

TAXATION

De l'optimisation à la fraude fiscale

From tax optimization to tax evasion



^^
Henri Rousseau, le lion, ayant
faim, se jette sur l'antilope,
1898/1905
Huile sur toile, 200 x 301 cm
Fondation Beyeler, Riehen/Bâle,
Collection Beyeler
Photo: Robert Bayer, Bâle

« Tout le monde a le droit d'organiser ses affaires de façon à payer le moins d'impôts possibles ». Ce principe est généralement admis partout. Même la Cour Suprême des États-Unis, ou notre Tribunal fédéral l'ont reconnu. Pourtant, on assiste récemment à une remise en question, subtile, de cette règle. Est-ce vraiment licite, voire éthique, de s'arranger pour réduire sa charge fiscale? Une planification fiscale, trop agressive, peut-elle-même entraîner des sanctions de droit pénal fiscal? Nous allons tenter de donner quelques éléments de réponse.

À priori, comme la jurisprudence la plus autorisée le reconnaît, l'économie d'impôt est absolument légale. D'ailleurs, dans l'optique d'une économie de marché, n'est-il pas justifié de réduire ses coûts dans

“Everyone has the right to organize their affairs in such a way as to pay the least amount of tax possible”. This principle is generally accepted everywhere. Even the United States Supreme Court or the Swiss Federal Tribunal have recognized this right. However, there has recently been a subtle challenge to this rule. How far does it remain legal, or even ethical, to arrange to reduce one's tax burden? May an overly aggressive tax planning even result in criminal tax law penalties? We will try to provide some answers to these interrogations.

At first, as the most authoritative case law recognizes, tax savings as such are absolutely legal. Moreover, from the point of view of a market economy, is it not justified to reduce its costs with a

une perspective d'allocation optimale des ressources? Cela étant, il faut tenir compte du caractère spécifique de la charge fiscale qui doit être supportée par tous, dans le respect du principe d'égalité de traitement. En conséquence, très tôt, en tous cas dès les années 30, le droit suisse a érigé une première barrière fondée sur le principe général de l'interdiction de l'abus de droit, appelée théorie de l'évasion fiscale. Dans cette optique, un contribuable commet un tel abus, lorsqu'il choisit une forme ou une structure insolite dans le but exclusif d'économiser des impôts et que la forme mise en place conduit effectivement à une telle économie. Cette règle permet ainsi à l'administration et aux tribunaux, de contrecarrer des schémas abusifs, artificiels, et de les taxer selon leur réalité économique.

Elle s'applique encore aujourd'hui et vise à mettre en échec une opération, apparemment légale, mais dont le caractère insolite, artificiel, ne s'explique que par le but final et effectif d'économiser des impôts. Par exemple, un entrepreneur indépendant qui, peu avant sa retraite, transforme son entreprise en société anonyme, puis vend les actions à un tiers pour réaliser un gain en capital non imposable, sera traité comme si son entreprise avait été en réalité liquidée, non pas transformée en SA, et donc imposée sur un bénéfice de liquidation. Par la suite, à partir des années 70, la jurisprudence a été encore plus loin. Certaines normes fiscales contiennent des notions économiques (par exemple, le rendement de fortune) qui peuvent être interprétées directement selon leur contenu économique, sans devoir nécessairement démontrer l'existence d'un abus du contribuable. Par exemple, la vente d'une société contenant un important poste de liquidités peut, à certaines conditions, être traitée comme une liquidation (taxable) et non comme un gain en capital (exonéré). Cette règle d'interprétation est d'ailleurs aujourd'hui très efficace et permet de contrecarrer de nombreux schémas d'optimisation fiscale qui étaient analysés auparavant sous l'angle de l'évasion fiscale.

