



Kellerhals
Carrard

Responsabilité de la fiduciaire et de ses dirigeants

Séminaire OAV/OVES du 7 novembre 2019

Jean-Luc Chenaux

Avocat, Professeur à l'Université de Lausanne

ACTIVITÉS PRINCIPALES

tenue de comptabilité

gestion financière

audit

mandat d'organe

gestion de fortune

conseil fiscal

tâches administratives

conseil juridique

planification

exécution testamentaire

PLAN DE L'EXPOSÉ

A. GÉNÉRALITÉS

- I. NATURE DE LA RELATION
- II. OBLIGATIONS DU MANDATAIRE
- III. DEVOIR DE DILIGENCE OBJECTIVÉ
- IV. TRAITS CARACTERISTIQUES
- V. INEXÉCUTION DU MANDAT
- VI. NORMES D'IMPUTATION

B. ACTIVITES SPÉCIFIQUES

- I. TENUE ET PRÉSENTATION DES COMPTES
- II. CONSEIL FISCAL
- III. REPRÉSENTATION AU CA
- IV. ORGANE DE FAIT

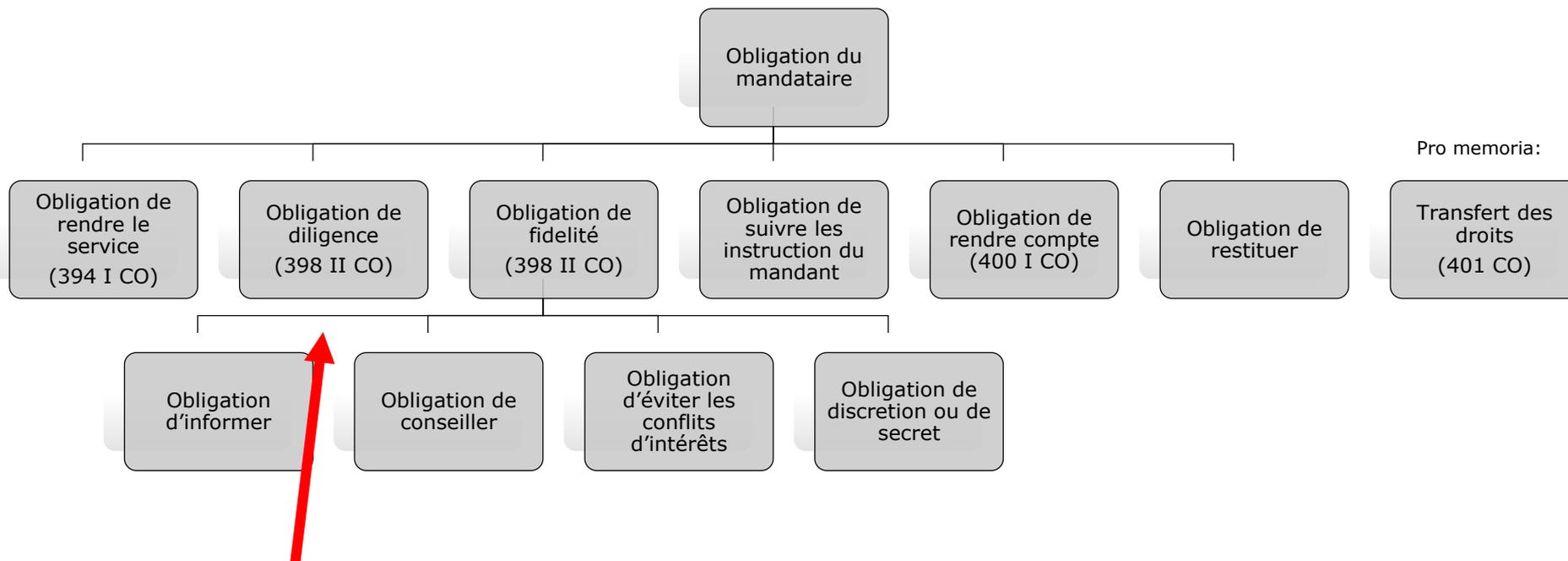
C. CAS ILLUSTRATIFS

D. CONCLUSION

A.I. NATURE DE LA RELATION

- MANDAT (CO 394 ss): tenue des comptes, conseil fiscal, juridique, ...
 - Fourniture de services de nature intellectuelle sans promesse de résultat
 - Indépendance
 - Relation de confiance (fréquente, ex: ATF 131 III 377)
- ENTREPRISE (CO 363 ss): conseil fiscal (exceptionnellement)
 - Garantie de résultat
 - Si le résultat peut objectivement être qualifié d'exact ou d'inexact et qu'il dépend de celui qui s'engage (sans appréciation, ni interprétation, ni aléas des circonstances)
- ORGANIQUE: réviseur, administrateur, liquidateur (contrôleur spécial)
 - Statut et devoirs régis par la loi

