

contrats

Edité par
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

La pratique contractuelle 4

Symposium en droit des contrats

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Edité par
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

La pratique contractuelle 4

Symposium en droit des contrats

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015
ISBN 978-3-7255-8540-3

www.schulthess.com

Sommaire

Avant-propos	V
Sommaire	VII
FRANZ WERRO / ALBORZ TOLOU Le contrat de mandat : quoi de neuf ?	1
PASCAL PICHONNAZ Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation	37
CHRISTIANA FOUNTOULAKIS La vente internationale – quelques développements récents, notamment dans la jurisprudence des tribunaux suisses relative à la CVIM et à la Convention de Lugano	77
MATHIEU ZUFFEREY Résumés de la jurisprudence récente des tribunaux suisses relative à la CVIM (2009 à 2014)	133
BENOÎT CHAPPUIS La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal	165
DOMINIQUE DREYER Obligation de non-concurrence : Licite ? Sans effet ? Illicite ?	207
NICOLAS KUONEN Transaction et quittance pour solde de tout compte : quelques aspects choisis	241

La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal

INTRODUCTION	166
I. Le but et l'objet du contrat de conseil fiscal	168
A. La variété des buts et objets poursuivis	168
B. Les buts et objets licites	168
1. La détermination des obligations fiscales du mandant	168
2. L'établissement de déclarations ou de décomptes fiscaux	169
3. L'optimisation fiscale et l'économie d'impôts	169
C. Les buts et objets non conformes à la loi fiscale et les buts illicites	169
1. L'évasion fiscale	170
2. La soustraction d'impôt	171
a. La violation des lois fiscales suisses	171
1. Le but poursuivi par les parties	171
2. L'illicéité des but et objet du contrat en regard de l'art. 20 al. 1 CO	171
b. La violation des lois fiscales étrangères	173
1. La violation de la loi étrangère en tant qu'acte contraire aux mœurs	173
2. La nullité de l'engagement pour contrariété aux mœurs	173
3. La fraude fiscale	174
II. Le rôle du conseiller fiscal	174
A. Les obligations contractuelles	174
1. Le contrat de mandat : les obligations de moyens	174
2. Le contrat d'entreprise : les obligations de résultat	175
B. L'obligation contractuelle de respecter la loi	176
1. La loi suisse	176
2. La loi étrangère	177
C. L'implication personnelle du conseiller face à la loi fiscale	178
1. Selon la loi fiscale suisse	178
2. Selon la loi fiscale étrangère	179
III. La violation du contrat et ses conséquences	179
A. Généralités sur l'obligation préexistante et la validité du contrat	179
B. Les différents cas de mauvaise exécution du contrat	180
1. L'exécution non diligente	180
2. Le conseil inapproprié	181

* Avocat à Genève, docteur en droit, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg. L'auteur remercie Me Maxence Guinand pour sa relecture critique.

3. La violation de l'obligation de confidentialité	182
C. Le dommage de nature fiscale	182
1. La problématique du dommage de nature fiscale	182
2. L'impôt en tant que diminution patrimoniale	184
a. Les différents cas de charges fiscales additionnelles liées à l'activité du conseiller	184
b. L'origine de l'obligation fiscale du contribuable	184
c. Le caractère involontaire du paiement des impôts	185
d. Le moment de la naissance de la dette d'impôts	185
3. L'amende en tant que diminution patrimoniale	186
4. Le gain manqué en tant que diminution patrimoniale	186
a. Le principe de la réparation du gain manqué	186
b. La théorie de la perte d'une chance	187
D. La réparation du dommage et la problématique du lien de causalité	188
1. En ce qui concerne les impôts	188
a. Les règles générales sur l'action et l'omission	188
b. Le principe de la non-réparation du dommage résultant d'une taxation	189
c. Les exceptions au principe de la non-réparation du dommage fiscal	190
1. La typologie des impôts additionnels et leur réparation	190
2. Le non-remboursement d'impôts en tant que dommage réparable	192
2. La question de la causalité en matière de gain manqué	192
a. La nécessité d'un lien de causalité hypothétique	192
b. L'influence de la fiscalité sur les choix du contribuable	193
3. En ce qui concerne l'amende	196
a. Le caractère personnel de la sanction	196
1. L'exigence d'une faute personnelle pour le prononcé d'une sanction	196
2. Les deux formes de la faute : l'intention et la négligence	196
b. Le caractère non réparable de l'amende	197
c. Les conséquences d'une erreur sur l'illicéité	198
EXCURSUS CONCLUSIF : réflexion sur la violation du contrat n'entraînant pas de réparation	200
Bibliographie	203

INTRODUCTION

Rarement la fiscalité aura tant été sous les feux des projecteurs que ces dernières années. Le renforcement drastique de la lutte internationale contre la fraude fiscale a mis la Suisse au centre de la tourmente et, sans doute, a contribué à modifier la vision que l'on a généralement de la question. Ce qui était admis ou simplement toléré dans un passé récent ne l'est plus aujourd'hui. Dans ce contexte, le rôle du conseiller fiscal est devenu plus exposé qu'auparavant et suscite nombre de questions sur la responsabilité qu'il encourt pour les avis donnés.

L'incrimination nouvelle de divers comportements a déjà été ou est sur le point d'être promulguée. A cet égard, on peut mentionner les projets de modification de la LBA¹ qui pourrait mener à considérer les infractions fiscales comme des infractions préalables au blanchiment d'argent, cela en conformité avec les nouvelles recommandations du GAFI de février 2012².

L'actualité récente montre combien le conseiller fiscal s'expose personnellement, en particulier lorsqu'il s'agit de banques conseillant une clientèle résidant à l'étranger. Loin d'être oublié, le conseiller assume maintenant les premiers rôles, notamment celui d'instigateur de comportements délictueux – en tout cas à l'étranger – avec toutes les conséquences légales qui en découlent.

A côté de ces développements très spectaculaires et médiatiques, un certain nombre d'affaires a été porté devant les tribunaux par des clients mettant en cause la responsabilité de leur conseiller fiscal à qui ils reprochaient des manquements dommageables dans l'accomplissement de la tâche confiée : mauvaise appréciation des conséquences fiscales d'une opération ou connaissance insuffisante des mécanismes de taxation qui a conduit le client à prendre des décisions inopportunes, les motifs de réclamation étaient variés. Quelques-unes de ces affaires ont été soumises à l'appréciation du Tribunal fédéral qui a ainsi eu l'occasion de poser un certain nombre de principes qui valent la peine d'être relevés³.

La portée pratique des quelques considérations qui suivent est vaste puisque peuvent revêtir la fonction de conseiller fiscal des experts-fiscaux diplômés indépendants, des avocats, des notaires, des banques, des assurances ou encore des fiduciaires. Ces diverses professions sont soumises à des réglementations variables, notamment concernant le secret auquel elles sont soumises. En revanche, les normes régissant leur responsabilité sont communes puisque ce sont celles du Code des obligations qui s'appliquent à leur activité de conseiller privé.

¹ Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012, FF 2012 6449.

² FF 2012 6476.

³ ATF 134 III 59 ; TF, 4A_34/2014 ; 4A_491/2013 ; 4A_506/2011 ; 4A_64/2012 ; 4F_15/2011 ; 4A_63/2011 ; 4C.40/2006.

I. Le but et l'objet du contrat de conseil fiscal

A. La variété des buts et objets poursuivis

Traiter de la responsabilité du conseiller fiscal, c'est évoquer tout d'abord la variété des buts poursuivis par le contribuable qui consulte et, partant, celle de l'objet du contrat conclu entre les parties. Ainsi qu'il en va de l'activité de nombre de mandataires, celle du conseiller fiscal n'est pas univoque, ce d'autant qu'elle est exercée par les divers professionnels évoqués dans l'introduction. Il en résulte que la mission purement fiscale confiée au conseiller s'inscrit fréquemment dans un contexte plus large, telles la gestion d'un patrimoine pour un banquier, l'acquisition immobilière pour un notaire ou la rédaction de contrats et la création de sociétés pour un avocat.

Les buts possiblement visés par le contribuable sont ainsi protéiformes ; les mandats confiés au conseiller fiscal peuvent consister simplement en des avis ponctuels sur la situation fiscale du client, mais ils peuvent aller jusqu'à l'élaboration de structures complexes dont le but, parfois exclusif, est de faire profiter le contribuable de tous les avantages offerts par la loi fiscale, en passant par l'assistance donnée au contribuable dans l'accomplissement de ses obligations fiscales.

Il convient d'élaborer une brève typologie des situations dans lesquelles le contribuable consulte un conseiller ; c'est du but recherché et du service promis que dépendent en effet l'étendue de la responsabilité du conseiller et l'éventuelle existence d'un dommage réparable.

Les questions d'actualité évoquées dans l'introduction mettent en évidence que des buts non conformes à la loi, voire illicites, font régulièrement l'objet de contrats conclus avec des conseillers fiscaux ; il importe donc de faire de ce sujet un thème à part entière. En conséquence, il sera établi ci-après une distinction entre les buts licites et ceux qui ne le sont pas.

B. Les buts et objets licites

1. La détermination des obligations fiscales du mandant

La mission première du conseiller fiscal consiste à déterminer les obligations fiscales de son client, que ce soit celles découlant d'une opération particulière (telles une vente immobilière, la liquidation d'une succession ou encore la fusion de sociétés), celles attachées à la situation de revenus et de fortune du mandant et enfin celles ayant trait à la marche d'une activité commerciale, qu'il s'agisse d'impôts directs ou indirects.

Il appartient au conseiller d'informer son client sur l'ensemble des conséquences fiscales attachées à sa situation ou sur celles qu'une opération spécifique peut impliquer.

2. L'établissement de déclarations ou de décomptes fiscaux

Le conseiller fiscal peut recevoir la mission d'établir les déclarations d'impôts ou des décomptes destinés à l'administration fiscale, tels ceux concernant la TVA.

Le conseiller est soit chargé de les établir soit de corriger les erreurs éventuelles affectant les décomptes établis par le contribuable lui-même⁴.

Il appartient au conseiller fiscal de procéder à toutes les démarches nécessaires pour que son client bénéficie de la taxation la plus basse possible, conformément à la loi, notamment en effectuant les déductions auxquels le contribuable a droit. C'est au conseiller qu'il revient d'attirer l'attention de son client sur ce point et de lui demander les renseignements et documents nécessaires pour atteindre le but recherché.

3. L'optimisation fiscale et l'économie d'impôts

Lorsqu'il consulte un conseiller fiscal, le contribuable peut non seulement vouloir être renseigné sur sa situation fiscale mais également chercher à payer le moins d'impôts possible⁵. Il peut s'agir de structurer ses affaires personnelles ou professionnelles de la manière la plus avantageuse sur le plan fiscal. Ce procédé, appelé optimisation fiscale, consiste à profiter de la façon la plus efficace de la législation, qu'elle soit nationale ou internationale, en particulier les conventions des double-imposition. Il s'agit d'un but parfaitement légitime. Il ne saurait en revanche être question, pour parvenir à ce but, de recourir à des moyens illégaux ou de ne pas satisfaire à ses obligations fiscales. Il est du devoir du conseiller d'attirer l'attention de son mandant sur ce point (sur l'obligation de respecter la loi, *infra* II.B).

Dans ce contexte, le conseiller peut également être chargé de mener une procédure contentieuse contre l'administration fiscale pour contester une décision de taxation.

C. Les buts et objets non conformes à la loi fiscale et les buts illicites

Il arrive que le contribuable confie à son conseiller la tâche de contourner la loi, voire de la violer. Les buts visés et les moyens retenus par les parties pour y parvenir varient et

⁴ TF, 4A_506/2011.

⁵ TF, 4A_506/2011, consid. 2 ; 4C.40/2006, consid. 2.2.

entraînent des conséquences juridiques différenciées : cela peut aller d'une structure non conforme à la loi, qui sera simplement requalifiée par l'administration, à un montage illicite fondé sur des documents faux, procédé tombant sous le coup de dispositions pénales. C'est à ces différents comportements qu'il faut s'intéresser maintenant.

1. L'évasion fiscale

L'objet du mandat peut consister en la mise sur pied de structures juridiques destinées à contourner la loi fiscale. Il s'agit d'abuser d'institutions juridiques à la seule fin d'une économie d'impôt. Contrairement à l'optimisation fiscale, ce procédé est non conforme à la loi et, s'il est découvert, entraîne une correction de la taxation.

Une telle évasion doit être considérée comme avérée lorsque les trois conditions cumulatives⁶ suivantes sont réunies :

- Le contribuable recourt à une forme juridique insolite, inappropriée ou étrange, en tout cas inadaptée au but économique poursuivi ;
- Le contribuable recourt à cette forme juridique dans le seul but d'économiser des impôts qui seraient dus si les rapports de droit avaient été aménagés de façon appropriée ;
- Le procédé dont le contribuable fait usage conduirait à une notable économie d'impôt s'il était admis par l'autorité fiscale⁷.

Il est important de ne pas confondre les notions d'évasion fiscale et de soustraction d'impôt (*infra* I.C.2)⁸. Une telle confusion résulte sans doute de l'utilisation fréquente de l'expression anglaise « *tax evasion* » dans les normes internationales. En droit fiscal suisse, l'évasion fiscale n'est pas une notion pénale⁹. Il s'agit de la qualification d'un état de fait, répondant aux trois conditions susmentionnées qui aboutit à la requalification juridique d'une opération en fonction de son but économique réel. Concrètement, l'autorité fiscale fait abstraction de la structure juridique choisie par le contribuable et l'appréhende selon la forme qui lui semble correspondre à la réelle volonté de celui-ci.

