

А. А. Богер

UNE NOUVELLE ÈRE DU SECRET BANCAIRE: une analyse du point de vue du droit fiscal international

Аннотация: На сегодняшний день во многом благодаря своей политике в области конфиденциальности банковской информации Швейцария является одним из важнейших финансовых и банковских центров. Критикуемая во все времена швейцарская банковская тайна тем не менее еще никогда не испытывала подобного давления со стороны ее противников, как в последние годы. Наконец, ослабив сопротивление, швейцарские власти объявили о готовности принять необходимые международные стандарты. В пятницу, 13 марта 2009 года было принято роковое для банковской тайны решение - весь мир облетела новость об «отмене» банковской тайны в Швейцарской Конфедерации. Пресса запестрила громкими заявлениями, о том, что банковский секрет «мертв». Но действительно ли это конец веками сложившейся швейцарской традиции. Быть может речь идет о новой эре банковской тайны?

Ключевые слова: Международное право, банковская тайна, банковский секрет, конвенция против двойного налогообложения, UBS, международное налоговое право, Швейцария, 13 марта 2009, отмена банковского секрета, США и Швейцария.

*Mémoire de maîtrise rédigé par Anna Boger
sous la direction du professeur Xavier Oberson*

Introduction

Qu'est-ce qui vient à votre esprit quand vous évoquez le mot «Suisse»? Généralement, ce sont les quatre symboles traditionnels suisses – les banques, le fromage, le chocolat et les montres. «Une analyse effectuée pour le compte du Département fédéral des affaires étrangères en témoigne: les banques et le secret bancaire sont, dans l'opinion publique mondiale, les objets le plus souvent associés à la Suisse, avant même le fromage, le chocolat et les montres»¹. Si on poursuit le jeu d'associations avec le thème plus précis des banques suisses, les gens mentionnent des mots comme le secret, le blanchiment d'argent, la fraude et le crime. Cette réputation suisse est mondialement reconnue grâce à l'ancienneté du savoir faire

bancaire et de la qualité des services en la matière, mais elle s'accompagne aujourd'hui d'un point de vue extrêmement négatif aux yeux de nombreux Etats: le secret bancaire.

Actuellement, la question du secret bancaire est l'une des plus brûlantes qui se pose à la Suisse contemporaine. De plus, elle est cruciale pour un pays tel que la Suisse, qui dépend de façon importante de sa place financière. Autrement dit, préserver le secret bancaire est une nécessité de premier ordre selon les principales données macro-économiques concernant la place financière suisse².

La Suisse, comme d'autres pays dotés d'un secret bancaire opposable aux autorités fiscales, est actuellement soumise à des pressions massives par les grandes puissances économiques. La pression internationale n'a jamais été aussi forte contre le secret bancaire. L'objectif prononcé par l'OCDE est clair

¹ BRAILLARD Philippe et SCHWAMM Henri, *Place financière suisse: l'autre stratégie*, Slatkine, Genève 2006, p.14

² RODRIGUEZ ESPITIA Claudia Liliana, *Le secret bancaire suisse face à l'actualité fiscale européenne*, in: Con-Texto, Revista de derecho y economia, N°21

– atteindre un *level playing field*³ et contraindre les paradis fiscaux comme les centres financiers offshores et les pays à secret bancaire excessif de jouer selon les mêmes règles et de suivre les mêmes contraintes⁴. En continuant l'idée de l'OCDE le sommet du G20 à Londres a finalement proclamé que «l'ère du secret bancaire est terminée»⁵.

Lors d'un sommet à Londres, l'OCDE et le G-20 avaient placé la Suisse sur une liste «grise» de pays qui ne mettent pas suffisamment en œuvre les normes de l'OCDE. Bien que la Suisse fasse partie des membres fondateurs de cette organisation, elle n'avait été informée de la rédaction de la liste qu'une semaine plus tard. Son gouvernement a ainsi protesté auprès de l'OCDE, jugeant les critiques et les menaces infondées. Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a annoncé l'intention de reprendre les standards de l'OCDE en matière d'échange de renseignements et donc d'assouplir le secret bancaire. Néanmoins, cette concession ne suffit pas: pour sortir de la liste des paradis fiscaux, la Suisse doit conclure douze traités d'échange d'informations conformes aux standards OCDE. A la fin de l'année 2009, après avoir signé sa douzième convention de double imposition conforme aux standards de l'OCDE avec le Qatar, elle en a été rayée. Finalement, la Suisse ne figure plus dans la liste «grise» de l'OCDE.

Il est vrai qu'aujourd'hui la Suisse ne peut plus affirmer que le secret bancaire «n'est pas négociable»⁶.

³ OCDE, *Tax Cooperation 2009: Towards a Level Playing Field – 2009 Assessment by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information*, Paris, 2009.

⁴ G20 Statement on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors Berlin, Germany 20–21 November 2004, in: OCDE, *Promoting transparency and exchange of information for tax purposes*, Paris, 2010, Annexe 1, p. 11: "The G20 therefore strongly support the efforts of the OECD Global Forum on Taxation to promote high standards of transparency and exchange of information for tax purposes and to provide a cooperative forum in which all countries can work towards the establishment of a level playing field based on these standards."

⁵ OCDE, *Promoting transparency and exchange of information for tax purposes*, Paris, 2010.

⁶ «Le secret bancaire n'est pas négociable» - Proclamation du Ministre fédéral des finances, M. Kaspar Villiger - *L'Hebdo*, Lausanne, 29 juin 2000.

Mais est-ce que le secret bancaire est «mort» après la décision du vendredi 13 mars 2009? Est-ce que cette décision allait faire entrer celui-ci dans une nouvelle ère du point de vue du droit fiscal international?

Afin d'examiner la matière, si complexe, et de pouvoir répondre à ces questions, il paraît logique de diviser le présent travail en trois parties. On commence la *Partie I* par l'analyse de la place financière suisse et de son importance pour la Suisse. Ensuite, après avoir expliqué ce qu'est le secret bancaire et quelle est sa portée en droit fiscal, on finit cette partie avec un aperçu du secret bancaire à l'étranger. La *Partie II* est consacrée à l'examen du rôle du secret bancaire dans le système suisse de l'entraide judiciaire et de l'assistance administrative en matière fiscale avec tous les changements prévus à ce sujet. Une fois le cadre de la question est précisé, un retour à l'actualité sera fait dans la *Partie III* pour éclairer et commenter le changement que représente la décision du Conseil fédéral d'affaiblir le secret bancaire pour la place financière de la Suisse.

I. Place financière suisse et le secret bancaire

1. L'importance de la place financière suisse

A ce jour, l'ONU compte 192 Etats membres de grande, moyenne, petite ainsi que de très petite taille. Par sa surface et sa population, la Suisse se range parmi les petites nations. Toutefois, si l'on prend en considération la force économique des Etats, le classement se présente d'une façon totalement différente. En comparaison internationale, la Suisse occupe alors un rang qui correspond plutôt à celui d'un pays de moyenne importance⁷.

Au cours de l'année 2009, la place financière suisse a assuré la gestion de 3800 milliards de francs, ce qui la place au troisième rang dans le monde⁸.

⁷ Département fédéral des finances, Secret bancaire et questions fiscales internationales: position de la Suisse, brochure du 11 janvier 2010.

⁸ Banque nationale suisse, *Bulletin statistique mensuel*, février 2009; Avec une part de marché égale à 9% du total des actifs gérés dans le monde, la Suisse arrive en troisième position derrière les États-Unis et la Grande-Bretagne (SWISSBANKING, *Factsheet Place financière suisse* – ASB, novembre 2009)

Concernant le Private Banking transfrontalier, les banques suisses détiennent le premier rang mondial avec une part de marché de 27%⁹. Vous trouverez la liste des plus grands gestionnaires de fortune du monde en Annexe N°1.

