

NE_GERICHTE CDP.2013.130 vom 23. Dezember 2014

NE Tribunal cantonal, 2014-12-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2013.130

FR: NE_GERICHTE CDP.2013.130 du 23 décembre 2014

IT: NE_GERICHTE CDP.2013.130 del 23 dicembre 2014

Erwägungen

E. 1

En matière fiscale, lorsque le contenu des dispositions légales concernées est identique au niveau fédéral et cantonal, comme c'est le cas en l'occurrence (cf. infra, cons. 2), il est loisible au contribuable de déposer un seul recours avec une motivation commune pour l'impôt fédéral direct et pour les impôts cantonal et communal (ATF 135 II 260 cons. 1.3.2). Pour les mêmes motifs, le Tribunal est autorisé à se prononcer sous la forme d'une décision unique, pour autant toutefois que la motivation permette de saisir clairement qu'il est question de deux catégories d'impôts (ATF précité, cons. 1.3.1). Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

E. 2

a) Les cotisations que les salariés et les indépendants versent à des institutions de prévoyance, conformément à la loi ou aux dispositions réglementaires, sont déductibles en matière d'impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes (art. 81 al. 2 de la loi fédérale du 25.06.1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; LPP). Il s'agit d'une disposition d'harmonisation reprise à l'article 33 al. 1 let. d de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et à l'article 36 al. 1 let. c de la loi sur les contributions publiques du 21 mars 2000 (LCdir). b) Les possibilités de procéder à un rachat dans le 2^{ème} pilier ont été successivement réduites dans la LPP, et depuis le 1^{er} janvier 2006, l'article 79b LPP les limite par le fait que les prestations résultant d'un rachat ne peuvent pas être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de 3 ans (art. 79b al. 3 LPP). Ces nouvelles règles visent à éviter des abus sur le plan fiscal (Laffely-Maillard in Yersin / Noël, Commentaire romand, Impôt fédéral direct, Bâle 2008, no 56 ad art. 33 LIFD, p. 540, avec références à art. 79b LPP et 1b et 60a ss OPP2). Dans un premier temps, l'Office fédéral des assurances sociales avait interprété cette disposition en retenant que seul le montant correspondant au rachat, y compris les intérêts, ne pouvait être retiré sous forme de capital dans les 3 ans, de sorte que toute la prévoyance acquise avant le rachat n'était pas concernée par cette disposition. Cette approche, que certains cantons paraissent avoir suivie, a toutefois été battue en brèche par le Tribunal fédéral. Celui-ci a considéré, dans l'arrêt du 12.03.2010 ([2C_658/2009] = StE 2010 B 27.1 no 43 = RDAF 2011 II 44 ss) cité par la recourante, que l'article 79b al. 3 LPP est certes en premier lieu une norme relevant du droit de la prévoyance, mais qu'il se fonde clairement sur des motifs d'ordre fiscal. Quoiqu'elle ne concerne pas directement la question de savoir si les rachats peuvent être déduits du revenu imposable, cette disposition reprend et concrétise, selon les travaux préparatoires, la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le refus de la déduction en cas d'évasion fiscale, dans le sens d'une réglementation légale uniforme et impérative. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la pratique des autorités thurgoviennes selon laquelle toute prestation en capital

intervenant dans le délai de 3 ans était abusive et qu'en conséquent, tout rachat effectué dans ce délai ne devait pas être admis en déduction. Il a considéré que même lorsqu'une prestation de retraite est versée (très) partiellement sous forme de rente après un rachat, on se trouvait en présence d'un "va-et-vient" des fonds ne permettant pas une amélioration appropriée de la couverture d'assurance, mais constituant un versement purement transitoire motivé par des raisons fiscales. c) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à la promulgation de l'article 79b al. 3 LPP, un procédé choisi par le contribuable, licite sous l'angle du droit de la prévoyance, n'impliquait pas pour l'autorité fiscale l'obligation de déduire les montants imposables, parce que c'était précisément le propre de l'évasion fiscale que d'utiliser une forme juridique licite en la détournant de son but (arrêt du TF du 20.03.2009 in RDAF 2009 II 368 ss cons. 8.2, p. 384). Le but d'un rachat d'années de cotisations, qui est la constitution et l'amélioration de la prévoyance professionnelle, n'était clairement pas atteint lorsque les mêmes fonds étaient récupérés auprès de l'institution de prévoyance dans un laps de temps bref, sans que la couverture d'assurance en soit améliorée (ATF 131 II 627 cons. 4.2 et 5.2). Dans l'arrêt précité du 12 mars 2010, le Tribunal fédéral a précisé les modalités d'application de la théorie de l'impôt éludé en rapport avec l'article 79b al. 3 LPP et estimé qu'il était dans l'intérêt légitime des contribuables de n'admettre l'existence d'une évasion fiscale qu'après avoir pris en considération toutes les circonstances du cas d'espèce déterminantes, à savoir non seulement la situation du contribuable sur le plan de la prévoyance mais également sur le plan du revenu et de la fortune. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 24.11.2010 [2C_614/2010], pour des rachats effectués sous l'empire de l'ancien et du nouveau droit, envers un contribuable qui avait touché environ la moitié de son avoir de vieillesse sous forme de capital et le reste sous forme de rente. Le Tribunal fédéral a répété que la nouvelle teneur de l'article 79b al. 3 LPP ne supprimait pas la nécessité d'examiner les cas de rachat sous l'angle de l'impôt éludé, mais que dans un cas clair, il suffisait de constater le non-respect du délai de 3 ans pour conclure à un impôt éludé, sans avoir à examiner dans le détail les autres critères nécessaires.

