

Berney Associés

Entrepreneur·e·s :
Pouvez-vous
comptabiliser des
frais privés dans
votre société ?

Tour de la question en matière d'impôts directs et d'impôt anticipé.

Webinar du 24 juin 2021



Sections

Abréviations	3
Introduction	4
Définitions	5
Mécanisme de la soustraction fiscale	6
Rappel d'impôt	8
Soustraction d'impôt et autres infractions	13
Impôt anticipé	15
Exemple	16

Abréviations

LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990
LIA	Loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965
AFC	Administration Fédérale des Contributions

Introduction

- Dans les structures où l'actionnaire est également l'entrepreneur et le principal animateur de sa société, la frontière entre personne physique et personne morale est parfois difficile à tracer. En effet, la société, bien que sujet de droit indépendant de l'actionnaire, est l'outil de travail de ce dernier. Les interactions sont donc grandes.
- Les règles de droit fiscal, de manière voulue, génèrent une double imposition économique pour l'actionnaire d'une société: première imposition du bénéfice réalisé au niveau de la société, puis seconde imposition dans les mains de l'actionnaire lors de la distribution du rendement à celui-ci sous forme de dividende.
- L'actionnaire-entrepreneur ayant tout contrôle sur sa société, il aura donc tendance à vouloir maximiser les dépenses dans sa société, de manière à réduire le bénéfice imposable et limiter la double imposition économique.
- Selon que les dépenses prises en charge sont commercialement justifiées ou non, cet état de fait pourra entraîner des conséquences fiscales tant pour la société que l'actionnaire-entrepreneur.

Partie 1

Définitions

1. Plusieurs mécanismes d'économie d'impôt :

- **Optimisation fiscale:** possibilité, entre deux solutions légales, de choisir celle qui coûte le moins cher fiscalement parlant. Le Tribunal fédéral reconnaît et accepte ce procédé.
- **Evasion fiscale (ou abus de droit):** construction légalement valable mais insolite et n'ayant pour unique but que d'économiser des impôts. En cas d'évasion fiscale, le fisc est autorisé à ne pas respecter la forme choisie par le contribuable.
- **Soustraction fiscale :** violation de la loi fiscale

2. Charges justifiées par l'usage commercial:

- La loi fiscale reconnaît la déduction des charges qui sont justifiées par l'usage commercial (art. 59 LIFD).*
- Les charges qui ne sont pas justifiées commercialement sont reprises dans le bénéfice imposable (art. 58 al. 1 lit. b LIFD) et imposées en tant que tel. Ceci conduit à la constitution d'un bilan fiscal différent du bilan comptable. En plus, la reprise est considérée comme une distribution dissimulée de bénéfice et imposée chez l'actionnaire (théorie du triangle ou théorie du triangle modifiée). En plus de cela, la distribution est encore soumise à l'impôt anticipé de 35% chez le bénéficiaire direct de la prestation (qui peut être différent de l'actionnaire-entrepreneur, e.g. enfant ou ami).
- La loi ne donne pas de définition pour «justifiées par l'usage commercial». C'est une question d'appréciation, qui est étudiée au cas par cas en fonction des circonstances.

* Par voie de simplification, la présentation ne fait référence qu'aux dispositions de la LIFD. Bien entendu, les lois cantonales contiennent aussi des dispositions similaires.

Partie 2

Mécanisme de la soustraction fiscale

Les deux aspects de la « soustraction »

– Le terme «soustraction» regroupe deux concepts juridiques distincts:

- Le volet administratif: le rappel d'impôt (art. 151 à 153a LIFD)
- Le volet pénal: les contraventions, délits et crimes fiscaux (art. 174 à 195 LIFD)

– Possibilité d'avoir l'un sans l'autre ?

