

Le fisc et les données douteuses

PAR XAVIER OBERSON



ON ASSISTE À UN USAGE GRANDISSANT, par le fisc, d'informations obtenues de manière plus ou moins douteuse aux fins de rechercher et de réprimer les fraudeurs. Cette pratique existe depuis l'Antiquité. Le dénonciateur (parfois anonyme) remet des informations au fisc, pour des raisons parfois éthiques, mais aussi en vue de nuire à un concurrent, un ennemi, voire son futur ex-conjoint... Jusqu'à récemment, la pratique du fisc suisse était restrictive. Les lettres anonymes finissaient au panier. Pour les dénonciations signées, il arrivait également que le fisc ouvre deux contrôles fiscaux: à l'égard du dénoncé et du dénonciateur!

Cette position évolue dans une direction dangereuse. De nombreux Etats, dans leur lutte contre la fraude fiscale, n'ont pas hésité à payer ouvertement des dénonciateurs en fonction des sommes d'impôts récupérées ou simplement à acheter des données volées. Il en a résulté de nombreuses demandes d'assistance internationale, basées sur le vaste réseau de conventions de double imposition. Dans ce contexte, il semblait que la position de la Suisse, depuis mars 2009, était assez claire. Si la Confédération accepte d'entrer en matière sur une demande d'échange d'information fondée sur une convention de double imposition, elle ne devrait pas donner suite à une demande d'information basée sur des données volées. En effet, un tel comportement de la part d'un Etat étranger heurte le principe de bonne foi reconnu en droit fiscal international. Cette règle de principe méritait d'être concrétisée. Quand s'arrête la bonne foi? Deux arrêts récents du Tribunal fédéral, rendus à un mois d'intervalle, donnent un éclairage contrasté sur cette question.

Dans le premier arrêt, rendu le 16 février 2017, le tribunal a finalement admis une remise d'information à la France, même si la demande reposait vraisemblablement sur des informations obtenues de manière illicite en France. Le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que la bonne foi était présumée dans les relations in-

ternationales et qu'il fallait démontrer indiscutablement l'existence d'un comportement répréhensible. En outre, et de façon surprenante à notre avis, il estime que la loi fédérale sur l'assistance internationale n'interdit des demandes que si l'infraction a été commise sur le territoire suisse. Partant, notre Haute Cour a accepté l'assistance internationale dans ce cas.

Quelques semaines plus tard, soit le 17 mars 2017, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt qui, cette fois, rejette la demande d'assistance de la France. Il apparaît en l'espèce que les informations sont basées sur la fameuse liste Falciani, soit des données dérobées à la Banque HSBC de Genève. La demande d'assistance repose ici indiscutablement sur un comportement pu-

nissable commis sur territoire suisse.

Un problème de principe

Cette distinction, fondée sur le lieu de la commission de l'infraction, apparaît hautement discutable. Ce qui importe, à notre sens, aurait été plutôt de savoir si l'infraction aurait été punissable en droit suisse si elle avait été commise sur notre territoire. Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral a tranché et – à

moins d'un changement de loi – on doit accepter cette distinction.

Mais il nous paraît, au-delà de l'exégèse de la loi, que la problématique de demandes du fisc fondées sur des données volées pose un problème de principe. L'Etat est le garant du respect de la Constitution. Dès lors qu'un Etat est prêt à se fonder sur des comportements illicites pour parvenir à ses fins, il franchit une étape délicate, qui consiste à privilégier la poursuite d'une politique publique légitime, la lutte contre la fraude, en cautionnant indirectement une attitude qui ne l'est pas nécessairement. A terme, l'Etat risque de se trouver dans un conflit de principe qu'il aurait de la peine à justifier. Le «donneur d'alerte» peut parfois être mû par des motifs éthiques louables, mais l'histoire a montré malheureusement les dérives potentiellement dramatiques de la promotion de ce genre de comportement.

XAVIER OBERSON est professeur à l'Université de Genève et avocat.

«L'Etat risque de se trouver dans un conflit de principe qu'il aura de la peine à justifier»