E. 3

La notion d'impôt éludé a fait l'objet d'une décision du Tribunal fédéral du 19 mars 2012 publiée in ATF 138 II 239, qui dresse au cons. 4.1 un état de situation de la pratique et répond aux critiques de la doctrine. Bien que la matière traitée soit la taxe sur la valeur ajoutée, le Tribunal fédéral aborde l'impôt éludé de manière générale en matière fiscale. Le présent considérant reprend ci-après la teneur de cet arrêt (traduit). Selon la jurisprudence, il y a évasion fiscale lorsque a) la forme juridique choisie par le contribuable paraît insolite, inappropriée ou étrange, en tout cas inadaptée au but économique poursuivi, b) ce choix a été opéré abusivement, dans le seul but d'économiser des impôts qui seraient dus si les rapports de droit avaient été aménagés de manière appropriée et c) le procédé conduirait effectivement à une notable économie d'impôt s'il était admis par l'autorité fiscale. Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs (cf. en particulier Locher, *Rechtsmissbrauchüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz* in Archives vol. 75, p. 675 ss, sp. 680 ss; Matteotti, *Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht*, 2003, p. 188 ss), il convient de s'en tenir à ces critères. La doctrine récente a certes raison lorsqu'elle prétend que l'évasion fiscale – comprise comme l'invocation abusive du sens réputé déterminant d'une norme (cf. ATF 131 II 562 cons. 3.5, p. 568) et 129 III 656 cons. 4.1, p. 657 s.) – ne saurait être envisagée que dans des cas très rares, lorsqu'une imposition ou une exemption fiscales ne sont pas

possibles malgré une interprétation fondée sur le sens de la norme, et que l'application de la loi conduit à un résultat qui, en raison des particularités de l'état de fait, apparaît comme hautement choquant, voire inconciliable avec le principe d'interdiction de l'arbitraire (Locher , op. cit., p. 694; Reich , Steuerrecht, 2012, no 47 ad § 6 p. 149). Lorsque l'existence d'une évasion fiscale est examinée sous cet angle, les critères précités constituent une trame adéquate pour la distinguer de l'économie d'impôt acceptable du point de vue fiscal. En ce qui concerne l'appréciation de la forme juridique choisie, pour l'élément dit objectif, il y a lieu de mettre l'accent sur le caractère entièrement inapproprié. Ce qui signifie que pour admettre la présence d'un impôt éludé, on doit se trouver en présence d'un aménagement de l'état de fait tel que, si l'on fait abstraction des aspects fiscaux, il se situe en-dehors de toute raison économique (cf. Reich , op. cit. no 20 ad § 6, p. 141). L'élément dit subjectif joue à cet égard un rôle déterminant dans la mesure où il est exclu d'admettre un impôt éludé lorsque d'autres motifs que la simple économie d'impôt jouent un rôle déterminant pour le choix de la forme juridique. Si l'existence d'un impôt éludé est retenue en se fondant sur le recours abusif à une norme, l'exercice du droit contraire au but de cette norme se fait sans qu'il existe un intérêt digne d'être protégé, ce dont il ne peut être fait abstraction. En ce qui concerne enfin l'élément dit objectif, il convient d'observer que le contribuable est en principe libre dans l'organisation de ses rapports juridiques et qu'il y a donc lieu d'intervenir en présence d'une construction juridique constitutive d'un abus de droit lorsque, à défaut, la forme juridique choisie déploierait effectivement son effet. Dans le contexte d'un impôt éludé, il n'y a pas lieu d'examiner de quelle manière il aurait fallu agir si l'application de la norme conduit à un excès de charge fiscale qui doit être considéré comme une violation crasse de l'équité fiscale et par conséquent comme arbitraire (d'avis contraire, par exemple Locher, op. cit., p. 694 et Matteotti, op. cit., p. 189, qui mettent sur pied d'égalité dans leur réflexion l'abus de droit et l'arbitraire et parlent sur cette base d'une lacune improprement dite, qui doit être comblée par l'organe d'application du droit). La question de savoir si les conditions pour admettre une évasion fiscale sont données doit être examinée en se fondant sur les circonstances concrètes du cas d'espèce. Lorsque l'évasion fiscale est retenue, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que l'imposition doit reposer non pas sur la forme choisie par le contribuable, mais sur la situation qui aurait été appropriée au but économique poursuivi (cf. ATF 131 II 627 , cons. 5.2, p. 635s.). Contrairement à l'opinion exprimée par la doctrine (...), une telle fiction n'est pas problématique. En effet, ce n'est que la construction juridique formelle qui est niée. En ce qui concerne ses conséquences économiques – seules déterminantes pour l'analyse – la situation reste inchangée (cf. arrêt du 19.03.2012 [2C_638/2010] cons. 4.1; Reich , op. cit., 2012, no 24 ad § 6, p. 142).