A. II. OBLIGATIONS DU MANDATAIRE



Source: Müller, p. 2033

A. III. DEVOIR DE DILIGENCE OBJECTIVÉ

«Selon l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire est responsable, envers le mandant, de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'échec de la mission assumée n'est certes pas suffisant à engager sa responsabilité; il doit seulement réparer les conséquences d'actes ou d'omissions contraires son devoir de diligence. En règle générale, l'étendue de ce devoir s'apprécie selon des **critères objectifs**; il s'agit de déterminer **comment un mandataire consciencieux, placé dans la même situation, aurait agi** en gérant l'affaire en cause; les exigences sont plus rigoureuses à l'égard du mandataire qui exerce son activité à titre professionnel et contre rémunération.»

TF 4A-63/2011, cons. 2

A. IV. TRAITES CARACTÉRISTIQUES

- **Etendue du mandat:**
 - Nature de l'affaire (et non volonté hypothétique) si contrat lacunaire (CO 396 I)
- **Diligence:**
 - Référence aux normes de la profession et non circonstances subjectives: risque d'«*Übernahmeverschulden*»
 - Prise en considération des circonstances (difficulté du service, moyens disponibles, marge d'appréciation, caractère habituel ou inhabituel de l'affaire,)
- **Fidélité:**
 - Renseigner sur l'opportunité du mandat
 - Suivre les instructions, sauf inappropriées ou.....illicites

A. V. SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU MANDAT

A. Perte (totale ou partielle) du droit aux honoraires

B. Responsabilité civile

a) Contractuelle (violation devoir/faute/causalité/dommage)

- Réparation du dommage (perte ou gain manqué) causé par l'exécution fautive (présumée) du mandat (CO 402 II)
- Réserve de la clause exonératoire

b) Délictuelle

- Violation d'une norme protégeant le lésé (CO 41)

C. Responsabilité pénale

- Dispositions générales (CP) ou spécifiques (LIFD, DPA, LTVA, LIA, LT,...): délits communs ou spéciaux («contribuable»)
- Commission en qualité d'auteur/coauteur, ou participation: instigateur ou complice (accessoriété de la participation, sauf exception)

A.VI. NORMES D'IMPUTATION (DROIT CIVIL)

- CC 55 / CO 722: responsabilité de la personne morale pour les actes illicites et autres faits de ses organes (formation volonté sociale):
 - de droit ou de fait (TF 4A_455/2018)
 - avec ou sans pouvoir de représentation
 - imputation de la connaissance
- CO 101: responsabilité contractuelle pour les actes des employés
- CO 55: responsabilité de la personne morale pour les actes illicites des employés:
 - sauf preuve libératoire: «a pris tous les soins commandés par les circonstances...»)

A.VI. NORMES D'IMPUTATION (DROIT PÉNAL)

I. Droit pénal général

- CP 102: responsabilité pénale de la société pour les actes commis en son sein s'ils ne peuvent être imputés à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise

II. Impôts directs

- LIFD 181: capacité délictueuse de la personne morale en cas de violation par ses organes des obligations de procédure et de soustraction d'impôt (uniquement)

A.VI. NORMES D'IMPUTATION (DROIT PÉNAL)

III. Impôts indirects

- DPA 6 al.2 et 3 : punissabilité des organes pour les infractions commises au sein de l'entreprise, le cas échéant aussi pour la non prévention d'infractions commises par des subordonnés
- DPA 7: punissabilité de l'entreprise si amende inférieure à CHF 5'000 (cf. LTVA 100: 100'000 - et auteur difficile à déterminer)
- DPA 5: participation possible sous forme d'instigation et de complicité, également en matière de contraventions

