

La responsabilité des conseillers

LES CONSEILLERS FINANCIERS ET LES PRESTATAIRES DOIVENT ÊTRE PLEINEMENT CONSCIENTS DES RISQUES PÉNAUX QU'ILS ENCOURENT EN MATIÈRE FISCALE, À L'INSTAR DE LEURS CLIENTS, AUSSI BIEN EN SUISSE QU'EN FRANCE, AVEC DES CONSÉQUENCES POTENTIELLEMENT GRAVES EN MATIÈRE DE RÉPUTATION, MAIS AUSSI EN MATIÈRE FINANCIÈRE. TOUR D'HORIZON EN QUATRE CHAPITRES.

Par **JEAN-LUC BOCHATAY ET ALAIN MOREAU**

FBT Avocats



Le droit pénal fiscal, aussi bien en Suisse qu'en France, fait régulièrement l'actualité, soit du fait de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions toujours plus répressives, soit du fait d'affaires judiciaires retentissantes.

Si le régime applicable à l'auteur principal d'une infraction fiscale est relativement bien connu, la responsabilité pénale des tiers impliqués, en qualité de complices potentiels, l'est en revanche moins. Pourtant on observe une tendance très nette selon laquelle les administrations fiscales et les autorités de poursuite pénale s'en prennent désormais non seulement aux contribuables indécents, mais aussi, voire surtout, à leurs conseillers et prestataires, réputés plus solvables. Et les conséquences pour ces derniers peuvent s'avérer dramatiques, aussi bien en Suisse qu'en France.

I. LES «RÈGLES DE BASE» APPLICABLES EN SUISSE, RESPECTIVEMENT EN FRANCE



En **droit suisse**, le système pénal fiscal opère une distinction entre:

a. les impôts directs visés dans la Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et la Loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID); il s'agit notamment des impôts sur la fortune et sur le revenu pour les personnes physiques, et des impôts sur le bénéfice et sur le capital pour les personnes morales; et

b. les autres impôts directs et indirects, prélevés au niveau de la Confédération (notamment l'impôt fédéral anticipé, la TVA, les droits de timbre, les droits de douane);

Par ailleurs, on mentionne *pro memoria* que les impôts (directs et indirects) qui sont exclusivement de la compétence des cantons (par ex. droits de mutation, impôts fonciers, impôts sur les successions et les donations) font l'objet de réglementations cantonales que nous laisserons ici de côté.

S'agissant des impôts visés sous lettre a) ci-dessus, les dispositions pénales suisses sont contenues dans la LIFD et la LHID; de manière schématique, elles répriment:

i. la soustraction fiscale (à savoir le fait de réduire illégalement le montant de l'impôt dû, volontairement ou par négligence), qui constitue une contravention punissable d'une amende d'au minimum un tiers et d'au maximum le triple de l'impôt soustrait (cf. art. 175 LIFD et 56 LHID);

ii. la «fraude fiscale» (à savoir la soustraction fiscale en utilisant un faux dans les titres), qui constitue un délit punissable d'une amende d'au maximum 30'000 CHF ou d'une peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans au maximum, étant précisé que la condamnation de l'auteur pour «fraude fiscale» n'empêche nullement sa poursuite et sa condamnation pour l'infraction de soustraction fiscale (cf. art. 186 LIFD et 59 LHID). Cette infraction implique nécessairement l'élément intentionnel.

financiers et prestataires

vis-à-vis du fisc et des autorités s'accroît

S'agissant des impôts visés sous lettre b) ci-dessus, les dispositions pénales découlent des lois fiscales qui instituent ces impôts ainsi que de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA). Ces lois punissent en particulier:

- **i.** la soustraction fiscale (commise par négligence ou intentionnellement), où la sanction est l'amende, dont le montant peut varier selon l'impôt concerné (en matière de droit de timbre ou d'impôt anticipé, l'amende maximale est de 30'000 CHF, alors qu'en matière de TVA elle peut atteindre plusieurs centaines de milliers de francs);
- **ii.** l'escroquerie fiscale en matière de prestations et de contributions (cf. art. 14 DPA), laquelle est sanctionnée par l'amende ou une peine d'emprisonnement jusqu'à 1 an dans les cas simples.

À la différence du système prévu en matière d'impôts directs (LIFD / LHID), l'utilisation d'un faux dans les titres n'est pas une condition nécessaire pour que l'escroquerie fiscale soit réalisée; il suffit que l'auteur de l'infraction ait fait preuve «d'astuce», étant souligné que, selon les circonstances, le simple fait d'omettre certains faits et de laisser l'administration fiscale «dans l'erreur» peut être qualifié de comportement astucieux.