Ces règles générales, interdisant l'abus de droit en droit fiscal, ou permettant d'interpréter des

règles selon leur contenu économique, ont été de plus en plus recommandées et élargies au niveau international. En effet, des structures fiscales d'optimisation ont été mis à jour dans le cadre d'entreprise multinationales. Le taux global parfois très bas de certaines de ces entreprises, notamment dans le secteur digital, a été jugé de manière parfois très négative par la communauté internationale, y compris l'opinion publique. L'OCDE, notamment, a développé des méthodes d'analyse critique de ces schémas d'optimisation fiscale, par un plan d'action appelé programme BEPS («base erosion profit shifting») mis en œuvre dès 2013. Nombreuses des mesures du programme BEPS sont dirigées contre ce que l'on appelle l'«aggressive tax planning». Cette notion mérite clarification. Il s'agit de lutter contre les schémas complexes ou artificiels, souvent dénués de substance, ou dans lesquels les contribuables tentent d'utiliser les divergences entre les systèmes fiscaux des États. Ces mesures se rapprochent fondamentalement de la lutte contre l'abus de droit mais tendent à en développer une vision économique de plus en plus large. Le caractère «insolite» ou artificiel d'une transaction est certes un élément constitutif de notre bonne vieille notion helvétique, presque centenaire, de la prohibition de l'évasion fiscale, qui n'est rien d'autre que l'interdiction de l'abus de droit en droit fiscal. Pour autant, les développements récents, notamment les projets de l'OCDE qui visent à s'entendre sur un taux minimal d'imposition des sociétés, tendent à élargir la portée des règles anti-planification à toutes mesures fiscales insuffisamment imposées.

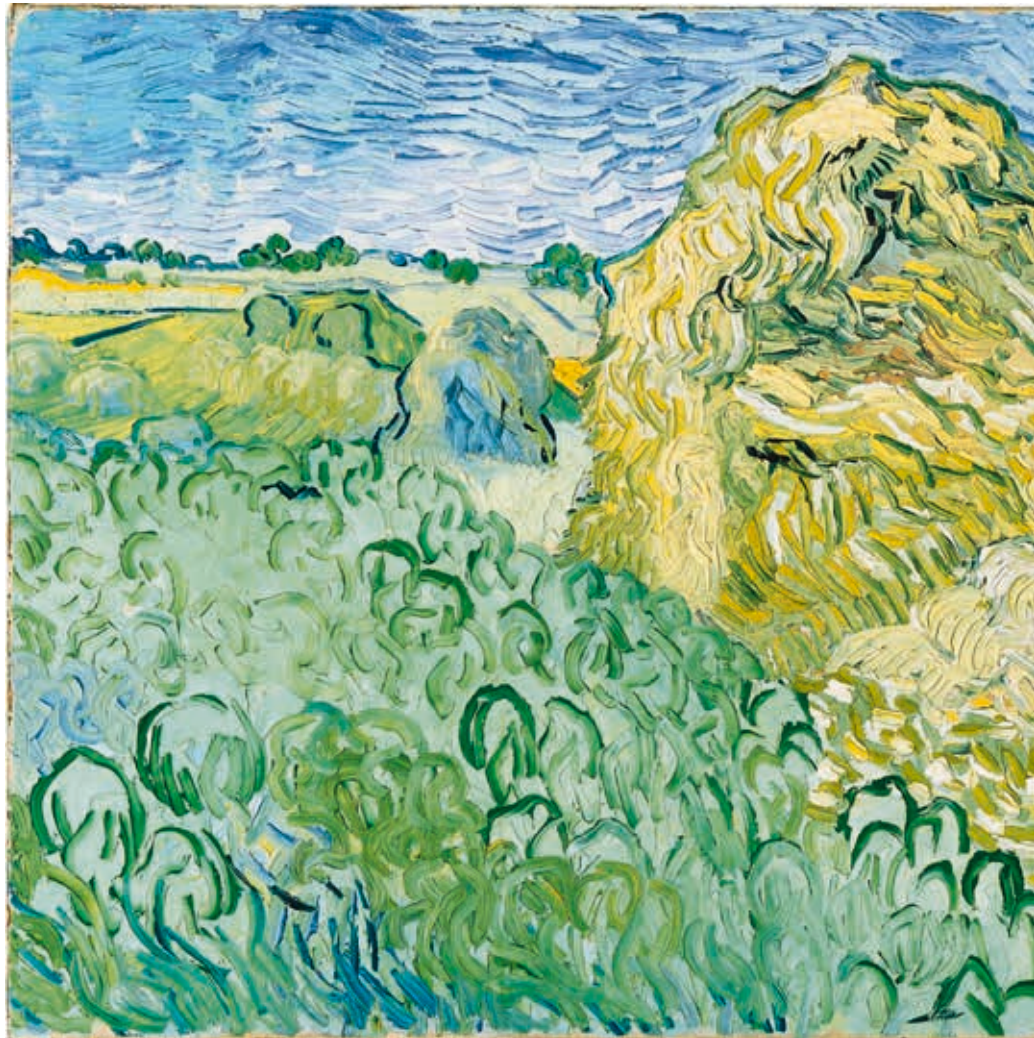
D'ailleurs, l'Union Européenne a été encore un pas plus loin dans la lutte contre les montages de planification fiscale dite agressive. Dans une Directive adoptée en 2018, qui comporte les modifications de la fameuse Directive sur la coopération administrative en matière fiscale (intitulée «DAC 6», car il s'agit de la sixième modification de celle-ci), les intermédiaires fiscaux, à savoir tous les conseillers fiscaux au sens large (avocats, fiduciaires, banquiers, experts fiscaux, etc.), seront tenus d'annoncer les schémas fiscaux susceptibles de constituer la planification fiscale agressive,

