

# Fiscalité et criminalité économique

Autor(en): **Béguin, Philippe**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **61 (2003)**

Heft 3: **Lutte contre la criminalité économique : prévenir, détecter, réprimer**

PDF erstellt am: **13.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-141363>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# FISCALITE ET CRIMINALITE ECONOMIQUE

*Philippe BÉGUIN*  
*Expert fiscal diplômé*  
*Avocat, Neuchâtel*  
*cbef.sa@net2000.ch*

## 1. Introduction

Mettre en parallèle la science fiscale et la criminalité économique n'est pas nécessairement une démarche fréquente. Pourtant, ces deux domaines du droit sont susceptibles de s'apporter réciproquement des éclaircissements, de s'interpénétrer, parfois, ou de se trouver, dans certains cas, totalement en opposition. De là, des rapports que l'on peut qualifier, sans guère hésiter, de paradoxaux. Apporter quelques lueurs à ces rapports constitue l'objectif de la présente contribution.

## 2. Les irrégularités fiscales

Sous la dénomination d'irrégularités fiscales, en fait assez imprécise, il importe de recenser trois types de comportement. En premier lieu, l'économie d'impôt qui, précisément, n'est pas irrégulière : le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que chacun peut organiser son activité économique de manière à payer le moins d'impôt possible. Le contribuable peut adopter, parmi plusieurs structures juridiques envisageables, celle qui entraîne la charge fiscale la plus faible<sup>1</sup>. Ce n'est que lorsque le choix opéré ou la forme juridique choisie constituent un abus de droit que l'économie d'impôt n'est plus licite : c'est l'évasion fiscale.

L'évasion fiscale est une utilisation abusive par le contribuable des possibilités qui lui sont offertes par la législation fiscale pour minimiser voire supprimer toute charge fiscale<sup>2</sup>. La forme de l'opération est insolite ; elle n'a que pour but d'économiser de l'impôt ; si le fisc l'admettait, elle conduirait effectivement à une notable économie d'impôt. Telles sont les trois conditions de l'évasion fiscale qui est à la base du principe de la réalité économique et qui a connu de célèbres développements dans le cas des transpositions et des liquidations partielles indirectes, notamment, théories imposant le contribuable sans aucune base légale. Il est ici fondamental de relever que l'évasion fiscale ne constitue par elle-même aucunement une infraction fiscale.

La troisième catégorie d'irrégularité fiscale est constituée par les infractions fiscales disséminées dans les divers textes légaux, pour citer les principaux, la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 2 septembre 1999 (LTVA)<sup>3</sup>, la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT)<sup>4</sup>, la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)<sup>5</sup> et la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)<sup>6</sup>. Généralement, ces lois distinguent plusieurs catégories d'infractions que nous décrivons succinctement ci-dessous, de la plus bénigne à la plus grave :

- la violation des obligations de procédure : comportement du contribuable ne respectant pas les obligations de procédure mises à sa charge par la loi fiscale (par exemple, défaut du dépôt de la déclaration d'impôt dans les délais prescrits)
- la mise en péril de l'impôt : la violation des obligations de procédure a comme conséquence la mise en danger abstraite de la perception de l'impôt par l'autorité fiscale. Ainsi, l'assujetti qui ne dépose pas son décompte TVA met en péril la perception de la taxe
- la tentative de soustraction : en omettant, sciemment ou par négligence, de déclarer des éléments imposables, le contribuable fait qu'une taxation est inférieure à ce qu'elle aurait dû être en réalité ; toutefois, l'infraction ne sera considérée comme tentative que dans la mesure où la taxation concernée n'a qu'un caractère provisoire
- la soustraction consommée : le comportement fiscal délictueux est identique à l'infraction précédente. La taxation concernée a été rendue définitive par l'autorité fiscale ce qui devra entraîner pour l'auteur une peine supérieure à celle qui aurait été prononcée en cas de tentative de soustraction
- l'usage de faux : afin de commettre, par exemple, une soustraction consommée, l'auteur fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, aux fins de tromper l'autorité fiscale. Un titre sera inexact quant à son contenu lorsque l'état de faits juridiquement déterminant qu'il atteste a été constaté de manière erronée. Ainsi, les comptes d'une entreprise qui n'incluent pas toutes les recettes de celle-ci constituent un faux titre.

