

Prise de position

## Accord d'entraide administrative entre la Suisse et les États-Unis

### Résumé

L'accord conclu entre la Suisse et les États-Unis au sujet d'une demande d'entraide administrative concernant UBS (ci-après « accord d'entraide administrative ») est un accord bilatéral réglant le différend juridique entre la Suisse et les États-Unis. Le différend est né en lien avec des manquements d'UBS dans ses activités aux États-Unis jusqu'en 2007. Afin de résoudre ce conflit juridique, les deux pays ont conclu un compromis le 19 août 2009 sous la forme d'un accord d'entraide administrative : les États-Unis se déclarent disposés à abandonner les procédures judiciaires de l'Internal Revenue Services (IRS) en vue de l'obtention de données sur 52 000 clients d'UBS (« John Doe Summons », JDS) et à déposer une demande d'entraide administrative pour des données concernant 4450 clients d'UBS sur la base de la convention de double imposition existant entre la Suisse et les États-Unis. En contrepartie, la Suisse accepte de fournir une entraide administrative pour les données de ces 4450 clients (décisions finales dans un délai de 360 jours).

Dans son arrêt du 21 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a conclu que cet accord d'entraide administrative n'était pas compatible avec la convention de double imposition en vigueur<sup>1</sup>. Indépendamment de la décision du TAF, l'accord d'entraide administrative représente un engagement contractuel contraignant. Le 24 février 2010, le Conseil fédéral a décidé de soumettre l'accord au Parlement pour ratification.

### Important à savoir

**Domaine d'application de l'accord :** *La formulation de l'accord d'entraide administrative est volontairement restrictive. À l'occasion de la signature de l'accord (19 août 2009), la Suisse a déclaré : « The Swiss Confederation declares that it will be prepared to review and process additional requests for information by the IRS under Article 26 of the existing Tax Treaty if they are based on a pattern of facts and circumstances that are equivalent to those of the UBS AG case. » La mise en œuvre de l'accord pour d'autres banques impliquerait que d'autres banques ont procédé de la même manière et qu'elles sont dans un cas de figure équivalent. Sur la base des connaissances actuelles, rien ne permet d'affirmer que d'autres établissements ont agi de la même manière qu'UBS.*

**L'approbation de l'accord ne porte pas atteinte à l'interdiction de la rétroactivité :** *Il y a rétroactivité, lorsque de nouvelles dispositions légales s'appliquent à une situation définitivement réalisée avant l'entrée en vigueur des dispositions concernées. Cela est inacceptable par principe. Ces règles valent pour le droit matériel. Dans le droit procédural, qui vise à appliquer le droit matériel, il faut partir du principe que les nouvelles dispositions légales sont appliquées immédiatement à toutes les situations – qu'elles appartiennent déjà au passé ou non. Sur la base de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les prescriptions en matière d'entraide administrative et juridique font partie du droit*

<sup>1</sup> Le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la conclusion que la formule « Betrugsdelikte und dergleichen » ne peut couvrir davantage que le terme « Abgabebetrag » (« tax fraud ») tel qu'il est interprété dans le protocole à la Convention de double imposition 1996.

*procédural. Le Tribunal fédéral en déduit que de telles dispositions, une fois qu'elles sont entrées en vigueur, peuvent s'appliquer également à des situations survenues dans le passé sans que cela soit considéré comme une application rétroactive des dispositions. Par conséquent, l'approbation de l'accord ne porte pas atteinte à l'interdiction de la rétroactivité.*

### **Les enjeux en cas de non-ratification**

Si la Suisse ne ratifie pas l'accord, le différend juridique entre les deux pays reste entier. Il faut s'attendre à des conséquences négatives pour la place économique suisse. Les États-Unis assimileraient probablement la non-ratification à une rupture de contrat. Les services fiscaux américains (IRS) ont expliqué fin mars 2010 qu'ils attendaient du gouvernement suisse qu'il respecte l'accord. Dans le cas contraire, ils examineraient toutes les possibilités légales afin d'obtenir les informations promises de la part de la Suisse<sup>2</sup>. Or, en vertu de l'art. 5 de l'accord, le non-respect du contrat aurait pour conséquence l'adoption de « mesures compensatoires appropriées » de la part des États-Unis.

