

# La lettre

G R O U P E M E N T   D E S   B A N Q U I E R S   P R I V É S   G E N E V O I S

REFONTE DE LA FISCALITÉ

## UNE BOÎTE DE PANDORE



*Xavier Oberson,  
Professeur à l'Université  
de Genève, avocat*

L'AFFAIRE DU DVD VOLÉ À UNE FILIALE D'UNE BANQUE LIECHTENSTEINOISE, PUIS ACHETÉ À PRIX D'OR PAR LES SERVICES SECRETS ALLEMANDS N'ÉTAIT QUE LE PRÉLUDE À UNE ATTAQUE EN RÈGLE CONTRE LA SUISSE ET SON SECRET BANCAIRE EN MATIÈRE FISCALE. CES CRITIQUES, LANCÉES À L'ORIGINE PAR CERTAINS POLITICIENS ALLEMANDS, ONT PAR LA SUITE ÉTÉ REPRIS PAR D'AUTRES, DONT LES DIRIGEANTS DU PARTI SOCIALISTE SUISSE. AU CŒUR DU DÉBAT : LA DISTINCTION QUE LA SUISSE OPÈRE ENTRE LA SOUSTRACTION D'IMPÔT ET LA FRAUDE FISCALE. NOUS AVONS DEMANDÉ À UN EXPERT RÉPUTÉ – LE PROFESSEUR XAVIER OBERSON, DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE – D'EXAMINER LES CONSÉQUENCES QUE POURRAIT AVOIR L'ABANDON DE CETTE DISTINCTION. IL PARVIENT À LA CONCLUSION QUE SA REMISE EN CAUSE IMPLIQUERAIT UNE REFONTE GÉNÉRALE DU SYSTÈME FISCAL SUISSE.

## SOUSTRACTION D'IMPÔT ET FRAUDE FISCALE

**L**e système fiscal suisse, notamment en matière d'impôt direct, repose depuis toujours sur une trilogie qui tend à distinguer entre l'évasion fiscale, la soustraction d'impôt et la fraude fiscale. La première n'est pas une infraction, mais consiste à utiliser une structure insolite dans le but d'économiser des impôts. A certaines conditions, le fisc est alors en droit de remettre en cause le processus et de taxer selon la réalité économique.

En revanche, en matière d'infraction fiscale, la délimitation fondamentale du système suisse est fondée sur la différence entre la soustraction d'impôt et la fraude fiscale. De manière générale, une soustraction d'impôt consiste à faire en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète. La sanction prévue est l'amende. Celle-ci peut aller jusqu'à trois fois l'impôt soustrait. La soustraction n'étant pas passible de l'emprisonnement, elle est qualifiée de contravention. Quant à la fraude fiscale, elle constitue un délit pouvant conduire à l'emprisonnement. Il s'agit d'une soustraction qualifiée, en ce sens que l'auteur utilise un comportement astucieux (typiquement des faux documents)

**« REMETTRE EN CAUSE  
LA DISTINCTION ENTRE LA  
SOUSTRACTION D'IMPÔT  
ET LA FRAUDE FISCALE  
IMPLIQUE UNE REFONTE  
GÉNÉRALE DU SYSTÈME  
FISCAL SUISSE »**

qui a pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important d'impôt. Il existe deux formes classiques de fraude fiscale : l'usage de faux (en matière d'impôts directs) et l'escroquerie fiscale (pour les impôts régis par le droit pénal administratif).

Depuis l'affaire impliquant des personnalités allemandes ayant déposé des avoirs non déclarés au Liechtenstein, notamment, la pression augmente à l'encontre de la Suisse. Des voix se sont fait entendre dans

certains milieux politiques pour proposer d'abroger purement et simplement cette distinction. En d'autres termes, l'idée serait de transformer la soustraction fiscale simple en délit fiscal. Cette proposition, de prime abord, a le mérite de la simplicité. En réalité, une analyse un peu plus poussée conduit à montrer qu'elle remettrait en cause, de façon approfondie, l'ensemble du système fiscal suisse. A terme, on peut même se demander si la justification de

certains impôts ne devrait pas perdre en importance avec, comme corollaire, des pressions accrues en vue de leur modification, voire leur suppression.

### PORTÉE ACTUELLE DE LA DISTINCTION

La distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale est fondamentale en droit fiscal suisse à plus d'un titre.