Le plus souvent, la peine, en matière d'infractions fiscales, est l'amende. Celle-ci sera bénigne, par exemple dans le cas des violations d'obligations de procédure. Elle représentera un multiplicateur de l'impôt soustrait pour les infractions plus graves. En outre, l'usage de faux pourra conduire son auteur jusqu'à une peine d'emprisonnement (article 186 LIFD). La problématique des infractions fiscales a été abondamment développée par l'Administration fédérale des contributions dans une longue circulaire<sup>7</sup>, s'appliquant en principe exclusivement en matière d'impôt fédéral direct, mais dont l'on pourra s'inspirer, notamment, pour les impôts indirects.

En passant en revue ces trois types d'irrégularités fiscales dont l'une, l'économie d'impôt, n'est pas irrégulière, on constate que le terme de fraude fiscale, qu'on emploie souvent sans beaucoup

de discernement, n'est pas connu en droit Suisse.

### 3. Les irrégularités fiscales en rapport avec la criminalité économique

Définir la notion de criminalité économique n'est guère aisé : modestement, nous pourrions y voir trois caractéristiques :

- le dessein d'enrichissement, soit de l'auteur pour lui-même, soit de l'auteur pour des tiers (société apparentée, partenaires en affaires)
- le comportement non violent : le criminel « en col blanc » n'appuie pas le pistolet sur la tempe de ses victimes, il se contente de les abuser
- l'identification des infractions est complexe : l'auteur a mis en place une structure juridique complexe, il a déguisé habilement des prélèvements en écritures comptables orthodoxes, il a dissimulé à des investisseurs des recettes qui auraient dû servir de garantie à ces derniers.

De ce point de vue, il apparaît assez indiscutable que les infractions fiscales appartiennent, de plein droit, à la criminalité économique. Ce qui les différencie des infractions de droit commun (escroquerie, gestion déloyale, abus de confiance) c'est que le lésé est ici, nécessairement, la collectivité publique à qui le pouvoir de prélever l'impôt a été octroyé, alors que les infractions de droit commun lèsent les tiers avec lesquels l'auteur de l'infraction était en rapport d'affaires (actionnaires, créanciers, salariés etc...), les collectivités publiques pouvant faire partie de ces tiers, mais non en leur qualité de percepteur de l'impôt.

Il peut être intéressant d'imaginer quelques situations où infractions de droit commun et irrégularités fiscales « stricto sensu » (évasion fiscale et infractions fiscales) se côtoient afin d'illustrer la complexité des rapports entre science fiscale et criminalité économique.

Souvent, l'actionnaire majoritaire d'une société anonyme, qui y est simultanément actif, sera enclin, afin de diminuer la double imposition des sociétés de capitaux que le droit suisse connaît, d'ailleurs peut-être plus pour très longtemps, à prélever un salaire supérieur, voire très supérieur, à celui qui aurait été stipulé entre tiers indépendants. Le salaire est, en effet, déductible du bénéfice fiscal de la société anonyme alors que le dividende ne l'est pas. Face à une telle situation l'autorité fiscale, considérant être en présence d'une évasion et faisant application de la théorie de la réalité économique, requalifiera une partie du salaire en dividende. Elle n'y verra toutefois pas d'infraction fiscale, alors que du point de vue du droit pénal commun, on se trouvera, sans nul doute en présence d'une gestion déloyale<sup>8</sup>, les intérêts des actionnaires minoritaires ayant été lésés par les prélèvements excessifs de salaires de l'actionnaire majoritaire-directeur.

Infractions fiscales et infractions de droit commun peuvent, naturellement, se combiner. En reprenant la situation précédente et en imaginant que l'actionnaire majoritaire directeur fasse, au

nom de l'entreprise, des factures qui ne sont pas incluses dans la comptabilité de cette dernière et dont le produit arrive sur un compte non déclaré dont il est le titulaire personnel, alors, à côté de la gestion déloyale au détriment des actionnaires minoritaires, sera réalisée une soustraction d'impôt<sup>9</sup> en concours avec un usage de faux<sup>10</sup>.

Il est enfin parfaitement envisageable qu'une infraction de droit commun soit, fiscalement, traitée de manière totalement correcte. Ainsi, on peut imaginer que l'auteur d'un vol, confondu par la police, déclare le produit de son infraction dans les délais et conformément aux obligations de procédure que la loi fiscale met à sa charge. C'est ici l'occasion de rappeler que le produit d'une activité immorale ou illicite constitue clairement, en droit fiscal suisse, un revenu imposable<sup>11</sup>.

#### **4. La fiscalité au service du droit pénal commun**

Le droit fiscal et ses règles particulières de comportement économique, développées notamment dans le cadre du concept d'évasion fiscale, peuvent représenter une aide non négligeable à l'interprétation de normes du droit pénal commun. Nous citerons, ici, un exemple.