- Art. 152 al. 2 LIFD: L'introduction d'une procédure de poursuite pénale ensuite de soustraction d'impôt ou de délit fiscal entraîne également l'ouverture de la procédure de rappel d'impôt.
- Art. 153 al. 1bis LIFD: Si, au moment de l'ouverture de la procédure en rappel d'impôt, aucune procédure pénale pour soustraction d'impôt n'est ouverte ni pendante ni ne peut être exclue d'emblée, le contribuable sera avisé qu'une procédure pénale pour soustraction d'impôt pourra ultérieurement être ouverte contre lui.
- Art. 183 al. 1bis LIFD: les moyens de preuve rassemblés dans le cadre de la procédure en rappel d'impôt ne peuvent être utilisés dans la procédure pénale pour soustraction d'impôts que s'ils n'ont été rassemblés ni sous la menace d'une taxation d'office avec inversion du fardeau de la preuve (..) ni sous la menace d'une amende en cas de violation d'une obligation de procédure.

- Les impôts sur le revenu et la fortune
- Les impôts sur le bénéfice et le capital en cas de soustraction dans une relation actionnaire-société
- L'impôt anticipé

Exemple:

Henri Tournelle est actionnaire de sa société Maracas SA. Il a fait prendre en charge par celle-ci les frais liés à la construction de sa piscine privée. Or, ces frais (qui ont été déduits en tant que charges dans la comptabilité de Maracas SA) ne sont pas des charges commercialement justifiées. Elles sont donc reprises dans le bénéfice imposable de Maracas SA (créant ainsi des comptes fiscaux différents des comptes statutaires). En plus, étant considérées comme une distribution dissimulée de bénéfice, ces charges sont soumises à l'impôt anticipé (35%) et à l'impôt sur le revenu chez l'actionnaire. En plus de la perception des impôts supplémentaires dus et des éventuels intérêts de retard, le fisc infligera aussi des amendes pour soustraction.

→ **Triple effet de la soustraction (impôt sur le bénéfice, impôt anticipé et impôt sur le revenu)**

Partie 3

Rappel d'impôt

- Sièges de la matière: art. 151 LIFD
- Le rappel d'impôt est le moyen pour le fisc de rouvrir une taxation entrée en force lorsqu'il découvre, dans le cadre d'un contrôle, des éléments non déclarés dont il n'avait pas eu connaissance avant.
- Quid des possibilités pour les autorités fiscales de déceler la soustraction fiscale avant l'émission de la décision de taxation?
 - Obligation de collaborer du contribuable (art. 126 LIFD): si le fisc a des questions ou des doutes, il peut poser des questions supplémentaires au contribuable (e.g. demande de pièces ou de renseignements adressé au contribuable en cours de processus de taxation).
 - Le fisc peut aussi demander des renseignements à des tiers (art. 127-129 LIFD).

— **Trois cas possibles de rappel d'impôt** prévus par la loi et la jurisprudence:

- Taxation qui n'a pas été effectuée alors qu'elle aurait dû l'être ou entrée en force mais incomplète.

Exemple: Henri D. est officiellement résident à Monaco. Dans les faits, il vit la plupart de l'année en Suisse où il a le centre de ses intérêts vitaux. Il remplit donc les critères d'un assujettissement illimité dans notre pays. Henri D. n'a cependant jamais signalé sa présence aux autorités fiscales suisses.

Exemple: Lors de l'établissement de sa déclaration d'impôt 2019, Henri D. n'a pas déclaré les primes d'assurances maladies payées par sa société (dont il est unique actionnaire) pour lui et sa famille.

- Taxation non effectuée ou incomplète due à un crime ou un délit contre l'autorité fiscale.

Exemple: Paul B., taxateur au fisc genevois, s'est vu menacé par Henri D. afin que, dans la décision de taxation 2019 de ce dernier, le revenu imposable soit divisé par deux.

- **Erreur de taxation manifeste qui ne peut échapper au contribuable.**

Exemple: Dans sa décision de taxation, Henri D. note que le taxateur n'a pas retenu de salaire imposable. Or, Henri D. a déclaré un salaire de CHF 230'000.- pour l'année 2020.