En l'absence de soustraction fiscale (*infra* I.C.2), l'évasion fiscale n'entraîne aucune conséquence pénale ni pour le contribuable ni pour son conseiller. On peut mentionner à titre d'exemple la requalification d'un contrat d'assurance vie mixte en compte d'épargne, lorsqu'il résulte de l'analyse des termes du contrat que la couverture des

⁶ OBERSON, Droit fiscal suisse, § 4 N 21 ; GLAUSER, Evasion, p. 16.

⁷ ATF 131 II 627, consid. 5.2 ; TF, 2C_129/2012, consid. 5.1 ; 2C_240/2010, consid. 7.1. Cf. également, OBERSON, Droit fiscal suisse, § 4 N 21 ss.

⁸ Sur la notion d'évasion fiscale, GLAUSER, Evasion, *passim*.

⁹ Cf. MACALUSO/HULLIGER, Droit pénal fiscal, p. 25-26.

risques vie et décès est en réalité quasiment inexistante, le bénéficiaire recevant en fin de compte, une prestation largement équivalente au capital investi augmenté des intérêts accumulés. On songe encore au rachat de prévoyance professionnelle suivi à brève échéance d'un retrait en capital, qui conduit les autorités fiscales à considérer que le but poursuivi par le contribuable n'est pas la prévoyance mais une forme d'épargne privilégiée fiscalement et, partant, à refuser la déduction des rachats effectués préalablement au retrait du capital.

Ce mode de faire entraîne donc une requalification de la part de l'administration mais ne constitue pas un acte illicite du contribuable ou de son conseiller.

2. La soustraction d'impôt

a. La violation des lois fiscales suisses

1. Le but poursuivi par les parties

Le contribuable et son conseiller peuvent chercher à obtenir qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle aurait dû l'être ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète (art. 56 al. 1 LHID et art. 175 LIFD). Ce procédé constitue une soustraction d'impôts.

Dans une telle hypothèse, le contribuable agit de concert avec son conseiller dans le but de violer la loi d'une façon qui est punie pénalement (*infra* II.C) ; les parties poursuivent donc un but illicite.

Dans cette situation, le conseiller reçoit comme mission principale de violer la loi. Elle doit être distinguée de celle d'un mandat de conseil fiscal, visant à une optimisation fiscale, dans le contexte duquel des conseils ponctuels malheureux conduiraient à une violation de la loi fiscale. Dans ce dernier cas, l'objet même du contrat est licite ; seules certaines actions entreprises seraient contraires au droit.

2. L'illicéité des but et objet du contrat en regard de l'art. 20 al. 1 CO

(a) La nullité du contrat dont l'objet ou le but même est illicite

L'illicéité du but poursuivi par les parties pose la question de l'application de l'art. 20 al. 1 CO. Ce dernier, à rigueur de texte, frappe de nullité tout contrat dont l'objet est illicite. Lorsque l'art. 20 CO vise l'« objet » du contrat, il faut comprendre l'objet même du contrat, la conclusion de ce dernier et le but poursuivi par les parties¹⁰. Il n'y a donc pas lieu de distinguer ici les contrats de conseil fiscal dont l'objet même serait illicite de ceux qui viseraient à atteindre un résultat illicite ; le traitement juridique de ces deux situations est le même.

¹⁰ CR CO GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 N 61

Est illicite un contrat dont l'objet, dans l'acception large qui vient d'être retenue, est contraire à des dispositions impératives du droit positif suisse¹¹, les normes de droit public étant évidemment incluses dans ce dernier¹². La formulation légale est cependant trop catégorique ; elle doit être nuancée en ce sens que le seul fait que l'objet d'un contrat soit illicite n'implique pas automatiquement la nullité de ce dernier. Il faut que cette dernière soit expressément prévue par la disposition violée ou que, à tout le moins, elle découle de l'esprit et du but de cette dernière¹³.

Le fait que la participation à l'acte prohibé soit même pénalement punissable n'entraîne pas *ipso iure* la nullité de ce dernier ; ainsi en va-t-il d'une cession de créance qui tombe sous le coup de l'art. 164 CP réprimant la diminution effective des actifs de l'auteur au détriment de ses créanciers. L'acte est punissable mais la cession est valable¹⁴.

En définitive, il faut retenir que la nullité civile doit être admise lorsqu'elle « est appropriée à l'importance de l'effet combattu »¹⁵.

Les diverses lois fiscales incriminent pénalement la soustraction d'impôts et la fraude fiscale, mais sont muettes sur la validité de la convention liant un conseiller fiscal au contribuable, convention par laquelle le premier se serait engagé à aider le second dans son entreprise illicite. Il faut observer que, contrairement à l'affaire tranchée par le Tribunal fédéral et mentionnée ci-dessus, il ne s'agit pas d'apprécier la validité d'un acte juridique unique – une cession de créance – conclu en contrariété de la loi ; on examine en effet la validité d'un contrat dont l'objet serait l'engagement du mandataire de travailler et de rendre des services professionnels destinés à violer la loi fiscale. Le but poursuivi par les parties et l'activité promise par le conseiller sont punissables pénalement aussi bien en la personne du contribuable qu'en celle de son conseiller (*infra* II.C.1). Le droit ne saurait reconnaître la validité d'un engagement du mandataire à œuvrer à la violation de la loi, de sorte que le contrat doit être tenu pour nul au sens de l'art. 20 al. 1 CO. On doit admettre que, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, la nullité du mandat est une sanction appropriée à l'effet combattu.

¹¹ ATF 80 II 51, consid. 3 = JdT 1954 I 581 ; 76 II 40, consid. 8 ; CR CO GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 N 60 ; A. KOLLER, OR AT, § 13 N 98-101 ; SCHWENZER, OR AT, N 32.05 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, N 648.

¹² SCHWENZER, OR AT, N 32.10 ; BSK-HUGUENIN, CO 19/20 N 15 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, N 648.

¹³ ATF 134 III 52, consid. 1.1 = JdT 2008 I 307 et SJ 2008 I 286 ; 119 II 22, consid. 2 ; 117 II 48 2a ; 102 II 401 = JdT 1978 I 492, consid. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, N 684.

¹⁴ ATF 134 III 52, consid. 1.3 = JdT 2008 I 307 et SJ 2008 I 286.

¹⁵ ATF 111 II 52.

(b) Le cas des violations occasionnelles de la loi fiscale

Cette conclusion doit cependant être nuancée quant à son étendue : la nullité du contrat ne doit en effet être retenue que lorsque c'est bien l'objet même de ce dernier qui consiste en une activité illicite, la mission donnée au conseiller étant de violer la loi.

Il n'en va pas ainsi lorsque, dans le contexte d'un mandat de conseil fiscal usuel et conforme au droit visant à l'optimisation fiscale, des conseils ponctuels violent la loi fiscale. Le contrat est valable mais certain des conseils donnés sont intentionnellement contraires au droit ; les actions entreprises en conséquence sont cependant susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leurs auteurs (*infra* I.C.2.a.1).

b. La violation des lois fiscales étrangères*1. La violation de la loi étrangère en tant qu'acte contraire aux mœurs*

Seules les normes de l'ordre juridique suisse – fédéral et cantonal – entrent en ligne de compte pour juger du caractère illicite d'un acte au sens de l'art. 20 al. 1 CO (*supra* II.C.1)¹⁶. Le droit impératif étranger, notamment fiscal, n'entre donc pas le champ d'application de l'illicéité circonscrite à l'art. 20 al. 1 CO.

2. La nullité de l'engagement pour contrariété aux mœurs

La violation du droit étranger peut en revanche constituer un acte contraire aux mœurs, lesquelles sont également protégées par l'art. 20 al. 1 CO¹⁷. Pour qu'une telle contrariété soit reconnue, il faut que la violation porte atteinte à l'ordre public suisse¹⁸, situation rarement admise par la jurisprudence.

Il paraît qu'à l'heure actuelle la lutte contre les infractions fiscales est devenue une priorité au niveau international. La Suisse s'est engagée dans de nombreuses conventions internationales destinées à permettre ou à renforcer une coopération fiscale avec des Etats étrangers. L'approbation donnée par le Conseil fédéral, en octobre 2013, à la convention de l'OCDE et du Conseil de l'Europe sur l'entraide administrative constitue à cet égard un élément important. On songera encore au mandat donné au Conseil fédéral concernant la révision de l'accord sur la fiscalité de l'épargne conclu avec l'Union européenne (UE) et la mise en consultation, en mai 2014, du mandat de négociation concernant l'échange automatique d'informations.

¹⁶ ATF 119 II 222, consid. 2 = JdT 1994 I 598; SCHWENZER, OR AT, N 32.05; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20, N 64; BSK OR I-HUGUENIN, art. 19/20, N 42

¹⁷ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20, N 60; BSK OR I-HUGUENIN, art. 19/20, N 15.

¹⁸ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20, N 64; BSK OR I-HUGUENIN, art. 19/20, N 42. La simple violation de dispositions de change allemandes n'a pas été jugée contraire aux mœurs par le Tribunal fédéral (ATF 80 II 51 = JdT 1954 I 581 et 76 II 40, consid. 8).

Dans ce contexte, on doit admettre que des contrats ayant pour objet de violer les lois fiscales de pays avec lesquels la Suisse s'est liée par convention pour renforcer la coopération dans ce domaine doivent être tenus pour contraires aux mœurs.

Les considérations développées ci-dessus sur les conséquences de l'illicéité sur la validité du contrat et les obligations des parties valent ici *mutatis mutandis*.

3. La fraude fiscale

Le stade le plus grave des comportements illicites que le contribuable peut adopter est celui – dans la terminologie suisse – de la fraude fiscale (art. 59 LHID) voire de l'escroquerie fiscale (art. 14 DPA)¹⁹. Une telle qualification implique en effet l'usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu ainsi que la commission de détournements, lorsqu'il s'agit d'impôts à la source.

Dans le contexte de l'appréciation de la convention liant le contribuable à son conseiller et de celle de la responsabilité de ce dernier, la qualification de fraude fiscale ne modifie pas les considérations faites ci-dessus concernant la soustraction d'impôts. Il y a donc lieu de s'y rapporter.

II. Le rôle du conseiller fiscal

A. Les obligations contractuelles

1. Le contrat de mandat : les obligations de moyens

Le conseiller fiscal est, le plus souvent, un mandataire au sens de l'art. 394 CO, de sorte qu'il ne garantit pas un résultat. Selon les termes du Tribunal fédéral, « un expert fiscal s'oblige à examiner la question qui lui est soumise avec la diligence commandée par les circonstances. En consultant des documents ou en se renseignant à bonne source, il doit déterminer les règles légales ou jurisprudentielles déterminantes et, le cas échéant, la pratique administrative »²⁰.

Les principes sont ainsi les mêmes que ceux qui régissent d'autres mandataires, tels les avocats. Concernant ces derniers, le Tribunal fédéral a posé le principe qu'ils doivent avoir connaissance des règles de droit claires, unanimement admises par la doctrine et la pratique et qui ne sont pas sujettes à interprétation²¹, ce qui implique la connaissance de

¹⁹ Sur ces notions, cf. TORRIONE, *Infractions fiscales*, p. 920-921.

²⁰ ATF 128 III 22, consid. 2c 24 ; TF, 4A_63/2011, consid. 2.

²¹ ATF 127 III 357, consid. 2c = JdT 2002 I 192.

la jurisprudence des tribunaux supérieurs, de même que de la doctrine²². Il doit en aller de même, *mutatis mutandis*, de tous les conseillers fiscaux dans le contexte des missions qu'ils accomplissent pour le compte de clients.

Le mandataire ne pourra en aucun cas invoquer sa propre incompétence, son ignorance ou son défaut de formation pour exclure ou alléger sa responsabilité²³.

La diligence requise doit se déterminer selon des critères objectifs ; il faut se demander comment tout mandataire diligent placé dans les mêmes circonstances agirait²⁴. Autrement dit, la question de savoir si le mandataire a fait preuve de la diligence nécessaire s'examine au regard du cas concret puisque le juge cherche à établir comment un avocat raisonnable aurait agi dans les circonstances du cas d'espèce²⁵.

Le Tribunal fédéral semble avoir tempéré la portée du principe d'objectivité en énonçant que « le degré de diligence qui incombe au mandataire ne doit pas se déterminer une fois pour toutes, mais en fonction des capacités, des connaissances techniques et des aptitudes propres de ce dernier que le mandant connaît ou aurait dû connaître²⁶ ». Le Tribunal fédéral se réfère en réalité aux aptitudes du mandataire que le client connaît ou aurait dû connaître, ce qui est une référence au principe de la confiance et, partant, au contenu du contrat spécifiquement conclu entre le client et son conseiller dans un cas d'espèce²⁷.

2. Le contrat d'entreprise : les obligations de résultat

Lorsque le conseiller fiscal est chargé de calculer la fiscalité à charge de son client, particulièrement dans le domaine de la fiscalité indirecte, il est parfois amené à effectuer une tâche dont le résultat peut être garanti, essentiellement lorsqu'il s'agit d'effectuer un calcul sur une base ne réclamant pas d'interprétation ou d'appréciation de sa part.