E. 4

a) Dans le présent cas, la recourante, née en 1965, de nationalité française, a été domiciliée en Suisse, au bénéfice d'une autorisation d'établissement valable jusqu'en avril 2015, et dispose actuellement d'une garantie de retour valable jusqu'en avril 2016. Elle a exercé depuis 2005 une activité lucrative auprès de l'entreprise A., avant d'être licenciée par lettre du 31 octobre 2011 avec effet au 31 mars 2012 en raison de l'abandon d'un secteur d'activités. Elle a été libérée de l'obligation de travailler dès le 1^{er} décembre 2011 et a suivi auprès de la société B., à Genève, un programme de formation collective en recherche d'emploi (coaching) offert par le groupe A. à ses employés licenciés. Elle a demandé le 5 avril 2012 au service des migrations cantonal à bénéficier d'une garantie de retour de quatre ans, qui lui a été accordée le 25 avril 2012. Il ressort d'un courriel en copie au dossier, du 5 mars 2012, que l'institution de prévoyance de son employeur lui a indiqué le montant

maximum d'un possible rachat au 31 mars 2012, montant qu'elle a effectivement versé le 15 mars 2012. Elle a quitté la Suisse pour la France le 10 avril 2012. Selon les informations complémentaires qu'elle a fournies à la Cour de droit public, elle a pris un emploi auprès de l'entreprise C., à Paris, depuis le 11 avril 2012, qu'elle occupe encore actuellement (au 05.09.2014). Le solde de son avoir de prévoyance, comportant le montant des rachats, a été crédité, selon elle, sur un compte de prévoyance à la banque D., la caisse de pension de l'entreprise A. étant réservée aux employés de l'entreprise. Il n'est pas clairement établi, selon le relevé transmis par la recourante, s'il s'agit d'un compte de placement dont elle a la libre disposition, ou d'un compte de libre passage au sens de la LPP, selon une mention figurant sur l'extrait produit. Il convient de déterminer si, en effectuant des rachats de cotisations de 2^{ème} pilier le 6 décembre 2011 et le 15 mars 2012, soit pendant la durée de résiliation de son contrat de travail en Suisse, la recourante a éludé l'impôt sur le revenu. b) La première condition posée par le Tribunal fédéral est que la construction juridique choisie paraisse insolite, inappropriée ou étrange, en tous les cas entièrement inadaptée à la réalité économique. Le service intimé ne détaille pas son appréciation du cas de la recourante sur ce point, et c'est avec raison que celle-ci relève qu'un rachat d'arriérés de cotisations de 2^{ème} pilier et leur blocage sur un compte ne constitue pas un montage particulièrement complexe. Elle méconnaît cependant que la complexité de la structure choisie n'est pas une condition de l'impôt éludé, et qu'il suffit simplement que le procédé choisi soit si éloigné du but qui lui est normalement attribué qu'on ne puisse l'expliquer que par le désir d'économiser des impôts. Or, ainsi que le retient la décision attaquée, le fait d'effectuer un rachat de cotisations de 2^{ème} pilier permet d'économiser des impôts de manière considérable. Dans le présent cas, l'économie se monterait, selon l'intimé – et ces montants paraissent raisonnables – à 45'900 francs pour l'année 2011 et à 69'000 francs pour l'année 2012. c) Le but premier d'un rachat de cotisations de 2^{ème} pilier est d'améliorer la prévoyance, qui est un objectif d'ordre constitutionnel concrétisé par plusieurs lois fédérales. L'impact d'un rachat de 2^{ème} pilier, tout comme la constitution d'un 3^{ème} pilier, représentent une forme d'épargne avantagée et garantie qui doit, pour être privilégiée fiscalement, être attribuée de manière sûre et irrévocable à la prévoyance. A défaut, il s'agit d'une épargne qui, même destinée en finalité à assurer ses vieux jours, ne bénéficie pas d'un privilège fiscal. Les abus découlant du traitement fiscal des rachats suivis d'un retrait de capital (lequel bénéficie également d'un traitement privilégié) sont largement connus et ont fait l'objet d'un rapport du Département fédéral des finances en 1998 (Bericht der Expertenkommission zur Prüfung des Systems der direkten Steuern auf Lücken) qui a entraîné plusieurs modifications législatives, en particulier l'introduction d'un article 79b dans la LPP. Cette disposition écarte du privilège fiscal le rachat suivi d'un retrait en capital dans un délai de trois ans. L'article 79b LPP introduit une limite temporelle pour simplifier l'appréciation des cas survenant dans un laps déterminé (trois ans), mais il n'exclut pas l'existence d'un impôt éludé pour toute construction impliquant un rachat et une rétrocession en capital après l'écoulement de cette période de trois ans. Il y a donc lieu d'examiner l'existence d'un impôt éludé pour la recourante, quand bien même elle signerait, comme elle le propose, un engagement de laisser le montant des rachats bloqué sur un compte bancaire pendant cette durée de trois ans. d) La recourante fait tout d'abord valoir qu'elle n'a pas quitté définitivement la Suisse, où elle espère retrouver un emploi, et en veut pour preuve le fait qu'elle a demandé et obtenu une garantie de retour valable jusqu'en 2016. Un départ définitif de la Suisse, au sens de l'article 5 de la loi sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP) n'est pas