#### *Risques économiques*

- À n'en pas douter, les États-Unis accentueraient fortement la pression exercée sur la Suisse. L'initiative « Making the Tax System Fair » est un projet clé de l'administration Obama, décisif pour le succès du parti démocrate. Aux États-Unis, l'évasion fiscale est considérée comme un délit grave. La chasse aux « criminels » fiscaux et la lutte contre les paradis fiscaux sont des éléments centraux du programme de Barack Obama et restent une priorité dans l'agenda de son administration ; l'une et l'autre devraient encore s'intensifier à l'approche des élections de mi-mandat, à la fois difficiles et décisives, qui se tiendront le 2 novembre 2010. On ne peut pas exclure que les États-Unis prennent des mesures à l'encontre de la Suisse en cas de non-ratification de l'accord. On peut imaginer non seulement la réactivation d'une plainte pénale à l'encontre d'UBS mais également des mesures allant plus loin comme la réactivation du « Stop Tax Haven Abuse Act » (liste des paradis fiscaux) et l'introduction d'impôts répressifs sur le trafic des paiements (par exemple une retenue d'impôt de 30 % non remboursables sur les versements en Suisse ou une discrimination pour des contrats publics).
- Dans ce cas, toute l'économie suisse devrait se préparer à un avenir incertain en ce qui concerne d'éventuelles mesures contre la place financière ou la discrimination possible des entreprises suisses sur le marché américain. La place financière suisse subirait davantage de pression. Les relations économiques avec les États-Unis dans leur ensemble seraient plus difficiles. L'enjeu économique est de taille. Les États-Unis sont le deuxième partenaire commercial de notre pays. Le marché américain représente entre 25 % et 50 % du chiffre d'affaires pour la majorité des entreprises suisses actives à l'échelle internationale – cela vaut pour des multinationales comme pour de nombreuses PME. Il n'est pas dans l'intérêt de la Suisse de mettre en jeu inutilement des emplois ni de se fermer des opportunités. Au cours de ces prochaines années, les États-Unis auront besoin de beaucoup de produits et services dans des domaines dans lesquels la Suisse excelle : la technologie médicale et la biotechnologie, les machines-outils de précision pour la transformation de l'industrie automobile et l'efficacité énergétique, pour n'en citer que quelques-uns.

<sup>2</sup> Cf. <http://www.nytimes.com/2010/04/01/business/global/01ubs.html?ref=business> (Douglas H. Shulman, the I.R.S. commissioner, said in a statement Wednesday that the Swiss announcement "does not alter in any way the amount or type of information that the Swiss must provide the I.R.S. on U.S. account holders." "We expect the Swiss government to honor its commitments under the original agreement," he said. "In the interim, we stand ready to pursue the legal options available to us should the Swiss fail to provide the required information.")

- D'étroites relations lient nos deux économies. Ces relations bénéficient aussi directement à notre place économique. Les 650 entreprises américaines implantées en Suisse sont un pilier important de la prospérité suisse. Elles représentent 120 000 emplois et génèrent 5 % du PIB environ. Dans l'éventualité où les États-Unis classeraient officiellement la Suisse sur la liste des paradis fiscaux, ces entreprises devraient envisager un déplacement de leur siège hors de Suisse en raison des conséquences fiscales possibles. Les entreprises étrangères implantées dans notre pays, en particulier les sociétés américaines, seraient considérablement entravées dans leurs activités en Suisse, sans compter que leur présence dans notre pays pourrait leur coûter cher. L'incertitude empêcherait leur développement et la réalisation de nouveaux investissements. Dans le pire des cas, il faudrait s'attendre à un départ de ces sociétés.

#### *Accroissement de l'insécurité juridique et intensification de la pression étrangère*

- La Suisse a entrepris de clarifier et de renforcer les relations avec ses partenaires commerciaux avec de nouvelles conventions de double imposition s'appuyant sur le standard de l'OCDE. Elle a conclu ou est en train de conclure de nouvelles conventions avec les États-Unis ainsi qu'avec plusieurs grands partenaires commerciaux européens (l'Allemagne et la France entre autres). En cas de non-ratification de l'accord d'entraide administrative avec les États-Unis, notre pays risque une escalade du différend fiscal avec tous les pays. La Suisse se trouverait à nouveau sur la défensive. Les relations avec les États-Unis, avec nos voisins ainsi qu'avec l'OCDE, l'UE et le G20 seraient une fois de plus entravées. Cela créerait une insécurité juridique et aurait pour effet d'intensifier la pression.
- En cas de non-ratification, UBS se trouverait à nouveau dans la ligne de mire et donc sous pression pour fournir d'autres données que les États-Unis réclament au nom de cet accord. UBS serait à nouveau affaiblie – du point de vue juridique – ce qui implique une grande incertitude pour ses clients, ses investisseurs, ses partenaires et pour l'ensemble du système financier. Il faudrait s'attendre à des procès civils et pénaux aux États-Unis. Des milliers d'emplois seraient directement menacés en Suisse. Si, au pied du mur (menace sur son existence du fait d'une plainte pénale), la banque helvétique violait le droit suisse, la confiance dans l'ensemble de la place financière serait anéantie.
- La Suisse insiste sur le respect des principes de l'État de droit et l'observance stricte des lois. Or, en refusant de ratifier l'accord, elle va à l'encontre de ces principes. Si la Suisse tourne le dos à ce simple principe, cela complique aussi les futures discussions en vue de la conclusion de conventions de double imposition avec nos voisins, le règlement de cas en suspens concernant des fortunes non déclarées en Suisse ainsi que la discussion épineuse avec l'UE sur l'imposition des entreprises.

