird.

Die Frage nach dem Zusammenhang zwischen dieser Reform und einer allfälligen Einführung einer Kapitalgewinnsteuer, die gelegentlich gestellt wurde, ist gesondert zu erörtern.

1. Die von den Eidg. Räten in den Entwürfen verankerte differenzierte Behandlung

Die erste Prämisse in der Argumentation, die zu einer objektiven Schlussfolgerung führen soll, betrifft die genaue Abgrenzung der Personen – oder Gegenstände – die in den Entwürfen der Eidg. Räte unterschiedlich behandelt werden. Zuerst wird das Geschäfts- und anschliessend das Privatvermögen in dieser Hinsicht untersucht.

¹⁴⁵ S. 67f.

¹⁴⁶ S.69 a.E.

¹⁴⁷ S. 86.

¹⁴⁸ Ebenda.

¹⁴⁹ Siehe namentlich A.Haefliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern, 1985, S. 60 ff.; K.Klett, *Der Gleichheitssatz im Steuerrecht*, RDS, 1992, II, S. 5; D.Yersin, *L'égalité de traitement en droit fiscal*, ebenda, S. 147 ff; V.Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Zurich, 2003, S. 28ff.; 189 ff; 278; über die hier verwendete Analyse-methode vgl. E.Grisel, *Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Bern, 2000, S. 50 ff.

Was das Geschäftsvermögen anbelangt, legten beide Kammern für die Besteuerung der Dividenden oder Gewinnanteile einen Satz von 50% fest, vorausgesetzt, die Beteiligungsrechte stellen mindestens 10% des Kapitals dar (Artikel 18 Absatz 1 neues StHG). Die Kapitalgewinne werden weiterhin zu einem Satz von 60% besteuert, vorausgesetzt allerdings, dass die Beteiligungsrechte mindestens während eines Jahres im Eigentum des Steuerpflichtigen waren (Artikel 18 Absatz 2 neu).

Im Privatvermögen senkte das Parlament die Besteuerung der Dividenden aus Aktien auf einen Satz von 60% (Ständerat) oder von 50% (Nationalrat), sofern die Steuerpflichtigen Beteiligungsrechte von mindestens 10% besitzen (Artikel 20 Absatz 1bis, neu). Artikel 16 Absatz 3 DBG, der die Kapitalgewinne für steuerfrei erklärt, bleibt unverändert.

In beiden Fällen trifft das Gesetz die Unterscheidung also nicht personen-, sondern sachbezogen, indem bestimmte Gegenstände besonders behandelt werden. Im Gegensatz zum ordentlichen Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit oder aus Vermögen würden die Dividenden oder Gewinnbeteiligungen nur teilweise besteuert. Anders gesagt zielen die Entwürfe, die sich einzig in der Höhe des Satzes unterscheiden, nicht auf die Steuerpflichtigen als Personen, sondern auf die Steuerbemessungsgrundlage, das heisst auf den die Berechnungsgrundlage erzeugenden Sachverhalt. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung wird somit nicht in Frage gestellt. Es geht hier nur um die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit¹⁵⁰. Diesbezüglich setzt das Erfordernis der horizontalen Steuergerechtigkeit voraus, dass der Gesetzgeber bei der Definition der Steuerbemessungsgrundlage die Gesamtheit der Elemente berücksichtigt, welche die Finanzlage des Steuerpflichtigen ausmachen, also Einkommen und Vermögen. Der Grundsatz der vertikalen Steuergerechtigkeit geht jedoch davon aus, dass den unterschiedlichen Verhältnissen mit Steuerermässigungen, Steuerabzügen und reduzierten Steuersätzen oder umgekehrt mit umso höheren Steuersätzen Rechnung getragen wird, je grösser das Einkommen ist¹⁵¹.

Generell sieht das Schweizerische Recht eine einheitliche Einkommenssteuer vor, die auf dem gesamten Nettoeinkommen jeder Person erhoben wird. Es ist unbestreitbar, dass die Entwürfe der Eidg. Räten von diesem Grundsatz abweichen, weil sie ja gewisse Einkünfte der Steuerpflichtigen ausser Acht lassen. Nun ist zu untersuchen, ob sich diese teilweise Steuerbefreiung aufgrund ihrer konkreten Ergebnisse und weiterer sachdienlicher Faktoren allenfalls rechtfertigen lässt.

2. Die konkreten Auswirkungen der unterschiedlichen Behandlung

Die Auswirkungen einer Senkung der Dividendenbesteuerung werden auf zwei Ebenen spürbar.

Personenbezogen steht fest, dass eine nur von einer Minderheit von Bürgern erzielte Einkommensart gegenüber den übrigen Einkommensarten, wie sie die Mehrheit der Bevölkerung kennt, begünstigt wird. Diese Mehrheit wäre eventuell berechtigt, sich über das Privileg zu beschweren, das Dritten zugestanden wird, vorausgesetzt allerdings, dass sie dadurch nachweislich in ihren eigenen Interessen verletzt werden und dass ein relativ enger Zusammenhang zwischen ihrer Situation und derjenigen der bevorzugten Steuerpflichtigen besteht. Im Falle der Mieter anerkannte das Bundesgericht, dass diese sich in einer ähnlichen Situation befinden wie die Wohneigentümer, die ihr Wohneigentum selber nutzen, und es räumte ihnen deshalb das Recht ein, die Gesetzesvorschrift, welche den Eigenmietwert nicht (oder zu wenig) besteuert, anzufechten¹⁵². Ebenso sind die verheirateten Paare berechtigt, beim

¹⁵⁰ Siehe dazu nachfolgend Ziffer 5.

