

Sommaire

- 2** En Suisse, le **secret bancaire** protège la sphère privée du client dans tous les aspects de sa relation bancaire, mais il n'est pas absolu ; Le client peut décider d'y renoncer et le secret peut être levé par la Loi ou à la suite d'une décision judiciaire ou administrative.
- 4** Le 13 mars 2009, la **Suisse** a fait savoir qu'elle réexaminerait sa collaboration internationale en matière fiscale en reprenant les **standards de l'OCDE** relatifs à l'entraide administrative, conformément à l'article 26 de la Convention modèle de l'OCDE. Dès le 1er septembre, elle signe ou paraphe **14 accords** qui entérinent l'abandon du principe de la double incrimination et de la distinction entre l'évasion et la fraude fiscale, ainsi que l'abandon de l'opposabilité du secret bancaire.
- 7** Les accords qui viennent d'être conclus par la **France** avec la Suisse et le Liechtenstein, en août et septembre dernier, entrent en vigueur dès le 1er janvier 2010 et modifient profondément le périmètre des **échanges de renseignements financiers et fiscaux** avec ces deux Etats.
- 10** Les Conseils, fiduciaires et établissements financiers, ressortissants français ou étrangers, peuvent voir leurs **responsabilités pénale et financière** engagées comme coauteur ou complice à raison des recommandations et des actes juridiques qu'ils fournissent à ceux de leurs clients condamnés en France pour **fraude fiscale**.
- 12** Les avocats suisses sont soumis à des règles de **secret professionnel** qui protègent pleinement leurs clients confrontés à des demandes d'entraide fiscale dès lors qu'ils agissent strictement dans le cadre de leurs missions en matière contentieuse ou de conseil.



Le secret bancaire suisse et ses limites

Le droit à la protection du secret bancaire découle d'abord du **droit à la protection de la sphère privée**, inscrit dans la Constitution fédérale et dans le droit civil. La **législation fédérale** sur la protection des données comporte aussi certaines dispositions qui protègent les données personnelles. Enfin, le **lien contractuel** entre le banquier et son client comporte généralement l'engagement du banquier de garder le secret sur sa relation avec le client.

Le secret bancaire n'a pas pour but de protéger les secrets d'un Etablissement bancaire, mais bien la sphère privée du client, lequel est seul détenteur du secret.

Il n'existe aucune définition légale du secret bancaire. Il s'étend à toutes les transactions et opérations effectuées ou envisagées par une banque et il proscrie non seulement la divulgation de l'identité d'une personne ou d'une société, cliente ou non d'une banque, mais aussi la communication d'informations confiées par ces dernières à la banque sur leur situation économique et leurs relations avec des tiers. L'existence même d'une relation d'affaires entre une banque et son client et tout élément de fait y relatif sont couverts par le secret bancaire.

La violation du secret bancaire est **sanctionnée pénalement** par une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans ou par une peine pécuniaire. L'amende peut s'élever à CHF 250'000 si la violation a été commise par négligence et, pour les personnes morales (dont les banques) elle peut atteindre CHF 5 millions.

Le secret bancaire n'est **pas absolu** et il fait souvent l'objet de limitations contractuelles, notamment pour permettre l'exécution d'ordre de virements via SWIFT ou d'autres opérations par Internet. Il est également limité par la loi et peut être **levé** par le client, ou sur décision judiciaire ou administrative.

D'une manière générale, les limites du secret bancaires sont les suivantes :

- en cas de soupçons fondés de **blanchiment d'argent**, l'intermédiaire financier doit informer spontanément le Bureau de communication en matière de blanchiment ;
- en **matière civile**, le juge peut contraindre un conjoint ou une banque à fournir des renseignements et à produire des pièces sur les actifs et les revenus



de son époux ; les héritiers du client d'une banque peuvent obtenir des renseignements sur l'état du compte au jour du décès, voire dans un certain délai précédant le décès et à certaines conditions pour les héritiers réservataires ;

– en matière de **poursuites et faillite**, plus précisément en cas de saisie, de faillite et de séquestre, la banque peut être tenue de renseigner l'Office des poursuites à certaines conditions ;

