

Fiscalité : définition des notions de soustraction et d'évasion en droit fiscal suisse et distinction avec d'autres concepts

Suite, notamment, au durcissement de la politique fiscale au niveau européen, principalement sous l'égide de l'OCDE, les termes d' « évasion » et de « soustraction » en matière fiscale sont souvent utilisés par les médias, lesquels alimentent le débat public, parfois de manière erronée. Il est par conséquent utile de définir plus précisément ces deux notions et certains autres concepts avec lesquels il ne faut pas les confondre.

1 Introduction

Lorsque, dans un contexte international ou purement helvétique, il s'agit de parler de pratiques fiscales à priori répréhensibles et dommageables pour les finances des Etats, l'opinion publique et les médias utilisent très fréquemment les termes d' « *évasion fiscale* ». Toutefois, sous l'angle de la loi, de la jurisprudence et de la pratique fiscale suisses, il convient d'utiliser ce concept dans des situations bien spécifiques et celui-ci ne doit pas être confondu avec d'autres termes tels que (et surtout) la soustraction. Il est donc nécessaire de définir précisément ces notions et de corriger les idées reçues sur le sujet.

2 Définitions

2.1. Soustraction

Une définition de la notion suisse de soustraction fiscale est ancrée dans la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD). Ainsi, commet une soustraction, « [l]e contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte

qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète [...] » (art. 175 al.1 LIFD). Dans un cas de soustraction, le contribuable est puni d'une

« Dans un cas de soustraction, le contribuable est puni d'une amende ».

amende, laquelle est « *fixée au montant de l'impôt soustrait. Si la faute est légère, l'amende peut être réduite jusqu'au tiers de ce montant; si la faute est grave, elle peut au plus être triplée* » (art. 175 al.2 LIFD).

2.2. Evasion fiscale

La notion d'évasion fiscale tirant son existence de la pratique des tribunaux, la loi suisse reste muette sur la question. C'est donc du côté des très nombreux arrêts du Tribunal fédéral (TF) rendus sur le sujet qu'il faut se tourner pour trouver une définition. Notre Haute Cour définit donc ainsi l'évasion fiscale : « *Selon la jurisprudence, il y a évasion fiscale : a) lorsque la forme juridique*

choisie par le contribuable apparaît comme insolite, inappropriée ou étrange, en tout cas inadaptée au but économique poursuivi, b) lorsqu'il y a lieu d'admettre que ce choix a été arbitrairement exercé uniquement dans le but d'économiser des impôts qui seraient dus si les rapports de droit étaient aménagés de façon appropriée, c) lorsque le procédé choisi conduirait effectivement à une notable économie d'impôt dans la mesure où il serait accepté par l'autorité fiscale. Si ces trois conditions sont remplies, l'imposition doit être fondée non pas sur la forme choisie par le contribuable, mais sur la situation qui aurait dû être l'expression appropriée au but économique poursuivi par les intéressés » (ATF 131 II 635 = RDAF 2005 II 532, cité dans « Evasion fiscale », Pierre-Marie Glauser, Schulthess, 2010, p. 9). En d'autres termes, l'évasion fiscale désigne le fait, pour une autorité de taxation ou un tribunal, de requalifier la construction juridique que lui soumet le contribuable à l'appui de sa décl-

« [...] l'évasion fiscale désigne le fait, pour une autorité de taxation ou un tribunal, de requalifier la construction juridique que lui soumet le contribuable à l'appui de sa déclaration, afin de la faire entrer dans le champ de l'impôt ».

aration, afin de la faire entrer dans le champ de l'impôt.

3 Distinctions entre les deux notions

La première distinction fondamentale entre les deux notions réside dans le comportement du contribuable. Dans un cas de soustraction, celui-ci, volontairement ou par négligence, omet de déclarer tout ou partie de ses revenus et/ou de sa fortune. Il existe donc clairement une volonté ou un comportement négligeant ayant pour but et/ou résultat une taxation incomplète, amenant à une réduction injustifiée de la facture fiscale. Au contraire, dans un cas d'évasion fiscale soulevé par l'autorité, même si l'intention du contribuable a également pour but d'alléger sa charge d'impôt, son comportement ne consiste pas à tromper le fisc en lui dissimulant des informations, mais

uniquement à lui soumettre un état de faits exhaustif qui, de son point de vue, devrait échapper à l'impôt. La deuxième distinction importante relève des conséquences induites par l'un et l'autre des cas de figure. En effet, dans un cas de soustraction fiscale, le contribuable devra, en plus de l'impôt éludé, s'acquitter d'une amende pouvant atteindre jusqu'à trois fois le montant dudit impôt. En revanche, lorsque le principe de l'évasion fiscale est retenu, la seule conséquence pour le contribuable sera une augmentation des facteurs fiscaux et de la facture y relative. Dans cette deuxième hypothèse, il n'y a donc pas lieu de sanctionner un comportement illicite du contribuable.