¹⁵¹ J.M.Rivier, *Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune*, 2. Ausgabe, Lausanne, 1998, S. 85.

¹⁵² RF 1984, S. 138.

Bundesgericht Beschwerde darüber zu führen, dass sie steuerlich stärker belastet werden als die Konkubinatspaare¹⁵³; die kantonalen Gesetze mussten übrigens aufgrund dieses Bundesgerichtsentscheides angepasst werden. Dagegen äusserte sich das Bundesgericht nicht zur Frage, ob gewöhnliche Bürger legitimiert seien, gegen die Aufhebung der Besteuerung von Kapitalgewinnen auf Privatvermögen Beschwerde einzureichen¹⁵⁴, denn die Beschwerde musste aus grundsätzlichen Überlegungen sowieso abgelehnt werden. Wäre das Bundesgericht berechtigt, sich zur Gültigkeit von Bundesgesetzen zu äussern (was die Verfassung verneint), würde es möglicherweise, aber nicht sicher, die Legitimation der Steuerpflichtigen bejahen, die nicht von der Steuerermässigung profitieren können, die in der untersuchten Steuerreform vorgesehen ist.

Es muss auf jeden Fall auch der gesamtgesellschaftliche Zusammenhang im Auge behalten werden. Ausschlaggebend wären in dieser Hinsicht die finanziellen Auswirkungen der geplanten Entscheidung. Wird für die einen die Steuerbelastung gemildert, hat das im Allgemeinen Ausfälle bei den Staatseinnahmen zur Folge, was – um einen ausgeglichenen Haushalt zu gewährleisten - wiederum die Gefahr einer allgemeinen Steuererhöhung in sich birgt. Anders ausgedrückt werden diejenigen Steuerpflichtigen, die nicht in den Genuss der Milderung kommen, zumindest indirekt benachteiligt.

Diese Gefahr besteht jedoch nur virtuell. Sie tritt nicht immer oder zwingend ein. An diesem Punkt muss man sich eines der wichtigsten Ziele der Reform vor Augen halten, nämlich die Absicht, die Unternehmen zur vermehrten Ausschüttung von Dividenden zu veranlassen. Wird dieses Ziel erreicht, werden die Nutzniesser zwar einem tieferen Steuersatz unterstehen, doch wird dieser auf grössere Beträge angewendet werden. Teilt man den Satz durch zwei und verdoppelt man gleichzeitig die Bemessungsgrundlage, so ergibt sich für die Steuerbehörde und demnach für die Gesamtheit der Steuerpflichtigen schlussendlich ein „Nullsummenspiel“. In Tat und Wahrheit sind die Dinge jedoch nicht so einfach, und es besteht keine Gewissheit, dass sich das Gleichgewicht in der erwarteten Art und Weise einstellen würde. Andererseits kann man davon ausgehen, dass die von den Eidg. Räten entworfene Revision auch nicht automatisch zu bezifferbaren Steuereinsparungen führen muss, oder dann nur während einer sehr kurzen Zeit.

3. Die Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen der Dividendenausschüttung und anderer Einkommensquellen

Dieses Problem kann aus drei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet werden.

Aus dem Blickwinkel des einzelnen Steuerpflichtigen betrachtet, besteht kein Zweifel, dass eine Dividende in sein persönliches Vermögen übergeht und dass sie ein Einkommen im gebräuchlichen Sinne des Begriffs darstellt. Artikel 20 Buchstabe c) DBG folgt dieser praktisch unwiderlegbaren Logik.

Bezieht man jedoch weitere Aspekte mit ein, unterscheiden sich die Beteiligungserträge aus einer Kapitalgesellschaft in vielfacher Hinsicht von einem gewöhnlichen Einkommen. Geht man davon aus, dass die Aktien- oder Anteilsinhaber gemeinsame Eigentümer einer Kapitalgesellschaft sind, wird klar, dass es sich nicht um eine Vermögensübertragung im eigentlichen Sinne handelt. Ob Dividenden ausgeschüttet werden oder nicht, liegt übrigens im freien Ermessen der Generalversammlung; die Dividendenausschüttung ist also keine beständige Einkommensquelle. Gemäss Bundesgericht ist zwar die Beständigkeit kein Charakteristikum des Einkommens, wie es vom Gesetzgeber in Artikel 20 DBG verankert wurde¹⁵⁵. Aber die Rechtsprechung legt natürlich nur das geltende Gesetz aus, und es ist nicht verboten, dieses

¹⁵³ BGE 110 IA 10.

¹⁵⁴ BGE 114 IA 223.

¹⁵⁵ BGE 117 IB 1.

zu ändern, vorausgesetzt, die Gesetzesreform beruht auf objektiven und stichhaltigen Grundlagen.

In der Praxis und vor allem wirtschaftlich betrachtet wird offensichtlich, dass sich die Dividenden und Gewinnanteile nach Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c) von den in den übrigen Vorschriften dieses Artikels aufgezählten Einkommen unterscheiden. Artikel 20 DBG unterscheidet gerade zwischen Zinsen aus Guthaben und Einkünften aus Vermietungen einerseits sowie Dividenden andererseits (Bst. a und d), um nur ein Beispiel zu nennen. Im zuletzt genannten Fall besteht nämlich zwischen den beiden völlig unterschiedlichen Vermögensarten kein wirklicher horizontaler Bezug: Schüttet die Gesellschaft eine Dividende aus, verringert sich ihre Substanz und sie verzichtet auf die Verwendung des Gewinns zu Investitionszwecken; anders gesagt verliert der Anteilsinhaber auf der einen Seite etwas, auf der anderen Seite erhält er aber auch etwas. Eigentlich kann man sagen, dass er dadurch nicht wirklich reicher wird.