déterminant pour l'appréciation de l'état de fait sous l'angle fiscal. La loi règle de manière stricte les cas où le travailleur a droit à une prestation en espèces de la part de l'institution de prévoyance, et le départ définitif de la Suisse en est un (art. 5 al. 1, let. a LFLP). Aux termes de l'article 25f LFLP, selon les accords conclu par la Suisse avec l'Union européenne, cette prestation en espèces ne porte que sur la partie sur-obligatoire et non la partie obligatoire. La recourante pouvait en conséquence bénéficier du versement en capital de cette partie sur-obligatoire. A relever qu'il ne ressort pas clairement du dossier quelle part de sa prévoyance, obligatoire ou surobligatoire seulement, a été versée sur le compte bancaire ouvert auprès de la banque D. Du point de vue de l'institution de prévoyance, la recourante paraît cependant avoir été considérée comme ayant quitté définitivement la Suisse et le fait qu'elle bénéficie d'une garantie de retour valable jusqu'en avril 2016, qui concerne la police des étrangers, n'a pas d'influence sur l'appréciation faite sous l'angle de la prévoyance professionnelle. On relèvera par ailleurs que la recourante a quitté la Suisse depuis plus de deux ans à ce jour. Il est vrai que l'obtention d'une garantie de retour plaide en faveur d'un possible retour en Suisse et une réintégration dans le système de prévoyance suisse, et démentirait ainsi l'argument du service intimé selon lequel le rachat serait abusif à mesure qu'il ne sert pas à l'amélioration de la prévoyance en Suisse. Cette approche est trop restrictive compte tenu des accords internationaux conclus par la Suisse en matière de sécurité sociale ainsi que, cas échéant, de son droit interne. Rien n'exclut de manière générale que la prévoyance puisse être prise en considération dans l'appréciation d'un impôt éludé qu'elle soit assurée en Suisse ou dans un pays avec lequel la Suisse a conclu des conventions ad hoc. L'appréciation fiscale est réservée quoi qu'il en soit après examen du cas. En l'espèce, la recourante n'a pas démontré vouloir affecter son deuxième pilier à une forme de prévoyance, mais limite son argumentation au fait que le capital touché restera bloqué pendant trois ans. Ce blocage n'implique pas un objectif de prévoyance et la somme bloquée pourra, à l'échéance de ce délai, être affectée à quelque destination que ce soit. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la durée de trois ans entre rachat et prestation en capital ne permet pas d'écarter définitivement la notion d'impôt éludé. Il y a donc lieu d'examiner dans le présent cas les circonstances particulières qui ont mené au rachat puis à son éventuelle mise à disposition de la recourante en fonction de la nature du compte ouvert à cette fin. f) L'intimé voit un impôt éludé dans le fait que la recourante a effectué les rachats le 6 décembre 2011 et le 15 mars 2012 alors qu'elle avait perdu son emploi en Suisse et n'avait donc plus de raison de cotiser à l'institution de prévoyance de son ancien employeur puisqu'elle allait quitter le pays. Lors du premier rachat, au 6 décembre 2011, la recourante avait cessé son travail (dont elle avait été libérée) auprès du groupe A., mais était toujours salariée de l'entreprise. Elle devait par ailleurs effectuer le versement avant la fin de l'année, si elle voulait suivre la politique de rachat qu'elle avait choisie antérieurement. A ce moment, elle était assistée d'un coach pour retrouver du travail et rien n'exclut qu'elle en ait cherché en Suisse. Elle y vivait depuis 2005 et son enfant y était apparemment scolarisée, ce qui implique une certaine intégration. L'obtention d'une déclaration de retour plaide également dans ce sens. Le montant racheté, de 100'000 francs, était certes plus élevé que celui de l'année précédente, mais sur la durée, la recourante a effectué, selon ses allégués, les paiements de 71'030 francs en 2009, 71'030 francs en 2010 et 100'000 francs en 2011, ce qui démontre une progression relativement modérée. Le rachat a été effectué, comme pour les autres périodes, en fin d'année civile. Pour l'année 2012 par contre, plusieurs éléments permettent de mettre en doute l'objectif de prévoyance du rachat effectué le 15 mars 2012, la recourante ayant quitté la Suisse le 10 avril 2012 pour prendre un emploi à Paris dès le 11