En **droit français**, le système pénal fiscal ne fait pas de distinction entre les impositions, l'article 1741 du Code général des impôts (CGI) visant d'une façon générale la soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement, total ou partiel, des impôts visés «dans la présente codification» (c'est-à-dire visés dans le CGI).

La soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt est entendue comme l'omission volontaire de faire sa déclaration dans les délais prescrits, ou la dissimulation volontaire d'une partie des sommes sujettes à l'impôt, ou encore l'organisation de son insolvabilité (par la mise en œuvre notamment de manœuvres destinées à faire obstacle au recouvrement de l'impôt), soit encore en agissant de toute autre manière frauduleuse, **mais toujours de manière intentionnelle**. Ces infrac-

tions, qualifiées de délits, sont passibles, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500'000 € et d'un emprisonnement de 5 ans. Les peines sont portées à 2'000'000 € et 7 ans d'emprisonnement lorsque la fraude a été commise en bande organisée (interaction frauduleuse de plusieurs «partenaires», tels avocats, banquiers, tiers gérants, fiduciaires, etc.), ou réalisée ou facilitée au moyen:

- **a.** de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger;
- **b.** de l'interposition de personnes physiques ou morales fictives ou artificielles établies à l'étranger;
- **c.** de l'usage d'une fausse identité ou de faux documents (ou document fictif ou artificiel), ou de toute autre falsification;
- **d.** d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger.

Les peines sont applicables dès que la dissimulation excède 153 €.

II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES TIERS IMPLIQUÉS DANS LA COMMISSION DES INFRACTIONS FISCALES



En droit suisse, les personnes qui participent (complice, instigateur) à la commission des infractions fiscales (en matière d'impôts directs ou indirects) sont punissables soit sur la base des dispositions spécifiques des lois fiscales concernées (cf. art. 177 LIFD; 56 al. 3 LHID; 5 DPA), soit sur la base des règles générales du Code pénal suisse.

L'instigateur est celui qui, **intentionnellement**, décide une personne (l'auteur) à commettre une infraction: un crime, un délit ou une contravention.

Le complice est celui qui, **intentionnellement**, prête assistance à l'auteur pour la commission de l'infraction: un crime ou un délit ou une contravention.

En principe, la complicité implique un comportement actif. Cela étant, lorsque l'accomplissement d'un acte (par un tiers) – par exemple la dénonciation – aurait permis d'éviter la survenance

■■■

du dommage, que ce dommage résulte d'un comportement sanctionné pénalement, et que ce tiers, **en raison de sa situation juridique particulière**, était à ce point obligé que son omission apparaît comparable au fait de provoquer le résultat par un comportement actif, il peut alors être poursuivi pour **complicité par omission**. L'obligation d'agir doit donc découler d'une situation particulière, appelée «situation de garant».

Compte tenu de l'évolution des dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et des obligations que l'on tend à imposer aux intermédiaires financiers pour s'assurer de la conformité fiscale de leurs clients, il n'est pas invraisemblable d'imaginer qu'à l'avenir ces intermédiaires puissent se voir reprocher — par les autorités fiscales ou pénales suisses — d'avoir été «inactifs» en relation avec des clients dont ils savaient (ou auraient dû savoir) qu'ils ne déclaraient pas leurs actifs déposés chez eux ou gérés par eux, et devoir ainsi répondre de l'infraction de complicité (par omission) de soustraction fiscale ou d'escroquerie fiscale.

En matière d'impôts directs visés par la LIFD /LHID, les instigateurs et complices d'une:

- soustraction fiscale encourent une sanction pécuniaire jusqu'à 10'000 CHF, respectivement 50'000 CHF dans les cas graves ou en cas de récidive;
- «fraude fiscale» encourent une amende (d'au maximum 30'000 CHF) ou une peine d'emprisonnement (d'au maximum 3 ans).

“ Les conséquences découlant de contribuables indécents peuvent s'avérer dramatiques pour les conseillers et prestataires, aussi bien en Suisse qu'en France. ”

Pour les autres impôts directs et indirects prélevés par la Confédération, les sanctions prévues à l'égard des complices et instigateurs sont «théoriquement» identiques à celles encourues par les auteurs principaux de ces infractions. Toutefois, s'agissant du complice, l'article 25 du Code pénal suisse prévoit expressément une atténuation de la peine.