Ist der Gesetzgeber mit zwei konkreten Situationen konfrontiert, die entweder als ähnlich oder als verschieden gelten können, verfügt er über einen gewissen Ermessensspielraum. Während es zweifellos übertrieben und ungerecht wäre, die Dividenden ganz von der Steuerpflicht zu befreien, scheint eine nur hälftige Besteuerung nicht ganz und gar unvernünftig, da sie sozusagen ein Mittelding zwischen zwei extremen Lösungen darstellt. Man kann die Entwürfe der Eidg. Räte umso mehr als vertretbar erachten, als sie einzig und allein die Inhaber von Beteiligungen von mindestens 10% betreffen, das heisst eine relativ geringe Anzahl von Inhabern, noch dazu in eher kleinen Kapitalgesellschaften. Die wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Unternehmen und den Aktionären ist nun aber besonders eng, wenn Letztere nicht sehr zahlreich sind und je über einen grossen Kapitalanteil verfügen. Weniger eng ist die Beziehung natürlich dann, wenn das Unternehmen so gross ist, dass kein einzelner Wirtschaftsakteur über einen Anteil von 10% verfügen kann. Anders gesagt folgt die Verknüpfung einer Milderung der Besteuerung mit dem Erfordernis einer Mindestbeteiligung einer Logik, welche unterschiedliche wirtschaftliche und tatsächliche Verhältnisse berücksichtigt.

Der Vergleich mit dem Eigenmietwert liegt nahe. Gemäss Bundesgericht wäre die Abschaffung der Besteuerung des Eigenmietwerts einer vom Eigentümer selbst genutzten Wohnung unzulässig¹⁵⁶; Artikel 21b DBG und Artikel 7 Absatz 1 StHG schreiben dessen Besteuerung vor, doch es ist dem Gesetzgeber nicht benommen, den massgeblichen Wert unter dem realen Wert, der dem Verkehrswert entspricht, anzusetzen¹⁵⁷.

4. Die rechtlichen Unterschiede zwischen Dividendenausschüttung und anderen Einkommensformen

In einer ähnlichen Sichtweise wie der vorhergehenden, die sich vorwiegend auf wirtschaftliche Überlegungen beschränkte, kann auch die Rechtslage des Empfängers einer Dividende mit derjenigen einer Person verglichen werden, die eine andere Art von Einkommen erzielt.

Rechtlich gesehen setzt die Dividendenausschüttung effektiv die Übertragung des Eigentums an einem beweglichen Vermögensgut von der Aktiengesellschaft zum Aktionär voraus. Zumindest formell gesehen besteht zwischen dieser Operation und anderen Übertragungen zwischen zwei Personen kein Unterschied. Immer noch rein rechtlich gesehen sind im Übrigen die Kapitalgesellschaft und die Anteilsinhaber zwei verschiedene Subjekte. Einige Redner liessen es sich in der Parlamentsdebatte nicht nehmen, auf diese Sachlage hinzuweisen, um daraus zu folgern, dass das heutige Gesetz gar keine Doppelbesteuerung vorsehe, da es sich um zwei verschiedene steuerpflichtige Wirtschaftssubjekte handle¹⁵⁸.

¹⁵⁶ BGE 112 IA 240.

¹⁵⁷ BGE 128 I 242; 125 I 65; 124 I 145; siehe E.Höhn, R.Waldburger, Steuerrecht, Bd. II, Bern 2002, S. 131; Rivier, op.cit., S. 437.

¹⁵⁸ Berset, AB S 2006, S. 434; Leutenegger Oberholzer, AB N 2006, S. 1277.

Dieses Argument stimmt zwar, reicht für sich allein genommen jedoch nicht aus, denn es gilt noch weitere Aspekte der Rechtslage zu berücksichtigen. In erster Linie geht es nicht darum, sich mit rein formalistischen Erwägungen zufriedenzugeben. Bereits im 19. Jahrhundert setzte sich in der Lehre die Erkenntnis durch, dass die juristische Person weitgehend eine reine Fiktion ist. Das Gesetz « tut so als ob » die Kapitalgesellschaft etwas anderes als ihre Mitglieder sei und zieht in der Praxis die notwendigen rechtlichen Schlüsse daraus; das darf aber nicht die Realität verschleiern; in Wirklichkeit ist klar, dass die Kapitalgesellschaft von ihren Mitgliedern begründet wird und ohne diese nicht existieren könnte. Die Aktionäre und die Gesellschaft als zwei völlig verschiedene Dinge zu behandeln, stellt also nur einen Kunstgriff dar, der nicht zum äussersten ausgedehnt werden darf und dessen Auswirkungen nicht übertrieben werden sollten.