Analysant la qualification juridique du contrat d'expertise, le Tribunal fédéral considère que, lorsque le résultat qui doit être fourni peut être contrôlé d'après des critères objectifs et être qualifié d'exact ou d'inexact, l'exactitude des conclusions de l'expertise peut être garantie et promise en tant que résultat ; il s'agit alors d'un contrat d'entreprise²⁸. Ces

²² TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1. Cf. également TF, 6P.91/2005, consid. 3.5.

²³ BK-FELLMANN, art. 398 CO N 359 ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 40.

²⁴ TF, 4A_3/2010, consid. 3 ; ATF 117 II 563, consid. 2a ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 14 ; TERCIER/FAVRE/CONUS in TERCIER/FAVRE, CS, N 5117.

²⁵ CR CO I-WERRO, art. 398 N 14 n. 30.

²⁶ ATF 134 III 534, consid. 3.2.2.

²⁷ CHAPPUIS, Profession d'avocat II, p. 138 ss.

²⁸ Pour une présentation de cette jurisprudence et des avis divergents qu'elle provoque concernant son application concernant les missions confiées à des avocats, cf. CHAPPUIS, Profession d'avocat II, p. 130 ss.

principes peuvent être repris pour procéder à la qualification juridique du contrat de conseil fiscal²⁹ ; ce contrat peut exceptionnellement être qualifié de contrat d'entreprise.

B. L'obligation contractuelle de respecter la loi

1. La loi suisse

Qu'il soit mandataire ou entrepreneur, le conseiller fiscal doit, dans les conseils qu'il dispense à son client, respecter la loi ; cela est une composante du devoir de diligence (art. 398 al. 1 CO et art. 364 al. 1 CO), étant précisé que les règles de l'art et les règles déontologiques relatives à une profession donnée serviront de référence pour déterminer l'étendue du devoir de diligence³⁰.

Cela signifie que la mission du conseiller fiscal consiste à proposer à son mandant des solutions qui soient admissibles par l'autorité. Il doit en conséquence non seulement ne pas violer la loi en poursuivant un but illicite (*supra* I.C.2) mais il doit également s'abstenir de mettre au point des structures qui seraient ensuite requalifiées par l'autorité parce qu'elles constitueraient des tentatives d'évasion fiscale (*supra* I.C.1).

Il faut retenir que, pour satisfaire à son devoir de diligence, le mandataire doit disposer des connaissances nécessaires pour traiter le cas dont il s'occupe³¹ et qu'il ne peut accepter des causes que dans les domaines dans lesquels il est compétent³², ce qui peut être problématique lorsque le conseiller donne des avis dans un droit étranger. Il doit recourir aux services d'un spécialiste s'il ne dispose pas des compétences requises par le cas³³.

Certains conseillers fiscaux – les banquiers, les notaires et les avocats – sont en outre soumis à des lois administratives fédérales et à une surveillance étatique ; l'art. 3 al. 2 let. b LB impose aux banquiers une activité irréprochable alors que l'art. 12 let. a LLCA met à la charge des avocats un devoir de diligence³⁴, ce qui implique le respect de l'ensemble de l'ordre juridique suisse.

Concernant les banques, il faut se souvenir que CDB 08 leur interdit de prêter volontairement assistance à leurs clients dans la fuite des capitaux et la soustraction fiscale, non

²⁹ ATF 127 III 328, consid. 2c = SJ 2002 I 103.

³⁰ ATF 133 I 121, consid. 3.1 ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 14.

³¹ Pour une présentation générale de cette question, cf. CHAPPUIS, Profession d'avocat II, p. 139 ss ; ATF 127 III 357, consid. 2c = JdT 2002 I 192 ; FELLMANN, Unkenntnis klaren Rechts, passim ; cf. également ATF 117 II 563, consid. 2a et BK-FELLMANN, art. 398 CO N 409.

³² TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1 ; 4P.317/2001, consid. 6 ; LOMBARDINI, Responsabilité civile de l'avocat, 524.

³³ TF, 4P.317/2001, consid. 6.

³⁴ Sur la portée très large de l'art. 12 let. a LLCA, CHAPPUIS, Profession d'avocat I, p. 32 ss.

seulement par rapport aux autorités fiscales suisses mais également étrangères (art. 8 CDB). Certes de nature privée, cette convention n'en constitue pas moins un standard minimum reconnu tant par l'autorité de surveillance bancaire³⁵ que par la jurisprudence fédérale³⁶.

La plupart des lois cantonales imposent quant à elles aux notaires un devoir de diligence ou de dignité (art. 2 al. 3 LNot/GE, art. 6 LNo/VD, art. 34 al. 1 Loi sur le notariat/FR, art. 20 LN/NE, art. 71 Loi sur le notariat/VS) ce qui implique que les notaires respectent l'ordre juridique auquel ils appartiennent et, partant, se conforment à la réglementation légale en vigueur. Il est précisé à cet égard que la responsabilité des notaires peut être soumise au droit public cantonal, en vertu de la réserve instituée par l'art. 61 al. 2 CO³⁷. Les cantons ont la faculté d'étendre ce régime particulier de responsabilité à l'ensemble des activités du notaire, qu'il s'agisse de celles qui relèvent de son ministère ou de celles dites accessoires (rédaction de contrats, établissement de statuts non soumis à la forme authentique, avis juridiques, etc.)³⁸.

Des manquements dans ce domaine de la part des professionnels soumis à une surveillance étatique peuvent conduire à des sanctions disciplinaires, voire à un retrait d'autorisation dans les cas les plus graves.

2. La loi étrangère

Il n'est pas rare, dans l'exécution de son mandat, que le conseiller fiscal doive résoudre des questions de droit étranger, notamment celles liées à l'imposition du client en dehors de Suisse et celles relatives aux conventions de double imposition. Sauf formation particulière, le conseiller suisse n'est en principe pas apte à prodiguer des conseils dans un droit autre que le sien.

Il lui est difficile d'apprécier la situation juridique alors qu'il ne maîtrise pas le droit applicable. Si, ce nonobstant, il entreprend de mettre sur pied des structures ou d'effectuer des transactions pour le compte de son client susceptibles d'entraîner des conséquences fiscales à l'étranger, il doit prendre toute mesure utile pour s'assurer que cela se fasse en conformité avec le droit étranger et n'expose pas son mandant à des redressements d'impôts voire à des poursuites pénales.

³⁵ FINMA, Circulaire 2008/10, Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux.

³⁶ ATF 131 III 418, consid. 2.3.3.

³⁷ ATF 126 III 370, consid. 7a ; TF, 4A_34/2014, consid. 4.2.

³⁸ ATF 126 III 370, consid. 7b ; BOHNET, Droit des professions judiciaires, N 104 ; ROUILLER, Responsabilité, p. 52 ss.

C. L'implication personnelle du conseiller face à la loi fiscale

1. Selon la loi fiscale suisse

Chaque loi fiscale (LIFD, LIA, LTVA, etc.) institue des dispositions pénales particulières. Il sortirait du cadre de la présente contribution que de toutes les présenter³⁹. On se concentrera ici sur les cas dans lesquels le conseiller fiscal peut s'exposer personnellement à une responsabilité pénale et financière lorsqu'il conseille, assiste ou représente un contribuable. C'est ce que prévoient notamment les art. 177 LIFD et 56 al. 3 LHID.

Ainsi, l'art. 177 LIFD dispose que « celui qui, intentionnellement, incite à une soustraction d'impôt, y prête son assistance, la commet en qualité de représentant du contribuable ou y participe, sera puni d'une amende fixée indépendamment de la peine encourue par le contribuable; en outre, il répond solidairement de l'impôt soustrait ». L'art. 56 al. 3 LHID a quant à lui une teneur toute similaire.

Ces dispositions présentent deux particularités remarquables :

- Le représentant du contribuable est personnellement responsable sur le plan pénal. Selon la théorie générale du droit pénal, seul le contribuable pourrait commettre une infraction fiscale puisqu'il s'agit d'infraction propre pure ne pouvant être commise que par un *intra-neus*⁴⁰. Il s'ensuit que, en règle générale, les tiers ne sont que des instigateurs (art. 24 CP) ou des complices (art. 25 CP). La loi fiscale a cependant étendu son champ d'application en permettant que le représentant du contribuable commette personnellement une infraction, même à l'insu de ce dernier lorsqu'il le représente⁴¹. Il s'agit d'une infraction indépendante de celle du contribuable, qui peut être réalisée alors même que ce dernier ne serait pas lui-même punissable.
- Le conseiller répond solidairement avec le contribuable de l'impôt soustrait.

Les actes visés par l'art. 177 LIFD ne sont punissables que s'ils ont été commis intentionnellement. Cela dit, la jurisprudence se montre sévère aussi bien à l'égard du contribuable que de son représentant à la charge desquels elle met une présomption de comportement intentionnel par dol éventuel dans certaines circonstances (*infra* III.D.3.a.2)⁴².

Cela entraîne un devoir de vérification important pour la fiduciaire chargée d'établir les déclarations d'impôt du contribuable, notamment en demandant les justificatifs nécessaires à l'établissement de celles-ci. Le fait de ne pas vérifier les informations douteuses

³⁹ Pour une présentation générale des sanctions pénales des lois fiscales fédérales, TORRIONE, *Infractions fiscales*, passim.

⁴⁰ CR CP I-STRÄULI, art. 26 N 5.

⁴¹ TORRIONE, *Infractions fiscales*, p. 1033-1032.

⁴² TF, 4C_447/2010, consid. 3.2 et 4.3.

données oralement par le client a été considéré comme une entente tacite avec ce dernier⁴³.

2. Selon la loi fiscale étrangère

L'actualité internationale – en particulier américaine – le montre : les personnes qui assistent ou aident des personnes soumises à des fiscs étrangers sont susceptibles d'être personnellement mises en cause dans des procédures conduites dans le pays dont la loi a été violée. Cette question n'est mentionnée ici que pour mémoire car elle excède de beaucoup le cadre de cette contribution et requerrait des études dans divers droits d'autres pays.

Il suffira de dire que le conseiller fiscal peut non seulement exposer son mandant à des poursuites à l'étranger, violant en cela son mandat (*supra* II.B), mais également se mettre en risque personnellement en tant qu'auteur ou complice de la violation de la loi étrangère.

III. La violation du contrat et ses conséquences

A. Généralités sur l'obligation préexistante et la validité du contrat

La violation d'un contrat est susceptible d'engendrer la responsabilité de la partie qui en est l'auteur. Même si cela est presque une tautologie que de le dire, il importe de rappeler que la responsabilité contractuelle, découlant des art. 97, 398 voire 364 CO, suppose l'existence d'une obligation préexistante⁴⁴, soit celle d'un contrat valable. Ce rappel est cependant nécessaire ici, dans la mesure où une distinction a été faite ci-dessus entre les contrats dont le but est licite et qui sont valables et ceux dont le but est illicite et qui, partant, tombent sous le coup de l'art. 20 CO.

Les développements qui suivent concernent exclusivement les mandats dont l'objet est licite (*supra* I.B), y compris ceux ayant pour objet l'évasion fiscale dont le but est non conforme à la loi fiscale, mais non pas illicite (*supra* I.C.1). Ils concernent également les conseils ponctuels contraires au droit qui s'inscriraient dans le cadre d'un mandat usuel et licite de conseil fiscal (*supra* I.C.2.a.2 (b)). On songe par exemple à la recommandation occasionnelle faite par le conseiller à son client de ne pas communiquer une information aux autorités fiscales afin d'éviter une taxation. Si le contrat est en lui-même

⁴³ TF, 4C_447/2010, consid. 4.3.

⁴⁴ CR CO I–THÉVENOZ, art. 97 N 4.

valable, le conseil en question viole la loi et est susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du conseiller (*infra* II.B).

En revanche, lorsque le mandataire s'engage à aider le contribuable à commettre des actes de soustraction (*supra* I.C.2 ou de fraude fiscale (*supra* I.C.3), le contrat a un objet illicite (sur la notion d'objet, *supra* I.C.2.a.2(a)) ou, lorsque c'est la loi étrangère qui est en cause, est contraire aux mœurs, il est nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO (*supra* I.C.2.a.2). Il n'y a pas de place pour une responsabilité contractuelle. La difficulté à laquelle pourrait faire face le client, en cas de nullité du contrat, réside dans le fait qu'il ne pourrait récupérer les honoraires payés à son conseiller, cela en application de l'art. 66 CO ; ces honoraires auraient été destinées à rémunérer un comportement illicite ou contraire aux mœurs ce qui en rend impossible la répétition⁴⁵.

Cela dit, même si l'on devait tenir un tel contrat pour valable, il serait pratiquement vide d'effets juridiques : le mandant ne pourrait en tout état pas réclamer du mandataire de dommage-intérêts s'il devait éprouver des difficultés subséquentes avec les autorités fiscales. Non seulement les arriérés d'impôts et les amendes ne constituent pas des dommages réparables (*infra* III.C), mais le fait que le mandant ait consenti à l'opération illicite, voire l'ait même ordonnée, le prive du droit de demander une indemnisation (*volenti non fit iniuria*). Quant au mandataire, il ne pourrait réclamer des honoraires à son donneur d'ordre, soit que l'on considère que ses prestations étaient par définition inutilisables⁴⁶, en ce qu'elles visaient un but illicite, soit que l'on considère que le mandataire a si gravement violé son obligation de diligence en cherchant à atteindre ce but que sa rémunération peut être réduite, jusqu'à être supprimée⁴⁷.