— **Conséquences** fiscales en cas de rappel d'impôt:

- Prélèvement de l'impôt soustrait sur les 10 dernières années.
- Perception d'intérêts moratoires sur les impôts supplémentaires réclamés.

— Le rappel d'impôt est le mécanisme prévu pour que le fisc puisse récupérer l'impôt sur les éléments non déclarés. Il n'y a **pas d'aspect de sanction** dans le rappel d'impôt. Le mécanisme et les règles sont identiques à celles prévalant lors de l'établissement de la taxation de base.

— Il n'y a **pas d'aspect subjectif** dans le rappel d'impôt. C'est purement factuel.

— Élément-clé pour que le fisc puisse procéder au rappel: il doit y avoir des **moyens de preuve ou**

des faits inconnus de l'autorité fiscale au moment de la procédure de taxation. Si le contribuable a déclaré tous ses éléments de manière complète et exhaustive, le rappel n'est en principe pas possible (art. 151 al. 2 LIFD):

- Sont en principe considérés comme nouveaux les faits ou moyens de preuve qui existaient déjà au moment de la taxation mais qui sont parvenus à la connaissance de l'autorité fiscale après l'entrée en force de la taxation.
- Ce qui fait foi est l'état du dossier au moment de la taxation. Seuls les documents qui peuvent être vus par le taxateur sont considérés comme faisant partie du dossier.
- La procédure de taxation est «mixte», elle implique une collaboration réciproque du contribuable et de l'autorité fiscale.

- Le contribuable est avisé par écrit de l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt (art. 153 al. 1 LIFD).
- Les règles de la procédure de taxation ordinaires sont applicables (art. 153 al. 3 LIFD).
- Situation particulière des époux:
 - Chaque époux est responsable de la déclaration de ses éléments de revenu et fortune (180 LIFD). Cela étant, les époux qui vivent en ménage commun répondent solidairement du montant global de l'impôt sous réserve de l'insolvabilité de l'un des époux (art. 13 al. 1 LIFD).
 - Lorsque les époux ne vivent pas en ménage commun (e.g. séparation), la solidarité pour le montant global de l'impôt prend fin, et ce pour tout les montants d'impôt encore dus (art. 13 al. 2 LIFD).
- Attention: certaines cantons (e.g. Vaud) ont prévu une règle différente au niveau des impôts cantonaux et communaux.
- Rappel **simplifié pour les héritiers** (art. 153a LIFD)
 - 3 conditions:
 1. Aucune autorité fiscale n'a eu ou n'a connaissance de la soustraction d'impôt.
 2. Les héritiers collaborent avec l'administration pour déterminer les éléments soustraits.
 3. Les héritiers s'efforcent d'acquitter le rappel d'impôt dû.
 - Si les conditions sont remplies, le rappel d'impôt est prélevé seulement sur les **3 périodes fiscales précédant le décès** (au lieu des 10 dernières périodes fiscales), avec perception des intérêts de retard.

- La disposition se trouve dans le chapitre sur le rappel d'impôt car le décès du contribuable fait cesser toute procédure pénale à son encontre.
- À disposition de chaque héritier indépendamment, de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession.

— **Prescription du rappel d'impôt (art. 152 LIFD)**

- **10 ans** dès la fin de la période fiscale pour laquelle il y a motif à rappel d'impôt.
- Une fois la procédure de rappel d'impôt introduite, l'autorité fiscale doit dans tous les cas émettre une décision dans les 15 ans suivant la fin de la période fiscale pour laquelle il y a motif à rappel d'impôt.

Exemple:

En 2009, Robert a sciemment évité de déclarer ses revenus locatifs dans sa déclaration d'impôt. Le fisc apprend cela en 2020. Il y a prescription et ce dernier ne peut plus procéder au rappel d'impôt.