In zweiter Linie gibt es – immer noch vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet – grosse Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Erträgen und Einkünften nach Artikel 20 DBG. Wer aus seinen Guthaben Zinsen oder einen Mietzins bezieht, ist genau genommen ein Gläubiger, der Anspruch auf die Vollstreckung einer Schuld erheben kann, wobei die Höhe dieser Schuld zum Voraus bekannt ist. Ganz anders verhält es sich mit der Ausschüttung einer Dividende; ob sie ausgeschüttet wird und in welcher Höhe wird periodisch von der Generalversammlung bestimmt, die diesbezüglich über eine grosse Freiheit verfügt. Genau diesen Spielraum nutzen zahlreiche Schweizer Unternehmen aus, indem sie auf eine normale Dividendenausschüttung verzichten, um der Entrichtung der Steuer nach Artikel 20 Buchstabe c) DBG zu entgehen. Daraus wird der Unterschied zwischen den beiden vorerwähnten Rechtslagen ersichtlich. Während der Inhaber eines Sparhefts oder der Vermieter die Erhebung der Summen, auf die er Anspruch hat, in keinerlei Art und Weise beeinflussen kann, hat der Beteiligungsinhaber aus rechtlichen Gründen die Möglichkeit, sich der Besteuerung der Dividenden zu entziehen, indem er auf Letztere verzichtet.

5. Der Zusammenhang zwischen dem Gesetzeszweck und der durch die Dividendenbesteuerungsreform eingeführten unterschiedlichen Behandlung

Generell belasten die Steuergesetze alle Bürger nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in gleichem Masse. Dieser Grundsatz gilt sowohl für die vertikale als auch für die horizontale Steuergerechtigkeit. Die Definition der Veranlagung durch den Gesetzgeber muss demnach alle Elemente berücksichtigen, welche die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Steuerpflichtigen bestimmen. Namentlich die Einkommenssteuer betrifft somit die unterschiedlichsten Erträge und Einkünfte, insbesondere diejenigen aus beweglichem Vermögen nach Artikel 20 DBG. Im vorliegenden Fall stellt sich also die Frage, ob die angestrebten Ziele vereitelt würden, wenn die Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen zu 60 oder 50 Prozent besteuert würden.

Fünf Erwägungen erweisen sich in dieser Hinsicht als ausschlaggebend, wenn man von der allfälligen Einführung einer Steuer auf Kapitalgewinnen absieht, die separat zu erörtern sein wird.

a. Zuallererst muss daran erinnert werden, dass der kantonale Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesgerichts « einen weiten Ermessensspielraum in der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Wahl der Mittel zu deren steuerlicher Erfassung » hat¹⁵⁹. Mindestens derselbe Handlungsspielraum steht zwangsläufig und zu Recht dem eidgenössischen Gesetzgeber zu, und zwar umso mehr, als er durch die Verfassung der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist.

b. Ferner widerspricht der Zweck der Reform demjenigen des Schweizer Steuersystems nicht direkt. Tatsächlich bezweckt die Reform eine – teilweise – Korrektur der wirtschaftli-

¹⁵⁹ D.Yersin, op.cit., S. 171, Nr. 32, BGE 109 IA 101.

chen Doppelbelastung des Gesellschaftsgewinns und der Dividenden, die dem Beteiligungsinhaber ausgeschüttet werden. Diese Kaskadenbesteuerung, die zu einer Überbesteuerung führt, ist entgegen der Meinung der Revisionsgegner keine reine Illusion. Sie entspricht vielmehr einer konkreten Wirklichkeit: Da Dividenden nichts anderes sind als die vollständige oder teilweise Verteilung des Unternehmensgewinns, belastet die Steuer, die zuerst nach Artikel 58 ff. DBG, von der Kapitalgesellschaft und danach auf den Dividenden erhoben wird, tatsächlich zwei Mal denselben Gegenstand¹⁶⁰. Zählt man noch die Vermögenssteuer hinzu, die vom Beteiligungsinhaber geschuldet ist und längerfristig einer indirekten Einkommensabgabe entspricht, wird deutlich, dass die betreffenden beweglichen Vermögenswerte drei Mal, wenn auch in verschiedener Form, aber doch spürbar, belastet werden. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, kann man kaum behaupten, dass die Milderung des Dividendenbesteuerungssatzes mit dem Zweck der einschlägigen Gesetzgebung unvereinbar wäre.

c. Die wirtschaftliche Doppelbelastung erzeugt selber eine Ungleichbehandlung, die von der geplanten Reform teilweise korrigiert werden soll. Da derselbe Gegenstand mehrmals steuerlich belastet wird, wird der Investor einer Kapitalgesellschaft gegenüber dem selbständigen Unternehmer benachteiligt. Die Senkung des Dividendenbesteuerungssatzes ist also nichts anderes als die Milderung einer Überbesteuerung; aus dieser Sicht widerspricht sie nicht nur den Artikeln 8 und 127 BV nicht, sondern lebt dem Gleichheitsgebot eben gerade nach.