B. Les différents cas de mauvaise exécution du contrat

1. L'exécution non diligente

L'exécution non diligente peut consister aussi bien en une action qu'en une inaction. Il peut s'agir d'une action entreprise en l'absence d'instructions du client⁴⁸ ou en violation de celles-ci⁴⁹. Il peut encore s'agir de l'oubli d'entreprendre ce qui était convenu ou qui aurait été nécessaire pour atteindre le but recherché. En matière de fiscalité, on peut donner les quelques exemples suivants tirés de la jurisprudence :

⁴⁵ ATF 134 III 438, consid. 3 = SJ 2009 I 77; CR CO I-CHAPPUIS, art. 66 N 3.

⁴⁶ Sur la suppression du droit aux honoraires lorsque les prestations sont inutilisables, ATF 124 III 423, consid. 4a.

⁴⁷ CR CO I-WERRO, art. 398 N 35.

⁴⁸ ATF 91 II 438.

⁴⁹ TF, 4A_351/2007.

- Oublier d’enregistrer des actes ce qui entraîne un surcoût d’impôts, lors de l’inscription ultérieure⁵⁰ ;
- Ignorer ou sous-évaluer la charge fiscale afférente à une opération, par méconnaissance des principes légaux et jurisprudentiels et de la pratique administrative⁵¹ ;
- Ne pas demander les documents nécessaires permettant de contrôler un décompte TVA⁵² ;
- Ignorer les conditions posées par l’administration pour une taxation intermédiaire suite à une réduction d’activité⁵³.

2. Le conseil inapproprié

Le conseil inapproprié est une forme de manquement au devoir de diligence ; il mérite cependant une place particulière dans la mesure où il ne s’agit pas de l’oubli d’une formalité à accomplir ou d’un acte clairement contraire à une obligation légale ou contractuelle. Le mandataire, à première vue, a correctement travaillé, mais est parvenu à un résultat qui ne procure pas au mandant les avantages auxquels il pouvait s’attendre.

Le mandataire ne garantit certes pas un résultat et l’échec de la mission qui lui a été confiée ne peut à lui seul engager sa responsabilité⁵⁴. On ne peut notamment pas reprocher toute mesure prise pour le client dont on réalise *a posteriori* qu’elle aurait provoqué ou permis d’éviter le dommage⁵⁵. L’opportunité des conseils prodigués ne relève pas de la science exacte ; il est inhérent à l’activité de conseil que l’évolution d’une affaire montre, avec le bénéfice du recul, le caractère inapproprié de certains choix.

En d’autres termes, le conseil ne doit pas être tenu pour inapproprié, lorsqu’il a été donné après prise en compte de l’ensemble des faits pertinents et des principes juridiques régissant le fond et la forme de l’affaire. Dans de telles conditions, le fait que le résultat soit décevant ou non conforme aux attentes ne constitue pas une violation du contrat.

En revanche, le mandataire qui suggère à son client des transactions non conformes à diverses normes légales viole son devoir de diligence⁵⁶. Il n’est pas nécessaire que le conseil inapproprié conduise à la condamnation du client. Il peut suffire, pour que le

⁵⁰ TF, 4A_34/2014.

⁵¹ ATF 128 III 22.

⁵² TF, 4A_506/2011.

⁵³ TF, 4A_63/2011.

⁵⁴ TF, 4A_506/2011, consid. 2.

⁵⁵ TF, 4P.317/2001, consid. 6; ATF 127 III 357, consid. 1b = JdT 2002 I 192.

⁵⁶ ATF 127 III 357 = JdT 2002 I 192.

mandataire manque à son devoir de diligence, qu'il provoque l'ouverture d'une enquête pénale contre son client, même si la procédure pénale est finalement classée⁵⁷.

La question de l'influence de la conscience du client de l'illégalité de l'opération, voire le fait qu'il l'ait lui-même réclamée, ne modifie pas le fait que l'activité du mandataire est non diligente puisqu'il fait partie de ses obligations de respecter la loi (*supra* III.C). En revanche, dans la mesure où le client a consenti à cette activité ou en a même été l'instigateur, ce dernier peut être privé du droit à toute indemnité en application de l'art. 44 al. 1 CO qui, par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO (*volenti non fit iniuria*), s'applique tant à la responsabilité délictuelle qu'à la responsabilité contractuelle⁵⁸.

3. La violation de l'obligation de confidentialité

La violation de l'obligation de confidentialité consiste à rendre public des secrets confiés par le mandant. Si la violation de l'obligation de secret imposée à certaines professions par l'art. 321 CP doit être intentionnelle pour entraîner une sanction contre son auteur, il n'en va pas de même de celle aux obligations découlant du CO – et de la loi administrative qu'il s'agisse d'avocats (art. 13 LLCA)⁵⁹ ou de banquiers (art. 47 LB) – qui peut engager la responsabilité civile ou administrative de leur auteur même en cas de négligence (art. 398 CO).

Dans ce domaine, la situation la plus commune est celle pour le mandataire à rendre accessible des informations sur la situation patrimoniale de son client que ce dernier avait cachées à l'administration⁶⁰. Il peut en découler une taxation d'arriérés d'impôts et le prononcé d'amendes à l'encontre du contribuable.

C. Le dommage de nature fiscale

1. La problématique du dommage de nature fiscale

La violation fautive de ses obligations contractuelles par le conseiller fiscal entraîne l'obligation de réparer le dommage causé, conformément aux art. 97, 398 ou 364 CO. Le mandant a droit à l'indemnisation de l'atteinte portée à son intérêt positif, soit l'intérêt qu'il avait à l'exécution correcte du mandat⁶¹. Classiquement, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement

⁵⁷ TF, 2C_878/2011, consid. 5.1.

⁵⁸ ATF 126 III 230, consid. 7a/bb ; CR CO I-WERRO, art. 44 N 3.

⁵⁹ Cf. CHAPPUIS, Profession d'avocat I, p. 116-117.

⁶⁰ Pour un tel cas en matière bancaire, ATF 115 II 72.

⁶¹ TF, 4A_506/2011, consid. 4.

dommageable ne s'était pas produit⁶². Cette atteinte se présente soit sous forme de perte effective soit sous celle d'un gain manqué⁶³.

Concernant la perte effective, cette dernière englobe tous les coûts que le contribuable doit supporter en relation avec l'erreur de son conseiller. Ainsi, lorsque l'impôt est dû dans une ampleur que le conseiller avait sous-évaluée, ou qu'il est dû plus tôt que prévu, le contribuable peut être contraint de le financer au moyen d'un emprunt. Les coûts additionnels en découlant donnent lieu à réparation, sans que cela ne soulève de questions particulières. En cela, la responsabilité du conseiller fiscal ne présente, dans son principe même, aucune spécificité remarquable.

L'élément qui recèle des singularités et des difficultés spécifiques à ce domaine d'activité est le dommage que l'on appellera purement fiscal, soit celui qui a trait au montant de l'impôt finalement à charge du contribuable. Les erreurs commises par le conseiller fiscal peuvent en effet provoquer des conséquences dommageables qui découlent de la simple application de la loi fiscale au contribuable : ce dernier doit payer des impôts auxquels il avait tenté de se soustraire, ou doit payer des impôts plus élevés que prévus, voire doit s'acquitter d'amendes pour ne pas avoir satisfait à temps à ses obligations légales.

Or il n'est nullement certain que de tels désavantages financiers répondent à la définition du dommage réparable. En effet, la doctrine et la jurisprudence sont d'avis qu'un contribuable frappé d'un rappel d'impôts ou d'une amende pour soustraction fiscale ne peut pas, par le biais d'une action en responsabilité civile, obtenir d'un tiers qu'il tient pour responsable la prise en charge du montant qu'il a dû payer à titre de rappel d'impôt, soit parce qu'il n'existe pas de dommage juridiquement réparable soit parce que la condition de la causalité adéquate fait défaut.

Il convient donc d'examiner ces questions en distinguant les impôts et l'amende, les problèmes juridiques soulevés n'étant pas identiques pour ces deux postes. Cependant, avant de s'intéresser à la réparation possible de telles diminutions patrimoniales, c'est à la description de leur mode d'apparition et à leurs spécificités qu'il faut se consacrer dans un premier temps.

⁶² ATF 129 III 331 c. 2.1 et les arrêts cités; CHAPPUIS, Dommages irréparables, N 45 ss.

⁶³ CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 34.

2. L'impôt en tant que diminution patrimoniale

a. Les différents cas de charges fiscales additionnelles liées à l'activité du conseiller

Le contribuable qui se plaint de l'activité de son conseiller fiscal peut être confronté à plusieurs conséquences différentes concernant sa situation fiscale. On peut retenir les principaux cas suivants :

- a) Un contribuable demande à son conseiller une estimation des conséquences fiscales d'une affaire qu'il a déjà personnellement initiée et reçoit l'indication erronée selon laquelle aucun impôt n'est dû.
- b) Le contribuable doit payer un impôt alors que son conseiller fiscal lui avait annoncé, en raison d'une mauvaise estimation ou d'une mauvaise structuration d'une opération, qu'il n'y aurait pas de taxation.
- c) Le contribuable doit payer un impôt plus élevé que celui que son conseiller fiscal lui avait annoncé en raison d'une mauvaise estimation ou d'une mauvaise structuration d'une opération.
- d) Le contribuable doit payer un impôt plus élevé que celui qu'il aurait dû, si le conseiller fiscal avait correctement accompli son mandat, notamment en procédant aux démarches nécessaires en vue d'une taxation, d'une exonération ou en procédant aux déductions auxquelles le contribuable avait droit.
- e) Le contribuable ne peut pas récupérer un remboursement d'impôt (TVA ou impôt anticipé).
- f) Le contribuable doit payer un impôt auquel il avait tenté d'échapper, par la voie de l'évasion, de la soustraction ou de la fraude fiscale.

Ces différentes situations, dans lesquelles le contribuable est amené à supporter un impôt dont il pourrait vouloir imputer la charge à son conseiller devront être distinguées lorsqu'il s'agira d'en apprécier le caractère réparable. Il est renvoyé au chapitre consacré à cette question (*infra* III.D.1.c.1).

b. L'origine de l'obligation fiscale du contribuable

Quel que soit l'état de fait qui provoque une procédure de taxation à l'égard du contribuable ou celle de redressement qui le vise, il faut en premier lieu constater que le montant des impôts finalement à la charge du contribuable trouve son fondement dans la situation patrimoniale (revenu et fortune) de ce dernier et non dans la faute d'un tiers, en

particulier d'un conseiller fiscal⁶⁴. Ce n'est en effet pas cette dernière qui crée la dette fiscale, mais bien la loi qui frappe d'un impôt une situation patrimoniale donnée ou certaines opérations. La faute d'un conseiller n'est ainsi pas susceptible de créer elle-même une dette fiscale à charge du client.

c. Le caractère involontaire du paiement des impôts

C'est non sans un certain humour que le Tribunal fédéral relève que « le paiement des impôts n'est pas une libéralité en faveur de la collectivité publique », ajoutant que « nul n'est censé payer volontairement ses impôts, même s'il se soumet à l'obligation fiscale ». Il en conclut à juste titre que « l'impôt entraîne donc une diminution involontaire du patrimoine »⁶⁵.

L'une des conditions de la réparation du dommage, à savoir son caractère involontaire⁶⁶, est donc remplie. Même si le paiement des impôts intervient par un comportement volontaire du contribuable qui instruit sa banque en ce sens, ce dernier agit en effet en fonction d'une obligation légale : il éteint une dette qu'il a envers l'Etat. Il faut dès lors admettre que le paiement n'est pas volontaire, partant, que la voie de la réparation est potentiellement ouverte si la faute d'un tiers, en particulier en conseiller fiscal, est en relation avec la taxation finalement décidée par l'administration.

d. Le moment de la naissance de la dette d'impôts

La dette d'impôts naît lorsque l'état de fait auquel la loi fiscale rattache l'apparition de cet impôt est réalisé⁶⁷. Si ce moment est variable, en particulier pour les impôts perçus par l'autorité (notamment les impôts directs sur le revenu et la fortune)⁶⁸, il n'en reste pas moins que « la décision de taxation ne fait que contrôler quelle est la quotité de la créance fiscale »⁶⁹. Ce n'est donc pas la taxation qui fait naître l'impôt⁷⁰.

Ce principe n'est pas remis en cause par une récente décision du Tribunal fédéral dans laquelle ce dernier considère que ce n'est qu'au moment de la décision de l'administration que le contribuable a une connaissance précise du montant de l'impôt

⁶⁴ TF, 2P.35/2006, consid. 2.1.

⁶⁵ TF, 4A_506/2011, consid. 4.

⁶⁶ ATF 129 III 331 consid. 2.1 et les arrêts cités. Sur la condition du caractère involontaire de la diminution patrimoniale et le caractère critiquable de cette exigence, CHAPPUIS, Moment du dommage, N 59 ss.

