

## **«Accepter l'accord UBS avec les Etats-Unis ne résout pas tous les problèmes»**

Propos recueillis par Yves Steiner

**Entretien : Pour la première fois, le fiscaliste genevois Xavier Oberson commente l'accord tissé entre Berne et Washington sur l'affaire UBS. Et explique en quoi un refus du Parlement aurait menacé les intérêts vitaux de l'économie suisse.**

Après des mois d'atermoiements, l'accord entre Berne et Washington sur le litige UBS sera vraisemblablement avalisé par le Parlement. Ce 21 mai, l'Union démocratique du centre (UDC) a dit vouloir apporter son soutien à cet accord porté à bout de bras par les libéraux-radicaux et les démocrates-chrétiens. Quant à la gauche socialiste et écologiste qui pensait marchander ses voix contre des mesures sur les bonus, la voilà Gros-Jean comme devant.

Cette majorité bourgeoise ainsi ficelée sur l'accord UBS réjouit le professeur de droit fiscal Xavier Oberson, pourtant critique sur la légalité de l'arrangement. Des réserves qu'il avait formulées dans un avis de droit commandé, puis écarté par les services du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz . Silencieux depuis, le Genevois, qui avait négocié pour le Conseil fédéral un traité de double imposition avec les Etats-Unis en 2009, expose en quoi une non-ratification de l'accord UBS aurait menacé l'économie suisse. Une façon d'expliquer l'unanimité retrouvée du bloc bourgeois derrière un accord que le Parlement devrait ratifier en juin.

**Voici une semaine encore, l'accord sur UBS était refusé par le Parlement. Le ralliement de l'UDC vous réjouit-il ?**

Oui. J'ai toujours dit que la position des élus qui devaient voter sur ce dossier était difficile. Juridiquement, ce n'est pas évident. Mais, compte tenu des circonstances et de la gravité d'un refus de cet accord, je crois qu'il faut malgré tout le ratifier.

**Pourquoi n'est-ce pas évident d'un point de vue juridique ?**

Selon le TAF (Tribunal administratif fédéral, ndlr), cet accord élargit la notion de fraude fiscale à la soustraction de montants importants. Est-ce légal? Non, dit le TAF. Et cela contredit la CDI (Convention de double imposition, ndlr) qui nous lie avec les Etats-Unis. Or, un accord à l'amiable comme dans le cas UBS ne saurait déroger à une CDI qui est un traité international.

**L'accord est donc boiteux...**

C'est ce que dit le TAF, mais ce tribunal esquisse une piste de sortie: faire un accord spécifique, certes discutable, qui se justifie par la nécessité de résoudre enfin cette affaire. En d'autres termes, le TAF suggère au Conseil fédéral de faire ratifier a posteriori cet

accord par les Chambres pour revenir dans la légalité. Après, cela relève de la politique étrangère...

**...donc les élus cèdent à la loi du plus fort. Et tant pis pour le droit !**

Sommes-nous prêts à assumer en cas de refus des mesures de rétorsions américaines? Il y a quand même un risque et je ne suis pas le seul à le dire! C'est donc une décision politique qui appartient au Parlement.

**Vous croyez à la crédibilité des menaces américaines ?**

Oui. Mais il faut aussi être juste et dire que, même en acceptant l'accord UBS, cela ne résout pas tous les problèmes.

**A quoi pensez-vous ?**

Cet accord n'exclut pas que d'autres banques soient attaquées par les autorités américaines. Je reviens des Etats-Unis et des bruits circulent sur le fait que d'autres banques, et pas seulement suisses, seraient déjà l'objet de procédures. Plus de 16 000 personnes se sont spontanément dénoncées à l'IRS (le fisc américain, ndlr). Ce dernier détient désormais une masse d'informations sur ces contribuables, leurs gestionnaires de fortune, leurs avocats ou leurs fiduciaires. Pour des banques suisses, l'accord sur UBS n'exclura donc pas de nouvelles procédures à partir des informations que détient l'IRS.