Das Bundesgericht hatte noch nie Gelegenheit, sich materiell zur wirtschaftlichen Doppelbelastung zu äussern. In seinem Entscheid vom 19. Mai 1989 hob es hervor dass eine Doppelbelastung sich ergeben kann, wenn verschiedene Steuersubjekte und –objekte nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich identisch sind¹⁶¹. Es lehnte es jedoch ab, auf eine Verletzung von Artikel 46 Absatz 2 aBV zu erkennen, wenn ein Kanton eine Aktiengesellschaft auf Ertrag und Kapital besteuert, ein anderer Kanton hingegen vom Aktionär für den Wert der Aktien und die Dividendenausschüttungen Steuern erhebt. Das Bundesgericht unterstrich zu Recht, dass es sich zwar um eine wirtschaftliche Doppelbelastung handelt, nicht aber um eine interkantonale Doppelbesteuerung, denn sie sei systembedingt¹⁶². Würden die Aktiengesellschaft und der Aktionär nämlich im gleichen Kanton besteuert, käme es ebenfalls zu einer Doppelbesteuerung; sie ist systembedingt und ergibt sich nicht aus einer interkantonalen Normenkollision. Aus dieser Rechtsprechung können demzufolge im Hinblick auf unsere Fragestellung kaum Erkenntnisse gewonnen werden. Die einzige Lehre, die sich daraus ziehen lässt, ist dass das Bundesgericht anerkannt hat, dass eine Doppelbesteuerung vorliegt, wenn Steuerobjekte wirtschaftlich identisch sind. Es hat sich jedoch nicht zu den rechtlichen Folgen dieser Situation geäussert.

d. Manche Parlamentarier hielten dem entgegen, dass es nur in den relativ seltenen Fällen zu einer doppelten (oder dreifachen) Besteuerung komme, in denen der Gewinn zu über 70 Prozent ausgeschüttet werde. Dieses Argument widerspricht jedoch einer anderen Erwägung, die eng mit dem Zweck des Steuersystems zusammenhängt. Um wirklich gerecht zu sein, sollte das Steuersystem neutral sein. Der Grundsatz der Neutralität setzt aber gerade voraus, dass das Gesetz nicht so konzipiert ist, dass es das Verhalten und die Entscheide der Wirtschaftsakteure beeinflusst; darüber hinaus soll das Gesetz Anomalien vermeiden und einen möglichst optimalen Einsatz der Finanzressourcen des Steuerpflichtigen, insbesondere der Unternehmer, ermöglichen¹⁶³.

Der Nachteil der heutigen Gesetzgebung liegt darin, dass die Gesellschaften dazu verleitet werden, einen grossen Dividendenanteil zurückzubehalten; dadurch werden nicht nur die Aktionäre benachteiligt, die man um normale Einkünfte bringt, sondern auch der Fiskus, dem ein Teil der ihm zustehenden Einnahmen entgeht. Zu dieser Frage vertraten die Eidg. Räte die Auffassung, dass eine ungefähr hälftige Reduktion der Dividendenbesteuerung die Rückkehr zu einer Haltung ermöglichen würde, die dem ursprünglichen Geist des Aktienrechts

¹⁶⁰ Reich, Op.cit. S. 42 ff.

¹⁶¹ STR, 1990, S. 408.

¹⁶² Ebenda, S. 409.

¹⁶³ Siehe J.M. Rivier, Op.cit., S. 88-89 und die Zitate.

besser entspricht und die darin besteht, den Beteiligungsinhabern einen ansehnlichen Gewinnanteil in Form von Dividenden auszuschütten.

e. Fünftens ist das schweizerische Steuersystem als Ganzes zu betrachten; der Bundesgesetzgeber muss auch die kantonale Gesetzgebung sowie die Haltung der Kantone berücksichtigen¹⁶⁴. Auf der einen Seite ist eine gewisse Koordination unerlässlich. Wird andererseits etwas für die Kantone als gültig und verfassungsmässig erachtet, so ist es dies auch für den Bund.

Eine Reihe von Kantonen hat nun aber auf verschiedene Art und Weise die Doppelbesteuerung des Unternehmensgewinns und der Dividendenausschüttungen an die Aktionäre mehr oder weniger stark abgebaut. Die meisten haben den Besteuerungssatz auf Dividenden von qualifizierten Beteiligungsinhabern (von 5%, 10% oder 20%, sogar von 40% des Kapitals) auf 50% gesenkt¹⁶⁵; einige sind sogar bis auf 40%¹⁶⁶, ja sogar 20% hinuntergegangen¹⁶⁷, während sich ein Kanton für einen Anteil von 70% entschieden hat¹⁶⁸. In den Parlamentsdebatten hoben die Befürworter der Revision des Bundesgesetzes wiederholt hervor, dass die Kantone den Wunsch nach einer Reform geäußert hatten, die in dieselbe Richtung zielt wie diejenige, die nun von den Eidg. Räten vorgeschlagen wird. Darüber hinaus ist da auch die rechtserhebliche Tatsache, dass keine der kantonalen Bestimmungen bisher mit einer Beschwerde an das Bundesgericht angefochten wurde, obwohl einige Bestimmungen schon vor mehreren Jahren erlassen wurden.

6. Die Frage der Beziehung zwischen der Teilbesteuerung der Beteiligungen und der Einführung einer Kapitalgewinnsteuer

Aus der bisherigen Analyse geht hervor, dass die Senkung des Steuersatzes in einer gewissen Anzahl von Kantonen angenommen wurde. Keiner von ihnen kennt noch eine Steuer auf den Kapitalgewinnen aus dem Privatvermögen; sie wurde überall abgeschafft, und zwar schon vor geraumer Zeit¹⁶⁹. Das Bundesgericht anerkannte im Übrigen vor fast zwanzig Jahren, dass die Aufhebung dieser Art von Besteuerung nicht gegen die Rechtsgleichheit verstosse¹⁷⁰; doch es legte diese Steuerbefreiung restriktiv aus¹⁷¹.