⁶⁷ ATF 122 II 221, consid. 4a ; BÉGUIN/STOYANOV, Créance d'impôt, p. 804.

⁶⁸ OBERSON, Droit fiscal suisse, § 25 N 2 ; BÉGUIN/STOYANOV, Créance d'impôt p. 804 ss.

⁶⁹ ATF 122 II 221, consid. 4a ; OBERSON, Droit fiscal suisse, § 25 N 2.

⁷⁰ Il ne faut pas confondre le moment de la naissance de la créance d'impôt avec celui de son exigibilité. S'ils peuvent être simultanés en matière de TVA, le second est généralement postérieur au premier pour les impôts perçus par l'autorité; cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, §25 N 3 et 4.

dû⁷¹. Cette considération a été émise par le Tribunal fédéral en relation avec le *dies a quo* faisant courir le délai de prescription de l'art. 60 al. 1 CO. Un contribuable tenait son notaire pour responsable de tout ou partie d'une taxation et les juges ont estimé que la connaissance de son dommage n'était devenue suffisante, au sens de la jurisprudence sur la prescription⁷², que lorsque l'administration avait rendu sa décision concernant l'impôt dû. Cette dernière n'avait pas fait naître la dette fiscale ; elle avait en revanche renseigné le contribuable sur sa quotité exacte. Ce n'est donc qu'à partir de la taxation qu'avait commencé à courir le délai de prescription de l'action civile en réparation du dommage.

3. L'amende en tant que diminution patrimoniale

Par amende il faut entendre la peine pécuniaire à laquelle est condamné le contribuable qui a violé la loi (cf. art. 186 al. 1 et 187 al. LFID ; art. 59 al. 1 LHID). Elle se distingue donc du rappel d'impôts qui a pour but de permettre à l'Etat de percevoir les impôts qui ne l'ont pas été (art. 151 al. 1 LIFD ; art. 53 LHID).

Il s'agit d'une véritable peine qui ne peut être infligée au contribuable que s'il a commis une faute personnelle⁷³.

Il faut encore ranger parmi les peines les majorations fiscales, prononcées par l'administration lorsque le droit fiscal cantonal le prévoit. Il faut distinguer ces majorations des rappels d'impôts : elles n'ont en effet pas qu'une fonction compensatoire, mais constituent de véritables peines réprimant l'infraction réalisée. Elles sont calculées conformément aux règles fixant la quotité de l'amende pour soustraction d'impôt (art. 175 al. 2 LIFD, art. 56 al. 1 LHID), de sorte qu'elles équivalent à des amendes⁷⁴.

4. Le gain manqué en tant que diminution patrimoniale

a. Le principe de la réparation du gain manqué

L'erreur du conseiller peut avoir pour conséquence que le contribuable ne réalise pas un gain sur lequel il pouvait compter. Le cas principal auquel on peut songer est celui du contribuable qui n'entreprend pas une opération censée être profitable, en raison du coût fiscal qu'elle engendrerait, selon l'estimation du conseiller.

Le contribuable pourra théoriquement réclamer le bénéfice qu'il n'a pu réaliser, si l'estimation se révèle finalement trop élevée et qu'il peut démontrer que, s'il avait connu le montant réel de la taxation, il aurait entrepris l'opération projetée. La situation se

⁷¹ TF, 4A_34/2014, consid. 5.2.

⁷² ATF 131 III 61, consid. 3.1.

⁷³ ATF 134 III 59, consid. 2.3.5 ; TF, 4A_491/2013, consid. 2.4.2.

⁷⁴ TF, 4A_491/2013, consid. 2.3 ; 2P.215/2002, consid. C.

présente dans des termes similaires, si le contribuable met fin à une activité profitable, en raison des avis délivrés par son conseiller.

Un tel gain manqué, dans son principe, entre incontestablement dans le cadre du dommage juridiquement réparable. Le contribuable n'est cependant nullement certain d'être indemnisé du seul fait qu'il subit une perte de gain ; la question délicate à résoudre est en effet celle du lien de causalité dont la preuve est la charge du contribuable. Ce dernier doit tout d'abord démontrer quel aurait été son comportement s'il avait été correctement renseigné. Il doit ensuite prouver quelle aurait été l'évolution économique de l'affaire affectée par le conseil erroné. Il est renvoyé sur ce point au chapitre traitant du lien de causalité (*infra*, D.2).

b. La théorie de la perte d'une chance

On pourrait également considérer la réparation du gain manqué, éprouvé par le contribuable, par le biais de la théorie de la perte d'une chance. Développée pour apprécier les cas où, selon les termes du Tribunal fédéral⁷⁵, « le fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire l'enrichissement ou l'appauvrissement de la personne concernée », elle tend à indemniser la perte de « la chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice »⁷⁶.

Un long débat relatif à l'indemnisation de la perte d'une chance s'est ouvert en Suisse depuis de nombreuses années et a fait l'objet d'études approfondies⁷⁷. Il a trouvé un épilogue, à tout le moins jurisprudentiel, en 2007 par une décision du Tribunal fédéral qui a rejeté sans ambiguïté l'application de cette théorie en droit suisse : « Vu son caractère dynamique ou évolutif, la chance n'est pas destinée à rester dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue »⁷⁸.

Si l'on peut regretter cette fermeture de la jurisprudence à l'égard d'un système admis à des degrés divers dans de nombreux pays européens⁷⁹, on doit en prendre acte : pour l'heure, la perte d'une chance n'ouvre pas la voie d'une indemnisation spécifique du gain potentiellement manqué par le contribuable, suite à l'erreur de son conseiller fiscal.

⁷⁵ ATF 133 III 462 c. 4.2.

⁷⁶ THÉVENOZ, Perte d'une chance, p. 24.

⁷⁷ Principalement, MÜLLER, Perte d'une chance.

⁷⁸ ATF 133 III 462, consid. 4.4.3.

⁷⁹ KADNER, Perte d'une chance, p. 230 ss ; Pour une présentation de la théorie de la perte d'une chance et des opinions doctrinales développées sur le sujet, CHAPPUIS, Dommage irréparables, N 11 ss et 65 ss.

D. La réparation du dommage et la problématique du lien de causalité

1. En ce qui concerne les impôts

a. Les règles générales sur l'action et l'omission

Avant toute autre considération relative à la réparation du dommage découlant du paiement d'impôt, il faut se rappeler que les manquements du conseiller fiscal consistent fréquemment en une omission, tels l'oubli d'informer le client de certains risques⁸⁰ ou l'omission d'entreprendre à temps pour le compte du client des démarches légales (réclamation, recours, etc.⁸¹).

Dans l'ordre naturel des choses, une omission n'est en elle-même pas propre à entraîner la survenance d'un dommage. Ce n'est pas le comportement du conseiller fiscal qui a pour résultat que le contribuable doit payer un impôt ou ne peut récupérer celui payé en avance ou en trop. C'est le système de loi qui le provoque, système aux conditions duquel le contribuable n'a pas satisfait.

En revanche, une action du mandataire aurait pu empêcher la survenance de ces événements financièrement désavantageux pour le client pour permettre à ce dernier de faire des choix quant aux risques qu'il était prêt à prendre. C'est alors par le biais de la notion de la causalité hypothétique qu'il faut procéder, dès l'instant où l'on a déterminé que le débiteur poursuivi avait une obligation d'agir qu'il n'a pas respectée⁸². La question se pose alors en ces termes : si le mandataire avait agi conformément à sa mission contractuelle, alors le contribuable n'aurait pas eu à payer des impôts ou aurait pu en obtenir le remboursement.

L'existence d'un lien de causalité hypothétique ne doit être admise que lorsqu'il est hautement vraisemblable que le dommage ne serait pas survenu si le débiteur avait agi correctement⁸³.

⁸⁰ TF, 4A_38/2008.

⁸¹ Situation qui est proche de celle dans laquelle un mandataire néglige d'interrompre la prescription ; cf. TF, 4A_329/2009 et 4A_369/2009, consid. 3.2.

⁸² CHAPPUIS, Profession d'avocat II, p. 198 ; CHAPPUIS, Moment du dommage, N 265 ss ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 41.

⁸³ ATF 124 III 155, consid. 3d. ; 121 III 358, consid. 5 = JdT 1996 I 66 ; 127 III 357, consid. 2c = JdT 2002 I 192 ; 127 III 357, consid. 1a = JdT 2002 I 192 ; 115 II 440, consid. 6a ; TF, 4C.229/2000.

b. Le principe de la non-réparation du dommage résultant d'une taxation

Dans le contexte de la responsabilité du conseiller fiscal, la question du lien de causalité peut se poser en des termes délicats.

Cette difficulté est certes fréquente en matière de contrat de mandat dans le contexte duquel le demandeur doit établir ce qu'il aurait fait si le conseil reçu de son cocontractant avait été le bon. Le juge doit alors poser une série d'hypothèses concernant aussi bien le comportement même du demandeur que l'évolution de son patrimoine, ce qui rend la détermination du lien de causalité difficile⁸⁴.

Cela dit, le dommage fiscal présente des spécificités sur lesquelles il faut s'arrêter, en distinguant la nature des conséquences patrimoniales auxquelles le contribuable est exposé en raison du manquement contractuel de son conseiller fiscal. En effet, lorsque le contribuable doit payer un impôt auquel il pensait ne pas être soumis selon les indications données par son conseiller fiscal ou auquel il avait tenté d'échapper (évasion fiscale, soustraction ou fraude fiscale, *supra* I.C), cet impôt ne peut pas en lui-même constituer un dommage juridiquement réparable.

Pour les raisons analysées ci-dessus, le paiement des impôts est en effet souvent impropre à causer, en lui-même, une diminution patrimoniale juridiquement réparable ; celle dont souffre le contribuable naît dès le moment où naît dans son patrimoine, de par la loi, une dette d'impôts envers la collectivité publique et non pas au moment où il acquitte cette dernière (*supra* III.C.2.d). Or il découle de la théorie générale de la responsabilité que lorsqu'il consiste en une augmentation du passif, le dommage survient à la naissance de la dette et non au moment du paiement de celle-ci⁸⁵. Une fois la dette acquittée, le paiement effectué, ce sont les liquidités du débiteur qui sont affectées, mais non son bilan.

Cela a pour conséquence que, si le manquement du conseiller a pour seul effet de provoquer une décision de taxation qui oblige le contribuable à payer ce qui était en tout état dû aux termes de la loi, ce dernier ne peut pas prétendre que la diminution patrimoniale dont il souffre a pour origine le manquement de son cocontractant. Le dommage n'est ainsi, en principe, pas réparable parce que ne résultant pas de la violation du contrat.

Une telle situation se présente en particulier lorsque le mandant fait l'objet d'une taxation suite à une violation du devoir de confidentialité du mandataire, violation grâce à

⁸⁴ Pour un exemple d'une telle analyse, TF, 4A_38/2008, consid. 2.3. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral détermine quelle aurait été l'évolution d'une entreprise, de toute manière déficitaire, si le conseil donné avait été diligent.

⁸⁵ ATF 116 II 441 consid. 3aa = JdT 1991 I 166 ; CHAPPUIS, Moment du dommage, N 227.

laquelle l'administration prend connaissance d'éléments de revenus ou de fortune que le contribuable lui avait cachés.

c. Les exceptions au principe de la non-réparation du dommage fiscal

1. La typologie des impôts additionnels et leur réparation

Le principe de non-réparation ne va cependant pas sans exceptions.

Le dommage purement fiscal subi par le contribuable n'est pas limité au paiement de ce qui aurait de toute manière été dû aux termes de la loi alors que le contribuable pensait ne pas devoir en payer. Ce dernier peut également être amené à payer un impôt plus élevé que celui que son conseiller fiscal lui avait annoncé ou que celui qu'il aurait dû payer, si le conseiller fiscal avait correctement accompli son mandat (*supra* III.C.2). Le Tribunal fédéral retient que la différence entre les impôts effectivement payés et ceux moins importants que la contribuable aurait payés en cas d'exécution correcte du mandat constitue un dommage réparable⁸⁶.

Cette conclusion mérite cependant une analyse critique, afin d'en apprécier la véritable portée. En effet, le fait que l'impôt finalement payé soit supérieur à celui annoncé par le conseiller ne lève pas l'objection faite précédemment quant à la cause de la diminution patrimoniale du contribuable : la cause de cette diminution est bien la loi fiscale et non le comportement fautif du conseiller. Cela reste vrai en cas de sous-estimation fiscale : si l'impôt se révèle finalement plus élevé qu'annoncé, la part supplémentaire d'impôt trouve sa source non dans l'avis du conseiller mais bien dans la loi fiscale elle-même. Il en résulte que le supplément d'impôt n'est pas plus réparable que l'impôt lui-même.

L'hypothèse visée par le Tribunal fédéral dans cet arrêt est en réalité plus complexe : elle vise des situations qui peuvent se présenter aussi bien lorsque le contribuable doit payer un impôt – alors qu'il pensait n'en point devoir – que lorsqu'il en paie plus que ce à quoi il s'attendait, hypothèse prise en compte par le Tribunal fédéral dans son raisonnement. Le Tribunal fédéral laisse comprendre que toute la charge fiscale inattendue serait susceptible d'être mise à la charge du conseiller responsable. On ne voit à vrai dire pas pourquoi il en irait ainsi sans autre considération. On peut distinguer les quatre situations principales suivantes :

- a. Le conseiller fiscal est consulté par un contribuable qui lui expose une situation existante et veut simplement connaître le montant des impôts y afférents ; par erreur le conseiller fiscal annonce un montant inférieur à celui effectivement dû par le contribuable.