Il est vrai que la Suisse vit très largement grâce à l'argent venu d'autres pays. En 2003, plus de la moitié (58%¹⁰) de la fortune gérée par les banques a été placée en Suisse par des clients étrangers. Selon certaines statistiques, les actifs détenus par des étrangers approchent aujourd'hui 2200 milliards de francs¹¹.

Reste évidemment à estimer quelle est la part des actifs étrangers déposés en Suisse dans le but d'échapper à l'imposition. En vertu du principe «know your client», chaque ouverture de compte en Suisse de la part d'un client étranger est soumise à une impressionnante batterie de contrôles: identification de la provenance de l'argent, de l'ayant droit économique, etc. En revanche, le banquier n'a aucune obligation de se renseigner sur la situation fiscale de son client (sauf pour les citoyens américains). En réalité, il n'existe aucune statistique sur les montants relatifs à la soustraction fiscale. Selon quelques auteurs la moitié des avoirs placés en Suisse ne sont pas déclarés aux impôts dans les pays où résident leurs détenteurs¹². Autrement dit, les fonds non déclarés aux autorités fiscales dans leurs pays d'origine représentent une part substantielle, sinon prépondérante, des capitaux placés en Suisse par des clients privés.

La dépendance des banques suisses envers les fortunes étrangères est lourde de conséquences politiques. L'argent déposé dans les banques suisses qui sont soustrait à un fisc étranger et le phénomène d'évasion fiscale affecte directement les revenus des pays d'où provient l'argent. Ainsi, la montée

actuelle en puissance actuelle du private banking ne va pas sans énerver les administrations fiscales nationales, puisque multiples fonds de placements et de nombreux titres permettent d'éviter l'imposition. Les autorités nationales cherchent à recevoir le plus d'informations possibles à ce sujet, quitte à aller les chercher chez leurs confrères étrangers. Elles prônent l'échange automatique de données fiscales privées entre autorités nationales, ce que les pays à secret bancaire refusent.

Ainsi, les mutations de la place financière, dont la discrétion, assurée par le secret bancaire demeure la valeur cardinale, ne sont pas un problème économique comme les autres. La prospérité de toute la Suisse dépend de celle de sa place financière¹³, car elle joue un rôle essentiel dans l'économie suisse. L'argent placé dans les banques suisses représente environ dix fois l'économie de la Suisse toute entière. Ainsi, la remise en question du secret bancaire pose pour la Suisse un problème existentiel.

2. Le secret bancaire

Depuis plus de 75 ans, le secret bancaire figure expressément dans le droit suisse. Selon Edgar de Picciotto, fondateur de l'Union Bancaire Privée (UBP) de Genève, «la protection de la confidentialité des affaires est inscrite dans l'âme de la Suisse».

En premier lieu, le secret bancaire protège la sphère privée de la clientèle bancaire. Il ne protège pas le secret des banques, mais celui de leurs clients, raison pour laquelle l'expression «secret de la clientèle bancaire» serait plus appropriée. Le terme allemand «das Bankkundsgeheimnis» est à ce sens plus précis linguistiquement, car il comprend le mot «kunden», soit le client de la banque.

En second lieu, le secret bancaire impose une obligation aux banques de garder le silence vis-à-vis des tiers et des autorités. Autrement dit, il s'impose comme le résultat d'une relation contractuelle, dans laquelle les informations communiquées dans l'exercice d'une profession sont protégées. A ce sens, le secret bancaire est identique au secret professionnel qui oblige la discrétion de l'avocat, du médecin ou du psychologue envers son client en garantissant le droit

⁹ SWISSBANKING, *Factsheet Place financière suisse* – ASB, novembre 2009.

¹⁰ BESSON Sylvain, *Le secret bancaire. La place financière suisse sous pression*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2004, p.10.

¹¹ Département des finances, *Chiffres-clés relatifs à la place financière suisse*, décembre 2008.

¹² Même 70% selon l'étude réalisée par Deutsche Bank en 2003 – Financial Times, 23 avril 2003.

¹³ BESSON, p. 10.

et le respect de la sphère privée. De ce point de vue, il serait plus approprié de parler de secret professionnel du banquier plutôt que de secret bancaire¹⁴.

A. La notion et les fondements

Le secret bancaire consiste en une obligation de discrétion de la part des banques et de diverses autres personnes en relation avec elle. Selon ce qui est généralement admis, le secret bancaire repose sur les fondements suivants:

- *Un fondement constitutionnel.* Tout d'abord, selon l'art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: «*Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale*».
- *Un fondement civil.* Le secret bancaire découle du droit civil. A ce sens le secret bancaire est la conséquence du droit absolu au respect de la personnalité garanti par les articles 27 ss. CC ainsi que par la législation sur la protection des données.
- *Un fondement contractuel.* Le secret bancaire découle également du lien contractuel par lequel le banquier s'engage à garder le secret sur la situation personnelle de son client.
- *Un fondement pénal.* La législation bancaire considère que l'obligation de discrétion incombant au banquier est un devoir professionnel, dont la violation est punissable. Ainsi, il est renforcé par les infractions figurantes dans la loi sur les banques et la loi sur les bourses (art. 47 LB; art. 43 LBVM). L'art. 47 de la Loi fédérale sur les banques stipule que celui qui agit en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire, ou de liquidateur de banque, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une société d'audit, n'a pas le droit de révéler une information dont il a eu connaissance dans le cadre de sa fonction. Le même principe s'applique aux bourses et aux négociants en valeurs mobilières, comme le stipule l'article 43 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières. Le secret bancaire empêche la banque de révéler qu'elle entretient un rapport avec un client, même suite

¹⁴ Département fédéral des finances, *Secret bancaire et questions fiscales internationales: position de la Suisse*, brochure du 11 janvier 2010.

à la fin des relations et protège tous les clients, qu'il s'agisse de personnes physique ou de sociétés.¹⁵ En plus, l'art. 321 CP punit la violation du secret professionnel, intentionnellement ou par négligence, par une peine d'emprisonnement ou une amende.

Selon Jean-Pierre Béguelin, chef-économiste de la banque privée genevoise Pictet & Cie: «*Cette discrétion des banques est dans le fond naturelle. Elle existe dans tous les pays bien réglementés et relève du secret professionnel et du secret des affaires le plus usuel...*

*...mais en Suisse il a un caractère particulier: il est pénal*¹⁶». De cette façon, le secret bancaire est beaucoup mieux gardé qu'avec une simple restriction civile. Il ne peut être levé, même vis-à-vis de l'Etat, que par une procédure légale soumise à certaines règles bien précises. Dès lors, le secret bancaire fait de la Suisse un espace juridique qui offre aux clients des banques un degré de confidentialité inconnu dans la plupart des autres pays.

B. Les limites du secret bancaire

1. En général

L'obligation de discrétion du banquier envers la clientèle n'est pas absolue. Les limites sont de deux ordres. Les premières résultent de la volonté chez le bénéficiaire du secret (le client ou le tiers) de délier la banque de son devoir de discrétion. Les secondes sont imposées par la loi dans les relations avec certaines autorités au nom d'un intérêt jugé prépondérant. En l'espèce, l'obligation de collaborer se subsiste donc à celle de garder le secret¹⁷. Le devoir de fournir des informations existe notamment dans les cas suivants:

- procédures de droit civil (succession ou divorce par exemple),
- droit de poursuites et faillites,
- procédures pénales (blanchiment d'argent, parti-

¹⁵ LOMBARDINI, Carlo, *Droit bancaire Suisse*, Ed. Schulthess, Genève 2002.

¹⁶ GUERTCHAKOFF Serge, *Comprendre le secret bancaire: entretiens avec Jean-Pierre Béguelin, Edouard Cuendet, Yves Cogne, Michel Halpérin et Alain Berset*, Ed. Slatkine, Genève 2009, p. 24.