Der Entscheid vom 13. November 1997 fasst den vorgenannten Entscheid zusammen und kommentiert ihn wie folgt: Der Beschwerdeführer kritisierte die Aufhebung der Besteuerung der Kapitalgewinne, während der Regierungsrat geltend machte, dass damit in Zukunft der Zugang zum Privateigentum erleichtert werde. Des Weiteren stellte er praktische Überlegungen rund um die Steuererhebungskosten an und wies darauf hin, dass die meisten übrigen Kantone auch darauf verzichtet hatten. Das Bundesgericht schloss sich dieser Argumentati-

¹⁶⁴ Siehe Martenet, Op.cit., S. 124 ff. .

¹⁶⁵ SH : Artikel 38 Absatz 3a des Gesetzes über die direkten Steuern vom 20. März 2000; LU: Artikel 57 Absatz 6 des Steuergesetzes vom 22. November 1999; AI: Artikel 37 Absatz 4 des Steuergesetzes vom 25. April 1999; SG: Artikel 51 Absatz 5 des Steuergesetzes vom 4. April 2006; TG: Artikel 37 Absatz 3 des Steuergesetzes vom 14. September 2005; NW: Artikel 40 Absatz 3 des Gesetzes über die Steuern vom 22. März 2000; OW: Artikel 137 Absatz 2 des Steuergesetzes vom 30. Oktober 1994; AG: Artikel 45a und 29a des Steuergesetzes vom 22. August 2006, Abstimmung vom 26. November. In AR, wurde die Abstimmung vom 21. Mai 2006, die den Satz um die Hälfte reduzierte, vom Bundesgericht am 12. September 2006 wegen Verletzung der Einheit der Materie annulliert; 1P 223/2006.

¹⁶⁶ UR: Abstimmung vom 26. November 2006, Artikel 24 Absatz 2 des Gesetzes über die direkten Steuern.

¹⁶⁷ GL: Artikel 34 Absatz 3 des Steuergesetzes vom 7. Mai 2000; in Bern hat der Regierungsrat einen Steuersatz von 40% vorgeschlagen, während die parlamentarische Kommission 50% vorschlug; siehe Regierungsentwurf vom 5. April 2006.

¹⁶⁸ Abstimmung vom 26. November 2006, ZG : Artikel 35 Absatz 4 des Steuergesetzes vom 30. März 2006.

¹⁶⁹ Siehe Rivier, Op.cit., S. 334.

¹⁷⁰ BGE 114 IA 221.

¹⁷¹ BGE vom 11. Juni 2004, 2 A 331/2003; siehe BGE 115 IB 243; BBI 2005, S. 4803.

on an: die Gesetzesrevision war im vorliegenden Fall aus objektiven Gründen gerechtfertigt; darüber hinaus entsprach die gewählte Lösung einem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden. Schliesslich verletzte die Besteuerung der Kapitalgewinne auf Geschäftsvermögen – im Gegensatz zum Privatvermögen – oder auf Immobilien die Rechtsgleichheit nicht. Der Bundesgerichtsentscheid betont in dieser Hinsicht, dass der kantonale Gesetzgeber im Hinblick auf die Vereinfachung der Besteuerung befugt ist, schematische Lösungen zu wählen, selbst wenn die Besteuerung dann nicht in der gewünschten Masse die Gleichbehandlung aller Steuerpflichtigen gewährleistet. Der Gesetzgeber darf sich im Steuerrecht bei der Erarbeitung von gesetzlichen Bestimmungen weitgehend nach praktischen und verwaltungsökonomischen Überlegungen richten; das Bundesgericht wird diese anerkennen, sofern sie nicht einfach der Errichtung eines Steuerprivilegs (oder einer Überbesteuerung) dienen, die mit dem Grundsatz der gleichmässigen Besteuerung nach Artikel 4 BV unvereinbar ist¹⁷².

Es wurde gelegentlich behauptet, dass die Steuerbefreiung von Kapitalgewinnen aus dem beweglichem Privatvermögen gegenüber der steuerlichen Behandlung des Immobilienvermögens diskriminierend sei. Dieses Argument ist ganz offensichtlich falsch und wird im vor genannten Bundesgerichtsentscheid denn auch widerlegt. Das Bundesgericht betont nämlich, dass sich im vorliegenden Fall eine unterschiedliche Behandlung aus mehreren Gründen rechtfertigen lasse: „Grundstückgewinne werden zufolge der Knappheit des Bodens realisiert, dessen Wert seit vielen Jahrzehnten stets nur anstieg, und zwar bedeutend. (...) Kapitalverluste auf Grundeigentum dagegen sind selten. Der realisierte Wertzuwachs entsteht weitgehend durch Lagevorteile und Erschliessung, deren Kosten ganz oder teilweise das Gemeinwesen trägt.“ Von der Gewinnsteuer profitiert das Gemeinwesen, auf dessen Territorium sich das Grundstück befindet, was im Grundbuch leicht nachzuprüfen ist. Dies alles gilt für die Gewinne aus der Veräusserung von Aktien nicht¹⁷³.

Die Lehre vertritt unterschiedliche Auffassungen. Ein Autor schreibt, dass die Befreiung von Artikel 16 Absatz 3 DBG eindeutig den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt¹⁷⁴. Im Kommentar zum Gesetz wird dagegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts befürwortet und die Auffassung vertreten, dass die Steuerbefreiung der Kapitalgewinne gerechtfertigt sei, weil sie dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden in unserem Land entspreche¹⁷⁵.