avril 2012. Le dossier ne permet pas de reconstituer à quel moment ont commencé les pourparlers entre la recourante et son futur employeur, et à quelle date le contrat entre les deux partenaires a été signé. S'il devait être établi que le contrat était sur le point d'être signé ou déjà signé lors de la demande de renseignements du 5 mars 2012, ou lors du paiement du 15 mars 2012, soit un mois avant la prise de l'emploi à Paris, la recourante devrait pouvoir amener des arguments substantiels pour justifier d'un objectif de prévoyance et réfuter l'appréciation du service intimé quant à un impôt éludé. g) Force est de constater que les éléments au dossier ne permettent pas de se prononcer définitivement sur les faits déterminants pour retenir la présence d'un impôt éludé. Dans la mesure où la qualification des faits laisse une grande marge d'appréciation à l'autorité intimée, il convient de lui renvoyer le dossier à charge pour elle d'établir les éléments nécessaires à déterminer l'existence d'un impôt éludé. Les éléments propices à étayer ou réfuter l'existence d'un abus pourraient porter sur les modalités de son travail actuel, la forme de sa rémunération y compris les avantages éventuels en matière de prévoyance auxquels elle pourrait souscrire. Il serait également judicieux de documenter l'affirmation de la recourante selon laquelle elle a recherché des emplois en Suisse dès octobre 2011 jusqu'en mars 2012 (par exemple en produisant une attestation de l'entreprise de coaching sur ses recherches d'emploi). La recourante pourrait être invitée à produire toute pièce exposant l'historique de ses contacts avec l'entreprise C. ainsi que le contrat qui la lie à son actuel employeur, ainsi qu'à indiquer quel usage elle entend faire des montants déposés sur le compte bancaire dont elle a produit les relevés, dans l'hypothèse où ils seraient à sa libre disposition.

E. 5

Au vu de ce qui précède, le recours est admis et la décision sur réclamation et les décisions de taxation afférentes aux années 2011 et 2012 annulées, pour l'ICC et l'IFD. La cause est renvoyée au service intimé pour qu'il procède aux mesures d'instruction nécessaires à l'appréciation de la déductibilité des rachats au sens des considérants du présent jugement, sous l'angle de l'impôt éludé, et rende de nouvelles décisions de taxation.