¹⁷ ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 213.

ciation à une organisation criminelle, vol, fraude fiscale, chantage, etc.). Le secret bancaire suisse connaît cette limite depuis qu'il existe: il ne protège aucun auteur d'un délit ou d'un crime¹⁸. Aucun blanchisseur d'argent ni aucun escroc ne peut s'abriter derrière le secret bancaire, pas plus que des terroristes ou d'autres personnes soupçonnées de corruption ou d'autres délits graves. En présence d'indices fondant le soupçon que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, les institutions financières ont le droit d'en informer les autorités sans pour autant violer le secret professionnel du banquier. Si le soupçon est fondé, elles doivent en informer immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (art. 9 LBA),

- procédures de collaboration des banques et de la surveillance de la FINMA;
- procédures d'entraide judiciaire internationale.

2. En droit fiscal

En principe, les banques en Suisse conservent l'obligation de garder le secret à l'égard des autorités fiscales (par ex. art. 127, al. 2 LIFD, art. 43 al. 2 LHID et art. 68 al. 2 LTVA). Autrement dit, le secret bancaire est opposable aux autorités fiscales.

Néanmoins, ce principe connaît plusieurs exceptions. En matière de droits de timbre, d'impôt anticipé et de TVA, le secret bancaire ne vaut pas en cas de contraventions et de délits fiscaux¹⁹.

En ce qui concerne les impôts directs, le secret bancaire est maintenu pour les contraventions fiscales et avant tout pour la soustraction d'impôt. Néanmoins, le secret bancaire n'est pas opposable:

- en cas de grave infraction fiscale. L'Administration fiscale des contribuables (AFC) diligente des enquêtes en collaboration avec les administrations fiscales cantonales dans le cadre desquelles le secret bancaire ne peut être invoqué (art. 190 LIFD). Le secret bancaire peut également être limité en cas de soustraction fiscale si cette dernière est

continue et porte sur des montants importants d'impôt (art. 50 al. 2 DPA par le renvoi de l'art. 192 al. 1 LIFD)

- en cas d'un délit fiscal. Tel est le cas pour l'usage de faux en matière d'impôts directs (art. 186 LIFD). En revanche, une soustraction fiscale (art. 175 LIFD) est une simple contravention qui ne justifie pas la levée du secret bancaire.

C. La portée du secret bancaire en droit fiscal

Le système fiscal suisse se fonde sur le principe de la déclaration par le contribuable. En tant que tiers, dépositaire des avoirs des contribuables, la banque ne peut être appelée, dans le cadre de la procédure de taxation, à fournir des informations ou des attestations directement à l'autorité fiscale (art. 127 al. 2 LIFD). D'une manière générale, on peut affirmer que le secret bancaire est reconnu en droit fiscal.

Une banque suisse n'a aucune obligation de vérifier la situation fiscale de son client. En effet, la Suisse utilise une autre méthode de lutte contre la soustraction fiscale – l'impôt anticipé. La majeure partie des revenus provenant de placements en capitaux suisses (intérêts et dividendes) sont soumis à cet impôt prélevé à la source dont le taux s'élève à 35%. L'existence d'un impôt anticipé incite le destinataire de prestations imposables à les déclarer conformément à la loi, dans la mesure où les investisseurs (clients de la banque) peuvent exiger la restitution de l'impôt. Cela vaut également pour les créanciers domiciliés à l'étranger, pour autant qu'un éventuel accord visant à éviter la double imposition et prévoyant le remboursement complet ou partiel soit appliqué.

Par ailleurs, dans les cas d'escroquerie fiscale, ces infractions sont poursuivies en procédure pénale ordinaire. Dans ce cas, la Suisse accorde aux pays concernés son assistance administrative, comme le prévoit les différentes conventions de double imposition ainsi qu'une entraide pénale.

Finalement, avec la nouvelle politique de la Suisse dans le domaine d'échange de renseignements, l'assistance administrative peut également être octroyée en cas de soupçon fondé de soustraction fiscale.

¹⁸ Département fédéral des finances, *Secret bancaire et questions fiscales internationales: position de la Suisse*, brochure du 11 janvier 2010.

¹⁹ La procédure est régie par la Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) du 22 mars 1974, RS 313.0.

3. L'aperçu du secret bancaire à l'étranger

Même si sous sa forme pénale, le secret bancaire est une invention suisse, la Suisse n'en a pas gardé le monopole. Dans la crise actuelle, les pays les plus attaqués sont ceux dont le régime juridique est semblable à celui de la Suisse: le Luxembourg, l'Autriche, le Singapour, etc.

Autriche: Malgré les pressions du G20 et la présence de l'Autriche dans la liste grise de l'OCDE, le Parlement a refusé en juillet 2009 une loi visant à alléger le secret bancaire. Le projet a donc été renvoyé en commission.

Luxembourg: le secret bancaire est fort. Le Luxembourg a ratifié le protocole en question mais a immédiatement assorti cette ratification d'une réserve selon laquelle l'entraide judiciaire ne sera accordée que dans la mesure où l'infraction pénale concernée constitue une escroquerie fiscale. Le Luxembourg est néanmoins en train d'élargir le champ de coopération, comme la fait la Suisse.

Singapour: un secret bancaire semblable à celui de la Suisse, mais par sa situation géopolitique n'a pas les mêmes pressions politiques pour abolir son secret bancaire. Les spécialistes l'estiment généralement bien plus protecteur que son pendant suisse.

Pays à tradition juridique anglo-saxonne. Souvent, le secret bancaire est comparé avec le secret d'une fiduciaire ou d'un avocat. Ce secret repose essentiellement sur la technique du trust, qui assure l'anonymat des bénéficiaires et reste aujourd'hui «la voie royale, drapée de légitimité, pour éluder l'impôt»²⁰. Ce qui en fait un gardien de la confidentialité au moins aussi puissant que le secret bancaire suisse.

La décision d'assouplir le secret bancaire a été annoncée presque en même temps en Suisse que dans des pays européens tels que l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg, dans les places asiatiques de Hongkong et de Singapour, dans divers centres offshore dépendants de la couronne britannique (îles anglo-nor-

mandes, îles Caïman, etc.), ainsi que dans les trois petits Etats européens (Andorre, le Liechtenstein, Monaco)²¹. Une vue globale sur les pays considérés par l'OCDE comme «problématique» est présenté en Annexe N°3 au présent travail.

Dans cette optique de guerre commerciale, il faut s'assurer que les places financières concurrentes soient soumises à des conditions-cadres comparables à celle de la Suisse. Cette dernière a effectué certaines concessions car d'autres ont affirmé faire de même. Mais si la Suisse fait bien ce qu'elle dit, reste à contrôler que les autres confirment dans les faits leurs déclarations d'intention.

II. L'assistance administrative et l'entraide judiciaire en matière fiscale

Avant 1975, la Suisse ne transmettait pratiquement aucune information couverte par le secret bancaire à d'autres pays²². Le secret bancaire offrait une protection presque absolue aux clients étrangers vis-à-vis des autorités de leurs Etats d'origine. Depuis cette époque, le système d'échange de renseignements en matière fiscale a connu un développement considérable.

Aujourd'hui, dans ses relations internationales, la Suisse propose deux moyens d'échanger des informations: l'assistance administrative et l'entraide judiciaire.

1. Les niveaux de gravité des actes d'évasion fiscale

En règle générale, pour justifier la nécessité de levée du secret bancaire en vue d'obtenir des informations sur le contribuable, il faut être en présence d'un délit d'un certain degré de gravité. Toutefois, la limite entre le comportement criminel et la négligence n'est souvent pas très claire, surtout dans les affaires fiscales. Avant de procéder à l'analyse de la collaboration internationale en matière fiscale, il convient de revenir sur quelques notions.

²⁰ ZAKI Myret, *Le secret bancaire est mort, vive l'évasion fiscale*, Ed. Favre SA, Lausanne 2010, p. 28.

²¹ OCDE, *Promoting transparency and exchange of information for tax purposes*, Paris, 2010, p.3.

²² BESSON, p. 21.

En général, on distingue quatre niveaux de gravité des actes d'évitement d'impôt:

Tout d'abord, on peut économiser des impôts en utilisant des sociétés bien placées. Dans ce cas on parle de *l'économie d'impôts*, qui est absolument légale.