– dans le cadre d'une **entraide internationale en matière pénale**, le secret bancaire peut être levé si l'acte poursuivi est punissable pénalement dans l'Etat requérant et selon le droit suisse, et si les renseignements et documents obtenus ne peuvent, dans l'Etat requérant, ni être utilisés à des fins d'investigations, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue ;

– dans certains cantons — et avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédérale vraisemblablement en 2012, dans toute la Suisse — le banquier peut être astreint à témoigner sur des faits couverts par le secret bancaire ;

– des informations peuvent être transmises aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dans les procédures d'**entraide administrative**, notamment en cas d'opérations d'initié et de manipulations de cours ;

– enfin, dans le cadre strict de la **surveillance consolidée** d'un groupe de sociétés, les filiales suisses de banques étrangères peuvent être autorisées à transférer à l'étranger certaines données couvertes par le secret bancaire ;

– l'échange d'informations en cas d'infraction **fiscale** est également possible sous certaines conditions.



Notre avis

Inscrit dans la loi sur les banques depuis 1934, le secret bancaire n'a cessé de s'éroder pour s'adapter à l'évolution de la société et aux pressions internationales. Aujourd'hui, les plus grandes brèches ne sont pas tant civiles ou pénales, que fiscales.

Toutefois, s'il est vrai que le secret bancaire peut être levé par la Loi ou sur ordre du juge, cela ne signifie pas que l'autorité bénéficiaire des informations puisse les utiliser comme elle l'entend. Les renseignements sont communiqués dans un but précis et ne doivent être utilisés à d'autres fins.

Le secret bancaire garde donc toute sa pertinence et continue de protéger activement la sphère privée du client.

Vu de la Suisse : l'échange d'information en matière fiscale et financière

En menaçant la Suisse et d'autres Etats de figurer sur une « liste noire » d'Etats jugés non coopératifs en matière fiscale, l'OCDE a fait pression afin que ces Etats se conforment à ses propres standards en matière d'échange de renseignements. La Suisse s'est vu signifier, sous peine de sanctions, l'obligation de signer avant la fin de l'année 2009 **douze conventions aux standards de l'OCDE**.

1. Evasion ou fraude fiscale

Jusqu'à maintenant, la Suisse réservait sa position à l'égard des paragraphes 1 et 5 de l'article 26 de la convention modèle OCDE, les conventions internationales devant avant tout, selon cet Etat, servir à lutter contre la **double imposition** et non contre l'**évasion fiscale**.

C'est ainsi que la Suisse a toujours limité l'application de l'entraide administrative aux renseignements nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la Convention, et non de la législation domestique de l'Etat requérant. La Suisse était disposée à assurer un échange de renseignements à des fins d'application de la législation nationale dans des cas très limités, faisant intervenir des actes de **fraudes possibles d'emprisonnement** en vertu de la loi des deux Etats contractants.

Fort de ce principe de la double incrimination et de la distinction développée dans son droit national entre l'évasion et la fraude fiscale, la Suisse a toujours refusé l'accès aux renseignements fiscaux pour les cas qualifiants d'évasion. Cette approche restrictive selon les critères suisses connaît quelques variantes selon la convention de double imposition à laquelle il est fait appel. C'est alors que la notion de « fraude fiscale » s'est quelque peu étendue dans son interprétation ces dernières années, au gré des négociations des nouvelles conventions.

2. La neutralisation du §5 de l'art. 26 de la Convention modèle OCDE

Ce paragraphe stipule qu'un Etat requis ne peut pas refuser de communiquer des renseignements pour des motifs tenant uniquement au secret bancaire. La Suisse avait signifié à l'OCDE, dans le cadre de la consultation sur les rapports 2000, 2003 et 2007 sur l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales qu'elle n'avait guère, voire pas du tout, la possibilité d'accéder à ces renseignements en raison du **secret bancaire ancré dans sa législation domestique**.