En droit interne, le secret bancaire est en principe opposable au fisc, même en cas de

soustraction d'impôt. L'administration fiscale ne peut ainsi demander des renseignements qu'au contribuable. Lui seul peut s'adresser à sa banque pour demander les informations requises par le fisc. Ce n'est qu'en présence d'un délit fiscal (fraude fiscale) que la banque doit répondre directement aux éventuelles demandes du fisc. On rappellera toutefois que pour les impôts fédéraux régis par la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) (droits de timbre, impôt anticipé, TVA, droits de douane, notamment) le banquier n'est pas libéré de l'obligation de témoigner lorsqu'une procédure est en cours, même en cas de soustraction.

Cette restriction au pouvoir d'investigation du fisc est notamment compensée en droit interne par la mise en œuvre d'un système d'imposition à la source de 35 %, non libératoire, sur certains rendements de capitaux mobiliers (impôt anticipé). De plus, le droit interne en matière d'impôt direct est caractérisé, en comparaison internationale, par des amendes élevées en cas de soustraction d'impôt (pouvant aller jusqu'à trois fois le montant soustrait dans les cas graves), ainsi que des délais de prescription particulièrement longs (10 ans).

De surcroît, la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale est également essentielle en droit fiscal international. Elle délimite en particulier les conditions de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire.

D'une manière générale, la Suisse n'accorde l'échange de renseignements dans

#### Glossaire

##### CDI

Convention de double imposition

##### DPA

Droit pénal administratif

##### EIMP

Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

##### TVA

Taxe sur la valeur ajoutée

##### UE

Union européenne

le cadre de l'assistance administrative qu'aux fins de permettre la bonne application d'une convention de double imposition (CDI). Dans le cadre de la CDI avec les Etats-Unis, la Suisse entre toutefois en matière également en cas d'escroquerie fiscale (*tax fraud or the like*). Différents arrêts du Tribunal fédéral, rendus dans le cadre de la CDI de 1996, ont confirmé que cette notion se recoupait avec celle d'escroquerie fiscale, soit la soustraction de montants importants réalisée au moyen d'un comportement astucieux (*scheme of lies*). Dans la foulée, une modification de la CDI avec l'Allemagne, intervenue en 2004, a également introduit l'échange de renseignements en cas de fraude fiscale, à savoir un délit qui, selon le droit des deux Etats, est qualifié de délit et passible d'une peine privative de liberté. La tendance se poursuit avec tous les Etats de l'Union européenne. En effet, dans le cadre de l'accord sur la fiscalité de l'épargne, la Suisse s'est engagée à ouvrir l'échange de renseignements en cas de fraude fiscale ou de délit analogue au sens de la législation de l'Etat requis, sur la base des CDI avec tous les Etats membres de l'UE. Des clauses de ce type existent non seulement avec l'Allemagne, mais avec la Norvège, l'Autriche, l'Espagne, et sont sur le point d'aboutir avec d'autres Etats, dont la France. Fondamentalement, la réglementation existant avec l'Allemagne tend à servir de modèle.

L'entraide judiciaire n'est quant à elle accordée par la Suisse pour l'heure qu'en

cas d'escroquerie fiscale, conformément à l'article 3 al. 3 EIMP.

Il découle du système en vigueur que toute l'entraide internationale, administrative ou judiciaire, repose sur la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale. La simple soustraction d'impôt, en matière d'impôt direct, ne permet pas à un fisc étranger d'obtenir des renseignements de la part du fisc suisse.

Il faut toutefois relever ici que lorsque l'accord sur la fraude avec l'UE entrera en vigueur, la Suisse devra ouvrir une entraide administrative et judiciaire élargie, y compris en cas de simple soustraction d'impôt, mais uniquement en matière de TVA, d'accises et de droits de douane. Cependant, la distinction entre soustraction et délits fiscaux demeurera décisive en matière d'impôts directs. Sans entrer dans le détail, on peut dire que l'accord de Schengen tend également à préserver cette délimitation fondamentale.

### CONSÉQUENCES D'UNE ÉVENTUELLE SUPPRESSION DE LA DISTINCTION

Il découle de ce qui précède que le traitement identique de la soustraction d'impôt et des délits fiscaux aurait d'emblée des conséquences immédiates en droit interne et en droit international.