Une autre possibilité d'éviter l'imposition est *l'évasion fiscale* (anglais: *tax avoidance*). Cet acte n'est pas punissable selon le droit suisse. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, si une opération insolite est effectuée par le contribuable dans le seul but d'économiser des impôts, et qu'il n'existe aucun autre intérêt économique pour la création d'une société ou d'une autre structure, cette dernière peut être considérée comme transparente, et la personne physique derrière cette structure soit imposée directement.

Ensuite, on peut commettre une *soustraction fiscale* (anglais: *tax evasion*). En Suisse, à la différence de la plupart des autres pays, ceci n'est pas un crime réprimé par la justice pénale, mais un simple délit administratif. La soustraction fiscale est définie comme l'omission, même intentionnelle, de déclarer un patrimoine aux autorités chargées de prélever l'impôt (art. 175 LIFD). Les autorités suisses cherchent à empêcher, en établissant un impôt à la source, comme l'impôt anticipé.

Enfin, on peut échapper à l'impôt en utilisant intentionnellement des titres faux ou falsifiés dans le but de frauder l'autorité fiscale. Dans ce cas on est en présence d'un délit pénal – l'usage de faux ou *l'escroquerie fiscale* (art. 186 LIFD, art. 14 LDA). En cas d'usage de faux, il y a d'abord une soustraction d'impôt, poursuivie et punie séparément, à laquelle s'ajoute l'utilisation de titres faux ou falsifiés. Autrement dit, des documents qui détiennent une plus grande force probante sont modifiés abusivement pour présenter des faits de façon erronée aux autorités fiscales. L'abus de confiance placée dans de tels documents est poursuivi et puni indépendamment de la soustraction d'impôt qu'il entraîne. Ainsi, contrairement à la soustraction fiscale, l'escroquerie fiscale est un délit pénal en Suisse.

En ce qui concerne l'incrimination de la soustraction d'impôt en Suisse, il n'est pas facile de trouver

l'équilibre entre, d'un côté, la protection de la sphère privée du contribuable et les garanties d'une procédure pénale, et, de l'autre, l'intérêt public à la poursuite efficace de la soustraction d'impôt. Toutefois, même si la plupart d'autres pays considèrent que le simple fait de ne pas déclarer ses revenus ou ses avoirs à l'autorité fiscale est un délit et, par conséquent, est susceptible d'être poursuivi, la Suisse reste fidèle à sa position traditionnelle: les simples soustractions fiscales ne peuvent pas être qualifiées d'escroquerie.

2. L'entraide judiciaire en matière fiscale

Dans le cadre de l'entraide pénale, la collaboration s'établit entre les autorités judiciaires. La Suisse accorde une entraide pénale aux autorités des Etats étrangers en vertu des accords internationaux (multilatéraux ou bilatéraux) et de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP).

L'entraide judiciaire se fonde essentiellement sur les principes de la double incrimination, de la spécialité et de la proportionnalité. En vertu du *principe de la double incrimination*, les tribunaux suisses n'appliquent des mesures de contraintes – comme la levée du secret bancaire – que lorsque l'acte poursuivi est punissable aussi bien aux termes du droit de l'Etat requérant que du droit suisse. Le *principe de la spécialité* prévoit que les informations obtenues par voie d'entraide ne peuvent être utilisées que dans le cadre de la procédure pénale pour laquelle l'entraide est fournie. Quant au *principe de la proportionnalité*, il exige de la discrétion lors de cas de peu d'importance ou lorsque la procédure risque de porter atteinte aux intérêts de tiers non impliqués. Dans la mesure où toutes les conditions de l'entraide pénale sont respectées, le secret bancaire n'est plus opposable.

En Suisse, l'entraide pénale en matière fiscale n'est possible, à teneur de l'art. 3 al. 3 EIMP, que pour les escroqueries fiscales dans l'acceptation du droit suisse (Art. 24 al 1 OEIMP au renvoi à l'art. 14 al. 2 DPA). Dans ces cas la, elle est même obligatoire²³, et le secret bancaire ne lui est pas opposable²⁴. En revanche, en vertu du principe de double incrimina-

²³ ATF 125 II 252 et ATF 117 Ib 64.

²⁴ ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 218.

tion, la Suisse n'accorde pas l'entraide judiciaire en cas de soustraction fiscale.

En réalité, la Suisse accorde depuis toujours l'entraide judiciaire en matière fiscale. Il est surprenant de constater à cet égard que certains pays ne cessent d'exiger de nouvelles possibilités d'échange d'informations sans pour autant exploiter celles qui existent déjà (voir Annexe N°2)²⁵.

3. L'assistance administrative en matière fiscale

A. Généralités

L'assistance administrative porte sur un échange d'informations entre les autorités fiscales de deux Etats. Cet échange est fondé sur une convention bilatérale contre la double imposition (CDI). L'échange d'information en matière fiscale avec les autres Etats peut prendre une forme de «petite» ou de «grande» entraide.

La «petite entraide» (anglais: «small exchange of information») prévoit uniquement l'échange des renseignements nécessaires à la bonne application de la CDI concernée, soit «des informations permettant d'assurer qu'un contribuable remplisse les conditions concrètes lui permettant d'invoquer le bénéfice d'une convention»²⁶.

La «grande entraide» (anglais: «big exchange of information») prévoit en plus l'échange des renseignements destinés à assurer l'application du droit interne d'un Etat contractant²⁷. Par exemple, un Etat peut demander à un autre le prix payé par une société sis dans cet Etat pour des marchandises vendues par un contribuable de l'Etat requérant, afin d'assurer l'application de son droit interne²⁸.

B. Les standards de l'OCDE

L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a pour mandat de favoriser une saine expansion économique dans les autres pays et de contribuer à la croissance du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire²⁹.

Depuis quelques années, l'OCDE a axé ses travaux sur les questions fiscales. Après s'être attaquée au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme, elle s'est penchée sur les pratiques fiscales qu'elle juge dommageables, en exigeant la transparence et l'échange d'informations. L'OCDE considère que l'échange d'informations constitue une partie essentielle de cette coopération internationale en matière fiscale. A ce sujet, elle a rendu public le rapport «Concurrence fiscale dommageable – un problème mondial» en 1998. Dans le cadre de ce rapport, la Suisse devait s'engager à prévoir, lors de révisions de conventions futures, ce que l'on appelle la «grande entraide» pour des sociétés holding. Dans le cas contraire, ces sociétés auraient été qualifiées de dommageables et mises sur une «liste noire» de l'OCDE en raison du régime particulier dont elles bénéficient.

En 2000, le comité fiscal de l'OCDE a rendu un rapport sur un projet visant à améliorer l'accès des autorités fiscales aux informations bancaires³⁰. La Suisse s'est engagée à garantir aux autorités fiscales l'accès aux informations bancaires en cas d'infractions fiscales à caractère pénal et à les communiquer sur le plan international.

Depuis une dizaine d'années, le G-8, puis le G-20, ont collaboré avec l'OCDE sur les questions fiscales. L'OCDE a développé un certain nombre d'instruments formant le cadre juridique pour l'échange de renseignements en matière fiscale, dont deux modèles d'accord bilatéral et multilatéral sur l'échange de renseignements à des fins fiscales et une convention adoptée conjointement avec le Conseil de l'Europe. Un de ces modèles est le Modèle de convention fiscale

²⁵ Département fédéral des finances, *Secret bancaire et questions fiscales internationales: position de la Suisse*, brochure du 11 janvier 2010.

²⁶ Commentaire OCDE n. 7 ad art. 26.

²⁷ Commentaire OCDE n. 8 let. a ad art. 26.

²⁸ Commentaire OCDE, n. 8.

²⁹ Art. 1 de la Convention portant création de l'OCDE du 14 décembre 1960.