⁸⁶ TF, 4A_63/2011, consid. 3.1.

Dans cette hypothèse, le contribuable paie finalement ce à quoi il était obligé de par la loi, l'erreur du conseiller restant sans effet sur la naissance de la dette fiscale. Le montant effectif de l'impôt crée, à n'en pas douter, une déception chez le contribuable qui s'attendait à payer moins, mais non un dommage réparable.

- b. Le conseiller fiscal est consulté par un contribuable qui entend entreprendre une opération, effectuer une transaction ou cesser une activité donnant matière à taxation ; il structure et effectue son plan selon l'avis de son conseiller. Il s'avère finalement que le conseil était erroné et que l'impôt prélevé est supérieur à ce qu'il aurait pu être si l'affaire avait été structurée différemment.

Dans cette situation, le contribuable s'est engagé dans une opération et l'a structurée d'une façon conforme aux recommandations de son conseiller, recommandations qui se sont révélées inappropriées. Ce sont ces recommandations qui ont provoqué le surplus d'impôts qui aurait pu être évité par une structuration différente de l'opération. Le comportement fautif du conseiller est ici la cause du montant additionnel d'impôt de sorte que ce dernier constitue un dommage réparable.

- c. Le conseiller fiscal est consulté par un contribuable qui entend entreprendre une opération donnant matière à taxation ; sur la base de l'indication reçue, le contribuable va de l'avant pour découvrir, finalement, que l'impôt est plus élevé qu'annoncé. Le contribuable peut démontrer que, s'il avait connu le montant exact des impôts, il aurait purement et simplement renoncé à l'opération en cause en raison de la lourdeur de la charge fiscale.

Ce cas est analogue au précédent : la charge fiscale ne serait pas survenue sans l'erreur du conseiller de sorte que ce dernier est tenu à indemnisation. Cependant, dans une telle situation, le lésé doit se laisser imputer les avantages qu'il a retirés de la situation dommageable (*compensatio lucri cum damno*)⁸⁷, à savoir les avantages procurés par le fait générateur de responsabilité ou en rapport avec ce dernier⁸⁸. Ils peuvent consister en gains obtenus grâce au fait générateur de responsabilité ou d'économies que le lésé a réalisées grâce à lui⁸⁹. Si l'opération ayant donné lieu à taxation lui a procuré un bénéfice, le contribuable doit l'imputer sur le dommage dont il demande réparation.

- d. Le conseiller fiscal omet d'entreprendre pour son mandant une démarche sujette à taxation. Lorsque cette démarche est finalement effectuée, la charge fiscale est plus lourde qu'elle ne l'aurait été si le conseiller avait agi à temps.

⁸⁷ WERRO, Responsabilité civile, N 995 ss ; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht, p. 265 et ss.

⁸⁸ ATF 112 Ib 332, consid. 5a.

⁸⁹ ATF 128 III 22, consid. e/cc ; TF, 4C.193/2001, consid. 3.1.

L'impôt effectivement payé n'était pas dû en tout état par le contribuable. Il l'a été en raison de la négligence du conseiller. Sans cette dernière, le contribuable aurait fait face à une taxation inférieure. L'erreur est la cause de la diminution patrimoniale du contribuable qui subit un dommage, au sens juridique du terme, dont il peut demander réparation à son cocontractant⁹⁰.

2. *Le non-remboursement d'impôts en tant que dommage réparable*

En matière de TVA, le contribuable assujéti peut déduire les impôts préalables, soit ceux qui ont déjà grevé les biens et services qu'il a acquis pour effectuer sa propre prestation (art. 28 LTVA)⁹¹. Encore faut-il que le contribuable effectue les formalités nécessaires, notamment l'établissement d'une facture conforme aux exigences de l'art. 26 LTVA⁹². Si le mandataire en charge de ces formalités commet des erreurs qui ont pour conséquence que l'impôt préalable ne peut pas être récupéré par le contribuable, la part non récupérée de cette dernière constitue un dommage réparable⁹³. Il n'est en effet pas douteux que c'est le comportement fautif du conseiller fiscal qui empêche le remboursement de l'impôt de sorte que le contribuable subit une charge fiscale excessive.

Une situation similaire se présente en matière d'impôt anticipé qui est remboursé au contribuable (art. 21 ss LIA) lorsque celui-ci a, en particulier, correctement exécuté ses obligations de déclaration de ses revenus. Le comportement fautif du mandataire peut entraîner la déchéance du droit au remboursement de l'impôt anticipé et, partant, l'obligation de réparer le préjudice subi par le contribuable.

2. **La question de la causalité en matière de gain manqué**

a. **La nécessité d'un lien de causalité hypothétique**

Lorsque la violation du contrat consiste en un renseignement inexact ou la violation du devoir d'information, le lésé doit démontrer ce qu'il aurait fait s'il avait été dûment informé ou renseigné et quelle aurait été l'évolution patrimoniale qui en aurait résulté pour lui. Il doit ainsi établir une causalité hypothétique entre la violation du contrat et le dommage dont il entend obtenir la réparation (cf. *supra* n. 82 et 83).

Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir s'il ne faudrait pas, dans une telle situation, instituer un renversement du fardeau de la preuve qui aurait pour effet de

⁹⁰ TF, 4A_34/2014.

⁹¹ OBERSON, Droit fiscal suisse, § 16 N 297.

⁹² Sur les exigences de forme découlant de la LTVA, cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, § 16 N 300 ss.

⁹³ TF, 4A_506/2011, consid. 5.

mettre à charge du mandataire la preuve que le dommage serait survenu même s'il avait correctement agi⁹⁴.

b. L'influence de la fiscalité sur les choix du contribuable

L'importance de la fiscalité est aujourd'hui telle que l'impact de cette dernière influence fréquemment les choix des particuliers et des entreprises quant au lieu, au moment et à la forme juridique des actions et activités qu'ils entreprennent.

Dans de telles conditions, le conseil fiscal peut revêtir un rôle déterminant, jusqu'à devenir véritablement causal dans le comportement de la personne qui le sollicite, cette dernière adaptant ses choix aux conséquences fiscales qu'ils impliquent. La question qui se pose alors est celle de savoir quel est le lien de causalité entre l'appréciation de la situation fiscale émise par le conseiller d'une part et le comportement adopté par le mandant et la perte patrimoniale qui en résulte d'autre part.

Un récent arrêt du Tribunal fédéral ainsi que la décision rendue par ce dernier sur demande de révision mettent bien en évidence les enjeux de cette problématique⁹⁵. L'affaire présente l'intérêt d'illustrer la difficulté qu'il y a à cerner le dommage provoqué par une violation contractuelle de même qu'à établir un lien de causalité entre les deux. Il vaut donc la peine de s'arrêter en détail sur les faits à la base du litige soumis au Tribunal fédéral et à la solution que ce dernier y a apporté.

Un médecin vaudois de soixante-deux ans consulte une fiduciaire qui lui indique que, s'il réduit son activité d'au moins un tiers avant le 31 décembre de l'année en cours, il pourra bénéficier d'une taxation intermédiaire ; une telle façon de faire aurait pour avantage – explique le conseiller fiscal – d'éviter une taxation des revenus des deux dernières années ayant précédé la réduction de l'activité professionnelle, et rendant non imposables les revenus obtenus les deux années suivantes.

Fort de ce conseil, le médecin réduit son activité dès le mois de mai de l'année en cours puis demande à la fiduciaire d'obtenir une taxation intermédiaire en effectuant les démarches nécessaires auprès de l'administration fiscale. Cette dernière refuse cependant d'entrer en matière, les conditions fixées pour une taxation intermédiaire n'étant pas réunies. En effet, une réduction du temps de travail à moins d'un tiers de l'activité normale ne permet pas d'obtenir une taxation intermédiaire, seule une réduction du revenu professionnel à moins de dix pour cent du rendement antérieur étant susceptible de fonder une telle taxation.

⁹⁴ ATF 124 III 124 III 155, consid. 3d = SJ 1998 689 ; TF, 4A_38/2008, consid. 2.2.

⁹⁵ TF, 4A_63/2011 et 4F_15/2011.

Il s'ensuivit un litige entre le médecin et la fiduciaire, le premier rendant la seconde responsable d'un dommage éprouvé en raison du conseil fiscal erroné d'une part et refusant de payer le solde d'honoraires dus d'autre part.

Le dommage dont le médecin demande réparation inclut principalement le gain manqué entre le moment auquel il a diminué son activité et celui auquel il a cessé définitivement de travailler, gain diminué des impôts additionnels afférents à ces revenus supplémentaires.

Le Tribunal fédéral fait le constat, d'entrée de cause, que le conseil fiscal donné au médecin ne reposait sur « aucun fondement juridique consistant » et que la stratégie proposée par la fiduciaire comportait des risques et des incertitudes importants qu'elle n'avait pas pris en considération⁹⁶. La violation du contrat était donc incontestable.

Restait alors à savoir s'il existait un dommage qui était en relation de causalité avec cette violation, thèse que le Tribunal fédéral a rejetée pour les motifs suivants :

« La réduction de l'activité professionnelle en raison de l'âge, d'ordinaire importante et définitive, est un choix de vie influencé par de multiples considérations personnelles et patrimoniales. La demanderesse n'avait aucune compétence particulière pour conseiller son client sur le principe d'une réduction de son activité et elle était consultée exclusivement sur l'aspect fiscal de cette réduction; le défendeur ne cherchait pas à savoir s'il devait réduire son activité, mais comment il pouvait économiser des impôts ».

Le raisonnement du Tribunal fédéral doit être approuvé dans son principe : ce n'est, à l'évidence, pas sur la base de seules considérations fiscales que l'on décide de prendre sa retraite ; un conseiller fiscal ne peut donc pas être tenu pour responsable de toute perte de gain résultant de la cessation – qui se révèle inopportune – de l'activité du mandant, même si des considérations fiscales – erronées – ont joué un rôle dans sa prise de décision.

La faiblesse de la thèse du demandeur ne résidait donc pas dans le fait qu'il tenait son conseiller pour contractuellement responsable du conseil erroné, mais bien dans la nature et la quotité du dommage qu'il lui réclamait. Les deux postes de dommage auxquels il aurait pu prétendre étaient les suivants :

- la différence entre les impôts effectivement payés et ceux qui auraient résulté de l'exécution correcte du mandat, poste de dommage expressément mentionné par le Tribunal fédéral⁹⁷ ;

⁹⁶ TF, 4A_506/2011, consid. 4.

⁹⁷ TF, 4A_506/2011, consid. 5.

- le gain manqué pendant l'exercice fiscal dans lequel il avait réduit son activité, pour autant qu'il puisse démontrer que, afin de bénéficier d'un avantage fiscal supposé mais en réalité inexistant, il avait arrêté plus tôt dans l'année qu'il ne l'aurait spontanément fait.

Or le demandeur demandait à être indemnisé de la diminution de ses gains entre le moment où il réduisit son activité – en 2001 – et le moment où il cessa finalement toute activité – en 2004. Il est indéniable que cette cessation d'activité intervient à ce moment-là plutôt qu'à un autre, de la seule volonté du contribuable pour des motifs qui lui étaient propres ; cela aurait pu être avant comme après. Dans ce contexte, force est d'admettre que nul n'obligeait ce médecin à conserver une activité réduite, dès l'instant qu'il avait constaté que le conseil de sa fiduciaire était inexact et qu'il ne pourrait pas bénéficier de la taxation intermédiaire qu'il souhaitait. C'est finalement au motif que la perte de revenu du médecin était volontaire que le Tribunal fédéral conclut qu'elle ne constituait pas un dommage juridiquement réparable⁹⁸.

Du reste des considérants de la décision du Tribunal fédéral, on comprend surtout que cette perte de revenus ne trouvait pas sa cause réelle dans le conseil inexact de la fiduciaire mais bien dans le choix de vie auquel le mandant avait procédé. C'est en réalité bien en raison de l'absence de lien de causalité entre l'erreur et de la fiduciaire et le préjudice dont se plaignait le mandant que la prétention de ce dernier a été finalement rejetée.

L'enseignement que l'on peut tirer de cet arrêt est que le dommage dont le contribuable demande réparation doit être strictement circonscrit à ce qui découle effectivement de l'activité erronée du conseiller. Même si la fiscalité joue un rôle important dans les réflexions et les plans des justiciables, il n'en reste pas moins qu'elle n'est souvent qu'un élément parmi d'autres qui va conduire à la prise de décision du mandant.

Cela dit, il est exact que le choix du moment précis – début ou fin d'une année par exemple – auquel la retraite intervient, alors même que la décision d'arrêter de travailler est prise dans son principe, est souvent influencé par les conséquences fiscales qui en découlent. Dans ce contexte précis, il faut admettre que le conseiller fiscal est directement responsable de la perte de gain du contribuable durant l'exercice fiscal sur lequel son avis a porté lorsque l'arrêt prématuré de l'activité résulte de l'erreur du conseiller.

⁹⁸ Sur la question du caractère involontaire du dommage, cf. *infra* n. 66.