**Connaissez-vous le nom de ces banques, suisses ou non ?**

Non.

**Revenons au Parlement. Si l'on vous suit, le camp bourgeois va donc accepter un élargissement de la notion de fraude fiscale en ratifiant l'accord UBS...**

Oui. C'est pour cela que, d'un côté comme de l'autre, les élus doivent prendre une décision très difficile et peser soigneusement les intérêts en jeu.

**Avez-vous évoqué le sujet avec des élus ou en commission ?**

Non. Encore une fois, je veux rester en retrait et je ne m'en plains pas!

**L'alternative est désormais peu probable, mais que pourrait-on envisager en cas de refus de l'accord ?**

Aux Etats-Unis, des voix disent qu'il n'y aura rien. Pourquoi? Car, avec ces 16 000 personnes qui se sont dénoncées, la procédure de l'IRS est un grand succès. C'est même un succès retentissant, contrairement à la procédure française qui a été un échec complet. J'ai même eu vent de cas hors délai, où le fisc a été assez flexible pour entrer en matière après le délai officiel de dénonciation.

## **Vous y croyez ?**

J'ai de sérieux doutes sur ce scénario, mais c'est imaginable.

## **Et le pire des scénarios ?**

Dans la mesure où la Suisse n'aurait pas respecté ses engagements, Washington aurait déployé des mesures de rétorsion et la procédure civile contre UBS aurait repris devant les tribunaux de Floride. Voire des procédures pénales contre des dirigeants d'UBS. Il aurait été aussi possible que Washington refuse de ratifier la nouvelle CDI que nous avons révisée l'été passé. Une convention qui respecte le modèle de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques, ndlr) et qui est assez favorable à la Suisse.

## **A Berne justement, des voix susurrent que l'acceptation de l'accord UBS préserve le résultat obtenu sur la CDI. Est-ce plausible ?**

Il n'y a pas de lien juridique entre les deux. Politiquement, c'est autre chose et le Congrès aurait pu refuser la CDI avec la Suisse. Ainsi, je peux imaginer que les Américains auraient fait pression pour renégocier une nouvelle CDI. Et, avec une animosité certaine du côté américain, ce qui est compréhensible, beaucoup de choses auraient été mises sur la table...

## **...et vous seriez reparti à Washington !**

Pour défendre la Suisse, avec grand plaisir! (Rires.)

## **Sur quoi les Américains auraient-ils fait pression ?**

Faute d'accord, ils auraient pu demander à intégrer la définition des cas UBS dans la CDI.

## **Hormis cela, quels auraient été les autres points sensibles ?**

Washington se serait peut-être battu sur la clause de la rétroactivité. Dans la CDI révisée, ne sont pris en compte que les cas de fraude à partir du 23 septembre 2009, date de signature du protocole entre Berne et Washington. Ainsi, les Américains auraient eu tout intérêt à réclamer de négocier pour que la convention couvre les cas dès 2001, quand UBS démarrerait ses activités litigieuses. Sauf que, ici, la rétroactivité aurait concerné toutes les banques suisses.

## **C'est tout ?**

Non. Comme avec les Hollandais, Washington aurait aussi pu réclamer plus de sévérité en cas d'abus de la CDI. A l'époque, nous n'avions pas touché cette clause, certes déjà

gratinée dans notre cas. L'enjeu est de s'assurer que des personnes qui, depuis la Suisse, réclament le bénéfice de la CDI pour réduire des taux à la source le méritent. Il y a une série de tests où il suffit d'en remplir un seul pour que la CDI s'applique. Par exemple, le fait d'avoir une activité commerciale dans notre pays. On aurait pu imaginer un renforcement des tests.

### **A vous entendre, la Suisse l'a donc échappé belle !**

D'autant que les Américains auraient pu toucher à d'autres points de la CDI qui ne concernent pas que le secteur financier...