³⁰ OCDE, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, Paris, 2000.

concernant le revenu et la fortune (Modèle OCDE), dont l'art. 26 est au cœur des derniers événements, qui a joué un rôle crucial dans l'inscription de la Suisse sur la liste «grise» des paradis fiscaux.

1. Modèle de Convention concernant le revenu et la fortune

Les standards de l'OCDE en matière d'échange de renseignements à des fins fiscales sont consacrés dans l'art. 26³¹ du Modèle OCDE. Cet article prévoit la possibilité pour les autorités compétentes d'échanger les renseignements nécessaires pour l'application de la convention et des dispositions de la législation interne des Etats contractants relative aux impôts de toute nature ou dénomination.

L'art. 26 contient des critères essentiels concernant l'échange de renseignements du point de vue de l'OCDE:

Tout d'abord, il exclut la pêche aux renseignements et exige que les renseignements en question soient «vraisemblablement pertinents» pour appliquer la CDI ou la loi fiscale interne des Etats contractants (§1 art. 26 Modèle OCDE).

Ensuite, l'art. 26 propose aux Etats contractants un choix de modalités concernant l'échange de renseignements. Il en prévoit trois types différents: sur demande, automatique et spontané³². Un *échange sur demande* exige que l'Etat requérant utilise d'abord toutes les sources habituelles de renseignement prévues par la procédure fiscale interne avant de présenter la demande de renseignements à un autre Etat. L'échange peut être effectué *automatiquement* quand les renseignements sur une ou plusieurs catégories de revenus ayant leurs sources dans un Etat contractant et encaissés dans un autre Etat contractant sont transmis systématiquement à l'autre Etat. Finalement, les Etats peuvent échanger des renseignements *spontanément*, par exemple, lorsqu'un Etat a obtenu au cours de certaines enquêtes des renseignements qui peuvent présenter un intérêt pour un autre Etat. Ces trois formes d'échanges peuvent également être combinées.

³¹ Pour le texte complet de l'art. 26 du Modèle OCDE voir l'Annexe 4.

³² Commentaire OCDE, consid. 9.

De plus, les renseignements reçus par un Etat contractant sont tenus secret de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne (§2 art.26 Modèle OCDE). Selon la condition dite de spécialité, les informations ne peuvent être communiquées qu'aux personnes et autorités concernées et ne peuvent en aucun cas être utilisées à d'autres buts que ceux indiqués dans l'art. 26.

Par ailleurs, selon le §3 art. 26 du Modèle OCDE n'oblige pas les Etats contractants:

a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre Etat contractant;

b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre Etat contractant;

c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.

Enfin, le §5 art. 26 prévoit qu'un Etat contractant ne peut pas refuser de donner des informations uniquement parce que celles-ci sont détenues par une banque, une fiduciaire ou un agent, ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne. Ainsi, cette exception l'emporte sur le §3 art. 26, et le secret bancaire n'est pas opposable à la procédure dans ce cas. Le secret professionnel des avocats est toutefois réservé selon le § 3, mais uniquement pour les cas où l'avocat agit dans son statut réel et non pas comme un financier, une fiduciaire ou un agent³³.

2. Modèle de Convention en matière d'échanges de renseignements

En 2002, un Modèle d'accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale (Tax Information Exchange Agreement, ci-après TIEA) a été mis au point par le groupe de travail du Forum mondial de l'OCDE pour un échange effectif de renseignements. Ce deuxième modèle de convention en matière fiscale régit plus spécifiquement les paradis fiscaux, à savoir les juridictions où les conventions de double imposi-

³³ Commentaire OCDE, consid. 19.14.

tion ne sont pas appropriées car elles n'ont que peu ou pas d'impositions sur le revenu ou les bénéfices.

Aux yeux de l'OCDE, c'est un standard à mettre en œuvre pour permettre l'échange de renseignements dans le cadre du programme de lutte contre une concurrence fiscale dommageable. Représentant «un véritable tournant»³⁴ dans la politique d'échange de renseignements en matière fiscale, le TIEA a entraîné plusieurs changements majeurs à l'époque. Les plus importants d'entre eux sont les changements suivants: le transfert vers l'Etat requérant de la responsabilité de déterminer l'existence de motifs pour décliner la requête, l'abolition du principe de la double incrimination (la notion de «délict fiscal» se définit selon le droit de l'Etat requérant) et la levée du secret bancaire. Par ailleurs, les «fishing expeditions» sont toujours exclus, et les échanges de renseignements peuvent être obtenus que sur demande.

Le nouveau TIEA ne correspond pas à la politique suisse dans le domaine. Contrairement à cette vision traditionnelle de la Suisse, le TIEA attribue à l'Etat requérant la maîtrise de la procédure. La Suisse ne s'estime donc pas liée.

C. La position traditionnelle suisse

Des décennies durant, la position traditionnelle suisse consistait en la limitation d'échange de renseignements aux informations nécessaires à l'application de la convention. Elle n'acceptait que la «petite entraide» en matière fiscale. C'est la raison pour laquelle la Suisse a formulé une réserve à l'art. 26 du Modèle de Convention fiscale OCDE³⁵. Toutefois, même en absence de toute clause d'échange de renseignement dans la convention applicable, la Suisse coopérait avec les autorités étrangères dans la mesure nécessaire à l'application correcte de la convention, ou afin d'éviter son utilisation abusive³⁶. En revanche, elle

ne transmettait pas des renseignements nécessaires à l'application du droit interne d'Etats étrangers.

D'après la conception suisse de l'échange de renseignements, le secret bancaire faisait partie de la catégorie des secrets professionnels et donc il était visé par l'expression «secret professionnel ou commercial» mentionnée au § 2 de l'art 26 du Modèle OCDE³⁷, alors que l'OCDE prenait une position contraire³⁸. Cette position a encore été renforcée en 2004 lorsqu'elle a intégré à la Convention Modèle une nouvelle version du § 5 art. 26, qui dispose expressément que le secret bancaire ne fait pas obstacle à l'échange de renseignements. Toutefois, la réserve a été faite, et donc le secret bancaire était pleinement opposable dans la procédure d'assistance administrative³⁹.

Il s'ensuit que l'échange de renseignements fiscaux n'était possible que s'il s'agissait des renseignements nécessaires à la bonne application de la CDI et que pour les cas d'escroquerie fiscale dans le cadre de l'entraide judiciaire. Il existait un cas particulier de la CDI avec les Etats-Unis qui prévoyait également l'échange de renseignements en cas de «tax fraud and the like».

4. La «nouvelle approche»

Il se trouve que cette décision du 13 mars n'était pas révolutionnaire, car quelques concessions de la part de la Suisse en matière d'échange de renseignements ont déjà eu lieu.

En 2000 la Suisse s'est engagée à garantir aux autorités fiscales étrangères l'accès aux informations bancaires en cas d'infractions fiscales à caractère pénal. Puis, elle a signé les accords bilatéraux avec l'Union Européenne (accord sur la fiscalité de l'épargne, l'accord sur la fraude et l'accord de Schengen). Ainsi, elle s'est engagée envers l'UE à prévoir dans les CDI une assistance administrative en cas d'escroquerie fiscale au sens du droit suisse et, par analogie,

³⁴ OBERSON Xavier, The OECD Model Agreement on Exchange of Information - a Shift to the Applicant State», Bulletin IBFD, janvier 2003, p. 16.

³⁵ Commentaire OCDE n.24 ad art. 26.

³⁶ ATF 96 I 733. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral confirme qu'en cas de fraude fiscale ou de délit semblable, le secret bancaire ne peut faire obstacle à la fourniture de renseignements.

³⁷ LÜTHI (1993), p 442; BEILSTEIN (1995), p.109. Le Tribunal fédéral partage cette conception (Archives 40 449, consid. 8).

³⁸ Commentaire OCDE, n. 19 ad art. 26.

³⁹ ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 219.

en cas de délits de gravité comparable définie selon le droit fiscal d'autres Etats. Par ailleurs, sur la base de quelques CDI, la Suisse s'est engagée d'échanger des renseignements en cas de fraude fiscale définie selon le droit de l'Etat requis (CDI Allemagne, Autriche, Norvège).