B.I. TENUE ET PRÉSENTATION DES COMPTES – OBJET (1)

- Nature du contrat :
 - Mandat
- Objet variable (MSA I 1.1) :
 - Enregistrement des opérations (tenue de comptabilité générale)
 - Opérations de clôture et de présentation des comptes
 - Analyses spécifiques et ratios (prix de revient, calculs d'investissement, comparaisons, etc.)
 - Comptes prévisionnels
 - Audit (contractuel)

B.I. TENUE ET PRÉSENTATION DES COMPTES - DILIGENCE (2)

- Devoir de diligence:
 - Respect des principes régissant la **tenue** des comptes (CO 957a):
 - intégralité; justification (documentation); clarté; adaptation; traçabilité
 - Respect des principes régissant la **présentation** des comptes (CO 958c):
 - clarté et intelligibilité; intégralité; fiabilité; importance relative prudence; permanence; interdiction de compensation
 - Autres référentiels (RPC, IFRS, ...)
- Résultat poursuivi:
 - Conformité formelle et matérielle
- Mesure de la diligence:
 - Standards de la profession (not. MSA, recommandations, prises de position, pratique)

B. I. TENUE DES COMPTES - INEXÉCUTION DU CONTRAT (3)

- Action ou omission contraire à la loi ou aux standards, par exemple:
 - Violation du principe de **documentation**: écriture sans justificatif (TF 2C_651/2012: charges salariales)
 - Violation du principe d'**intégralité**: non comptabilisation d'une recette (ex: commission) liée à l'exploitation ou d'une créance en restitution de CO 678 (controversé)
 - Violation du principe de **prudence**: non constitution d'une provision ou enregistrement prématuré d'un revenu
 - Violation des **standards** (MSA): prise en compte d'une postposition insuffisante sur le plan quantitatif
 - Constitution de réserves latentes proscrites par le **référentiel comptable** applicable (IFRS)

B. I. TENUE DES COMPTES – RESPONSABILITÉ (4)

- Autorité du bilan commercial: à l'égard du mandant, le préjudice subi par le mandant se confondra souvent avec le dommage fiscal (mêmes limitations: cf. infra)
- Responsabilité délictuelle (CO 41) à l'égard des tiers lésés si violation d'une norme spécifique (notamment pénale) protégeant le patrimoine
- Responsabilité pénale (participation):
 - Faux dans les titres (CP 251/110): toutes les parties constitutives de la comptabilité (pièces justificatives, inventaires,....)
 - Escroquerie (CP 147)
 - Délits fiscaux: usage de faux (LIFD 186,....),...

B.II. CONSEIL FISCAL – NATURE ET OBJET DU CONTRAT (1)

- Nature du contrat:
 - Mandat (exceptionnellement entreprise ?)
- Objet:
 - Détermination des incidences fiscales liées à situation ou transaction donnée
 - Information
 - Exécution ou correction des déclarations, décomptes, etc.
 - Contestation d'une décision de l'autorité
- Résultat poursuivi:
 - Respect de la loi et des mœurs (loi fiscale étrangère) (CO 20)
 - Optimisation fiscale (\neq évasion)

B. II CONSEIL FISCAL – MAUVAISE EXÉCUTION (2)

- Action (ou omission) non diligente ou contraire aux instructions
 - Exemples:
 - structuration de patrimoine: sous-évaluation d'une charge fiscale liée au transfert d'immeubles à une nouvelle société (ATF 128 III 22)
 - oubli d'enregistrement d'un acte entraînant une augmentation de la charge fiscale (TF 4A_34/2014), notamment factures au sens de LTVA 26 (perte de déduction de l'impôt préalable)
 - convention sur effets accessoires non conforme à la loi (ATF 127 III 357)
- Autres violations de devoirs (confidentialité, restitution, etc.)