 En droit pénal fiscal français, le «statut» du complice est, comme en droit suisse, bien encadré sur le fondement des textes de droits communs, à savoir les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal français. Classiquement, l'acte de complicité pourra consister en une aide ou assistance, une instigation, ou encore des instructions, tous ces actes devant être positifs et antérieurs ou concomitants à l'infraction principale. Pour être pénalement responsable, le complice doit avoir conscience de s'associer à une infraction et la volonté de le faire.

Il n'est pas nécessaire, pour incriminer le complice, que le délit principal soit effectivement puni; en d'autres termes, l'auteur principal peut ne pas être condamné (suite à un

décès, une incapacité reconnue, un vice de procédure, etc.), alors que le complice pourra l'être, dès lors que le fait principal (la fraude fiscale) reste punissable.

Conformément à l'article 121-6 du Code pénal, le complice sera puni comme s'il avait lui-même été l'auteur principal de la fraude fiscale. Ainsi, les circonstances aggravantes prévues à l'article 1741 du CGI (voir *supra*), en ce qu'elles sont attachées à la matérialité des faits et non à la personne de leur auteur sont imputables au complice, même si ce dernier pouvait les avoir ignorées. Le complice encourra donc systématiquement les peines aggravées.

III. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES TIERS IMPLIQUÉS DU FAIT DES DISPOSITIONS SUR LE BLANCHIMENT DE «FRAUDE FISCALE»



En Suisse, depuis le 1er juillet 2015, l'article 305 bis CP – qui constitue la pierre angulaire de la lutte contre le blanchiment d'argent – précise que les infractions préalables dont le produit est susceptible d'être «blanchi» sont non seulement les crimes (soit les infractions punies d'une peine d'emprisonnement de plus de 3 ans), mais également les «délits fiscaux qualifiés».

Constituent un «*délit fiscal qualifié*» les délits visés par la LIFD et la LHID (notamment ceux concernant les impôts sur le revenu et sur la fortune) dont l'élément constitutif – outre la volonté du contribuable de commettre une soustraction fiscale – est l'utilisation d'un faux dans les titres, pour autant (condition supplémentaire) que le montant des impôts soustraits s'élève à plus de 300'000 CHF par période fiscale.

C'est le lieu de souligner que si l'article 305 bis CP vise essentiellement les auteurs qui commettent en Suisse le délit de blanchiment (à savoir perpétrer un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont ils savaient ou devaient présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié), **l'infraction préalable, elle, peut parfaitement avoir été commise à l'étranger**. Dans cette hypothèse, l'acte de blanchiment est punissable dès que (i) l'infraction préalable (l'infraction fiscale) est également punissable dans l'État du fisc concerné (quelle que soit la sanction, même une simple amende) (ii) le montant éludé est supérieur à 300'000 CHF période fiscale) et (iii) ce comportement incriminé, s'il avait été commis en Suisse, aurait été punissable sur la base des articles 186 LIFD et 59 LHID.



En France, l'article 324-1 al. 2 prévoit que le blanchiment peut consister à apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion d'un produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit, et peut donc être consécutif à une fraude fiscale. La loi du 6 décembre 2013 a instauré une présomption pour faciliter la preuve du fait que les biens ou revenus sont le produit de l'infraction d'origine. La nou-

velle loi institue ainsi un renversement de la charge de la preuve en cas de «*montages juridiques et financiers dénués de toute rationalité économique et dont la complexité n'est manifestement qu'un moyen d'éviter la traçabilité des flux et d'en dissimuler l'origine*».

Quelle que soit la forme matérielle du blanchiment, il doit s'agir d'une infraction intentionnelle. Ainsi, le délit est constitué par la seule connaissance par le blanchisseur de l'origine délictueuse des fonds. La jurisprudence n'exige cependant pas que ce dernier ait une connaissance précise de l'infraction d'origine, en l'occurrence des modalités et conditions de la fraude fiscale.

En matière procédurale, pour établir l'infraction de conséquence qu'est le blanchiment, il faudra d'abord établir l'existence de l'infraction d'origine, c'est-à-dire la fraude fiscale, même si cette dernière n'est pas effectivement poursuivie.

À ce stade, il est essentiel de préciser que si, en matière de poursuite pour fraude fiscale stricto sensu, un dépôt de plainte préalable de l'Administration fiscale est nécessaire (laquelle peut arbitrairement décider de ne pas porter plainte), il n'en va pas de même en matière de poursuite pour blanchiment de fraude fiscale. Le Procureur de la République peut en effet poursuivre d'office toute personne qu'il soupçonne d'avoir commis le délit de blanchiment de fraude fiscale, ceci conformément au principe de l'opportunité des poursuites (cf. art. 40 et 40-1 du Code de procédure pénale).