Cette doctrine est abandonnée à compter du 1er janvier 2010, lorsqu'entreront en vigueur les premières conventions de double imposition révisées (sous réserve d'une éventuelle votation populaire). Les nouvelles règles de l'entraide administrative en matière fiscale selon les critères de l'OCDE deviendront alors pleinement applicables.

Au vu des premières conventions révisées rendues publiques, soit les avenants signés avec le Danemark, la France, le Luxembourg et la Norvège, les craintes des milieux bancaires suscitées par la mise en œuvre de l'entraide administrative semblent avoir été partiellement entendues. La Suisse a obtenu sur ces nouveaux textes des **garanties** sur les points suivants :

i. Limiter (sauf en ce qui concerne la France) l'entraide administrative aux renseignements pertinents pour l'imposition du revenu et de la fortune de l'Etat requérant — seuls impôts visés par la Convention — à l'exclusion de tout autre impôt.



ii Garantir la non-rétroactivité : l'avenant prévoit que tout renseignement requis doit porter sur des périodes fiscales commençant après le 1er janvier de l'année suivant l'entrée en vigueur de la Convention.

iii Interdire une « pêche aux renseignements », c'est-à-dire des demandes d'entraide sans preuve ou indice quelconque. En outre, l'Etat requérant devra nommer le contribuable visé par la demande d'échange de renseignements, préciser la période visée, décrire les renseignements recherchés, indiquer le but fiscal dans lequel les renseignements sont demandés, ainsi que l'identification de l'établissement bancaire ou de toute personne en possession des données recherchées, y compris les fiduciaires, comptables, administrateurs de société et autres prestataires de services.

Remarque importante concernant l'avenant franco-suisse : cet avenant prévoit que la France n'est tenue de désigner la(les) personne(s) susceptible(s) d'être en possession des renseignements

demandés (les établissements financiers notamment) que si elle a connaissance de ces dernières. Côté suisse, les autorités pourraient estimer qu'une telle requête constitue une « pêche aux renseignements », à laquelle aucune suite ne pourrait être donnée.

iv. Limiter strictement l'échange d'information à celui initié **sur demande** à l'exclusion de tout échange automatique ou spontané.

v. Reconnaître un droit fondamental au bénéfice des procédures de l'Etat requis. Ainsi devront être respectés, pour toute demande d'entraide administrative adressée à la Suisse, un droit en faveur du contribuable visé de notification, d'être entendu et de recours.

La Suisse a réglé la problématique légale de l'accès aux données bancaires, en stipulant directement dans le texte de la Convention que l'Etat requis a le pouvoir d'obtenir ces renseignements nonobstant toute limitation du droit domestique. Cette solution, inspirée de la Convention entre la Belgique et les USA, a pour avantage de ne pas modifier le droit suisse relatif au secret bancaire.

Notre avis

La crise économique et l'endettement considérable des Etats occidentaux ont rendu indéfendable l'évasion fiscale entre les pays membres de l'OCDE.

La Suisse, à l'instar du Luxembourg, de la Belgique et de l'Autriche, a donc pris l'option de **se conformer aux standards de l'OCDE**.

Pour bon nombre d'observateurs, il s'agit là d'une brèche importante dans le secret bancaire et d'un changement de l'approche dans la conception traditionnelle de la Suisse en matière de lutte contre les délits fiscaux.

Au 1er septembre 2009, la Suisse a déjà signé cinq accords (avec la France, le Danemark, le Luxembourg, la Norvège et l'Espagne) et paraphé plus de 10 autres. Elle a négocié ses nouvelles conventions en obtenant des clauses de garanties sur les principales craintes des milieux financiers.

La Suisse n'a pas été la seule à devoir modifier sa politique en matière d'entraide administrative. Des Etats non conventionnés souvent qualifiés de « paradis fiscaux », tels que les îles Vierges Britanniques ou les îles Anglo-Normandes, sont eux aussi soumis aux pressions de l'OCDE. Un Accord en matière d'échange de renseignements fiscaux, aux standards identiques à l'article 26 de la convention modèle OCDE, leur est également imposé. Il entrera en vigueur dès l'an prochain pour la plupart de ces Etats.