view to the optimal allocation of resources? However, this apparent rule is not so easy to implement here because it is necessary to consider the specific nature of the tax burden, which must be borne by all, in accordance with the constitutional principle of equal treatment.

Consequently, very early on, at least as early as the 1930s, Swiss law introduced a first barrier to tax planning based on the general principle of the prohibition of abuse of rights, known as the theory of "tax evasion". From this point of view, a taxpayer commits such an abuse when the form or structure chosen is unusual, it has the exclusive purpose of saving taxes and when said form or structure put in place effectively leads to such saving. This rule thus allows the administration and the courts to counteract abusive or artificial schemes and to tax them according to their economic reality. It still applies today and aims to thwart an operation, apparently legal, but whose unusual and artificial nature can only be explained by the final and effective aim of saving taxes. For example, an independent entrepreneur who, shortly before retirement, transforms the business into a public limited company (SA) and then sells the shares to a third party in order to realize a tax-free capital gain, would be treated as if the business had in fact been liquidated, thus not transformed into a SA, and therefore the taxpayer would be taxed on a business profits from liquidation. Subsequently, from the 1970s onwards, case law went even further.

Some tax rules contain economic concepts (e.g. return on assets) which can be interpreted directly according to their economic content, without necessarily having to demonstrate the existence of an abuse by the taxpayer. For example, the sale of a company containing a large cash position may, under certain conditions, be treated as a liquidation (taxable) and not as a capital gain (exempt). This rule of interpretation started to be more widely applied and is very effective today because it makes it possible to counteract many tax optimization schemes

Vincent Van Gogh, champ aux meules de blé, 1890
Huile sur toile, 50 x 100 cm
Fondation Beyeler, Riehen / Bâle, Collection Beyeler
Photo: Robert Bayer, Bâle



that were previously analyzed under the theory of tax evasion.

These general rules, prohibiting the abuse of law in tax law, or allowing rules to be interpreted according to their economic content, have been increasingly recommended and extended at the international level. In addition, more recently, optimization tax structures have been updated in the context of multinational companies. The sometimes very low overall effective rate of some of these companies, particularly in the digital sector, has been perceived in a sometimes very negative way by the international community, including public opinion. The OECD, in particular, has developed methods for the critical scrutiny of some of these tax optimization schemes, through an action plan called the BEPS program ("base erosion profit shifting") implemented from 2013 onwards. Many of the measures in the BEPS program are directed against so-called "aggressive tax planning". This concept needs to be clarified. The aim is to combat complex or artificial schemes, often using international offshore structures without substance, and by which taxpayers try to make use of differences between state tax

systems. These measures are fundamentally similar to the fight against abuse of law but tend to develop an increasingly broad vision of it. In a way, the fight against the "unusual" or artificial nature of a transaction is nothing else than a constituent element of our famous, almost century-old, Swiss concept of the prohibition of tax evasion, which corresponds to the prohibition of abuse of rights in tax law. However, recent developments, in particular the OECD, so-called Pillar 2 projects, aimed at agreeing on a minimum corporate tax rate, tend to broaden the scope of anti-avoidance rules to include all tax measures that are insufficiently taxed.