B. II CONSEIL FISCAL – RÉPARATION DU DOMMAGE (3)

- Dommage = diminution involontaire du patrimoine (perte ou gain manqué)
- Dommage fiscal:
 - L'impôt ne crée pas un dommage juridiquement réparable (TF 4A_506/2011)
 - Exception:
 - Intérêt positif à l'exécution correcte du mandat (TF 4A-506/2011; TF 4A_63/2011 et critique Chappuis, p. 190)
 - L'amende est personnelle et ne constitue pas un dommage juridiquement réparable (ATF 134 III 59)

B. II. CONSEIL FISCAL - RESPONSABILITÉ PÉNALE (4)

- Dispositions générales du **Code pénal**, notamment:
 - CP 305bis al. 1 (**blanchiment de fraude fiscale**)
 - Avoirs provenant d'un usage de faux (y compris à l'étranger si double incrimination: TF 6B_461/2018)
 - Connaissance de l'origine délictueuse
 - Soustraction de plus de CHF 300'000 par période fiscale
 - Acte d'entrave à la confiscation (ex: transfert sur compte de tiers, création structure écran, conseil ?), voire omission si position de garant (ATF 136 IV 188)
 - **Faux dans les titres ou certificats** (CP 251 / 252)
 - Ex: comptabilité, formulaire A, formulaire W-8Ben, attestation de conformité fiscale, certificat de salaire,
 - Autres infractions contre le patrimoine (gestion déloyale (CP 158), escroquerie (CP 146), etc.

B. II. CONSEIL FISCAL – RESPONSABILITÉ PÉNALE (5)

- Droit pénal fiscal (impôts directs), notamment:
 - LIFD 177/183 al. 3 (LHID 56 al. 3 et 3bis): participation (principale) du **représentant** du contribuable à la **soustraction d'impôt**: amende et **responsabilité solidaire**
 - ex: déclaration occultant distributions dissimulées (TF 2C_651/2012).
 - LIFD 186: **usage de faux** (délit commun ou spécial ?):
 - remise à l'autorité de titres faux (matériels et intellectuels), falsifiés ou inexacts quant à leur contenu
 - toutes les parties constitutives de la comptabilité (pièces justificatives, inventaires,)
 - 187 LIFD : **détournement impôt source** (délit spécial)

B. II. CONSEIL FISCAL – RESPONSABILITÉ PÉNALE (6)

- Droit pénal fiscal (impôts indirects):
 - DPA 14: escroquerie en matière de prestations et contributions (astuce, le cas échéant par métier ou avec le **concours de tiers**: al. 4, en matière d'IA, DT, TVA, impôts spéciaux à la consommation); faux dans les titres / obtention frauduleuse d'une constatation fausse (DPA 15); suppression de titres (DPA 16); entrave à l'action pénale (DPA 16)
 - **Solidarité du participant** en cas de soustraction intentionnelle d'une contribution, obtention frauduleuse d'un subside, etc. (DPA 12 al. 3)

B .III REPRÉSENTATION AU CONSEIL D'ADMINISTRATION

- Mandat licite dans son principe
- Obligations de suivre les instructions dans les limites de la loi et de l'intérêt social (CO 717)
- Convention d'exonération (ou d'indemnisation) avec (ou par) l'actionnaire ne déploie pas d'effets à l'égard des tiers
- Responsabilité pleine et entière à l'égard de la masse en faillite ou des créanciers cessionnaires (CO 757/LP 260), nonobstant décharge
- Responsabilité personnelle dans les cas visés par les législations sociales et fiscales (LAVS 52, 76/77 LPP, 4 LIA: solidarité sauf preuve libératoire,...)

B.IV. ORGANE DE FAIT

- Toute personne qui, indépendamment de sa désignation ou d'une délégation, s'occupe de manière déterminante de la gestion, de la liquidation ou de la révision (ATF 132 III 523)
- Suppose un pouvoir autonome de prendre des décisions dépassant le traitement des affaires courantes
- Un acte isolé ou un service auxiliaire ne suffit pas (ATF 128 III 29)
- N'a pas qualité pour représenter la société (TF 4A_455/2018)
- Responsabilité personnelle en cours de vie sociale (CO 754) ou en cas de faillite (CO 757)

C. CAS NO 1: DONNÉES DE FAIT

- Fidu SA est chargée de la tenue et du bouclage des comptes de Flexor SA, qui a procédé à un *opting out*
- La clôture des comptes laisse apparaître en janvier des fonds propres (capital social et réserves) à hauteur de CHF 700'000.- et une perte de CHF 100'000.-
- Courant février 2019, Flexor SA a perdu un important client, qui a résilié un contrat de livraisons successives suite aux défauts constatés dans les produits vendus. La rupture des relations contractuelles a conduit à l'ouverture d'une procédure en dommages-intérêts contre la société à hauteur de CHF 1 mio. Selon les avocats de Flexor SA, la prétention élevée à l'encontre de la société n'est pas dénuée de fondement