Vu de la France : l'échange d'informations en matière fiscale et financière

Dans le prolongement du G20 de Londres (cf. Ledgenda No.17 entièrement consacré à cette question), la France a signé — ou est sur le point de signer — des accords de coopération fiscale avec de nombreux Etats et territoires, soit considérés comme de purs « paradis fiscaux » (Jersey, Guernesey, l'île de Man, les îles Vierges Britanniques, Les Bahamas, les îles Caïmans, Andorre ou le Liechtenstein), soit considérés comme n'appliquant pas les standards internationaux en matière d'échange de renseignements (la Belgique, la Suisse ou le Luxembourg).

Dans le cadre de la négociation de ces nouveaux Traités, ou des avenants aux Traités existants, la France s'est efforcée de faire adopter des clauses respectant au mieux les normes admises au niveau international et contenues dans l'article 26

du modèle de convention OCDE, normes qui ont vocation à devenir la référence universelle.

Ce **Ledgenda No.18** analyse l'avenant à la Convention **Franco-Suisse** signé le 27 août 2009 et l'accord conclu le 22 septembre entre le **Liechtenstein et la France** relatifs **aux échanges de renseignements en matière fiscale**.

1. Etendue et forme des échanges entre les Etats

Ils peuvent prendre **trois formes** : échange sur demande, échange spontané et échange d'office. La convention signée avec la Suisse ainsi que l'accord conclu avec le Liechtenstein stipulent que seul le recours à **l'échange sur demande** est possible, observation faite que cette demande doit être formulée dans les formes requises.



La France pourra motiver sa demande d'échange d'information en précisant « seulement » le nom du contribuable visé, la période concernée, les renseignements recherchés et le but fiscal de la demande, sans avoir à indiquer le nom de l'établissement financier ni les coordonnées bancaires de ce contribuable.

L'autorité requérante — en pratique la France — dispose désormais du droit d'obtenir les renseignements détenus par les établissements financiers, les mandataires ou toutes personnes agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, **sans que puisse être opposé le secret bancaire.**

L'accord conclu avec le Liechtenstein précise même que la France pourra obtenir, en se rendant le cas échéant sur place (article 6 : contrôles fiscaux à l'étranger), tout renseignement concernant :

- les propriétaires juridiques et les bénéficiaires effectifs des sociétés, des sociétés de personnes, des Anstalten, des dispositifs de placement collectifs publics et autres personnes, et ;
- dans le cas d'une fondation, les fondateurs, les membres du conseil de la fondation et les bénéficiaires, et ;
- dans le cas d'une fiducie, les constituants, les fiduciaires, les tiers protecteurs et les bénéficiaires.

2. Confidentialité des échanges

Les deux accords signés par la France avec la Suisse et le Liechtenstein répondent sur ce point au modèle OCDE en prévoyant que les informations obtenues dans le cadre de l'échange de renseignements sont tenues secrètes et ne peuvent être communiquées qu'aux personnes ou autorités concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts.

Dans ce contexte, les renseignements obtenus dans le cadre des échanges

devraient être communiqués au contribuable ou à son représentant, même si l'expérience montre que l'administration fiscale française est peu disposée à procéder à une telle communication. Il conviendra, le moment venu, d'exiger cette communication afin de connaître exactement les informations obtenues et préparer ainsi, en toute connaissance de cause, la défense du contribuable.

3. Contreparties

L'avenant suisse, et l'accord liechtensteinois vont permettre à ces deux Etats de prétendre désormais à certains « avantages » que la France réserve, dans son droit interne, aux seuls pays coopératifs.

Il s'agit notamment :

- pour les personnes physiques françaises percevant des dividendes de source suisse ou liechtensteinoise de bénéficier de l'abattement de 40% (comme pour les dividendes perçus de sociétés françaises ou européennes) ;
- pour les PME françaises ayant des filiales ou succursales





dans ces deux pays de déduire les déficits subis par ces dernières ;

- de prétendre, en matière de taxe de 3% au bénéfice de l'exonération par désignation des actionnaires des entités suisses ou liechtensteinoise ;
- enfin, de procéder à des opérations de reclassement de titres et de restructuration (apport, fusion, scission) sous le bénéfice du sursis d'imposition (sous réserve du respect des autres conditions).