Exemple:

En 2012, Robert a «oublié» de déclarer les rentrées perçues en lien avec son activité de professeur de yoga à domicile. Le fisc s'en aperçoit aujourd'hui. La période fiscale 2012 se prescrivant à la fin 2022, l'autorité est fondée à ouvrir une procédure en rappel d'impôt à l'encontre de Robert. Dite procédure devra au plus tard être bouclée en 2027. A défaut et malgré l'ouverture de la procédure dans les temps, l'autorité fiscale ne pourra plus prélever l'impôt soustrait.

Partie 4

Soustraction d'impôts et autres infractions

- Le droit fiscal prévoit **plusieurs dispositions pénales** en lien avec la dissimulation d'éléments de nature fiscale:
 - Violation des obligations de procédure (art. 174 LIFD)
 - Tentative de soustraction (art. 176 LIFD)
 - Soustraction d'impôt (art. 175 LIFD)
 - Dissimulation ou distraction de biens successoraux dans la procédure d'inventaire : (art. 178 LIFD)
 - Usage de faux (186 LIFD)
 - Blanchiment de fraude fiscale (305bis al. 1bis CP)
- Certaines de ces infractions peuvent être commises tant par des personnes physiques que par des personnes morales.
- On peut également être condamné pour instigation, complicité ou participation (art. 177 LIFD).
- Siège de la matière: art. 175 al. 1 et 2 LIFD

- La soustraction est le moyen pour le fisc **de sanctionner sous l'angle pénal** la dissimulation d'éléments fiscaux ou des comportements non conformes à la loi. L'art. 175 LIFD parle de soustraction consommée. Cela signifie qu'elle s'applique à des comportements portant sur des années entrées en force. La sanction est une amende.
- Lorsque la taxation n'est pas encore entrée en force (e.g. durant le processus de taxation), le comportement peut être puni de **tentative de soustraction** (art. 176 LIFD). Dans ce cas, l'amende infligée correspond aux 2/3e de l'amende qui aurait été infligée en cas de soustraction consommée (art. 176 al. 2 LIFD).
- Montant de l'amende: dépend de la collaboration du contribuable. Certaines pratiques cantonales permettent de ne pas infliger d'amende mais de simplement majorer l'impôt.
- Possibilité d'éviter la soustraction: **la dénonciation spontanée** (art. 175 al. 3 et 181a LIFD)
 - 3 conditions:
 1. Aucune autorité fiscale n'a eu ou n'a connaissance de la soustraction d'impôt.
 2. Le contribuable collabore avec l'administration pour déterminer les éléments soustraits.
 3. Le contribuable s'efforce d'acquitter le rappel d'impôt dû.
- **Prescription** de la soustraction (art. 184 LIFD).
 - Tentative de soustraction: **6 ans** à compter de la clôture de la procédure au cours de laquelle la tentative a été commise.
 - Soustraction consommée: **10 ans** dès la fin de la période fiscale durant laquelle le manquement a été commis.

Partie 5

Impôt anticipé

- Lorsqu'une société prend à sa charge des frais qui ne sont pas commercialement justifiés, ces frais sont considérés comme une prestation appréciable en argent soumise à l'impôt anticipé. En effet, la prestation appréciable en argent est considérée comme un revenu de capitaux mobiliers soumis à l'impôt anticipé (art. 4 al. 1 lit. b LIA).
- L'impôt anticipé est dû sur les prestations appréciables en argent. Le taux est en principe de 35%. Si la société ne peut pas mettre l'impôt anticipé à la charge de la personne qui a bénéficié de la prestation, le taux est de 53.84% («brut pour net»).
- Dans certains cas, les obligations en matière d'impôt peuvent être satisfaites par le biais de la procédure de «déclaration».
- Pour les résidents suisses, l'impôt anticipé est récupérable (en principe par compensation avec l'impôt sur le revenu) si le rendement grevé de l'impôt anticipé est déclaré dans la première déclaration suivant l'échéance du rendement.
- L'impôt anticipé applique en principe la théorie du bénéficiaire direct. Ainsi, celui à qui l'impôt doit être mis à charge n'est pas forcément l'actionnaire-entrepreneur. Dans certains cas, la théorie du triangle est malgré tout appliquée.