L'article 165 du Code pénal suisse prévoit expressément que l'infraction de gestion fautive s'appliquera à quiconque aura causé ou aggravé son surendettement, aura causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable et ceci, notamment, en raison d'une « dotation insuffisante en capital ».

La notion de dotation insuffisante en capital, autrement exprimée de la proportion optimale entre fonds propres et fonds étrangers, fait et fera l'objet d'innombrables prises de position ou interprétations. En matière fiscale, notamment pour les sociétés de capitaux, elle revêt une importance considérable du fait de la double imposition économique déjà mentionnée. Les intérêts qui rémunèrent l'investissement du prêteur sont fiscalement déductibles, alors que les dividendes qui rémunèrent l'investissement de l'actionnaire ne le sont pas<sup>12</sup>. Dès lors, toujours fiscalement, le propriétaire de l'entreprise a tout avantage à la financer par le biais de prêts plutôt que de capital actions. Le texte de l'article 65 LIFD s'oppose expressément à cette pratique en assimilant « la part du capital étranger économiquement assimilable à des fonds propres » à du capital actions. Le texte n'est ici guère plus concret que celui de l'article 165 CPS. Beaucoup plus concrète est, par contre, la Circulaire émise par l'Administration fédérale des contributions en 1997 en application de l'article 65 LIFD précité<sup>13</sup>. L'autorité fiscale y décrit précisément par le biais de pourcentage de fonds étrangers admissibles, la notion de capital propre, et ce par rapport aux différentes catégories d'actifs considérés, pris à leur valeur vénale. Ainsi, on admettra, par exemple, que des machines ne puissent être financées par le biais de fonds étrangers qu'au maximum à 50%. Pour les stocks, ce pourcentage passera à 85%, alors que, pour les immeubles d'exploitation, il sera de 70%. La règle peut paraître simpliste ; elle a le mérite de la clarté et devrait servir de base à l'interprétation de la notion de dotation insuffisante en capital mentionnée à l'article 165 CPS.

## 5. Les indices fiscaux de criminalité économique

La pratique fiscale a institué un certain nombre de comportements ou de situations économiques susceptibles de receler des cas d'évasion fiscale ou d'infractions aux lois d'impôt. Tant l'inspecteur des contributions que le conseiller fiscal, chargé de procéder à l'audit d'une société que son client est sur le point d'acquiescer, connaissent ces situations et ces comportements et en ont dressé une liste exhaustive ou non. C'est peut-être en cela que la science fiscale est à même d'aider à débusquer la criminalité économique « de droit commun ». Citons quelques exemples de ces comportements ou de ces situations :

- une évolution de fortune insolite : l'impôt sur la fortune ne sert pas uniquement à apporter des recettes supplémentaires aux collectivités publiques. Il permet à l'autorité fiscale de contrôler l'évolution de fortune du contribuable entre deux périodes fiscales. Celle-ci peut être insolite, soit parce que sa fortune a augmenté à un point tel que son revenu n'explique pas, soit parce que sa fortune a diminué dans des proportions inhabituelles ou insolites. Ces variations peuvent provenir, certes, d'éléments non monétaires (variations boursières, augmentation des estimations fiscales), auquel cas elles seront, alors, explicables. Dans le cas contraire, le contribuable fera alors l'objet d'investigations serrées et précises de l'autorité fiscale
- des rapports économiques insolites entre la société anonyme et le ou les actionnaires qui forment sa volonté sociale : des prestations excessives consenties par la société à son ou à ses actionnaires qui la dominent ont pour but principal, le plus souvent, d'éviter la double imposition économique. Ces prestations excessives peuvent revêtir la forme de salaires trop élevés, de prêts rémunérés à des conditions supérieures à celles du marché, d'octroi de commissions pour des affaires inexistantes ou de ventes d'actifs à des prix dérisoires. Des normes fiscales nombreuses et variées existent à ce propos<sup>14</sup>
- le recours à des structures provenant de paradis fiscaux ou inhabituelles juridiquement : la notion de paradis fiscal a été développée dans le rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) « Concurrence fiscale dommageable ; un problème mondial ». Selon ce rapport (p. 26) un paradis fiscal présente les caractéristiques suivantes :
  - ses impôts sont insignifiants ou inexistantes
  - il ne pratique pas l'échange de renseignements
  - ses dispositions législatives manquent de transparence
  - il est prêt à attirer des structures juridiques sans activité substantielle, à des seules fins fiscales

Quant à la notion de structure « inhabituelle juridiquement », on se réfère ici essentiellement

au trust reconnu du bout des lèvres par le droit suisse, qui soulève des questions fiscales fort complexes de par sa distinction, typiquement anglo-saxonne, entre « legal ownership » (propriété légale) et « equitable ownership » (propriété juste ou équitable). Le trust, le plus souvent, garantit une opacité aux ayant droits économiques.