Notre avis

La signature de ces différents Traités va profondément modifier les relations entre la France et les Etats anciennement non coopératifs.

Pour ceux conclus avec la Suisse et le Liechtenstein, les effets sont attendus à compter du 1er janvier 2010, quelle que soit leur date d'entrée en vigueur. En effet une date autonome pour le démarrage du processus de demande d'information est stipulée. Il faut donc s'attendre à ce que la France adresse, dès 2010 en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, mais seulement à compter de 2011 en matière d'impôt sur le revenu, des requêtes à fin d'information à ses homologues suisses et liechtensteinois. Les informations transmises à la France ne devront, en principe, porter que sur les exercices et années civiles commençant le 1er janvier 2010.



La responsabilité pénale/fiscale en France des Conseils ressortissants français ou étrangers

De nombreux **intermédiaires** peuvent intervenir en qualité de Conseils dans le cadre d'opérations de détention et/ou de restructuration de patrimoines détenus par des résidents de France.

1. Tous ces intermédiaires — personne physique ou personne morale — sont susceptibles d'être, au regard du droit fiscal et pénal français, considérés comme **coauteurs ou complices de l'ayant droit économique** (le contribuable) condamné pénalement sur le fondement du délit général de fraude fiscale (article 1741 du Code Général des Impôts).

Cet article dispose que « quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt (...), est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37 500 € et d'un emprisonnement de cinq ans ». Le seuil de déclenchement de cette disposition est fixé à 153 € d'impôt omis.

2. S'agissant de la complicité, toute personne qui, sciemment, aide ou assiste un contribuable à dissimuler une somme de plus de 153 €, est susceptible d'être puni comme auteur de l'infraction (article 121-7 du Code pénal). Les personnes morales peuvent être condamnées à une peine d'amende égale au quintuple de celle prévue pour les personnes physiques (articles 131-38 du Code pénal). Par application des règles françaises de **territorialité de la loi pénale**, la complicité peut être retenue dès lors que l'un des faits

constitutifs de l'infraction a eu lieu sur le **territoire français**. Ainsi, si le délit de fraude fiscale est commis en France, le juge français est compétent, même si le fait de complicité est réalisé par **un étranger depuis l'étranger** (Cass. crim., 13 mars 1981).

De même, la loi pénale française est applicable au complice de l'infraction de fraude fiscale commise à l'étranger, si cette infraction est punie à la fois par loi française et par la loi étrangère et si les faits ont été constatés par une décision définitive de la juridiction étrangère.

Selon la doctrine administrative (qui reprend les dispositions impératives du Code pénal),



la complicité suppose l'existence de trois éléments :

- un fait principal punissable (la dissimulation d'actifs ou de revenus) ;
- un accord de volonté entre le complice et l'auteur de l'infraction ;
- une action positive du complice (fourniture de moyen, aide et assistance) qui doit être antérieure au délit ou concomitante de celui-ci.

La jurisprudence caractérise « l'aide ou assistance » par la mise en place d'outils ou de structures ayant pour objet de dissimuler des revenus à l'Administration fiscale.

3. Les **Conseils** qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive sur le fondement des dispositions relatives à la fraude fiscale peuvent aussi être **solidairement** tenus, avec le redevable légal de l'impôt fraudé, au paiement de cet impôt ainsi qu'à celui des pénalités fiscales subséquentes (article 1745 du Code Général des Impôts).

Notre avis

Dans l'exercice de leur profession les avocats assistent ou conseillent leurs clients, en intervenant auprès d'eux **en matière contentieuse** (instances pénales, administratives, contrôles fiscaux, etc...), ou dans la **rédaction de consultations juridiques**.