### **Vous pensez aux prix internes des multinationales ?**

Parfaitement. A la demande des milieux économiques suisses, la CDI que nous avons négociée en été 2009 contient un mécanisme d'arbitrage en cas de litige sur ce qu'on nomme les «prix de transfert». C'est important, car on ne parle que du secret bancaire dans les médias, alors que le plus grand problème actuel du droit fiscal international réside dans ces prix. Et, ici, la Suisse n'est ni avantagée ni désavantagée.

### **C'est-à-dire ?**

Au niveau mondial, il y a une véritable guerre commerciale entre Etats pour s'assurer qu'ils imposent suffisamment les bénéfices des groupes multinationaux installés sur leur territoire respectif. Ces groupes utilisent les différences de taux d'imposition entre Etats et transfèrent les bénéfices vers un pays fiscalement plus accueillant. A leur décharge, ces transferts sont parfois involontaires, tant les règles sont devenues sophistiquées. Concrètement, cela veut dire que, en surfacturant une prestation ou un bien depuis l'Etat qui a la fiscalité la plus basse, je me retrouve dans l'Etat à forte fiscalité avec une charge plus élevée, donc de l'argent qui sort et qui vient gonfler mon bénéfice dans le premier Etat. Et cela se chiffre en montants astronomiques.

### **Où est le problème ?**

Quand les administrations fiscales contestent les prix internes des groupes pour éviter que des recettes leur échappent, elles doivent dire ce qu'elles imaginent être, comme dans le jeu télévisé, le «Juste prix». C'est parfois mission impossible. Par exemple, avec des objets nouveaux sans marché et où aucun prix n'existe. Ce qui n'empêche pas de longues et coûteuses procédures, pour ne pas dire de vraies guerres, dont l'issue reste incertaine pour la multinationale.

### **La CDI révisée entre la Suisse et les Etats-Unis évite donc cet écueil ?**

C'est cela. L'idée est de confier désormais à un groupe d'arbitres la détermination du juste prix en cas de litiges devant le fisc. Précisons encore que le résultat de l'arbitrage peut être en faveur des Etats-Unis ou de la Suisse. C'est une solution équilibrée, moderne et surtout plus rapide.

### **C'est une première ?**

Pour la Suisse, oui. Seul le projet de convention entre les Etats-Unis et la France contient ce même mécanisme. Dans le cas helvétique, les Américains n'ont rien demandé sur ce point. Cela venait vraiment de la Suisse.

### **Comment expliquer à l'époque cette insistance des milieux économiques suisses ?**

Je peux imaginer qu'ils ont eu des problèmes avec les autorités américaines... Et surtout, comme je l'ai dit, ce type de procédure peut durer des années avec des sommes considérables en jeu. Imaginez si ces firmes se retrouvent avec un contentieux devant un juge dont la formation est celle de constitutionnaliste. Comment voulez-vous qu'il détermine ce «juste prix» d'une transaction à l'intérieur d'une firme? Le mécanisme d'arbitrage de la CDI éviterait à l'avenir que l'administration fiscale impose arbitrairement son «juste prix».

### **Ce mécanisme que vous décrivez aurait pu être l'enjeu d'une nouvelle négociation avec Washington ?**

Bien sûr.

### **A vous suivre, difficile de ne pas croire que les milieux économiques suisses ont activement soutenu l'accord sur UBS pour sauvegarder la convention que vous avez négociée aux Etats-Unis...**

Je ne pense pas que c'était là leur unique crainte, même si elle demeure un élément de compréhension. Leur principale crainte tenait certainement plus dans les mesures de rétorsion que Washington aurait pu activer.

