

En matière fiscale, Xavier Oberson a toujours agi en éclaircisseur efficace de la place financière suisse. En 2004, l'avocat et professeur de droit fiscal genevois rédige un avis de droit qui conclut que les Accords de Schengen et la fraude ouvrent des «brèches béantes» dans le secret bancaire. Son travail contribue alors à remédier à certaines failles. En janvier 2009, il prévoyait la fin prochaine du secret bancaire. Deux mois plus tard, Berne acceptait le standard de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale, ce qui signifiait que les clients étrangers de la Suisse n'étaient plus couverts par le secret bancaire. En mars 2009, le Conseil fédéral le consulte à nouveau, l'intégrant dans la task force qui accompagnera le gouvernement à Washington pour négocier une nouvelle convention de double imposition (CDI) avec les Etats-Unis. Il rédige un avis de droit, dans lequel il désapprouve l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis prévoyant la livraison par UBS de 4450 noms de clients. Xavier Oberson le savait contraire au droit suisse. Mais cette fois, Berne va de l'avant. Les enjeux sont trop politiques. Début 2010, le Tribunal fédéral administratif lui donne raison. Aujourd'hui, où en est-on? La Suisse a encore perdu d'importantes batailles, s'inquiète l'expert. Entretien.

Bilan La violation du secret bancaire dans l'affaire Hildebrand aura-t-elle des conséquences, selon vous?

Xavier Oberson Elle aura des conséquences graves. Il s'agit de l'utilisation de données qui proviennent d'un crime. On a assisté au viol du secret bancaire et du secret professionnel de l'avocat, avec manipulation ou transformation de documents. Cela a créé une sorte de précédent où le secret bancaire n'existerait pratiquement plus pour les personnalités publiques. Cela légitime des violations graves du droit simplement parce que la personne visée est un personnage public. Un abandon du secret bancaire couvrant les personnages publics serait une catastrophe pour l'image de la Suisse comme Etat de droit. En outre, dès lors que des citoyens suisses ont agi ainsi contre l'ancien président de leur propre Banque nationale, comment veut-on dire aux Allemands qu'ils n'ont pas le droit d'utiliser des données volées aux banques suisses? Lorsque l'on négociera avec l'Europe ou les Etats-Unis, on sera très affaibli sur ce plan.

B Berne aurait, selon vous, fait encore plus de concessions depuis 2009?

XO En 2009, la Suisse avait fait des concessions majeures et historiques. Mais nous avons depuis abandonné beaucoup de principes sur la base desquels les CDI de 2009 avaient été acceptées. Il y a eu trois phases. La première, c'était le 13 mars 2009. Nous avons accepté le standard de l'article 26 OCDE sur l'échange d'informations fiscales sur demande, mais strictement interprété par la Suisse. Les demandes adressées à la Suisse devaient comporter le nom du contribuable et le nom du détenteur de l'information (banque, fiduciaire).

B La Suisse est alors sortie de la liste grise...

XO Oui. Ensuite, il y eut la deuxième étape: fin 2010, début 2011, celle de l'examen par les pairs, effectué dans le cadre du Forum mondial de l'OCDE. Et, stupeur, le forum conclut que nous ne sommes pas assez transparents. Il exige deux choses. Premièrement, l'inclusion d'une clause «anti-frustration», qui dit que les exigences procédurales ne doivent pas être interprétées de manière à empêcher un échange effectif de renseignements. Deuxièmement, l'identification du contribuable. On dit à la Suisse que son nom n'est pas une exigence stricte du standard OCDE et que l'Etat demandeur peut aussi fournir d'autres critères pour l'identifier. Quant au nom de la banque, les Etats le fourniront à la Suisse seulement «dans la mesure où il est connu», clause que nous avons d'ailleurs accordée à la France. Le 13 février 2011, le Conseil fédéral décide de réviser toutes les CDI déjà conclues en conséquence. Le Parlement revotera les CDI avec les pratiques modifiées.

B Et la troisième phase de concessions?

XO Elle correspond à la volonté des Etats-Unis d'identifier par «d'autres moyens» le contribuable et la banque «si elle est connue». Et, dernière nouveauté, nous devons accepter des Américains des «demandes groupées». Autrement dit, si l'Etat



ECHANGE D'INFORMATIONS «Je crains que l'on ne se retrouve avec un cumul de voies possibles.»

demandeur n'a pas le nom du contribuable, il peut décrire un «pattern of facts» ou «schéma de faits», qui devrait suffire à obtenir des noms de clients de banques suisses. Il peut par exemple dire «nous aimerions tous les noms de tous vos clients américains qui ont contourné la législation en utilisant des sociétés offshore». Le 13 décembre 2011, le Conseil des Etats a accepté cette idée, et notre Conseil national va probablement faire de même à la session du printemps 2012.

B Nous acceptons donc quasiment une «pêche aux informations», alors que nous l'avions combattue?

XO Les opinions divergent quant à savoir s'il faut ou non considérer que ces demandes groupées reviennent à des «fishing expeditions». Mais de toute évidence, les demandes groupées sont une évolution dangereuse. La différence devient minime et on se rapproche des fishing expeditions. En outre, il faut s'attendre à un effet ricochet: si on a donné cela aux Américains, les Européens le réclameront.

B Mais alors, le «standard» OCDE que nous avions accepté en 2009 change tous les jours?