- une politique de prix de transfert ne respectant pas les principes de pleine concurrence (« dealing at arm's length ») : l'internationalisation et la globalisation ont comme conséquence, notamment, que les échanges entre sociétés d'un même groupe, qu'elles soient commerciales, industrielles ou financières, prennent une importance croissante. En parallèle, les régimes fiscaux des différents Etats n'ont que peu tendance à s'harmoniser, tant au niveau des règles, qu'au niveau des taux d'imposition. Dans le cadre de leurs planifications fiscales, les groupes de sociétés et les entreprises multinationales tentent de minimiser leurs charges globales d'impôt en transférant, dans la mesure du possible de manière occulte, des profits auprès d'entités au bénéfice de statuts ou de taux d'impôt favorables ou jouissant d'autres avantages fiscaux temporaires (pertes reportables, par exemple). Ces transferts interviennent à l'occasion de transactions entre sociétés apparentées telles que :
  - transfert de valeurs immatérielles
  - fourniture de prestations de services
  - cession de participations
  - partage de frais de recherche et de développement
  - octroi de prêts

Le principe de base est que ces transactions doivent s'effectuer sur la base du prix de pleine concurrence. L'OCDE a dans le cadre de cette problématique édicté des directives<sup>15</sup> dont s'inspirent la plupart des législations nationales. La législation américaine en la matière développe des méthodes de plus en plus sophistiquées pour déterminer ce qu'est exactement un prix de pleine concurrence (« dealing at arm's length »).

## **6. Conclusion**

Le droit fiscal, de par sa complexité, mélange de logique juridique et de logique comptable, parfois difficilement appréhendable par celui qui ne s'y trempe pas quotidiennement, peut et doit apporter davantage à la lutte contre la criminalité économique. Malheureusement, le fiscaliste a parfois un peu tendance à vivre en vase clos : qu'il suffise de donner l'exemple de certaines autorités fiscales qui ne se préoccupent guère, une fois leur mission de débusquer le fraudeur accomplie, de communiquer les informations dont elles auraient eu connaissance, voire même le savoir-faire qu'elles possèdent, aux instances chargées de découvrir, d'instruire, et de punir la criminalité économique « de droit commun ».

**NOTES**

- 1 RDAF 1977 309 ; RDAF 1974 175
- 2 Rivier, Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune, 1998, p. 106
- 3 RS 641.20
- 4 RS 641.10
- 5 RS 642.21
- 6 RS 642.11
- 7 Circulaire N° 21 de l'Administration fédérale des contributions, division principale de l'impôt fédéral direct, du 7 avril 1995 "Le droit de rappel d'impôt et le droit pénal fiscal dans la loi sur l'impôt fédéral direct"
- 8 Article 158 CPS
- 9 Article 175 LIFD en combinaison avec l'article 61 LIA
- 10 Article 186 LIFD
- 11 Archives de droit fiscal 82 74
- 12 Art. 58 alinéa b in fine LIFD
- 13 Circulaire N°6 de l'Administration fédérale des contributions, division principale de l'impôt fédéral direct, des droits de timbre et de l'impôt anticipé du 6 juin 1997 « Capital propre dissimulé de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives »
- 14 Ainsi, la « Circulaire N° 3 de l'Administration fédérale des contributions, division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé, des droits de timbre du 27 janvier 2003 sur les taux d'intérêt déterminants par le calcul des prestations appréciables en argent »
- 15 Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, OCDE, juillet 1995

**BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE SOMMAIRE**

- Agner Peter, Jung Beat, Steinmann Gotthard, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Zürich 2001
- Oberson Xavier, Droit fiscal suisse, Bâle 2002
- Oberson Xavier, Précis de droit fiscal international, Berne 2001
- Ryser W. / Rolli B., Précis de droit fiscal suisse, Berne 2002
- Stockar Conrad, Aperçu des droits de timbre et de l'impôt anticipé, Lausanne 2002
- Ordre romand des experts fiscaux diplômés (OREF), Les procédures en droit fiscal, Berne 1997.