Es fällt unter diesen Umständen schwer, überzeugend darzulegen, dass die Herabsetzung des Dividendenbesteuerungssatzes notwendigerweise mit der Einführung einer Kapitalgewinnsteuer einhergehen muss. Diese Auffassung wird nicht nur von der Rechtsprechung überhaupt nicht gestützt; sie ist wohl auch mit der jüngsten Praxis nicht mehr kompatibel. Darüber hinaus entbehrt diese Fragestellung jeglicher Logik. Es geht doch vor allem darum zu wissen, ob ein Steuersatz von 50 (oder 60) Prozent für die Dividendenbesteuerung sich grundsätzlich rechtfertigt oder ob er gegen Artikel 8 und 127 BV verstösst. Die Frage nach der Besteuerung der Kapitalgewinne hat damit nichts zu tun; sie wurde übrigens bereits eindeutig beantwortet, einerseits von den Kantonen und andererseits in der Volksabstimmung im Jahre 2001. Eine Verknüpfung beider Fragen rechtfertigt sich umso weniger, als sich die zweite Frage in Wirklichkeit gar nicht stellt und sie mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen und in den Eidg. Räten beratenen Reform nichts zu tun hat. Abgesehen von den grossen praktischen Schwierigkeiten, auf die diese Art von Besteuerung stossen würde, würde sie selber auch Ungleichheiten schaffen, weil sie ausschliesslich die Kapitalgewinne beträfe, die bei der Veräusserung von Aktien oder Beteiligungen erzielt werden, nicht jedoch alle anderen Formen von Kapitalgewinnen.

Letzten Endes ergibt sich daraus rein rechtlich gesehen kein Zwang für den Gesetzgeber, parallel zur Senkung der Dividendenbesteuerung eine Kapitalgewinnsteuer einzuführen.

¹⁷² RDAF, 1998, II 139; siehe D.Yersin, Op.cit. S. 210f, mit der Kritik eines früheren Entscheides.

¹⁷³ BGE 114 I A 227-8.

¹⁷⁴ Klett, Op.cit. S. 125-6.

¹⁷⁵ M.Reich, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. 2, Basel 2000, S. 141, Anm. 46 zu Artikel 16.

7. Die Güterabwägung und die Suche nach einem überwiegenden öffentlichen Interesse

Unabhängig von ihrer Besonderheit muss eine unterschiedliche Behandlung auf Grund der öffentlichen Interessen, die auf dem Spiel stehen, und ohne Rücksicht auf rein private Interessen beurteilt werden. Die vom Gesetzgeber in Zusammenhang mit dem Gemeinwohl verfolgten Ziele sind zumeist verschiedener Art; es kann vorkommen, dass diese Ziele anderen Absichten entgegenstehen, die ebenfalls das allgemeine Interesse vor Augen haben. Demzufolge muss eine Güterabwägung vorgenommen werden.

a. Die Gegner der Reform machten - abgesehen von der Verletzung der Rechtsgleichheit - in erster Linie geltend, dass die beabsichtigte Revision sich finanziell ungünstig auf die Sozialversicherungen, namentlich die AHV, auswirken könnte, da die neuen Gesetzesbestimmungen an Stelle von Lohnzahlungen die Dividendenausschüttung favorisieren könnten. Eine Notiz der Eidgenössischen Steuerverwaltung an die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. September 2006 belegt jedoch überzeugend und anhand von Zahlen, dass die Gefahr, auf die hingewiesen wird, nicht wirklich existiert; es stimmt aber, dass die Sozialversicherungen kurzfristig eine Einnahmeneinbusse erleiden würden. Die Aussichten auf ein Wirtschaftswachstum nähren jedoch längerfristig auch die Erwartung höherer Einnahmen.

Im Übrigen haben die Revisionsgegner vor allem darauf beharrt, dass die Grundsätze der Steuergerechtigkeit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eingehalten werden müssen; ihrer Auffassung nach werden diese durch die Reform nämlich verletzt.

b. Auch die Verfechter der Reform machen geltend, dass die Gesetzesänderung dem übergeordneten Interesse der Steuergerechtigkeit diene. Steuergerechtigkeit ist ein sehr subjektiver Begriff, der je nach Standpunkt, insbesondere je nach politischem Standpunkt, sehr unterschiedlich ausgelegt werden kann.

Die Reform verfolgt jedoch noch weitere Ziele. Sie strebt auch nach einer Finanzierungsneutralität für das Unternehmen. Dieser Punkt wurde bereits in der Botschaft des Bundesrates¹⁷⁶ hervorgehoben; nachher befasste sich auch eine Notiz der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 5. Juni 2006 eingehender damit. Darin wird gesagt, dass die fehlende private Finanzierungsneutralität manchmal die Effizienz der Unternehmen beeinträchtigt, die gesteigert werden könnte, wenn die Besteuerung der ausgeschütteten und diejenige der kapitalisierten Gewinne weniger weit auseinander lägen.

Die Reform hat ausserdem zum Ziel, die Wahlfreiheit bei der Bestimmung der Rechtsform eines Unternehmens zu erhöhen und die steuerliche Belastung des Risikokapitals zu vermindern. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Reform die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz steigern und das Wachstum ankurbeln will, indem sie Unternehmertum und Eigeninitiative fördert.