4 Exemples concrets

Constitue un cas de soustraction fiscale le fait de, notamment :

- Ne pas faire figurer dans sa déclaration fiscale tout ou partie de ses comptes bancaires détenus auprès d'une banque en Suisse ou à l'étranger ;
- Ne pas faire figurer dans sa déclaration fiscale les créances relatives à des prêts entre tiers ;
- Omettre de déclarer un bien immobilier situé à l'étranger ;
- Omettre de déclarer les dividendes perçus sur des titres suisses ou étrangers (même si l'impôt anticipé ou étranger a été prélevé à la source) ;
- Ne pas déclarer des revenus, qu'ils soient principaux ou accessoires, tels qu'honoraires d'administrateur, jetons de présence, et quel qu'en soit le montant ;

Peut être qualifié d'évasion fiscale, notamment :

- Le fait de retirer tout ou partie de son capital de 2^{ème} ou 3^{ème} pilier pour rembourser une hypothèque en contractant, dans un bref délai, une nouvelle hypothèque ;
- Le fait pour un contribuable de financer une assurance-vie à prime unique au moyen d'un prêt alors que ses propres ressources ne le lui permettent pas ;
- Donation entre concubins par l'intermédiaire d'un enfant commun pour bénéficier d'une exonération ou d'un meilleur taux fiscal ;

- Le fait de constituer un trust qui, contrairement à l'analyse du contribuable, entraîne des conséquences en matière d'impôt sur les donations, sur le revenu et la fortune.

5 Atténuation des conséquences de la soustraction : l'amnistie fiscale

Qu'elle soit volontaire ou qu'elle résulte d'une négligence, la soustraction fiscale peut avoir de lourdes conséquences financières en raison des amendes qui sont prononcées. Toutefois, depuis le 1^{er} janvier 2010, les contribuables domiciliés en Suisse ont la faculté de déclarer spontanément,

« Les contribuables domiciliés en suisse ont la possibilité de déclarer spontanément [...] les revenus et la fortune qu'ils auraient omis de faire figurer dans leurs déclarations d'impôt ».

par le biais d'une procédure de « dénonciation spontanée non punissable », les revenus et la fortune qu'ils auraient omis de faire figurer dans leurs déclarations d'impôt. En cas de mise en route d'une telle procédure, même si l'impôt éludé sera entièrement facturé au contribuable (avec les intérêts), ceci, sur une période de dix ans au maximum, aucune amende ne lui sera infligée. A noter toutefois qu'une telle dénonciation spontanée n'est plus possible depuis le 30 septembre 2018 pour les comptes détenus auprès d'une banque étrangère sise dans un Etat avec lequel la Suisse a signé un accord sur l'échange automatique de renseignements (EAR). C'est notamment le cas de tous les pays de l'UE.

6 Autres concepts à ne pas confondre avec la soustraction et l'évasion

6.1. Fraude fiscale

La fraude fiscale consiste en une forme aggravée de la soustraction fiscale. A la volonté de tromper l'autorité de taxation s'ajoute, souvent, l'utilisation de titres faux « falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de

salaires et autres attestations de tiers dans le dessein de tromper l'autorité fiscale [à noter qu'une déclaration fiscale n'est pas un titre]» (art. 186 LIFD). Il s'agit là d'un véritable délit pénal passible, dans les cas les plus graves, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus. De plus, depuis le 1^{er} janvier 2016, le Code pénal suisse qualifie les fraudes fiscales de crime, passible d'une peine de prison allant jusqu'à cinq ans, lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de CHF 300'000,00.

6.2. Optimisation fiscale

Dans la mesure où les actes et les constructions juridiques entrepris par le contribuable recouvrent une véritable réalité économique et ne visent pas à tromper les autorités de taxation, ceux-ci doivent être reconnus sous l'angle fiscal. Dans ces limites,

« Dans la mesure où les actes et les constructions juridiques entrepris par le contribuable recouvrent une véritable réalité économique et ne visent pas à tromper les autorités de taxation, ceux-ci doivent être reconnus sous l'angle fiscal ».

les particuliers et les sociétés ont par conséquent la liberté d'optimiser leurs relations juridiques afin que celles-ci engendrent l'impact fiscal le moins marqué possible.

Constituent des exemples d'optimisation fiscale :

- Le fait, pour un résident genevois, d'investir une partie de sa fortune dans des œuvres d'art pour meubler son domicile, leur valeur n'étant pas prise en compte pour l'impôt sur la fortune dans le canton de Genève ;
- Le fait d'entreprendre des importants travaux de rénovation sur son bien immobilier à cheval sur deux années fiscales afin de casser la progressivité du taux d'imposition ;
- Déplacer son domicile dans un canton à fiscalité très douce ;
- Procéder à des rachats planifiés de cotisations de deuxième pilier en fonction de la variation de ses revenus d'une année à l'autre ;

- Investir dans des parts de fonds de placement immobiliers, produits d'investissement dont la valeur et le rendement ne sont pas frappés d'impôt.

7 Conclusion

Outre le fait d'apporter des définitions objectives tirées de la loi et de la jurisprudence, le bref exposé qui précède met en lumière le fait que la frontière entre les différents concepts traités peut se révéler relativement ténue. Dans la mesure où il s'agit souvent d'une question de présentation et d'interprétation d'un état de faits, il est toujours judicieux de consulter un fiscaliste à même de traiter avec l'administration et capable de contester efficacement les décisions rendues par les autorités fiscales et les tribunaux. Il est également important de retenir que, même dans les cas où les éléments constitutifs d'une véritable soustraction fiscale sont réunis, le contribuable possède la faculté de déclarer de son propre chef, avant que l'autorité n'en ait eu connaissance, les éléments soustraits, volontairement ou par négligence, ceci, par le biais de la procédure de dénonciation spontanée.

Depigest SA, février 2019

*Auteur : Cyrille Tardin, titulaire du
brevet d'avocat, spécialiste en fiscalité*

Email : ctardin@depigest.ch

Tél. : 022 787 07 70

www.depigest.ch