C. CAS NO 1 : ANALYSE

- Fidu SA doit agir en mandataire diligent (même s'il n'est pas soumis aux devoirs de l'organe de révision)
- Le mandat comporte un devoir d'information résultant de la nature de l'affaire: obligation de constituer la provision; constatation du surendettement et devoir d'avis du conseil d'administration au juge (CO 725 al. 2)
- La poursuite de l'activité sociale (sans assainissement) serait contraire au droit suisse

C. CAS NO 2 : DONNÉES DE FAIT

- Fidu-Contrôle SA est l'organe de révision (contrôle restreint) de Flexor SA et est en charge de ses déclarations fiscales (IFD/ICC, IA et TVA)
- Fidu SA, société sœur, tient la déclaration fiscale d'Olivier Ricard, directeur de Flexor SA
- Fred Pahud est administrateur de Fidu-Contrôle SA et de Fidu SA.
- En préparant la déclaration d'Olivier Ricard, Fred Pahud apprend que Ricard a encaissé personnellement des ristournes liées à des ventes de la société. Il choisit d'ignorer cette information

C. CAS NO 2 : ANALYSE (1)

- Imputation de la connaissance de Fred Pahud à Fidu SA et Fidu-Contrôle SA (CC 55)
- Fidu SA devait informer la société des irrégularités constatées, en faire mention dans son rapport et recommander le refus des comptes
- Poursuite du mandat ? Complicité ?
- Si violation, responsabilité délictuelle (acte illicite) solidaire de Fidu SA de Fidu-Contrôle et de Fred Pahud à l'égard :
 - de la société: mais en principe dommage fiscal non réparable
 - des actionnaires: en principe pas de dommage direct (mais action oblique de CO 756 al. 2 contre l'organe de révision)
 - des tiers: dommage direct ?

C. CAS NO 2 : ANALYSE (2)

- Responsabilité pénale:
 - En sa qualité d'administrateur de Fidu-Contrôle SA, Fred Pahud se rend coupable de faux dans les titres (CP 251) s'il délivre le rapport de révision sans réserve
 - Fred Pahud, Fidu SA et Fidu-Contrôle SA ont favorisé la commission et, partant, sont complices des délits de soustraction et d'usage de faux: cumul des sanctions et solidarité pour l'impôt soustrait (LIFD 177, 181 al. 2 et 3 et 186; LHID 57 al. 2)
 - Impôt anticipé: Fred Pahud auteur (s'il a rempli la déclaration) ou complice (avec responsabilité solidaire: DPA 12 al. 3) de l'infraction (LIA 61: délit ordinaire selon doctrine)

C. CAS NO 3 : DONNÉES DE FAIT

- Fidu SA est le conseiller fiscal d'Olivier Ricard
- Olivier Ricard décide d'exercer une partie des options qu'il a reçues de son employeur
- Olivier Ricard interroge Fidu SA sur les conséquences fiscales de la transaction
- Sans faire de recherches, Dupont, employé de Fidu SA, l'assure péremptoirement que l'opération est sans conséquences fiscales et ne fait aucune mention dans la déclaration
- Deux ans après, Ricard est l'objet d'une procédure de rappel d'impôts (imposition du revenu), avec majoration et intérêts dont il demande réparation à Fidu SA

C. CAS NO 3 : ANALYSE

A. Réparation du dommage sur le plan civil

- Violation manifeste du devoir de diligence de l'employé => responsabilité contractuelle de la société
- Pas de dommage juridiquement réparable lié à l'imposition
- La majoration d'impôt n'a qu'une fonction compensatoire et équivaut à l'amende (TF 4A_491/2013): pas de réparation
- Réparation du dommage à concurrence des intérêts moratoires ?

B. Responsabilité pénale

- La participation (LIFD 177/LHID 56 al.3) à la soustraction d'impôt (LIFD 175: délit spécial) n'est sanctionnée que si l'infraction du représentant est intentionnelle
- Dol éventuel ? Le cas échéant, solidarité !