Partie 6

Exemple

Etat de fait

Mme Y est commerçante d'art et actionnaire à 100% de la société Monalisa SA. Les faits suivants se sont déroulés ces dernières années:

En 2015, la société a acquis un véhicule de fonction au prix de CHF 80'000. Ce véhicule est également utilisé par Mme Y pour ses déplacements privés. La société n'a jamais comptabilisé de part privée.

Durant l'été 2019, Mme Y a effectué un séjour à New York pour y visiter des galeries d'art. Elle a profité de ce voyage pour passer quelques jours avec son fils qui étudiait le droit à l'université de Columbia.

À son retour des Etats-Unis, elle a comptabilisé l'entier des frais relatifs à ce voyage, à savoir CHF 5'000 (billets d'avion, nuitées, repas, sorties) ainsi qu'un montant de CHF 30'000 pour l'achat d'une œuvre d'art, en tant que frais de déplacement et de représentation dans Monalisa SA.

à la suite d'un contrôle fiscal en 2021 (opéré par le biais de demandes de renseignement de l'autorité fiscale cantonale), Mme Y n'a pas été en mesure de prouver que le véhicule était utilisé uniquement à des fins professionnelles. De plus, elle n'a pas réussi à apporter de preuves suffisantes pour justifier la nature commerciale de son voyage étasunien. Finalement, l'autorité fiscale s'est rendue compte que l'œuvre d'art avait été revendue par Monalisa SA à un prix de faveur (i.e. CHF 5'000) à un proche de Mme Y. Cette transaction est intervenue en 2019.

Solution (1)

En ne comptabilisant pas de part privée sur le véhicule de fonction de Mme Y (par le biais de la reconnaissance d'un salaire en nature ou du crédit de son compte-courant), Monalisa SA a procédé à une distribution dissimulée de bénéfice en faveur de Mme Y. En effet, rien ne justifie que Mme Y puisse «gratuitement» bénéficier de la voiture d'entreprise pour ses déplacements privés.

De même, dans la mesure où les frais de voyage à New York ne sont pas en lien avec l'activité professionnelle de Mme Y (à tout le moins la preuve n'a pas été apportée à satisfaction), ceux-ci ne sont pas des charges justifiées par l'usage commercial et ne doivent donc pas être supportés par Monalisa SA. En les payant, cette dernière procède à nouveau à une distribution dissimulée de bénéfice en faveur de Mme Y.

Enfin, la vente de l'œuvre d'art par Monalisa SA à un proche de Mme Y pour un prix en-dessous de la valeur de marché ne s'explique que par le lien d'amitié entre Mme Y et son amie. Or, dans ses relations avec des tiers, une société doit respecter le principe de pleine concurrence. A défaut, elle procède à nouveau à une distribution dissimulée de bénéfice, ce qui est le cas en espèce.

Solution (2)

Les distributions dissimulées de dividendes sont donc reprises dans le bénéfice imposable de Monalisa SA et sont soumises à l'impôt sur le bénéfice (art. 58 al. 1 lit. b LIFD). La reprise se fait via le mécanisme du rappel d'impôt dans la période fiscale où la charge a été comptabilisée ou l'événement est intervenu (2015 à 2020 pour la part privée et 2019 pour les autres frais/opérations).

Dans la mesure où il s'agit de périodes fiscales passées, le fisc calculera également un intérêt de retard en fonction des taux en vigueur durant les périodes fiscales concernées.

Enfin, en plus du rappel d'impôt, le fisc infligera à la société une amende pour soustraction d'impôt consommée. En effet, en ne corrigeant pas son bénéfice imposable, Monalisa SA a laissé entré en force une taxation incomplète. En fonction des pratiques cantonales, le fisc pourra renoncer à infliger une amende mais majorera l'impôt dû pour arriver, sur le plan économique, à une charge similaire à celle que la société aurait payée si elle s'était vue infliger une amende.