Tout d'abord, le secret bancaire serait déjà levé en cas de soustraction d'impôts directs (étant rappelé que le secret bancaire n'est, déjà aujourd'hui, pas opposable en matière d'impôts régis par le DPA). Le fisc aurait donc un accès direct aux données bancaires des contribuables concernés.

De plus, l'assistance administrative serait immédiatement ouverte, sur demande, avec tous les Etats de l'UE, notamment l'Allemagne, ayant négocié des CDI sur le modèle découlant de l'accord sur la fiscalité de l'épargne. En effet, la soustraction deviendrait un délit fiscal passible de l'emprisonnement, au sens du droit suisse, et donc une fraude fiscale. Certes, s'agissant des Etats-Unis, une modification de la CDI serait nécessaire car la condition spécifique d'une escroquerie fiscale figure en toutes lettres dans le texte de la CDI. Gageons que la Suisse aurait de la peine à maintenir cette exigence qu'elle aurait, dans la foulée, abandonnée à l'égard de nos voisins européens.

Au-delà de ces changements directement perceptibles, on doit s'attendre à des modifications bien plus profondes du système fiscal suisse. En effet, la distinction traditionnelle entre soustraction et délit fiscal est au cœur d'un savant équilibre tendant à compenser une certaine restriction des

pouvoirs d'investigation du fisc par des mécanismes fiscaux, et notamment un système d'imposition à la source.

Historiquement, l'impôt anticipé constitue la principale mesure adoptée par la Suisse pour lutter contre la soustraction d'impôt. Il est généralement admis que l'impôt anticipé, prélevé auprès des débiteurs de prestations telles que les revenus de capitaux mobiliers, poursuit deux buts principaux. D'une part, dans la mesure où l'impôt anticipé est remboursé aux contribuables résidents en Suisse qui déclarent correctement les rendements (bruts) frappés de l'impôt, il joue un rôle de garantie et vise à lutter contre la soustraction d'impôt, en décourageant les contribuables à soustraire à l'impôt ordinaire sur le revenu les montants imposés à la source. Son but est donc incitatif.

D'autre part, l'impôt anticipé vise aussi un but purement fiscal à l'égard des bénéficiaires des rendements concernés qui résident à l'étranger. En effet, faute d'être domiciliées en Suisse, ces personnes n'ont droit au remboursement (le plus souvent partiel) de l'impôt anticipé que sur la base d'une CDI. Même dans ce cas, l'impôt anticipé présente également une fonction incitative dans la mesure où la charge fiscale de 35 % est définitive lorsque, alternativement :

- le bénéficiaire est situé dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu une convention de double imposition (notamment les pays offshores),

- le bénéficiaire entend soustraire le revenu en question à l'impôt ordinaire qui serait dû dans son Etat de résidence ou encore,
- la demande de remboursement fondée sur une convention apparaît abusive.

En termes de recettes, l'impôt a généré en 2006, par exemple, près de CHF 4 milliards, en faveur de la Confédération.

En supprimant la distinction entre soustraction et délits fiscaux, et en levant ainsi le secret bancaire en cas de soustraction, c'est ainsi le bien-fondé de l'impôt anticipé que l'on remet en cause. L'impôt perdrait en effet son rôle de garantie, pour le moins lorsque les bénéficiaires sont des résidents suisses, dans la mesure où les autorités fiscales auraient accès aux comptes bancaires des contribuables en cas de soustraction d'impôt. On relèvera d'ailleurs qu'un tel système d'impôt à la source sur des revenus destinés à des résidents de l'Etat de la source est unique en Suisse et se justifie précisément par le fait que le secret bancaire demeure opposable en cas de soustraction en matière d'impôts directs. Certes, certains Etats connaissent un impôt à la source (précompte) sur certains revenus destinés à leurs résidents, mais l'impôt est le plus souvent libératoire, ce qui signifie que les contribuables ne sont plus tenus de déclarer ensuite le revenu.

En remettant en question l'impôt anticipé, c'est également toute la politique fiscale traditionnelle de la Suisse à l'égard de l'assistance fiscale internationale qui serait

ébranlée. L'accord sur la fiscalité de l'épargne avec l'UE repose, dans ses prémisses, sur le modèle dit de coexistence entre le système d'impôt à la source (appliqué notamment par trois Etats de l'UE, à savoir la Belgique, le Luxembourg et l'Autriche, ainsi que les Etats tiers visés par la directive européenne) et le système d'échange automatique d'informations.