Comme pour l'auteur principal et le complice, le blanchisseur d'une fraude fiscale aggravée encourt une peine qui peut aller jusqu'à 2'000'000 € et 7 ans d'emprisonnement.

IV. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS IMPLIQUÉS PAR RAPPORT AU PRÉJUDICE SUBI PAR L'ÉTAT (VICTIME DE LA SOUSTRACTION/FRAUDE FISCALE)



En droit suisse, la LIFD (cf. art. 177) et la LHID (cf. art. 56) tiennent pour **solidairement responsable** du paiement de l'impôt soustrait le complice ou l'instigateur qui a participé à l'infraction.

S'agissant des autres impôts indirects et directs prélevés par la Confédération, l'article 12 al. 3 DPA contient une disposition analogue.

Selon la doctrine, cette solidarité ne constitue pas une sanction (au sens pénal), ce qui «justifierait» le fait qu'elle puisse être prononcée à l'encontre d'un complice ou d'un instigateur indépendamment de la faute commise et quand bien même le montant à charge du participant paraîtrait démesuré par rapport à son (faible) degré de participation à l'infraction.

Il n'est pas contesté que la «responsabilité solidaire» au paiement de l'impôt ne saurait être comparée à l'amende (voire à la peine privative de liberté) susceptible d'être pro-

noncée à l'encontre de celui qui a participé à la commission de l'infraction ou incité l'auteur à agir, ne serait-ce que parce qu'en payant l'impôt dû «à la place du contribuable», le participant devient alors titulaire d'une créance récursoire (en remboursement de cet impôt) contre l'auteur principal. Cela étant, lorsque le fisc exige directement du «participant» le paiement de l'impôt, c'est en règle générale parce qu'il lui sera difficile ou impossible d'obtenir satisfaction auprès du contribuable (auteur de l'infraction); concrètement, le participant aura alors acquitté un impôt sans pouvoir en obtenir le remboursement auprès du contribuable; il s'agit là d'une manière d'imposer à celui qui est coupable d'avoir participé à une infraction pénale la réparation du préjudice subi par la victime, en l'occurrence l'État.



En droit français, l'article 1745 du CGI prévoit que les personnes reconnues coupables, comme auteurs ou complices, du délit général de fraude fiscale puni par l'article 1741 du CGI, peuvent être solidairement tenues, avec le redevable légal de l'impôt fraudé, au paiement de l'impôt et des pénalités y afférentes. La Cour de cassation estime, en matière de solidarité, que si le juge n'est pas contraint de prononcer cette mesure, il ne peut en revanche, s'il l'ordonne, la limiter à une fraction seulement des dettes fiscales garanties.

La «double peine», à raison de la qualité de complice et par application du principe de solidarité, ne méconnaît-elle pas les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines? La Cour de cassation a toujours rejeté ces griefs aux motifs, d'une part, que la solidarité est facultative (bien qu'elle soit presque systématiquement prononcée dans les litiges «patrimoniaux») et, d'autre part, que le débiteur solidaire (le complice) dispose d'une action récursoire contre le débiteur principal (l'auteur de la fraude fiscale). Il n'y aurait donc pas double sanction pour de mêmes faits, ni donc violation de la fameuse règle «ne bis in idem».

RISQUES ÉCONOMIQUES ET RÉPUTATIONNELS IMPORTANTS

Les arsenaux juridiques se renforcent et les États ont bien compris que les mesures dirigées contre les prestataires ou les conseillers des contribuables sont des instruments essentiels de la lutte contre la soustraction et la fraude fiscale. Les prestataires et les conseillers sont sensibles au risque de réputation, et ils ne sont en général guère disposés à encourir des sanctions pénales pour avoir facilité ou encouragé une fraude fiscale. Mais au-delà d'une condamnation à une peine de prison qui devrait en général être assortie d'un sursis, le véritable risque est économique: les conséquences financières découlant du cumul d'une condamnation pour complicité et du prononcé de la solidarité avec l'auteur principal peuvent conduire à une situation de faillite professionnelle, voire personnelle. Et il n'est pas rare que le conseiller ou le prestataire se trouve bien seul à affronter ces difficultés alors que son (ex-) client est insolvable ou à l'abri à l'étranger. •