That said, the European Union (EU) has gone one step further in the fight against so-called aggressive tax planning schemes. In a Directive adopted in 2018, which includes amendments to the famous Directive on Administrative Cooperation in Tax Matters (entitled "DAC 6" because it is the sixth amendment to the latter), tax intermediaries, i.e. all tax advisors in the broadest sense (lawyers, accountants, trustees, bankers, tax experts, etc.), will be required to report tax schemes that may constitute aggressive tax planning, which are referred to in an annex

qui sont visés dans une annexe contenant divers critères d'identification de ces schémas (« hallmarks »). L'entrée en vigueur de cette règle a été repoussée de 3 mois, mais elle doit être transposée par les États membres, en principe, d'ici à la fin de l'année 2020. Une fois annoncé auprès des autorités compétentes de l'UE, à noter un échange automatique de ces schémas est prévu à l'intérieur de l'UE. A noter que les normes de champ d'application de cette Directive ont été conçues très largement. Ainsi, un conseiller fiscal résidant hors de l'UE n'est a priori pas visé par la Directive, mais l'obligation d'annonce d'un tel schéma passe alors à son client, dans la mesure où ce dernier est résident de l'UE.

Toutes ces mesures contraignantes ont pour but de cadrer les activités de planification ou d'optimisation fiscale, qui sont en effet de plus en plus critiquées et problématiques, à l'heure de la globalisation, de la transparence, et des difficultés financières rencontrées par les États. Ces règles, au-delà de l'obligation de les annoncer en droit de l'UE, ont la plupart du temps pour effet de disqualifier une opération et de la traiter, fiscalement parlant, selon sa réalité économique en fonction du but fiscal recherché. Ainsi, les montages artificiels



containing various criteria (“hallmarks”) for identifying such schemes. The entry into force of this rule has been postponed by 3 months, but it must be transposed by the Member States in principle by the end of the year 2020. Once reported in the EU competent authorities, an automatic exchange of these schemes is foreseen within the EU. It should be noted that the scope of this Directive has been designed very broadly. Thus, a tax adviser resident outside the EU is a priori not covered by the Directive, but the obligation to report a scheme falling into the hallmarks of the DAC6 passes to the client, insofar as the latter is resident in the EU.

All these binding measures are intended to provide a framework for tax planning or tax optimization activities, which are increasingly criticized and problematic in an era of globalization, transparency and financial difficulties encountered by States. These rules, apart from the obligation to report aggressive tax planning schemes under EU law, have in general the effect of disqualifying an operation and treating it, fiscally speaking, according to its economic reality and consistently with the tax objectives sought by the taxpayer. Thus, artificial or aggressive arrangements are dismantled and the tax consequences of the operation are analyzed according to the real purpose pursued by the taxpayer.

Moreover, depending on their implementation, some of these schemes, which will be described as particularly aggressive, may lead to criminal consequences. Of course, to the extent that the transaction is not concealed and that the analysis focuses on a taxable transaction according to its economic reality, the resulting tax consequences should, in principle, not go further than a tax adjustment. That said, when looking through the mirror, tax planning transactions should be distinguished from those that also constitute tax evasion or even tax fraud, subject to various penalties, such as fines or even imprisonment in serious cases.

In this area, the criminal tax law regimes differ widely from one State to another. We will limit ourselves in outlining the main features of Switzerland’s tax system, which already has its peculiarities. In the above cases, under Swiss law, there is generally no fine, as long as the transaction is not concealed; it is properly described to the tax administration. However, a taxpayer