En pareils cas, ils ne sont responsables, ni fiscalement, ni pénalement, à raison des procédures engagées par leurs clients ou contre eux, ou à raison des consultations respectueuses de leurs règles déontologiques.



Suisse : Secret professionnel de l'avocat et entraide fiscale

Le Code de déontologie et la loi fédérale sur la libre circulation des avocats soumettent au **secret professionnel** les **avocats exerçant en suisse** (art. 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats).

La violation de ce principe par la révélation d'informations couvertes par le secret professionnel — informations recueillies dans l'exercice de la fonction d'avocat — est **pénalement sanctionnée** (art. 321 du code pénal suisse).

Cette sanction, qui ne s'applique pas aux banquiers, gestionnaires, réviseurs ou fiduciaires, constitue la meilleure **protection des clients**.

Les avocats et les autorités suisses pourront-ils continuer de refuser, en matière fiscale et sur le fondement de ces principes, de transmettre des renseignements portant sur des communications confidentielles lorsque les nouvelles conventions de double imposition (CDI) seront entrées en vigueur (le 1er janvier 2010 par hypothèse) ? Observation faite que ces « CDI » bénéficient d'une **norme juridique supérieure** à celle du droit interne aux Etats.

Les conventions, aux standards de l'OCDE, prévoient par référence au §3 de l'article 26 du modèle, relatif à l'entraide administrative en matière fiscale, une **disposition limitant l'obligation de l'Etat requis**.

Cette limitation s'applique lorsque la communication demandée révélerait un **secret commercial, industriel ou professionnel** (let. c).

Le droit conventionnel crée ainsi un **filtre juridique** sérieux aux communications entre les Etats, qui protège les clients de l'**avocat** suisse agissant en cette qualité, en défense ou en conseil ;

y compris lorsque la mission consiste à analyser la situation juridique du client afin de cerner les enjeux de son dossier et de lui soumettre des axes de réflexion propres à gérer sa problématique.

En revanche, le secret professionnel ne vaut pas :

- Pour des documents remis à un avocat dans le but de les préserver d'une divulgation requise par la loi et le droit conventionnel ;
- Pour des renseignements détenus par un avocat, à un autre titre : actionnaire mandataire, fiduciaire, constituant d'un Trust, gestionnaire des actifs d'un client, administrateur de société(s) ; dans ce dernier cas, le secret couvre uniquement ce que l'avocat apprend dans le cadre du mandat confié par son client (à l'exclusion donc des informations dont il prend connaissance dans le cadre de la gestion de la société qu'il administre).

Notre avis

La hiérarchie des normes juridiques confère naturellement une prééminence aux conventions internationales (dont les CDI) sur les règles de droit interne.

Mais, s'agissant du périmètre des obligations de secret professionnel des avocats fiscalistes confrontés à une demande d'entraide, la protection qu'ils offriront à leurs clients en vertu des règles de droit interne suisse se révélera sensiblement plus efficace que celles des autres opérateurs (mandataires, réviseurs, fiduciaires, banques, etc.).

En outre, en cas d'ambiguïté juridique, d'imprécision ou de conflit de normes, **le secret professionnel de l'avocat prévaudra**.

Cabinets membres

CLC

65 avenue Marceau
F-75116 Paris
Tél. +33 1 47 20 72 72
Fax +33 1 47 20 72 70
clc@clc-avocats.com
www.clc-avocats.com

FBT

Rue du 31-décembre 47
CH-1207 Genève
Tél. +41 22 849 60 40
Fax +41 22 849 60 50
info@fbt.ch
www.fbt.ch

CYL

Avenue de Rhodanie 60
Case postale 151
CH-1000 Lausanne 3 Cour
Tél. +41 21 711 71 00
Fax +41 21 711 71 50
www.fbt.ch

6 place de la République
BP 258
F-14013 Caen Cedex 1
Tél. +33 2 31 86 36 00
Fax +33 2 31 50 33 20
www.cyl-lex.com

197 boulevard
Saint-Germain
F-75007 Paris
Tél. +33 1 45 44 01 07
Fax +33 1 45 44 62 31
cyl@cyl-lex.com