Ainsi, l'accord sur la fiscalité de l'épargne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005, prévoit une retenue à la source sur les intérêts d'épargne versés par des agents payeurs suisses en faveur de personnes physiques résidents de l'UE ou, alternativement, une procédure de divulgation volontaire. Ce système a été mis en place dans le but de lutter contre la soustraction d'impôt dans les Etats membres de l'UE, tout en maintenant le secret bancaire en Suisse. Récemment, certains Etats de l'UE ont indiqué qu'ils entendaient modifier la directive sur la fiscalité de l'épargne – et donc également les accords avec les Etats tiers – en vue d'élargir son champ d'application. On peut tabler sur le fait que la Suisse, en remaniant son propre modèle, renoncerait du même coup au système actuel de retenue d'impôt au profit de celui de l'échange automatique d'informations.

De même, il deviendrait difficile de maintenir la fameuse clause d'*opting out*, fruit d'après négociations avec l'UE, que la Suisse a réussi à obtenir dans le cadre de l'accord de Schengen. Pour mémoire, celle-ci permet à la Confédération d'évi-

ter des mesures de contraintes en matière de soustraction d'impôts directs, dans le cadre de l'évolution de l'acquis communautaire en matière d'entraide judiciaire internationale.

La suppression de la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale nécessiterait en outre une refonte globale de tout le droit pénal fiscal suisse. A ce propos, il faut rappeler qu'une commission d'experts s'est penchée, en 2004, sur la question d'une révision globale du droit pénal fiscal. Elle est toutefois parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de modifier fondamentalement le droit en vigueur et que la distinction entre la soustraction d'impôt et l'escroquerie fiscale devait être maintenue, de même que les différentes procédures applicables aux impôts directs et indirects.

Dans ce contexte, nous l'avons mentionné, la soustraction est actuellement sanctionnée par une amende pouvant être fixée à un montant correspondant à trois fois le montant d'impôts soustraits. Une telle sanction est très sévère en comparaison internationale, dans le but justement de dissuader les contribuables à commettre des soustractions d'impôt. Il en va de même de la longueur des délais de prescription de la créance fiscale (10 ans en général). On peut s'attendre à une remise en cause de ce régime sévère, dès l'instant où le fisc aurait un accès beaucoup plus large aux informations des contribuables et disposerait de mesures de contraintes propres aux délits fiscaux.

A plus long terme, on peut au surplus imaginer que des pressions accrues se feraient entendre en vue de la modification, voire la suppression, de certains impôts, économiquement discutables, qui ont été parfois justifiés, certes en partie seulement, par l'existence du secret bancaire.

Il en va ainsi du droit de timbre de négociation qui a souvent été défendu en Suisse comme le prix à payer pour le secret bancaire. Cet impôt frappe en effet les transactions portant sur des documents imposables transférés par des commerçants professionnels de titres, indépendamment de la capacité contributive des parties en présence. Outre les recettes confortables de cette imposition, à savoir plus de CHF 1.7 milliards de recettes pour la Confédération en 2006, l'idée de facturer l'utilisation du secteur bancaire est fortement ancrée dans les esprits.

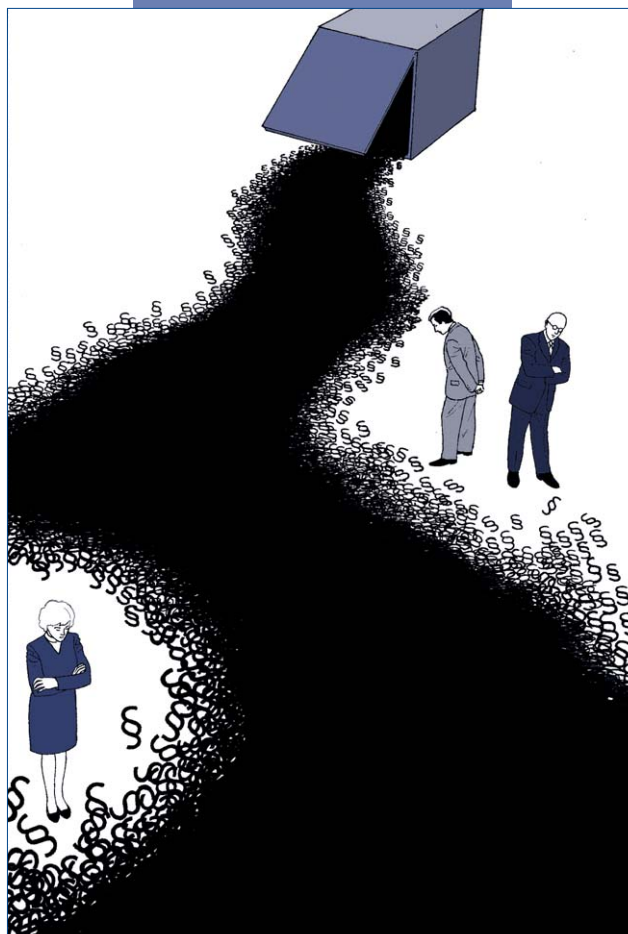
Même l'impôt sur la fortune est en partie justifié en tant qu'instrument permettant au fisc de contrôler la correcte déclaration des revenus du contribuable. En contrôlant l'évolution de la fortune et le train de vie du contribuable, le fisc peut se faire une idée assez réaliste des revenus réalisés. On objectera que la soustraction d'impôt portera tout autant sur le revenu et la fortune du contribuable en infraction.