Solution (3)

Les distributions dissimulées de dividende étant considérées comme des revenus de capitaux mobiliers au sens de l'impôt anticipé, celles-ci seront soumises à l'impôt anticipé de 35%. Cet impôt devra être acquitté par Monalisa SA et mis à charge des bénéficiaires des différentes prestations. Pour la question de la part privée sur le véhicule d'entreprise ainsi que la prise en charge de frais privés, le bénéficiaire est Mme Y. Pour ce qui est de la vente de l'œuvre d'art cédée à un prix de faveur, la théorie du bénéficiaire direct voudrait que cela soit l'amie de Mme Y qui supporte l'impôt anticipé. Ceci étant, en vertu de la pratique de l'Administration fédérale des contributions à cet égard, lorsque la prestation effectuée repose exclusivement sur des rapports familiaux ou amicaux entre l'actionnaire de la société qui fait la prestation et le bénéficiaire de la prestation, c'est la théorie du triangle qui s'applique. C'est donc à Mme Y également de supporter l'impôt anticipé à cet égard.

En plus de l'impôt anticipé en tant que tel, un intérêt de retard sera facturé (5%).

Une amende pourrait également être infligée.

Solution (4)

Enfin, pour Mme Y, la prise en charge de ses frais de vacances ainsi que l'usage gratuit du véhicule d'entreprise sont à considérer comme un rendement de participation soumis à l'impôt sur le revenu dans son chef. N'ayant pas déclaré ces revenus durant les périodes fiscales concernées, Mme Y s'est rendue coupable de soustraction.

Le fisc va donc procéder au rattrapage d'impôt (y compris intérêts moratoires) par le biais d'un rappel d'impôt. Dans la mesure où Mme Y possède 100% de Monalisa SA, elle sera taxée au taux réduit pour détention majoritaire.

En plus de l'impôt, le fisc facturera des intérêts de retard infligera aussi une amende.

Mme Y ne pourra pas récupérer l'impôt anticipé.

	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL
Prix d'achat véhicule (hors TVA)	80'000	80'000	80'000	80'000	80'000	
Forfait annuel	9.60%	9.60%	9.60%	9.60%	9.60%	
Reprise part privée	7'680	7'680	7'680	7'680	7'680	
Frais de voyage payés par la société					5'000	
Vente œuvre d'art à un prix de faveur					25'000	
Total des reprises	7'680	7'680	7'680	7'680	37'680	68'400

Monalisa SA	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL
Impôt sur le bénéfice (24%)	1'843	1'843	1'843	1'843	9'043	
Amende (1x le montant)	1'843	1'843	1'843	1'843	9'043	
Intérêts de retard	294	231	149	98	238	
Total dû par Monalisa SA	3'980	3'918	3'836	3'785	18'324	33'843

Madame Y	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL
Impôt sur le revenu	2'074	2'074	2'074	2'074	10'074	
Amende (1x le montant)	2'074	2'074	2'074	2'074	10'074	
Intérêts de retard	330	260	173	114	275	
impôt anticipé	2'688	2'688	2'688	2'688	13'188	
intérêts de retard (5%)	743	579	424	276	659	
Total dû par Mme Y	7'908	7'675	7'432	7'224	34'470	64'708

Reprises fiscales totales	11'888	11'592	11'267	11'009	52'794	98'551
----------------------------------	---------------	---------------	---------------	---------------	---------------	---------------

Christian Duc

Directeur

Expert fiscal diplômé

cduc@berneyassociés.com

Laurent Kern

Sous-directeur

Expert fiscal diplômé et titulaire du brevet d'avocat

lkern@berneyassociés.com

**Voir ou revoir notre
webinar du 24 juin !**

<https://www.youtube.com/watch?v=1gwkGev2tps>



berneyassociés.com
info@berneyassociés.com