Il ne faut pas oublier une concession faite en faveur de l'Espagne, pays avec lequel la CDI prévoit une clause de la nation la plus favorisée. Etant à l'origine un concept des traités de commerce international, cette clause stipule que tout avantage accordé par la Suisse à un autre pays de l'Union Européenne doit être immédiatement accordé à l'Espagne.

Enfin, depuis 1998, la Suisse accorde une «grande entraide» pour les cas des compagnies de holding au sens de l'art.28 al.2 LHID.

Alors, la notion de la «nouvelle approche» dans le domaine d'échange de renseignements en matière fiscale est apparue dans la doctrine suisse longtemps avant la décision d'accepter les standards de l'OCDE.

A. Le nouveau système de l'assistance administrative

Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a annoncé sa volonté de retirer ses réserves relatives à l'art. 26 du Modèle OCDE. Ainsi, la Suisse s'est engagée à reprendre les standards de l'OCDE relatifs à l'échange d'information en matière fiscale et de supprimer la distinction entre la fraude et la soustraction fiscale pour les clients étrangers.

Désormais, dans les CDI futures la Suisse acceptera d'échanger des informations non seulement dans des cas d'escroquerie fiscale, mais aussi dans des cas de la soustraction d'impôts. Dès lors, la Suisse n'opérera plus de différence entre les notions de la soustraction fiscale et de la fraude fiscale pour les ressortissants des Etats concernés, comme elle l'a toujours fait jusqu'ici et comme elle continuera de le faire sur le plan domestique. Lorsque des demandes concrètes et étayées sont soumises aux autorités suisses, elles seront en droit d'obtenir des informations bancaires et de les transmettre aux Etats requérants.

Le Conseil fédéral a clairement indiqué les élé-

ments de la future politique d'assistance administrative en matière fiscale. Plus particulièrement, dans les nouvelles CDI, les positions suivantes doivent être respectées:

- Protection des droits de procédure;
- Assistance administrative limitée aux cas individuels;
- Exclusion des enquêtes exploratoires (*fishing expeditions*) (illicites selon l'OCDE);
- Solutions transitoires équitables;
- Restriction aux impôts tombant sous le coup de la convention;
- Principe de subsidiarité selon le Modèle de convention de l'OCDE;
- Disposition à éliminer les traitements discriminatoires.

En ce moment, la Suisse a signé 23 CDI, qui comportent une clause d'assistance administrative élargie. De plus, la CDI avec l'Espagne comporte une clause de la nation la plus favorisée, qui s'applique automatiquement si la Suisse convient un échange de renseignements plus favorable avec un autre Etat membre de l'UE. Ainsi, elle aussi doit être considérée comme signée.

B. Quid de la nouvelle réglementation de l'entraide judiciaire?

Outre l'extension de l'entraide administrative à la soustraction d'impôt ou à l'exécution du droit interne de l'Etat requérant, il est aussi question d'élargir l'entraide judiciaire. Mais le travail dans cette direction n'est pas encore avancé. D'ailleurs, il est permis de penser qu'elle ne suscitera pas un grand intérêt car la Suisse garantit la clause d'entraide administrative large. L'assistance administrative accorde davantage de moyens à l'Etat étranger puisque les informations échangées selon cette procédure peuvent être utilisées aussi bien pour déterminer l'assiette de l'impôt (ce que ne permet pas l'entraide judiciaire en raison du principe de la spécialité) que pour engager des poursuites pénales.

Le principal avantage de l'entraide judiciaire réside dans l'exécution du droit et dans l'administration de la preuve, car la Suisse ne semble pas encore disposée à se prêter d'une façon générale à l'exécution forcée des créances fiscales (bien que certaines exceptions dans la CDI avec l'Autriche et celle avec la France paraissent confirmer la règle).

Reste à savoir comment la Suisse pourra maintenir sa position si elle doit abandonner le secret bancaire fiscal vis-à-vis de l'étranger et accorder une entraide administrative large dans le contexte, par exemple, du régime privilégié d'imposition des sociétés⁴⁰.

III. Le secret bancaire aujourd'hui

1. Les conséquences de la décision du vendredi 13

Des décennies durant, la Suisse a fait preuve d'une circonspection extraordinaire dans le domaine de l'entraide administrative et judiciaire en matière fiscale. La décision du vendredi 13 mars 2009 abandonne cette attitude ancienne forte qui consistait pour ce pays à se désintéresser de tout soutien aux États étrangers pratiquant des taux d'imposition élevés à très élevés dans l'exécution de leurs lois fiscales.

Bien évident, que pour un pays comme la Suisse, la suppression du secret bancaire ou même son affaiblissement peut causer une réduction importante de places de travail dans le secteur des services financiers et une perte substantielle des recettes fiscales. Toutefois, la question des conséquences réelles de la disparition du secret bancaire reste discutable. Même si quelques auteurs insistent que «l'abandon du secret bancaire constituerait un bouleversement préjudiciable pour les finances helvétiques»⁴¹, l'affaiblissement du secret bancaire peut aussi avoir des réactions positives. Par exemple, Jean Ziegler, le protagoniste du secret bancaire, constate que le secret bancaire est en effet «le receleur du système capitaliste mondial»⁴². La Suisse «débarrassée du banditisme bancaire, de son secret et de ses comptes à numéro, pourrait enfin renouer avec sa tradition de solidarité internationale»⁴³.

⁴⁰ BEHNISCH URS R., *Du nouveau dans l'entraide administrative internationale en matière de fiscalité directe*, Der schweizer treuhänder, Expert-comptable suisse, 2010, p.78.

⁴¹ RODRIGUEZ ESPITIA Claudia Liliana, *Le secret bancaire suisse face à l'actualité fiscale européenne*, in: Con-Texto, Revista de derecho y economia, N°21.

⁴² ZIEGLER Jean, *Mort programmée du secret bancaire suisse*, in: Le monde diplomatique, France 2001.

⁴³ ZIEGLER, Jean, *Mort programmée du secret bancaire suisse*, in: Le monde diplomatique, France 2001.

La conception traditionnelle du secret bancaire suisse garantit aux clients des banques suisses une sécurité à laquelle ils sont extrêmement attachés. La nouvelle politique en matière d'assistance fiscale va, au moins en partie, priver la place financière suisse d'un atout concurrentiel significatif. Il est dès lors essentiel que la Suisse adopte rapidement d'autres mesures (fiscales, réglementaires, etc.) visant à rétablir cette compétitivité. A défaut, le pays tout entier en fera les frais.

Ainsi, l'affaiblissement du secret bancaire présente de nombreux aspects. Les conséquences de la clause d'entraide administrative élargie apparaissent incertaines: c'est précisément dans le contexte des mesures prévues par la troisième réforme de l'imposition des entreprises (régime privilégié pour les sociétés) que des incidences négatives pourraient se cumuler⁴⁴.

Il est toutefois évident, que les contours de ce problème ne concernent pas que les banquiers; l'affaiblissement du secret bancaire aura aussi des conséquences pour toute la Suisse et la société en général.

2. L'affaire UBS

On ne peut pas nier que la place financière suisse a attiré des clients cherchant à échapper au fisc de leur pays de résidence. Les procédures judiciaires ouvertes en 2008 aux Etats-Unis à l'encontre d'UBS témoignent de cette réalité.

Dans les relations avec les Etats-Unis il existe une CDI de 1996⁴⁵, qui prévoit l'échange de renseignements nécessaires pour l'application de la convention ou pour prévention des délits de fraude fiscale. Par ailleurs, cette convention est complétée par un accord amiable de 2003⁴⁶ sur l'application de l'art. 26 de la convention, qui constitue un mécanisme élaboré en commun en vue d'échanger les renseignements né-

⁴⁴ BEHNISCH URS R., p. 78.

⁴⁵ Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les Etat-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu, RS 0.672.933.61.