3. En ce qui concerne l'amende

a. Le caractère personnel de la sanction

1. *L'exigence d'une faute personnelle pour le prononcé d'une sanction*

Le principe sur lequel il faut se fonder, pour s'interroger sur la possible réparation du montant de l'amende par un tiers, est celui du caractère personnel de la sanction pénale prononcée contre un justiciable⁹⁹ : ce qui est sanctionné c'est un manquement qui peut être directement attribué à la personne du contribuable

On ne peut donc concevoir une amende qui frapperait un contribuable ayant manqué à ses obligations fiscales mais qui serait en mesure d'établir que cela est survenu sans faute de sa part. Ce constat pose la question d'une éventuelle erreur de droit du contribuable, agissant sur recommandation de son conseiller, question qui sera examinée ci-après (*infra* D.3.c).

2. *Les deux formes de la faute : l'intention et la négligence*

Ainsi que cela ressort des différents textes légaux régissant les obligations fiscales, une sanction ne peut en effet être infligée au contribuable qui n'a pas respecté ses obligations fiscale les plus importantes¹⁰⁰, que ce soit intentionnellement ou par négligence¹⁰¹.

Les notions d'intention et de négligence dans les lois fiscales sont similaires à celles du CP (art. 333 CP) ; la négligence de l'art. 175 LIFD est ainsi identique à celle de l'art. 12 CP.

Le comportement intentionnel du contribuable peut notamment consister en une omission, par exemple celle qui consiste à ne pas annoncer certains éléments de revenu dont il a connaissance. L'intention de soustraire est donnée lorsque le contribuable pouvait se rendre compte immédiatement, ou avec l'attention commandée par les circonstances, de l'insuffisance des indications qu'il a données¹⁰². Le Tribunal fédéral pose une présomption selon laquelle la preuve d'un comportement intentionnel doit être considérée comme apportée lorsqu'il est établi que le contribuable était conscient que les indications fournies étaient erronées ou incomplètes. Le Tribunal fédéral considère que, si cette conscience est établie, il faut admettre qu'il a volontairement cherché à induire les autorités fiscales en erreur, afin d'obtenir une taxation moins élevée ou du moins qu'il a agi par dol

⁹⁹ TF, 2P.35/2006, consid. 2.2 ; ATF 123 IV 254, consid. 1 ; ATF 115 II 72, consid. 3a ; T. KOLLER, *Strafsteuern* 2008, passim.

¹⁰⁰ Pour une présentation des diverses infractions, cf. TORRIONE, *Infractions fiscales*, passim et BUGNON/BÉGUIN, *Droit pénal fiscal*, p. 25-26.

¹⁰¹ ATF 134 III 59, consid. 2.3.5 ; TF, 4A_491/2013, consid. 2.4.2.

¹⁰² CR LIFD-ALTHAUS-HOURIET, art. 124 N 4.

éventuel¹⁰³. Il n'y a que peu de place pour la remise en cause de cette présomption, « car l'on peine à imaginer quel autre motif pourrait conduire un contribuable à fournir au fisc des informations qu'il sait incorrectes ou incomplètes »¹⁰⁴.

Pour être punissable par négligence, l'auteur doit ne pas avoir usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle. En matière fiscale, il faut garder à l'esprit que l'art. 126 al. 1 LIFD dispose que « le contribuable doit faire tout ce qui est nécessaire pour assurer une taxation complète et exacte ». Il en va de même de l'art. 42 al. 1 LHID. La jurisprudence de préciser quant à elle que « si le contribuable a des doutes sur ses droits ou obligations, il doit faire en sorte de lever ce doute ou, au moins, en informer l'autorité fiscale »¹⁰⁵.

b. Le caractère non réparable de l'amende

Savoir si une amende à laquelle une personne a été condamnée peut constituer un dommage juridiquement réparable par un tiers – processus que la doctrine alémanique désigne par le terme « *Abwälzbarkeit*¹⁰⁶ » – a donné lieu en 1989 à une décision fondamentale du Tribunal fédéral, rendue dans le contexte d'une violation supposée du secret bancaire. Un citoyen français, amendé par les autorités douanières de son pays pour avoir détenu des comptes en Suisse contrairement à la législation française, avait demandé réparation à la banque suisse dont l'un des employés était soupçonné d'avoir – en violation des règles sur le secret bancaire – révélé cette infraction. Il prétendait être indemnisé par la banque de l'amende dont il avait dû s'acquitter. Sa demande fut rejetée en raison du fait qu'une amende est une sanction personnelle destinée à punir l'auteur d'une infraction en lui faisant subir une diminution de son patrimoine. On ne saurait dès lors admettre que cette charge patrimoniale soit attribuée à un tiers par le biais d'une action en responsabilité¹⁰⁷.

Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal fédéral s'est référé à l'une de ses anciennes décisions dans laquelle il avait déjà relevé qu'une amende n'est pas une simple créance de l'Etat contre un particulier mais est bien « une peine et comme telle destinée à faire mal au condamné pour le punir de son délit et contribuer à son amendement »¹⁰⁸. Il en avait déduit que l'engagement contractuel qui consisterait à prendre en charge l'amende de son cocontractant était nul conformément à l'art. 20 CO. Cette décision reprenait elle-même un principe énoncé quelques années auparavant dans une décision où le Tribunal

¹⁰³ TF, 2C_907/2012, consid. 5.4.1.

¹⁰⁴ TF, 2A.351/2002, consid. 3.3.

¹⁰⁵ ATF 135 II 86, consid. 4.3.

¹⁰⁶ T. KOLLER, *Strafsteuern* 2008 1299. On peut tenter de traduire « *Abwälzbarkeit* » par le néologisme de « répercutabilité » de l'amende sur un tiers.

¹⁰⁷ ATF 115 II 72, consid. 75.

¹⁰⁸ ATF 86 II 71, consid. 4 = JdT 1960 I 586.

fédéral avait retenu qu'il n'était juridiquement pas admissible qu'un coauteur prenne à sa charge la peine infligée à l'autre auteur de l'infraction¹⁰⁹.

Par la suite, le Tribunal fédéral a semblé prêt à tempérer ces principes absolus en se référant à des avis de doctrine¹¹⁰ admettant une exception lorsque le contribuable, sans faute personnelle, a commis un délit fiscal parce qu'il n'a pas été correctement informé par son conseiller¹¹¹. Cette exception ne devrait cependant pas s'appliquer, ajoutait le Tribunal fédéral, « lorsque le contribuable aurait dû, même sans le comportement du conseiller, se rendre compte du délit fiscal et ne pas le commettre »¹¹².

Dans un arrêt subséquent (non publié aux ATF)¹¹³, le Tribunal fédéral a cependant clairement indiqué que, dans l'ATF 134 III 59, il n'avait nullement fait siens les avis de doctrine mais qu'il s'était contenté de les mentionner dans ce qu'il qualifie d'*obiter dictum*.

Le raisonnement suivi est que, selon le droit actuel, l'exigence d'une faute personnelle vaut pour les peines fiscales de sorte qu'on ne peut pas concevoir qu'un contribuable condamné à une amende fiscale n'ait pas commis de faute. Une telle amende n'aurait pas été prononcée dans l'hypothèse d'une faute exclusive du conseiller fiscal, en l'absence de toute faute de la part du contribuable. C'est donc une faute personnelle du contribuable qui a été sanctionnée ; il ne peut en demander l'indemnisation à son conseiller, même si ce dernier est également fautif.

c. Les conséquences d'une erreur sur l'illicéité

En recourant aux services d'un conseiller fiscal, le contribuable cherche généralement à agir aux mieux de ses intérêts patrimoniaux, mais en conformité avec la loi, sauf naturellement lorsqu'à dessein il charge son conseiller de poursuivre un but illicite (sur ce point, *supra* I.C). Cette dernière question n'entre pas en ligne de compte ici. Dans ces conditions, il peut paraître choquant que, si son conseiller se trompe, le contribuable soit non seulement frappé d'une amende mais que, en plus, il ne puisse lui en répercuter le poids financier par le biais d'une action en responsabilité.

Cette question trouve sa réponse à l'art. 21 CP qui, sous le titre « Erreur sur l'illicéité », dispose que « quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable ». Le Tribunal fédéral a eu, à quelques rares reprises, l'occasion de se prononcer sur l'effet pénal des conseils prodigués par un conseiller juridique à l'auteur d'une infraction :

¹⁰⁹ ATF 79 II 151.

¹¹⁰ T. KOLLER, *Steuern* 2004, p. 202 ss.

¹¹¹ ATF 134 III 59 = SJ 2008 I 169, consid. 2.3.5.

¹¹² ATF 134 III 59 = SJ 2008 I 169, consid. 2.3.5.

¹¹³ TF, 4A_491/2013, consid. 2.4.

« Il faut reconnaître exceptionnellement à l'auteur le bénéfice de l'erreur de droit lorsqu'il y a un problème d'ordre juridique de nature particulièrement complexe (...) et que l'auteur, ne pouvant résoudre seul la question, s'est adressé à cet effet à un conseiller juridique. Il faut admettre dans de telles circonstances que l'auteur a été privé de la possibilité d'apprécier le caractère illicite de son acte (RO 92-IV-74 = JdT 1966 IV 70) et qu'aucun reproche ne peut lui être adressé »¹¹⁴.

Le Tribunal fédéral précise cependant que, pour que l'erreur de droit puisse être considérée, le conseiller doit avoir examiné les éléments de fait connus de l'auteur de l'infraction sous tous leurs aspects juridiques.

Les questions fiscales présentant souvent un degré de technicité élevé, on doit admettre que la première condition posée par le Tribunal fédéral à l'admission de l'erreur sera dans bien des cas remplie. Le contribuable, incapable de déterminer lui-même ses obligations fiscales, est fondé à s'en remettre aux conseils d'un conseiller spécialisé.

En revanche, plus délicate est la question de savoir si le contribuable avait des raisons suffisantes de croire que son comportement était licite. C'est le lieu de rappeler que la législation fiscale et la jurisprudence y afférente sont sévères à l'égard du contribuable : l'art. 126 al. 1 LIFD dispose que « le contribuable doit faire tout ce qui est nécessaire pour assurer une taxation complète et exacte », alors que la jurisprudence pose même une présomption de comportement intentionnel lorsque le contribuable est conscient que les indications fournies étaient erronées ou incomplètes¹¹⁵ (*supra* III.D.3.2). Pour qu'une erreur sur l'illicéité puisse être retenue au sens de l'art. 21 CP, la violation de la loi fiscale doit véritablement apparaître comme la conséquence de l'erreur du seul conseiller, erreur dont le contribuable ne pouvait pas se rendre compte.

Quoi qu'il en soit, il faut constater que cette question reste de toute manière sans influence directe sur l'imputabilité de l'amende prononcée contre le contribuable. Deux hypothèses sont à distinguer :

- Le contribuable n'a pas commis de faute personnelle, condition nécessaire au prononcé d'une sanction¹¹⁶ (*supra* III.D.3.a.1) et peut en conséquence se prévaloir de son erreur sur l'illicéité conformément à l'art. 21 CP ; il échappera à l'amende de sorte qu'il n'est évidemment pas question d'imputer le charge d'une amende inexistante au conseiller fautif.

¹¹⁴ ATF 98 IV 293, consid. 4a = JdT 1973 IV 143.

¹¹⁵ TF, 2C_907/2012, consid. 5.4.1.

¹¹⁶ TF, 2P.35/2006, consid. 2.2; ATF 123 IV 254, consid. 1; ATF 115 II 72, consid. 3a

- Le contribuable a commis une faute personnelle, parallèlement à celle de son conseiller, et ne peut valablement se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité. En conséquence, il sera amendé et ne pourra répercuter le poids économique de la sanction sur son conseiller, pour les motifs mis en évidence par la jurisprudence.

La conclusion qui découle de ces considérations est que l'erreur sur l'illicéité ne peut être prise en considération qu'au stade de la procédure fiscale. Si elle ne l'est pas et que le contribuable est condamné, l'erreur du conseiller reste alors sans effet en droit civil concernant l'imputabilité de l'amende au conseiller qui est refusée par la jurisprudence en raison du caractère personnel d'une sanction pénale.

EXCURSUS CONCLUSIF : réflexion sur la violation du contrat n'entraînant pas de réparation

Nombre de violations du contrat de conseil fiscal – seraient-elles même intentionnelles – n'entraînent pas d'obligation de réparer de la part du conseiller. Les diminutions patrimoniales qu'il provoque constituent en effet fréquemment des dommages juridiquement non réparables, essentiellement en raison de l'absence de lien de causalité entre l'acte fautif et le préjudice économique éprouvé par le client.

Il peut paraître choquant que le conseiller qui a fautivement failli dans l'accomplissement de sa mission ne soit exposé à aucune responsabilité : la promesse faite contractuellement, dont la validité est reconnue par le droit, porte sur un élément non valorisable. La notion de dommage étant purement économique en droit suisse¹¹⁷, il s'ensuit que cette promesse peut être violée sans réelles conséquences juridiques.

Cette problématique n'est pas propre au domaine du dommage fiscal et n'est pas complètement inconnue du droit de la responsabilité. Les deux exemples suivants le démontrent.