E. 6

Compte tenu de l'issue de la cause, il n'est pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure le service intimé aurait une pratique permettant d'octroyer la déduction de rachats effectués moyennant un blocage de trois ans, la recourante alléguant une inégalité de traitement. L'intimé est invité à justifier sa position dans la décision qu'il rendra en exécution du présent arrêt.

E. 7

Vu l'issue du litige, il est statué sans frais, l'Etat n'y étant pas astreint (art. 47 al. 2 LPJA) et l'avance de frais effectuée par la recourante lui est restituée. Il n'est pas alloué de dépens à la recourante qui n'était pas représentée par un mandataire professionnel et qui n'allègue pas avoir engagé des frais pour la défense de ses intérêts (art. 48 al. 1 et 51 al. 1 LPJA).

E. 15

mars 2012. Elle a quitté la Suisse pour la France le 10 avril 2012. Selon les informations complémentaires qu'elle a fournies à la Cour de droit public, elle a pris un emploi auprès de l'entreprise C., à Paris, depuis le 11 avril 2012, qu'elle occupe encore actuellement (au 05.09.2014). Le solde de son avoir de prévoyance, comportant le montant des rachats, a été crédité, selon elle, sur un compte de prévoyance à la banque D., la caisse de pension de l'entreprise A. étant réservée aux employés de l'entreprise. Il n'est pas clairement établi,

selon le relevé transmis par la recourante, s'il s'agit d'un compte de placement dont elle a la libre disposition, ou d'un compte de libre passage au sens de la LPP, selon une mention figurant sur l'extrait produit.

Il convient de déterminer si, en effectuant des rachats de cotisations de 2^{ème} pilier le 6 décembre 2011 et le 15 mars 2012, soit pendant la durée de résiliation de son contrat de travail en Suisse, la recourante a éludé l'impôt sur le revenu.

b) La première condition posée par le Tribunal fédéral est que la construction juridique choisie paraisse insolite, inappropriée ou étrange, en tous les cas entièrement inadaptée à la réalité économique. Le service intimé ne détaille pas son appréciation du cas de la recourante sur ce point, et c'est avec raison que celle-ci relève qu'un rachat d'arriérés de cotisations de 2^{ème} pilier et leur blocage sur un compte ne constitue pas un montage particulièrement complexe. Elle méconnaît cependant que la complexité de la structure choisie n'est pas une condition de l'impôt éludé, et qu'il suffit simplement que le procédé choisi soit si éloigné du but qui lui est normalement attribué qu'on ne puisse l'expliquer que par le désir d'économiser des impôts. Or, ainsi que le retient la décision attaquée, le fait d'effectuer un rachat de cotisations de 2^{ème} pilier permet d'économiser des impôts de manière considérable. Dans le présent cas, l'économie se monterait, selon l'intimé—et ces montants paraissent raisonnables—à 45'900 francs pour l'année 2011 et à 69'000 francs pour l'année 2012.

c) Le but premier d'un rachat de cotisations de 2^{ème} pilier est d'améliorer la prévoyance, qui est un objectif d'ordre constitutionnel concrétisé par plusieurs lois fédérales. L'impact d'un rachat de 2^{ème} pilier, tout comme la constitution d'un 3^{ème} pilier, représentent une forme d'épargne avantageuse et garantie qui doit, pour être privilégiée fiscalement, être attribuée de manière sûre et irrévocable à la prévoyance. A défaut, il s'agit d'une épargne qui, même destinée en finalité à assurer ses vieux jours, ne bénéficie pas d'un privilège fiscal. Les abus découlant du traitement fiscal des rachats suivis d'un retrait de capital (lequel bénéficie également d'un traitement privilégié) sont largement connus et ont fait l'objet d'un rapport du Département fédéral des finances en 1998 (Bericht der Expertenkommission zur Prüfung des Systems der direkten Steuern auf Lücken) qui a entraîné plusieurs modifications législatives, en particulier l'introduction d'un article 79b dans la LPP. Cette disposition écarte du privilège fiscal le rachat suivi d'un retrait en capital dans un délai de trois ans. L'article 79b LPP introduit une limite temporelle pour simplifier l'appréciation des cas survenant dans un laps déterminé (trois ans), mais il n'exclut pas l'existence d'un impôt éludé pour toute construction impliquant un rachat et une rétrocession en capital après l'écoulement de cette période de trois ans. Il y a donc lieu d'examiner l'existence d'un impôt éludé pour la recourante, quand bien même elle signerait, comme elle le propose, un engagement de laisser le montant des rachats bloqué sur un compte bancaire pendant cette durée de trois ans.