⁴⁶ Accord amiable du 23 janvier 2003 relatif à l'application de l'art. 26 de la Convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996.

cessaires à la prévention des «fraudes ou délits semblables» (anglais: «tax fraud or the like»). L'affaire UBS analysée plus loin présente un développement de ce concept.

A. Le rappel des faits

L'histoire a commencé en 2008, quand les Etats-Unis ont découvert qu'UBS arbitrait 20'000 comptes de clients américains, dont un millier seulement était dûment déclaré à l'Internal Revenue Service (IRS) des Etats-Unis. L'autorité fiscale américaine a lancé une procédure civile.

En février 2009, les pressions américaines sur l'UBS se sont accentuées et ont conduit l'Autorité de surveillance bancaire suisse (FINMA) à devoir accepter que la banque communique dans l'urgence aux autorités américaines les noms des clients. Selon l'accord avec les Etats-Unis, l'UBS annonce qu'elle accepte de payer une amende d'un milliard de francs suisse (780 millions de dollars) et de transmettre 255 noms à la justice de leur pays. Néanmoins, après cet accord, l'autorité fiscale américaine lance une nouvelle procédure civile. Cette fois elle réclame que l'UBS livre les noms correspondant à 52'000 comptes. Ainsi, l'une des plus grandes banques suisses a été placée dans une situation impossible «entre le marteau du droit américain et l'enclume du droit suisse»⁴⁷. Les positions semblaient irréconciliables.

En août 2009, l'UBS et les autorités américaines signent un accord extrajudiciaire sur la suspension de l'enquête intentée contre l'UBS aux Etats-Unis⁴⁸. En revanche, la Suisse aurait à transmettre 4'450 noms de ses clients américains, les cas qui relevaient, selon les Américains, de fraude, du fait de l'utilisation par ces titulaires de comptes de structures comme des sociétés offshore, des trusts ou des fondations pour mieux dissimiler leurs avoirs⁴⁹. Formellement, ceci

⁴⁷ FREI Pierre-Yves, *La chute du secret bancaire: ce que cela va changer concrètement*, in: Américains et Européens contre la Suisse, Ed. Favre, Lausanne 2009, p. 30.

⁴⁸ Accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service relative à l'UBS avec Annexe et Déclarations du 19 août 2009, RO 2009 5669.

⁴⁹ Critères permettant d'accorder l'entraide administrative dans le cadre de la demande de renseignements de l'IRS – Annexe à

restait à vérifier. Cependant, cette fois leurs noms ne seraient pas transmis sans aucune forme de procès, mais selon la CDI. L'autorité fiscale américaine adresserait une demande d'assistance administrative, et l'Administration fédérale des contribuables (AFC) commencerait l'analyse de chaque dossier afin d'établir s'il relevait de la fraude fiscale ou des délits semblables. L'annexe à l'accord énumère des critères pour accorder l'assistance et offre une définition spécifique du concept «Tax fraud or the like». Elle vise en particulier les cas d'infractions fiscales graves définis comme les soustractions d'impôts continues avec des montants importants⁵⁰.

B. La position du Tribunal administratif fédéral

En réalité, ce n'était pas la première fois que les informations ont été livrées à des autorités étrangères. La Suisse a collaboré dans le cadre des affaires d'escroquerie fiscale, mais pas dans le cadre de la soustraction fiscale. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) est entré en jeu.

Théoriquement, si les cas en question relevaient de la fraude fiscale, les Etats-Unis auraient dû déposer une demande d'entraide à la Suisse. Par contre, si ces cas relevaient de la soustraction fiscale, laquelle n'était pas un délit selon le droit suisse, les autorités suisses n'aurait pas dû entrer en matière. Ainsi, la procédure civile américaine ne s'inscrivait pas dans le cadre des accords passés entre la Suisse et les Etats-Unis. Avant de transmettre les documents à l'Etat requérant, l'AFC devait examiner que ceux-ci ont été aptes à prouver les soupçons décrits dans la demande d'entraide. Le renseignement devait être transmis lorsque les faits qui existaient au moment de la décision sur la demande d'entraide confirmaient les soupçons qu'une escroquerie ou une autre infraction existait⁵¹.

l'Accord Accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service relative à l'UBS avec Annexe et Déclarations du 19 août 2009, RO 2009 5669, p.6.

⁵⁰ Lorsque «une personne domiciliée aux Etats-Unis détient un compte à l'UBS de plus de CHF 1 million, qui provoque des revenus de plus de CHF 100'000 en moyenne par année pendant 3 années consécutives».

⁵¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2010, ATAF A-7342/2008 et A-7426/2008 consid. 4.4.2.

Dans son premier arrêt du 5 mars 2009⁵² TAF décide que le recours des clients de l'UBS n'a pas d'effet direct parce que l'information a déjà été transmise aux autorités américaines. Toutefois, dans cet arrêt le TAF prend position sur les différents arguments et expose les *obiter dicta*⁵³ dans l'hypothèse que le litige pouvait être tranché. Il stipule que dans le cas concret d'existence d'une relation de confiance (système de Qualified Intermediary, QI) entre les Etats-Unis et l'UBS, les conditions d'une infraction de fraude fiscale pouvaient également être remplies lorsque la société figurait dans les formulaires à la place de la personne imposable. Ainsi, cette personne avait fourni aux autorités fiscales des informations inexactes sur les rapports de propriété. Autrement dit, le fait d'indiquer un faux bénéficiaire effectif, soit une société offshore aux Etats-Unis et une personne physique américaine dans la banque en Suisse constituait une fraude fiscale au sens de l'art. 26 de la CDI suisse-américaine.

Le 5 janvier 2010⁵⁴ les clients d'UBS font recours au TAF contre la décision de la FINMA du 18 février 2009 de transmettre les noms aux autorités des Etats-Unis. Le Tribunal décide que la FINMA a agi sans base légale, car les articles 25 et 26 LB ne permettent que des mesures en cas de risque d'insolvabilité des banques et n'autorisent pas une restriction au secret bancaire qui est une concrétisation du droit à la sphère privée. N'étant pas d'accord avec cette décision, la FINMA fait appel au TF car elle estime d'avoir eu une base légale suffisante.

Le 21 janvier 2010⁵⁵ un autre client d'UBS fait recours pour empêcher l'échange de renseignements, accordé sur la base de l'accord UBS, qui prévoit que la soustraction continue des montants importants constitue un délit similaire («the like») à la fraude fiscale. Le Tribunal décide que l'accord UBS est un accord amiable qui ne permet pas de modifier des termes de la CDI avec les Etats-Unis de 1996. Donc, à la base le concept de «Tax fraud or the like» n'inclut pas la soustraction continue de montants importants d'impôts⁵⁶. Autrement dit, considérant que cet accord était un accord à l'amiable, les juges ont estimé qu'il ne pouvait pas servir de base légale pour l'assistance administrative pour soustraction continue de montants importants d'impôts⁵⁷.

Ainsi, l'analyse de la jurisprudence montre que le TAF suppose qu'il s'agit d'une violation possible de l'art. 273 CP en ce qui concerne les citoyens américains résidents en Suisse et donc protégés par la loi, et une violation claire de l'art 47 LB qui protège le secret bancaire à l'intérieur de la Suisse. Mais, est-ce que cette violation a des bons justificatifs? La pression de la part des autorités américaines exercée sur la banque suffit-elle? Pour l'instant, ces questions semblent d'être résolues, et la Suisse constate que toutes les actions de l'UBS et FINMA ne sont pas conformes au droit suisse. Dès lors, l'idée que les Etats-Unis, rejoints par d'autres Etats de l'OCDE, ont donc pu abroger une loi suisse, par le biais des traités bilatéraux, pour leurs résidents possédant des dépôts en Suisse⁵⁸ paraît assez convaincante.