Das Wirtschaftswachstum ist ein wichtiges Ziel, das dem Bund und den Kantonen von der Verfassung vorgegeben wird. Zuerst beauftragt Artikel 2 Absatz 2 die Schweizerische Eidgenossenschaft mit der Förderung der « gemeinsamen Wohlfahrt ». Dieser Begriff ist in einem weiten Sinne auszulegen: „Mit der Wohlfahrtsförderung ist aber auch (...) die Förderung des wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und zivilisatorischen Fortschritts angesprochen“¹⁷⁷. Zweitens sieht Artikel 94 Absatz 2 BV vor, dass Bund und Kantone « die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft wahren und mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beitragen »; Absatz 3 fügt hinzu, dass

¹⁷⁶ BBl 2005, S. 4766f.

¹⁷⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997, I 129; siehe B.Ehrenzeller, St-Galler Kommentar, Zürich 2002, S. 28, Bemerkung 17 zu Artikel 2.

sie « für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft sorgen ». Drittens erteilt die Verfassung dem Bund den Auftrag, « Massnahmen für eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung, insbesondere zur Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung zu treffen » (Absatz 1); der Bund muss im Übrigen « die wirtschaftliche Entwicklung der einzelnen Landesgegenden berücksichtigen » (Absatz 2). Schliesslich wird dem Bund die Wahrung der Interessen der schweizerischen Wirtschaft übertragen; in besonderen Fällen muss er Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft treffen.

Die von der laufenden Reform angestrebten Ziele beruhen demnach auf zahlreichen und präzisen Verfassungsgrundlagen. Gewiss handelt es sich um programmatische Bestimmungen mit einem geringen normativen Wert, die nur grobe Zielsetzungen definieren. Sie weisen dem Bund jedoch gezielte Aufgaben zu; es besteht also kein Zweifel, dass es sich um öffentliche Interessen handelt¹⁷⁸.

C. Zusammenfassung

Die Eidgenössischen Räte haben beschlossen, den Besteuerungssatz für qualifizierte Beteiligungen im Geschäftsvermögen auf 50% und im Privatvermögen auf 60% (Ständerat) oder (ebenfalls) 50% (Nationalrat) zu senken. Sie haben den bundesrätlichen Entwurf, der einen Satz von 60% im Geschäftsvermögen und von 80% im Privatvermögen vorgesehen hatte, in wesentlichen Punkten verändert. Daraus ergibt sich eine unterschiedliche Behandlung von Dividenden und anderen Einkommensquellen. Diese Massnahme ist jedoch mit Artikel 8 und 127 BV nicht unvereinbar, denn sie reicht nicht über den grossen Ermessensspielraum hinaus, den Lehre und Rechtsprechung dem Gesetzgeber gewähren. Die strittigen Entwürfe stützen sich auf objektive und sachliche Grundlagen. Ohne den Grundsatz der Allgemeinheit der Steuer in Frage zu stellen, berücksichtigen sie die praktischen und rechtlichen Unterschiede zwischen dem Bezug von Dividenden und den übrigen Einkommensquellen; sie streben danach, die gegenwärtige – der Rechtsgleichheit eben gerade zuwiderlaufende – wirtschaftliche Doppelbelastung des Unternehmensgewinns und der Dividendenausschüttung zu mildern; damit versuchen sie, die Unternehmer zu einer vermehrten Dividendenausschüttung zu ermuntern; vom rechtlichen Standpunkt aus sind Dividenden übrigens nicht mit anderen Vermögenserträgen, wie beispielsweise Mieteinkünften oder Sparzinsen, identisch.

Die Reform untergräbt die Ziele der Steuergesetzgebung in keiner Art und Weise. Sie will lediglich verhindern, dass derselbe Gegenstand zwei Mal besteuert wird, und trägt gleichzeitig den jüngsten Reformen Rechnung, die in zahlreichen Kantonen realisiert wurden. So gesehen sind die parlamentarischen Entwürfe mit den Grundsätzen der Steuergleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar. Sie können verabschiedet werden, ohne dass gleichzeitig zwingend eine Kapitalgewinnsteuer eingeführt werden muss, die im Übrigen in keinem Kanton existiert und von Volk und Ständen im Jahre 2001 eindeutig verworfen wurde. Die geplante Reform beeinträchtigt als Ganzes gesehen kein überwiegendes öffentliches Interesse; vielmehr verfolgt sie wichtige allgemeine Interessen, namentlich die Finanzierungs- und Rechtsformneutralität der Unternehmen sowie das Wirtschaftswachstum, das eine der Zielsetzungen ist, welche die Verfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft aufträgt.

Man kann in gutem Glauben der Auffassung sein, dass die vorgeschlagenen Neuerungen ungerecht sind: das ist der politische Aspekt der Frage. Rein rechtlich gesehen verletzen sie aber Artikel 8 und 127 BV nicht.

¹⁷⁸ Siehe E.Grisel, *Liberté économique*, Bern, 2006, S. 107-8.

SCHLUSSFOLGERUNG

Die Unternehmenssteuerreform, die den Besteuerungssatz für Gewinnbeteiligungen und Dividenden auf 60% beziehungsweise 50% senken will, ist verfassungskonform, auch wenn parallel dazu keine Kapitalgewinnsteuer eingeführt wird.

JAAC 2008.3 - De la constitutionnalité d'une réduction de l'imposition des dividendes et participations relevant de la fortune commerciale ou privée, sans l'introduction d'un impôt sur les gains en capital, avis de droit du 29 novembre 2006

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2008
Année	
Anno	
Band	-
Volume	
Volume	
Seite	30-67
Page	
Pagina	
Ref. No	150 000 137

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