d) La recourante fait tout d'abord valoir qu'elle n'a pas quitté définitivement la Suisse, où elle espère retrouver un emploi, et en veut pour preuve le fait qu'elle a demandé et obtenu une garantie de retour valable jusqu'en 2016. Un départ définitif de la Suisse, au sens de l'article 5 de la loi sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP) n'est pas déterminant pour l'appréciation de l'état de fait sous l'angle fiscal. La loi règle de manière stricte les cas où le travailleur a droit à une prestation en espèces de la part de l'institution de prévoyance, et le départ définitif de la Suisse en est un (art. 5 al. 1, let. a LFLP). Aux termes de l'article 25f

LFLP, selon les accords conclu par la Suisse avec l'Union européenne, cette prestation en espèces ne porte que sur la partie sur-obligatoire et non la partie obligatoire. La recourante pouvait en conséquence bénéficier du versement en capital de cette partie sur-obligatoire. A relever qu'il ne ressort pas clairement du dossier quelle part de sa prévoyance, obligatoire ou surobligatoire seulement, a été versée sur le compte bancaire ouvert auprès de la banque D. Du point de vue de l'institution de prévoyance, la recourante paraît cependant avoir été considérée comme ayant quitté définitivement la Suisse et le fait qu'elle bénéficie d'une garantie de retour valable jusqu'en avril 2016, qui concerne la police des étrangers, n'a pas d'influence sur l'appréciation faite sous l'angle de la prévoyance professionnelle. On relèvera par ailleurs que la recourante a quitté la Suisse depuis plus de deux ans à ce jour.

Il est vrai que l'obtention d'une garantie de retour plaide en faveur d'un possible retour en Suisse et une réintégration dans le système de prévoyance suisse, et démentirait ainsi l'argument du service intimé selon lequel le rachat serait abusif à mesure qu'il ne sert pas à l'amélioration de la prévoyance en Suisse. Cette approche est trop restrictive compte tenu des accords internationaux conclus par la Suisse en matière de sécurité sociale ainsi que, cas échéant, de son droit interne. Rien n'exclut de manière générale que la prévoyance puisse être prise en considération dans l'appréciation d'un impôt éludé qu'elle soit assurée en Suisse ou dans un pays avec lequel la Suisse a conclu des conventions ad hoc. L'appréciation fiscale est réservée quoi qu'il en soit après examen du cas. En l'espèce, la recourante n'a pas démontré vouloir affecter son deuxième pilier à une forme de prévoyance, mais limite son argumentation au fait que le capital touché restera bloqué pendant trois ans. Ce blocage n'implique pas un objectif de prévoyance et la somme bloquée pourra, à l'échéance de ce délai, être affectée à quelque destination que ce soit. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la durée de trois ans entre rachat et prestation en capital ne permet pas d'écarter définitivement la notion d'impôt éludé. Il y a donc lieu d'examiner dans le présent cas les circonstances particulières qui ont mené au rachat puis à son éventuelle mise à disposition de la recourante en fonction de la nature du compte ouvert à cette fin.

f) L'intimé voit un impôt éludé dans le fait que la recourante a effectué les rachats le 6 décembre 2011 et le 15 mars 2012 alors qu'elle avait perdu son emploi en Suisse et n'avait donc plus de raison de cotiser à l'institution de prévoyance de son ancien employeur puisqu'elle allait quitter le pays. Lors du premier rachat, au 6 décembre 2011, la recourante avait cessé son travail (dont elle avait été libérée) auprès du groupe A., mais était toujours salariée de l'entreprise. Elle devait par ailleurs effectuer le versement avant la fin de l'année, si elle voulait suivre la politique de rachat qu'elle avait choisie antérieurement. A ce moment, elle était assistée d'un coach pour retrouver du travail et rien n'exclut qu'elle en ait cherché en Suisse. Elle y vivait depuis 2005 et son enfant y était apparemment scolarisée, ce qui implique une certaine intégration. L'obtention d'une déclaration de retour plaide également dans ce sens. Le montant racheté, de 100'000 francs, était certes plus élevé que celui de l'année précédente, mais sur la durée, la recourante a effectué, selon ses allégués, les paiements de 71'030 francs en 2009, 71'030 francs en 2010 et 100'000 francs en 2011, ce qui démontre une progression relativement modérée. Le rachat a été effectué, comme pour les autres périodes, en fin d'année civile. Pour l'année 2012 par contre, plusieurs éléments permettent de mettre en doute l'objectif de prévoyance du rachat effectué le 15 mars 2012, la recourante ayant quitté la Suisse le 10 avril 2012 pour prendre un emploi à Paris dès le 11 avril 2012. Le dossier ne permet pas de reconstituer à quel moment ont commencé les pourparlers entre la recourante et son futur employeur, et à quelle date le contrat entre les