### **En mars 2009, le Conseil fédéral abandonnait la distinction entre fraude et évasion fiscales. Bien des experts, dont vous-même, promettaient un avenir sombre pour le pays et sa place financière. Dans votre pratique, qu'est-ce qui a changé ?**

Sincèrement, pas grand-chose. En revanche, nous répondons à beaucoup de questions. Il y a aussi plus de personnes qui viennent s'installer ici. D'abord des Anglais, un peu des Français et des personnes des pays de l'Est. Leur démarche est surtout liée à des inquiétudes sur la situation économique mondiale. Le côté refuge de la Suisse est redécouvert. Paradoxalement, c'est le sens inverse des discussions auxquelles nous avons assisté ces derniers mois. En tout cas, ce côté refuge est bien présent dans les esprits, et c'est ce que je ressens. Voilà une bonne nouvelle pour la Suisse! Une seconde est le ralliement de l'UDC à l'accord UBS.

## **Clientèle française des banques suisses**

### **«La convention fiscale avec Paris ne règle pas le passé pour autant»**

En marge de l'entretien sur l'accord UBS que Xavier Oberson a accordé à L'Hebdo, celui-ci est revenu sur la convention de double imposition avec la France. Comme dans le cas de l'accord UBS, le professeur genevois souhaite que le Parlement ratifie au plus vite ce traité fiscal. Même si celui-ci n'est pas exempt de tous problèmes.

### **De plus en plus de voix en Suisse réclament une nouvelle négociation de la Convention de double imposition (CDI) avec la France. Avec raison?**

Je ne soutiens pas cette démarche, surtout dans le contexte actuel. C'est vrai que cette CDI pose problème avec cette phrase sur le fait que les autorités françaises sont certes obligées de fournir le nom du détenteur d'une information, mais dans la mesure où il est connu, comme dans le cas d'une banque. Certains ont vite conclu que Paris pourrait exiger des informations que sur la base du nom d'un contribuable, ce qui est une lecture abusive du texte qui proscriit la pêche aux renseignements. Cela dit, c'est un jeu dangereux de ne pas vouloir ratifier cette convention, car elle reste équilibrée dans le contexte actuel.

**Le 11 février 2010, le Conseil fédéral s'est rallié à la lecture française de la CDI. Or, l'ordonnance en consultation à Berne, et qui doit régler cette question de l'échange d'informations pour l'ensemble des CDI passées par la Suisse, dit l'inverse. En résumé, le nom de la banque doit être fourni à chaque demande d'entraide. Un nouvel imbroglio en perspective?**

Oui, sauf que c'est la CDI avec Paris qui l'emporte. L'ordonnance ne peut pas déroger à une convention internationale! Et il est fréquent que les CDI soient différentes de cas en cas. Quoi qu'il en soit, repartir dans une renégociation avec Paris serait dangereux. Avec le risque d'aboutir à une CDI plus sévère, notamment sur la clause dite de rétroactivité.

### **Rétroactivité ou non, l'Etat français peut malgré tout taxer par appréciation pour les années non couvertes par la CDI...**

C'est juste. Et vous ne pouvez rien faire là contre. Imaginez un Français dont on sait qu'il a un compte en Suisse en mars 2010, rien n'empêche le fisc parisien de dire: «Nous présumons que vous aviez ce compte avant. Soit vous nous prouvez que vous ne l'aviez pas, soit nous appliquons nos règles de calcul en cas de présomption d'avoirs placés à l'étranger.» Contre cela, nous ne pouvons rien faire. C'est du droit interne.

**Depuis des mois cependant, le Conseil fédéral et les banquiers jurent qu'il y a impossibilité de réclamer rétroactivement des informations. A vous entendre, tout cela ne tient pas. Ou disons que la CDI ne protège pas le contribuable français d'une taxation par appréciation.**

C'est vrai que la nouvelle CDI avec Paris prend effet à partir du 1er janvier 2010 et qu'elle n'a pas d'effet rétroactif. Mais c'est aussi juste de dire qu'elle ne règle pas le passé pour autant.

© L'Hebdo, 27 mai 2010