Le Tribunal fédéral a eu à connaître d'une affaire dans laquelle un avocat avait été chargé de contester une expropriation, sa mandante voulant protéger l'intérêt affectif qu'elle portait au bien immobilier menacé d'expropriation. L'avocat n'avait pas travaillé correctement et avait fautivement manqué le but recherché¹¹⁸. Il n'a finalement pas été tenu pour responsable, l'intérêt affectif que sa mandante voulait protéger n'ayant pas de valeur patrimoniale, condition nécessaire à une indemnisation¹¹⁹. Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral avait lui-même souligné le caractère insatisfaisant de la solu-

¹¹⁷ CHAPPUIS, Dommages irréparables, N 49.

¹¹⁸ ATF 87 II 290.

¹¹⁹ Sur cet arrêt et la problématique qu'il soulève, CHAPPUIS, Dommages irréparables, N 15 ss ; WERRO, Mélanges Steinauer, p. 860 ; WERRO, Tort moral, p. 59.

tion à laquelle il était parvenu : un mandat avait été conféré à l'avocat précisément pour la sauvegarde d'un intérêt d'affection et le mandataire était responsable de l'exécution fidèle et diligente de cette mission. L'objet du contrat était licite et possible de sorte que ce dernier était valable. Cependant, du fait que la mandante ne cherchait qu'à protéger un bien n'ayant pas de valeur marchande, on ne pouvait songer à l'indemniser en cas de violation du contrat. Dans une telle hypothèse, seule serait réservée la situation très exceptionnelle où le mandant pourrait se prévaloir d'un tort moral.

On trouve une problématique similaire lorsque, en matière de contrat d'entreprise, l'ouvrage livré est clairement contraire à la convention mais qu'il n'entraîne pas de moins-moins-value permettant une action minutoire alors que les coûts de réfection sont, quant à eux, jugés disproportionnés en application de l'art. 368 al. 2 CO. Le maître de l'ouvrage ne peut obtenir de réparation à ce qui constitue pourtant une incontestable violation du contrat. De telles situations mènent à des solutions rarement satisfaisantes, en tout cas sur le plan de l'équité, non seulement en droit suisse mais également dans les pays voisins où la question est disputée et trouve des solutions variées¹²⁰.

La non-indemnisation du dommage fiscal se présente quant à elle sous un jour double :

- Les activités illicites ou aux confins du licite exposent les fiscalistes, en particulier ceux des banques, à un sérieux problème d'image, que ce soit en Suisse ou à l'étranger, ce que l'actualité récente nous rappelle régulièrement. Lorsque ces activités causent en plus un dommage financier au client, dont ce dernier ne peut obtenir réparation, cela contribue à aggraver le problème de renommée qui affecte actuellement une partie des services financiers en Suisse¹²¹. Le client est certes consentant et même demandeur de solutions hors la loi ; il n'en reste pas moins qu'il est quand même délicat pour un mandataire de proposer des services payants dans ce domaine et, lorsque ceux-ci mènent à l'échec, de décliner toute responsabilité. Les raisons qui président à ce rejet des prétentions du client sont, on l'a vu ci-dessus, solidement fondées en droit et difficilement contestables sur le plan purement juridique.
- Les activités licites ne posent pas le même problème d'image initial ni ne mettent en péril la validité du contrat. En revanche, est difficilement compréhensible pour le client, rassuré quant au montant de ses impôts par l'avis de son conseiller, le fait que la faute de ce dernier reste sans conséquence civile ; une telle situation est dommageable pour la réputation des fiscalistes. Les milieux concernés n'en semblent ce-

¹²⁰ WERRO, Coût excessif, *passim*.

¹²¹ Sur cette question, T. KOLLER, *Strafsteuern* 2008, 1298.

pendant pas réellement conscients puisque divers spécialistes se sont réjouis de la solution retenue par la jurisprudence¹²².

Des critiques assez fortes ont été émises contre cette dernière, particulièrement parce qu'elle laisse les comportements déviants de certains prestataires de services non seulement le plus souvent impunis mais également sans conséquence civile à l'endroit du client lésé¹²³. Il est difficile, disent ces critiques, de se vanter de ce que notre place financière est innovatrice et créatrice, tout en soutenant parallèlement que l'on ne répond de rien, parce qu'on ne peut indemniser ce qui est aux limites de la légalité, voire au-delà¹²⁴.

Il est certain que le droit actuel est impuissant à venir à bout des contradictions entre les promesses commerciales d'une part et leur absence de conséquences, en termes de responsabilité d'autre part. Reste donc aux différents professionnels concernés à adapter aux lois en vigueur l'objet des missions qu'ils acceptent. De cette façon, les engagements pris envers leurs clients n'auront pas la même valeur que celle que l'on reconnaissait naguère aux promesses faites par les gascons.

¹²² Pour une présentation de cette question, T. KOLLER, *Strafsteuern* 2008, 1298. Cf. également BENZ/HUG, *Steuerbussen*, passim.

¹²³ BEHNISCH, *Steuerrechtliche Rechtsprechung*, p. 462.

¹²⁴ BEHNISCH, *Steuerrechtliche Rechtsprechung*, p. 462.

Bibliographie

- ALTHAUS-HOURIET Isabelle, Commentaire de l'art. 124 LIFD in Commentaire romand, Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, Danielle Yersin/Yves Noël eds, Bâle 2008 (cité : CR LIFD-ALTHAUS-HOURIET, art. 124).
- BÉGUIN Philippe/STOYANOV Kaloyan, La créance d'impôt, in OREF (éd), Les procédures en droit fiscal, 2^{ème} édition, Berne, Stuttgart, Vienne 2005, p. 793 ss (cité : Créance d'impôt).
- BEHNISCH Urs R., Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007 - Veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften - 2. Teil, ZBJV 2008 445 ss (cité : Steuerrechtliche Rechtsprechung).
- BENZ Rolf/HUG Julia, 3 Steuerbussen sind höchstpersönlicher Natur und stellen keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar – BGE 134 III 59 (Urteil vom 12. November 2007) zur Unabwählbarkeit von Steuerbussen auf die Steuerberaterin, in zsis) 2008, Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht – BestCase Nr. 3 (cité : Steuerbussen).
- BOHNET François, Droit des professions judiciaires, 3^{ème} éd., Neuchâtel 2014.
- BUGNON Marc/BÉGUIN Philippe, Droit pénal fiscal en matière d'impôts directs, in Droit pénal fiscal (Pierre-Marie Glauser éd), Genève 2013, p. 65 ss (cité : Droit pénal fiscal).
- CHAPPUIS Benoît, La profession d'avocat, tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, Genève 2013 (cité : Profession d'avocat I).
- CHAPPUIS Benoît, La profession d'avocat, tome II, La pratique du métier, de la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat, Genève 2013 (cité : Profession d'avocat II).
- CHAPPUIS Benoît, Commentaire de l'art. 66 CO in Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro eds, 2^{ème} édition, Bâle 2012 (CR CO I-CHAPPUIS, art. 66).
- CHAPPUIS Benoît, Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, SJ 2010 II 165 ss (cité : Dommages irréparables).
- CHAPPUIS Benoît, Le moment du dommage: analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, Zurich 2007 (cité : Moment du dommage).
- FELLMANN Walter, Haftung für fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, in Peter Jung (éd), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Berne 2007, p. 85 ss (cité : Rechtsberatung und Prozessführung).
- FELLMANN Walter, Die Haftung des Anwaltes für die Unkenntnis klaren Rechts : BGE 127 III 357 ff., in Recht, Berne 2001, p. 191 ss (cité : Unkenntnis klaren Rechts).
- FELLMANN Walter, Der einfache Auftrag: Art. 394-406 CO, Berner Kommentar, Berne 1992 (cité : BK-Fellmann).
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 9^{ème} édition, Zurich 2008 (cité : OR AT).
- GLAUSER Pierre-Marie, Responsabilité pénale des organes et des mandataires, in Droit pénal fiscal (Pierre-Marie Glauser éd), Genève 2013, p. 99 ss (cité : Responsabilité).
- GLAUSER Pierre-Marie, Notion d'évasion fiscale : introduction générale, in Evasion fiscale. Une approche théorique et pratique de l'Evasion fiscale (Pierre-Marie Glauser éd), Genève 2010, p. 1 ss (cité : Evasion).

- GUILLOD Olivier/STEFFEN Gabrielle, commentaire des art. 19 et 20 CO in Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro éd., 2^{ème} édition, Bâle 2012 (CR CO GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20).
- HELDNER Gabriel, La responsabilité du conseiller fiscal. Pas d'harmonisation du droit pénal fiscal par la LIFD et la LHID, in L'Expert-comptable suisse, 11/94, 1002 ss.
- KADNER GRAZIANO Thomas, La « perte d'une chance » en droit privé européen: « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine, in Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éds), Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile 2006, Genève 2007 (cité : Perte d'une chance).
- KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Berne 2009 (cité : OR AT).
- KOLLER Thomas, Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 12.11.2007, Y. AG gegen AG (BGe 134 III 59; 4C.3/2007), Bemerkungen. Strafsteuern, Bussen und Geldstrafen als privatrechtlich nicht ersatzfähiger Schaden - ein weiteres Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme, in PJA 2008 1295 ss (cité : Strafsteuern 2008).
- KOLLER Thomas, Strafsteuern als privatrechtlich ersatzfähiger Schaden? : ein weiterer Meilenstein in der Rechtsprechung zur Haftung rechtsberatender Berufe, in PJA 2003, p. 713 ss (cité : Strafsteuern 2003).
- KOLLER Thomas, Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, in ZSR 1994 183 ss (cité : Steuern 1994).
- LOMBARDINI Carlo, La responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients, in Vincent Jeanne-rot/Olivier Hari (éds), Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 517 ss (cité : Responsabilité civile de l'avocat).
- MÜLLER Christoph, La perte d'une chance, étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, Berne 2002 (cité : Perte d'une chance).
- OBERSON Xavier, Droit fiscal suisse, 4^{ème} édition, Bâle 2012.
- OFTINGER Karl/STARK Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 5^{ème} édition, Zurich 1995 (cité : Haftpflichtrecht).
- MACALUSO Alain/HULLIGER Lyuska, Le droit fiscal face aux principes du droit pénal et de la procédure pénale : personnes physiques et entreprises - procédures nationales et entraide internationale, in Droit pénal fiscal (Pierre-Marie Glauser éd), Genève 2013, p. 1 ss (cité : Droit pénal fiscal).
- RAAS Susanne, Haftung des Steuerberaters, Urteil des Bundesgerichts von 6. Dezember 2012 i.S. X AG gegen Y. AG (4A_64/2012), in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 82 (2013/2014), Nr. 3, 170 ss.
- ROTEN Philippe, La responsabilité des avocats dans le cadre d'activités internationales, in Haftpflicht des Rechtsanwaltes: Tagung der Winterthur Versicherungen, 20. September 2006, Zurich, Saint-Gall 2006, p. 93 ss.
- ROUILLER Nicolas, La responsabilité des professionnels du droit, in Les professions juridiques, Berne 2012, p. 29 ss (cité : Responsabilité).
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 6^{ème} édition, Berne 2012 (cité : OR AT).
- STRÄULI Bernhard, Commentaire de l'art. 26 CP in Commentaire romand, Code pénal I, Robert Roth/Laurent Moreillon éd., Bâle 2009 (CR CP I-STRÄULI, art. 26).

- TERCIER PIERRE / FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^{ème} édition, Genève, Zurich, Bâle 2009 (cité : CS).
- THALMANN Vanessa, Commentaire de l'art. 21 CP in Commentaire romand, Code pénal I, Robert Roth/Laurent Moreillon éd., Bâle 2009.
- THÉVENOZ Luc, Commentaire de l'art. 97 CO in Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro éd., 2^{ème} édition, Bâle 2012 (CR CO I-THÉVENOZ, art. 97).
- THÉVENOZ Luc, La perte d'une chance et sa réparation, in Franz Werro (éd), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives (Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Université de Fribourg), p. 237 ss (cité : Perte d'une chance).
- TORRIONE Henri, Abus (impôt éludé), fraude et soustraction en droit fiscal suisse : une étude comparative de ces notions à partir de la jurisprudence du TF et de l'arrêt du TAF du 5.3.2009 dans l'affaire UBS, in Evasion fiscale, Genève 2010, p. 149 ss (cité : Abus).
- TORRIONE Henri, Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA, in OREF (éd), Les procédures en droit fiscal, 2^{ème} édition, Berne, Stuttgart, Vienne 2005, p. 907 ss (cité : Infractions fiscales).
- WERRO Franz, Le tort moral, le contrat et la perte d'une chose, in Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 855 ss (cité : Mélanges Steinauer).
- WERRO Franz, tort moral en cas de violation d'un contrat, in Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éds), Le tort moral en question, Journée de la responsabilité civile 2012, Genève 2013, p. 55-77 (cité : Tort moral).
- WERRO Franz, Commentaire des art. 41, 44 et 398 CO in Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro éd., 2^{ème} édition, Bâle 2012 (CR CO I-WERRO).
- WERRO Franz, La responsabilité civile, 2^{ème} édition, Berne 2011 (cité : Responsabilité civile).
- WERRO Franz (avec la collaboration de Marjolaine VIRET), Le coût excessif de la réfection de l'ouvrage et la sanction du contrat en cas de déplaisir consécutif au défaut, DC 2008 116 ss (cité : Coût excessif).