deux partenaires a été signé. S'il devait être établi que le contrat était sur le point d'être signé ou déjà signé lors de la demande de renseignements du 5 mars 2012, ou lors du paiement du 15 mars 2012, soit un mois avant la prise de l'emploi à Paris, la recourante devrait pouvoir amener des arguments substantiels pour justifier d'un objectif de prévoyance et réfuter l'appréciation du service intimé quant à un impôt éludé.

g) Force est de constater que les éléments au dossier ne permettent pas de se prononcer définitivement sur les faits déterminants pour retenir la présence d'un impôt éludé. Dans la mesure où la qualification des faits laisse une grande marge d'appréciation à l'autorité intimée, il convient de lui renvoyer le dossier à charge pour elle d'établir les éléments nécessaires à déterminer l'existence d'un impôt éludé. Les éléments propices à étayer ou réfuter l'existence d'un abus pourraient porter sur les modalités de son travail actuel, la forme de sa rémunération y compris les avantages éventuels en matière de prévoyance auxquels elle pourrait souscrire. Il serait également judicieux de documenter l'affirmation de la recourante selon laquelle elle a recherché des emplois en Suisse dès octobre 2011 jusqu'en mars 2012 (par exemple en produisant une attestation de l'entreprise de coaching sur ses recherches d'emploi). La recourante pourrait être invitée à produire toute pièce exposant l'historique de ses contacts avec l'entreprise C. ainsi que le contrat qui la lie à son actuel employeur, ainsi qu'à indiquer quel usage elle entend faire des montants déposés sur le compte bancaire dont elle a produit les relevés, dans l'hypothèse où ils seraient à sa libre disposition.

5. Au vu de ce qui précède, le recours est admis et la décision sur réclamation et les décisions de taxation afférentes aux années 2011 et 2012 annulées, pour l'ICC et l'IFD. La cause est renvoyée au service intimé pour qu'il procède aux mesures d'instruction nécessaires à l'appréciation de la déductibilité des rachats au sens des considérants du présent jugement, sous l'angle de l'impôt éludé, et rende de nouvelles décisions de taxation.

6. Compte tenu de l'issue de la cause, il n'est pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure le service intimé aurait une pratique permettant d'octroyer la déduction de rachats effectués moyennant un blocage de trois ans, la recourante alléguant une inégalité de traitement. L'intimé est invité à justifier sa position dans la décision qu'il rendra en exécution du présent arrêt.

7. Vu l'issue du litige, il est statué sans frais, l'Etat n'y étant pas astreint (art. 47 al. 2 LPJA) et l'avance de frais effectuée par la recourante lui est restituée. Il n'est pas alloué de dépens à la recourante qui n'était pas représentée par un mandataire professionnel et qui n'allègue pas avoir engagé des frais pour la défense de ses intérêts (art. 48 al. 1 et 51 al. 1 LPJA).

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours.

2. Annule la décision sur réclamation du 22 avril 2013 et les décisions de taxation du 20 juin 2012 pour l'année 2011 et l'année 2012 (ICD et IFD) et renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelles décisions au sens des considérants.

3. Statue sans frais et ordonne la restitution à la recourante de son avance de frais par 770 francs.

4. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 23 décembre 2014

1L'institution de prévoyance ne peut permettre le rachat que jusqu'à hauteur des prestations réglementaires.

2Le Conseil fédéral règle les cas des personnes qui, au moment où elles font valoir la possibilité de rachat n'ont jamais été affiliées à une institution de prévoyance.

3Les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans. Lorsque des versements anticipés ont été accordés pour l'encouragement à la propriété, des rachats facultatifs ne peuvent être effectués que lorsque ces versements anticipés ont été remboursés.

4Les rachats effectués en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré en vertu de l'art. 22cLFLP²ne sont pas soumis à limitation.³

¹Introduit par le ch. I de la LF du 3 oct. 2003 (1^{re}révision LPP), en vigueur depuis le 1^{er}janv. 2006 (RO20041677;FF20002495).²RS831.423Nouvelle teneur selon l'art. 37 ch. 3 de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat, en vigueur depuis le 1^{er}janv. 2007 (RO20055685;FF20031192).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.