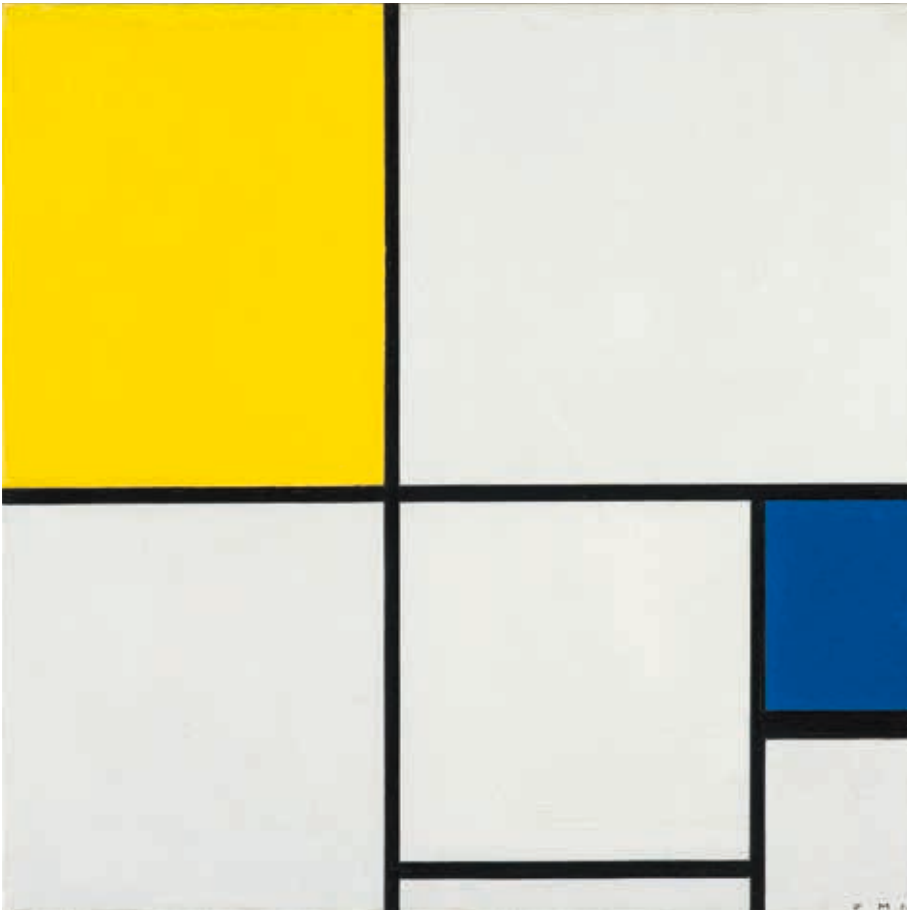
ou agressifs sont démantelés et les conséquences fiscales de l’opération sont analysées selon le but réel poursuivi par le contribuable.

De plus, suivant leur mise en œuvre, certains de ces schémas, que l’on qualifiera de particulièrement agressifs, peuvent entraîner des conséquences pénales. Certes, dans la mesure où la transaction n’est pas dissimulée et que l’analyse s’arrête à une imposition selon sa réalité économique, le redressement fiscal qui en découle ne devrait pas aller plus loin qu’une augmentation d’impôt. Cela dit, si l’on passe alors de l’autre côté du miroir, il convient de distinguer les opérations de planification fiscale, de celles qui constituent en outre une soustraction d’impôt, voire une fraude fiscale, passible de diverses sanctions, telles que des amendes, voire même, de l’emprisonnement dans les cas graves.

Dans ce domaine, les régimes de droit pénal fiscal sont très différents d’un État à l’autre. Nous nous contenterons d’esquisser les grandes lignes du système fiscal de la Suisse, qui présente déjà des particularités. Dans les cas précédents, en droit suisse, il n’y a généralement pas d’amende, dans la mesure où la transaction n’est pas dissimulée, elle se déroule bien comme elle est décrite à l’administration. Par contre, un contribuable franchit la ligne de l’admissible, lorsqu’il effectue

une transaction, reçoit un revenu et le cache à l’administration. En droit fiscal, ce qui caractérise le comportement *pénal*, c’est ainsi la dissimulation. Le contribuable trompe l’administration fiscale en ne respectant pas les devoirs de procédure prévus par les lois fiscales, en ne déclarant pas tous les éléments imposables ou en falsifiant des documents. Dans ces hypothèses, les normes fiscales prévoient diverses sanctions pouvant aller de la simple amende à l’emprisonnement.

En substance, on distingue trois types de sanctions de droit pénal fiscal: les *sanctions d’ordre* (violation des règles de procédure), la *soustraction d’impôt* (dissimulation d’un élément imposable) et les *délits fiscaux* (escroquerie ou fraude fiscale), ces derniers impliquant l’adoption d’un comportement astucieux du contribuable afin de tromper le fisc. En ce domaine, le droit suisse distingue notamment entre les impôts directs (impôt sur le revenu, le bénéfice et la fortune) et les autres impôts fédéraux indirects (impôt anticipé, TVA, droits de timbre). Pour commettre un délit fiscal, passible d’emprisonnement, en matière d’impôt directs, il est nécessaire d’utiliser un titre faux ou falsifié (bilan, comptes de résultat, notamment). En revanche, pour les autres impôts fédéraux, la notion déterminante est celle de l’escroquerie fiscale, qui suppose une soustraction d’impôt (non déclaration) accompagnée d’un