#### **Établissement d'un lien entre l'accord sur l'entraide administrative et d'autres dossiers politiques**

Dans le débat politique, la question de l'accord d'entraide administrative est liée à d'autres dossiers. Il s'agit principalement des exigences relatives à l'introduction d'un impôt sur les bonus et à la résolution, au préalable, du problème des établissements « trop grands pour faire faillite ». Le Conseil fédéral, lui-même a pris plusieurs mesures. Il est incontesté que des mesures s'imposent en ce qui concerne la réglementation des entreprises d'importance systémique. Cependant, il importe d'élaborer des solutions fondées et solides. Ce serait donc une erreur de relier la question des entreprises « trop grandes pour faire faillite » et celle des bonus à l'accord sur l'entraide administrative et de prendre des mesures de manière précipitée. Rien ne justifie un excès de précipitation et des mesures qui n'auraient pas été mûrement réfléchies. Des mesures fiscales hâtives pourraient rester sans effet ou provoquer des

dommages considérables. economiesuisse s'engage en faveur d'un examen minutieux des conséquences des mesures envisagées :

- Il est justifié d'attendre le rapport final de la commission d'experts pour résoudre la **problématique des entreprises « trop grandes pour faire faillite »**. economiesuisse soutient la réalisation à la fois rapide et diligente de ce rapport.
- En ce qui concerne l'imposition des **options données aux collaborateurs**, il serait économiquement faux de ne pas prendre en compte sur le plan fiscal le risque économique encouru pendant la période de blocage. Un éventuel durcissement législatif ne doit concerner que les entreprises soutenues par l'État. Il faut éviter en particulier de pénaliser fiscalement les start-up et les entreprises familiales.
- La décision du Conseil fédéral de désormais définir dans un accord le système de rémunération des entreprises qui bénéficient d'une **aide de l'État** est juste.
- Des **bonus** excessifs sont aussi problématiques à nos yeux. La proposition du Conseil fédéral de ne plus considérer comme charges de personnel, et donc déductibles du bénéfice, les bonus dépassant un certain montant ou supérieurs à la part fixe du salaire est problématique du point de vue de la systématique fiscale, inefficace et pourrait constituer une incitation négative. Il s'agira, dans le cadre de la procédure de consultation annoncée, d'examiner de plus près comment ces problèmes peuvent être évités. Quoiqu'il en soit, les mesures éventuelles devront être limitées aux entreprises bénéficiant du soutien de l'État.

### Position de l'économie

L'accord d'entraide administrative conclu entre la Suisse et les États-Unis est valable et contraignant au regard du droit international. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral ne change rien au fait que la Suisse est tenue de respecter l'accord. Le problème se situe du côté de l'application de l'accord selon le droit suisse. Sa ratification est conforme à la Constitution et au droit suisses. Il n'est pas possible de le renégocier. Aux yeux des États-Unis, un accord est un accord.

Du point de vue de l'économie, il n'y a pas d'alternative acceptable à la ratification de l'accord par le Parlement suisse. Elle nous éviterait de prendre inutilement des risques importants. De plus, elle réglerait définitivement le différend concernant UBS. Cette option a été approuvée sur le plan juridique par des experts, notamment au sein du gouvernement.

Un point important est la possibilité d'un référendum facultatif lors du processus de ratification. La majorité des experts sont d'accord pour dire qu'un référendum facultatif n'est pas nécessaire compte tenu de la brièveté de la durée de validité de l'accord et de son domaine d'application restreint. Envisager la possibilité d'un référendum facultatif reviendrait dans les faits à rejeter l'accord dès lors que le délai supplémentaire nécessaire pour le référendum équivaldrait déjà à un non-respect de l'accord pour les États-Unis.

La Suisse est actuellement confrontée à deux problèmes. Premièrement, elle doit régler les cas en suspens. Deuxièmement, afin de préparer au mieux l'avenir, notre pays doit établir des relations de bon voisinage avec ses principaux partenaires. Faute d'un règlement rapide et efficace des charges héritées du passé, il ne sera pas possible de planifier solidement l'avenir. La ratification de l'accord est une des clés pour remettre les compteurs à zéro. Elle est nécessaire pour retrouver une liberté d'action indispensable. Par rapport aux risques économiques que comporte l'émergence d'un nouveau différend fiscal avec les États-Unis, et donc avec d'autres partenaires commerciaux, lesquels nuiraient à la sécurité juridique et à l'attrait de la place économique suisse, la ratification de l'accord est un petit prix à payer. economiesuisse s'engage pour la ratification de l'accord d'entraide administrative.