C. CAS NO 4 : DONNÉES DE FAIT

- Taxation d'un couple représenté par une fiduciaire
- Réclamation
- Rejet de la réclamation notifiée à une période où l'époux souffre d'une atteinte psychique l'empêchant de gérer ses affaires
- Epouse non empêchée
- Absence de recours de la fiduciaire qui ne reçoit aucune instruction

C. CAS NO 4 : ANALYSE (TF 2C_737/2018)

- Le mandataire ne doit pas attendre de disposer d'instructions expresses pour exécuter un acte juridique nécessaire à l'exécution du contrat
- Si la décision notifiée au mandant n'est pas favorable, le mandataire doit lui faire part des solutions envisageables et, le cas échéant, s'assurer de la volonté de celui-ci de ne pas recourir
- S'il y a péril en la demeure, il doit agir judiciairement même s'il n'a pu obtenir l'autorisation préalable du mandant

C. CAS NO 5 : DONNÉES DE FAIT

- Mandat conclu entre une société fiduciaire et un client dans le cadre d'un investissement spéculatif
- Ouverture d'un compte à titre fiduciaire pour procéder à l'investissement
- Réception d'une garantie au nom de la fiduciaire, pour le compte du client
- Investissement perdu et garantie sans valeur

C. CAS NO 5 : ATF 131 III 377

- Parties liées par un contrat de mandat et un dépôt irrégulier (CO 481)
- Devoir d'information si relation de confiance (admise en l'espèce) justifie que le client puisse s'attendre à être averti des risques pris
- Devoir de vérification de la garantie déduite des circonstances
- Responsabilité contractuelle admise
- Droit du client à l'intérêt positif: différence entre l'état actuel du patrimoine et celui dans lequel il serait si contrat avait été respecté: gain sur l'investissement pris en compte dans le calcul
- Faute concomitante du client admise, mais faute de la fiduciaire prépondérante

D. EN GUISE DE CONCLUSION

- La responsabilité de la fiduciaire repose dans une large mesure sur les principes du mandat et les standards de la profession
- S'il est généralement admis que le risque est inhérent à l'activité du fournisseur de prestations, on observe une tendance à la perception du service comme un **produit** (Fellmann, HAVE 2016, 95ss)
- Cette **approche objective** de la responsabilité, doublée souvent pour les activités liées au conseil financier et fiscal de sanctions de nature pénale, conduit à rappeler que la meilleure **gestion des risques** pour le mandataire est de **définir clairement l'objet** du mandat.....et parfois d'apprendre à **dire non...**

Merci de votre attention !

Basel

Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel
Tel. +41 58 200 30 00
Fax +41 58 200 30 11

Bern

Effingerstrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern
Tel. +41 58 200 35 00
Fax +41 58 200 35 11

Genève

Rue François-Bellot 6
CH-1206 Genève
Tél. +41 58 200 32 00
Fax +41 58 200 32 11

Lausanne

Place Saint-François 1
Postfach 7191
CH-1002 Lausanne
Tel. +41 58 200 33 00
FAX +41 58 200 33 11

Lugano

Via Canova 15
Case postale 6280
CH-6901 Lugano
Tel. +41 58 200 31 00
Fax +41 58 200 31 11

Sion

Rue du Scex 4
Postfach 317
CH-1951 Sion
Tel. +41 58 200 34 00
Fax +41 58 200 24 11

Zürich

Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich
Tel. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 39 11

PRINCIPALES SOURCES DOCTRINALES CONSULTÉES

- CHAPPUIS Benoît, La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal, Symposium en droit des contrats 2015, ppp. 165 ss.
- FELLMANN Walter, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, Haftung und Versicherung, HAVE 2016, pp. 95 ss.
- FACINCANI Nicolas et SUTTER Reto, La responsabilité du fiduciaire, TREX 2019, pp. 217 ss.
- GLAUSER Pierre-Marie, Responsabilité pénale des organes et des mandataires, GdSt-Grundzüge des Steuerrechts Band/Nr 6, pp. 99 ss.
- MULLER Christophe, Contrats de droits suisse 2012, N. 1890 ss.
- NOEL Yves / DALLEVES Laure, La responsabilité pénale des tiers en matière fiscale: entreprises, mandataires, couples, Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, Not@lex 2018, pp. 125 ss.