XO Oui. A l'origine, l'article 26 qui fait figure de standard ne prévoit que des échanges de renseignements à la demande, raison pour laquelle la Suisse l'avait accepté. Mais les nouvelles exigences des Etats-Unis s'intègrent petit à petit et modifient ce standard. Du coup, ce qui est standard, c'est de plus en plus ce que l'OCDE veut imposer. Il lui suffit de modifier le commentaire en bas de l'article 26, qui dévia de plus en plus du texte principal de l'article...

B CDI, Rubik, directive de l'épargne... Craignez-vous les effets parallèles de tous ces accords?

XO En effet. Ce que je crains, c'est que l'on se retrouve avec un cumul de voies possibles dans le domaine de l'échange de renseignements. Si Rubik est accepté, ce qui n'est plus certain, il prévoit lui aussi un échange de renseignements spécifique, parallèle à l'article 26. Et là aussi, le nom de la banque n'est pas indispensable. En outre, il y a les CDI, dont la pratique a déjà évolué trois fois, et il y a la directive sur la fiscalité de l'épargne, dont la réforme prévue va aussi provoquer des changements très importants, car les sociétés seront désormais soumises à l'impôt à la source. Jusqu'ici, la pratique considérait que si l'on avait intercalé une société, la directive ne s'appliquait pas.



Après l'affaire Hildebrand, comment négociera-t-on face aux Allemands?

B La Suisse perdra-t-elle sa compétitivité si elle cumule l'impôt à la source et l'échange d'informations?

XO La Suisse essaie désespérément de préserver son modèle d'impôt anticipé, que prévoient la directive et Rubik. Mais ce modèle est en train de s'éroder de manière constante avec les évolutions qu'impose l'OCDE. Rubik, en particulier combiné aux CDI, cumule à lui seul l'impôt libératoire et un échange d'informations élargi. C'est donc le pire des deux mondes. Aux clients étrangers, nous offrons soit un impôt à la source, soit un échange d'informations, soit les deux à la fois. Il aurait fallu tenir à une seule des deux solutions, car si les clients de la Suisse ont droit aux deux, il ne nous reste quasiment plus d'avantages à échapper à l'échange automatique d'informations.

B Après l'affaire UBS, comment en est-on arrivés à négocier avec Washington sur les 11 autres banques suisses?

XO C'est la suite de l'affaire UBS. Entre-temps, il y a eu en effet des dizaines de milliers de contribuables américains qui ont utilisé la procédure de déclaration volontaire, qui leur a permis de régulariser, avec des pénalités réduites, leurs avoirs non déclarés aux Etats-Unis. Ce faisant, ils devaient toutefois remplir un formulaire très détaillé indiquant l'identité notamment de tous les établissements bancaires et des personnes qui les avaient aidés à dissimuler leurs avoirs au fisc américain. Par cette procédure, le fisc américain a pu constituer une base de données très importante et connaître plus en détail les comportements de certains établissements bancaires suisses. Le fisc américain entend donc se retourner contre les établissements bancaires concernés.

B Que signifie pour vous la vente de la Banque Wegelin suite à ce litige?

XO La chute de la banque montre à quel point, en peu de temps, un établissement pourtant traditionnel et très réputé peut se retrouver dans une position difficile face à la pression américaine et surtout dans la mesure où elle a effectué des activités qui

sont manifestement contraires au droit fiscal américain. Contrairement à l'UBS, la Banque Wegelin n'avait pas d'établissement à proprement parler aux Etats-Unis et pourtant elle s'est retrouvée en première ligne contre la législation fiscale américaine, ce qui démontre également l'importance de la portée extraterritoriale des règles du droit fiscal américain.

La leçon que l'on peut tirer de cette triste affaire, c'est qu'il est absolument fondamental, pour ceux qui ne l'auraient pas encore compris aujourd'hui, d'analyser les comportements non seulement à la lumière du droit suisse mais à la lumière de toutes les législations étrangères à portée internationale qui peuvent s'appliquer sur des comportements effectués en Suisse.

B L'accord global avec le fisc américain va donc redéfinir encore notre droit?

XO Pour la Suisse, la difficulté de conclure avec les Etats-Unis un accord global sur les banques résulte du fait qu'il concerne des périodes qui sont régies à la fois par l'ancienne CDI de 1996, interprétée à la lumière de l'accord UBS, et par la nouvelle CDI de 2009 – non encore ratifiée – qui prévoit des règles différentes en matière d'échange de renseignements. Les deux Etats doivent donc faire en quelque sorte un grand écart entre, d'une part, le régime juridique antérieur à l'article 26 de l'OCDE, qui a fait l'objet d'une saga jurisprudentielle extraordinaire et, d'autre part, une nouvelle CDI plus moderne basée sur le modèle OCDE et qui donne déjà du fil à retordre aux interprètes.

B Quels risques ces négociations font-elles courir à la Suisse?

XO Ces négociations sont d'autant plus délicates qu'elles pourraient, si elles n'aboutissaient pas, mettre en difficulté certaines banques, comme on l'a vu avec l'affaire Wegelin.

En outre, le contenu de cet accord pourrait d'un autre côté servir de modèle à des Etats européens qui pourraient être tentés de s'inspirer des interprétations assez larges, voire même audacieuses, qui semblent se dessiner dans le cadre de cet accord. ■■



L'affaire Wegelin montre combien le droit américain peut être extraterritorial

PHOTO: MICHEL PERRÉ/VEOL