Piet Mondrian, composition with yellow and blue, 1932
Huile sur toile, 55,5 x 55,5 cm
Fondation Beyeler, Riehen/Bâle, Collection Beyeler;
acquis avec un apport de Hartmann P. und Cécile
Koechlin-Tanner, Riehen © Mondrian/Holtzman Trust
c/o HCR International Warrenton, VA USA
Photo: Robert Bayer, Bâle

comportement «astucieux» du contribuable, ce qui vise, outre la remise de titres faux, un stratagème, un «édifice de mensonges» ou une machination difficile à déceler par l'administration fiscale. La pratique a tendance à se durcir. Il devient parfois difficile de distin-

guer entre une planification particulièrement agressive et un comportement «astucieux» du contribuable. La distinction est pourtant cruciale car il s'agira alors dans ce dernier cas d'une procédure pénale pouvant conduire à l'emprisonnement.

crosses the line when he or she carries out a transaction, receives income and hides it from the administration. Indeed, what characterizes criminal behavior in tax law is concealment. The taxpayer misleads the tax authorities by either failing to comply with the procedural duties set out in the tax laws, or by not declaring all taxable items, or by falsifying documents. In such cases, the tax regulations provide for various sanctions ranging from a fine to imprisonment.

In essence, there are three types of sanctions under criminal tax law: procedural sanctions ("amendes d'ordre"), tax evasion (concealment of a taxable item) and tax misdemeanors (tax fraud or so-called "escroquerie fiscale"), the latter involving, in principle, the adoption of an astute behavior by the taxpayer in order to deceive the tax authorities. In this area, Swiss law distinguishes in particular between direct taxes (income, profit and wealth tax) and other indirect federal taxes (withholding tax, VAT,

stamp duty). In order to commit a tax fraud, punishable by imprisonment, with regard to direct taxes, it is necessary to use a false or falsified title (e.g. balance sheet, profit and loss account). For other federal taxes, the decisive concept is that of tax fraud, which involves a tax evasion (non-declaration) accompanied by astute behavior on the part of the taxpayer, which may be characterized, not only in the use of false documents, but also in case of a so-called "schemes of lies" or a machination that is difficult to detect by the tax authorities. In this context, the practice of the tax administration is getting strict and uncompromising. It sometimes becomes difficult to distinguish between particularly aggressive tax planning and astute behavior on the part of the taxpayer. The distinction is crucial, however, as the latter will then be a matter of criminal proceedings that may lead to imprisonment.

In parallel to the above, a final important development has been the growing influ-

Un dernier développement important a été, en parallèle, l'influence grandissante de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Longtemps, une place à part a été réservée au droit pénal fiscal. Désormais, le droit pénal fiscal, même les sanctions de soustractions d'impôt (contrevenances) ou dues en cas de violation des règles de procédure (amendes d'ordre), est qualifié, d'une manière générale, de droit pénal au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Il en découle des conséquences importantes pour l'administration fiscale et les contribuables. Les principes fondamentaux de la CEDH sont généralement applicables en droit pénal fiscal, soit notamment la règle «pas de peine sans faute» ou le droit à un procès équitable, avec toutes les conséquences procédurales qui en découlent, notamment le droit de rester silencieux, de participer à l'instruction de la procédure et de ne pas être jugé deux fois pour les mêmes faits («*ne bis in idem*»). C'est une conséquence logique. L'aggravation de l'arsenal répressif en matière fiscale doit conduire à une augmentation et à un respect encore accrus des droits constitutionnels et procéduraux des contribuables. ■

ence of the case law of the European Court of Human Rights (ECHR). For a long time, a special place was reserved for criminal tax law. Criminal tax law, even sanctions for tax evasion or for violation of procedural rules, is now generally characterized as criminal law within the meaning of the European Convention on Human Rights (ECHR). This has important consequences for the tax authorities and for the taxpayers. The basic principles of the ECHR are generally applicable in criminal tax law. These include, in particular, the general application of the principle of "no punishment without fault", the right to a fair trial, with all the procedural consequences that this entails, in particular the right to remain silent, to participate in the investigation of the proceedings and not to be tried twice for the same facts ("*ne bis in idem*"). This is a logical consequence. The aggravation of the repressive arsenal in tax matters should lead to an increase and further enhanced respect for the constitutional and procedural rights of the taxpayers. ■