Certes, mais en aggravant les moyens de contrôles et notamment de contraintes du fisc, le caractère d'instrument de contrôle de l'impôt sur la fortune perd de sa justification.

### LA REMISE EN CAUSE DE TOUT LE SYSTÈME FISCAL

Le système fiscal suisse repose sur un subtil équilibre construit autour de la distinction fondamentale entre soustraction d'impôt et fraude fiscale dans le domaine des impôts directs. Le fisc n'a en règle générale pas d'accès direct aux informations bancaires du contribuable, et cela même en cas de soustraction d'impôt. En contrepartie, il existe notamment un impôt fédéral anticipé sur divers rendements de fortune. De même, toute la politique internationale de la Suisse en matière d'assistance et d'entraide judiciaire internationale repose sur cette délimitation. La notion de fraude fiscale (escroquerie fiscale) est ainsi la clé de l'entraide internationale.

Vouloir remettre en cause cette délimitation aurait d'emblée pour conséquence d'ouvrir au fisc l'accès aux données bancaires du contribuable. Sur la base des CDI conclues avec les Etats de l'UE, le fisc étranger pourrait également obtenir



de telles informations. Les accords bilatéraux bis conclus avec l'UE, notamment ceux de Schengen et de la fiscalité de l'épargne, devraient être fondamentalement revus. Cela dit, à terme, c'est l'ensemble du système qui serait remis en question. L'impôt anticipé, notamment s'agissant des résidents suisses, aurait en effet perdu toute justification. Il en irait de même de certains impôts, pourtant plus éloignés des préoccupations liées au secret bancaire, tels que le droit de timbre de négociation ou de l'impôt sur la fortune. Enfin, il paraît évident que tout le droit pénal fiscal de la Suisse devrait être fondamentalement réformé.

Au fond, la distinction traditionnelle entre soustraction d'impôt et fraude fiscale est au cœur d'un savant compromis entre la protection de la sphère privée, d'un côté, et le droit de contrôle de l'administration fiscale de l'autre. Remettre en question ce compromis aboutit à ouvrir une véritable boîte de Pandore. Le système fiscal

suisse que nous connaissons aujourd'hui ne serait assurément plus le même. Dès l'instant où le fisc dispose du pouvoir de contraintes similaires à ceux des délits fiscaux, l'idée, au cœur même de l'édifice, selon laquelle l'imposition (le cas échéant à la source) remplace ou au mieux incite le contribuable à déclarer ses avoirs n'a plus de raison d'être.

GROUPEMENT DES  
**BANQUIERS PRIVÉS GENEVOIS**  
 LIBRES - INDÉPENDANTS - RESPONSABLES

BORDIER & CIE  
 (1844)

LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH & CIE  
 (1796)

MIRABAUD & CIE  
 (1819)

PICTET & CIE  
 (1805)

Rédaction :

Groupelement des Banquiers  
 Privés Genevois  
 8, rue Bovy-Lysberg  
 CP 5639  
 1211 Genève 11  
 Tél. +41 (0) 22 807 08 00  
 Fax +41 (0) 22 320 12 89  
[info@genevaprivatebankers.com](mailto:info@genevaprivatebankers.com)  
[www.genevaprivatebankers.com](http://www.genevaprivatebankers.com)  
[www.swissprivatebankers.com](http://www.swissprivatebankers.com)