C. La situation actuelle

Le Conseil fédéral veut supprimer les défauts de l'accord UBS constatés par le TAF en l'adaptant formellement et en le faisant approuver par le Parlement. Le protocole signé à cet effet le 31 mars 2010 établit clairement qu'il ne s'agit pas d'un «accord amiable», mais d'un traité, d'où la nécessité de l'approbation parlementaire. Selon le droit constitutionnel suisse et,

⁵² Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2010, ATAF A-7342/2008 et A-7426/2008 in RDAF II p.293-350.

⁵³ *Obiter dicta* (latin) — réflexions des juges, qui sont pas nécessaires pour trancher le litige, mais sont faites à l'occasion du litige. En principe, les *obiter dicta* ne sont pas totalement diminués du sens, surtout dans les pays du Common Law. AMADO Flavio, MOLO Giovanni, *Das Verbot von "Fishing expeditions" gemäss des Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD-Standards*, AJP/PJA 5/2009, p.543.

⁵⁴ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010, ATAF B-1092/2009.

⁵⁵ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010, ATAF A-7789/2009.

⁵⁶ Arrêt UBS III, consid. 6.5.4.

⁵⁷ LE TEMPS, *Accord UBS avec les Etats-Unis: le parlement tranchera*, 24 février 2010.

⁵⁸ ZAKI, p. 30.

plus précisément, selon l'art 166 al. 2 Cst, l'approbation ou ratification des traités internationaux relève de la compétence de l'Assemblée fédérale suisse. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a enjoint à l'AFC de ne pas communiquer de données relatives à des clients UBS avant que le Parlement n'approuve l'accord révisé.

En plus, selon l'art.141 al.1 let. d Cst «les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales» sont soumis au référendum facultatif. Toutefois, le CF suppose que l'accord UBS ne doit pas être soumis au référendum facultatif. À son avis, cet accord de durée limitée ne concerne qu'une seule demande d'entraide administrative et son but n'est pas de régler de manière générale et abstraite l'avenir des relations avec les Etats-Unis⁵⁹. En revanche, selon le droit constitutionnel suisse la décision de la nécessité du référendum dans un cas concret relève normalement de la compétence du Parlement, et non par du Conseil fédéral⁶⁰.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a ordonné une application provisoire de l'accord UBS révisé depuis la signature du protocole. En d'autres termes, l'AFC peut, sur cette base, continuer d'examiner les cas de soustraction continue de montants importants d'impôt. Le Conseil fédéral est convaincu que les deux conditions de l'application provisoire d'un traité prévues par la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration - sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et urgence particulière – sont réunies.

A ce jour, le protocole amendant la CDI avec les Etats-Unis⁶¹ est signé. Donc, l'accord UBS révisé peut être appliqué provisoirement, et la Suisse peut traiter

la demande d'assistance administrative des Etats-Unis avant la fin août 2010, comme elle s'y est engagée dans l'accord UBS. Mais elle ne peut pas transmettre les informations à l'IRS avant l'approbation de l'accord par le Parlement. Alors, si le Parlement approuve l'accord UBS, la Suisse sera autorisée officiellement à accorder l'assistance administrative non seulement en cas de fraude portant sur des impôts ou autres contributions, mais aussi en cas de soustraction continue de montants importants d'impôt.

L'affaire UBS montre que la pratique de la loi est toujours un pas en avance de la loi, qui ne s'adapte pas aussi vite à la réalité économique. Traditionnellement considéré comme un modèle d'Etat de droit, la Suisse doit agir et doit le faire vite pour pouvoir assurer la sécurité du droit et de ne pas perdre son réputation sur la scène politique. Dans le cas contraire, la violation du secret bancaire «inscrit dans l'âme de la Suisse» reste impuni. Le droit ainsi cède le pas à la force, qui est absolument inacceptable dans le monde du 21^{ème} siècle.

L'objectif du Parlement suisse pour l'été 2010 est bien défini: il faut enfin mettre le point sur l'affaire UBS et sur les pressions de l'OCDE. En ratifiant les nouvelles CDI et l'accord UBS, il mettra en œuvre le nouveau système d'échange de renseignements sans secret bancaire, mais conforme aux standards OCDE.

3. Est-ce la fin du secret bancaire?

On pourrait débattre longtemps de la décision du 13 mars 2009 du Conseil fédéral d'adopter les standards de l'OCDE. Toutefois, affirmer que le secret bancaire est «mort» est propre à soulever des protestations vives, en particulier dans le monde bancaire. Il est évident que dans l'immédiat rien ne changera.

Premièrement, la base juridique du secret bancaire existe toujours (art 47 LB) et aucune loi interne suisse n'a été amendé pour l'instant. Même si le projet d'ordonnance qui doit modifier la loi au sens des changements effectués est en train d'être préparé⁶², les

⁵⁹ Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord du 14 avril 2010, RS 10.038.

⁶⁰ HUBER Markus Frank, DUSS Fabian, KUBAILE Heiko, WOLF Ulrike, *Entwicklungen im internationalen Steuerrecht*, in: Steuer Revue/Revue fiscal, Nr 6/2009, p. 871.

⁶¹ Protocol amending the Convention between the Swiss Confederation and the United States of America for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income, Washington, September 2009.

⁶² WINZELER Christoph, *Rechtsentwicklungen am das Bankkundengeheimnis, Standortbestimmung 2009*, AJP/PJA 2010, p.166.

résidents suisses ne seront pas touchés par la nouvelle stratégie du Conseil fédérale dans le domaine. Pour eux la situation ne changera pas fondamentalement. En ce qui concerne les clients étrangers, les choses changeront seulement après que la CDI qui lie la Suisse à leur pays soit révisé.

Deuxièmement, le secret bancaire suisse n'est pas mort avec un simple abandon de la distinction entre la fraude et la soustraction fiscale. En principe, cette levée spécifique du secret bancaire ne sera possible que dans un cas individuel pour lequel l'administration fiscale étrangère sera capable de fournir l'identité du contribuable soupçonné de soustraction fiscale, de motiver fondamentalement ses soupçons et, si possible, de donner le nom de la banque où se trouvent les fonds. On peut alors penser que l'autorité fiscale étrangère ne fera usage de cette possibilité que dans des cas très graves qui frisent sans doute déjà la fraude fiscale.

Par ailleurs, il ne semble pas que le Conseil fédéral a l'intention d'abolir complètement le secret bancaire. Il le protège même mieux en augmentant la peine pour violation de l'art. 47 LB jusqu'à 3 ans d'emprisonnement au début de l'année 2009. En mars 2009, le Conseil fédéral a réaffirmé son attachement au secret bancaire et le fait que cette modification n'entraîne aucun changement pour les contribuables résidant en Suisse: «La protection de la sphère privée des clients suisses et étrangers des banques contre les interventions injustifiées de l'Etat reste assurée»⁶³.

Pour pouvoir répondre à la question centrale du présent chapitre, on revient au jeu d'associations. Imaginez-vous pour une minute que le secret bancaire est un Emmental – le fromage suisse connu pour ces trous. Chaque trou symbolise une exception au secret bancaire. Notre fromage est couvert par des trous-limites, car le secret bancaire n'a jamais été absolu en Suisse. Dans cette hypothèse la nouvelle politique dans le domaine de l'assistance administrative n'est pas une révolution, mais un simple ajustement d'un trou additionnel à notre Emmental.

Selon l'information téléphonique du Département fédéral de justice et police ce projet n'est pas encore divulgué.

⁶³ Département fédéral des finances, *Secret bancaire suisse maintenu*, Communiqué de presse du 14 mars 2009.

Il s'en suit, que le secret bancaire subsiste. Cette reprise ne modifie pas en effet d'aucune manière les possibilités d'accès aux données bancaires que le droit suisse accorde aux autorités fiscales suisses. En revanche, il reste à voir comment se dérouleront les négociations avec les partenaires de la Suisse et quelle sera la pratique des juges dans ce domaine.

4. La nouvelle ère?

Après avoir analysé le problème actuel du secret bancaire, il convient de décider si on peut constater qu'avec les concessions faites par le gouvernement suisse en matière d'assistance administrative, on est entré dans une nouvelle ère, une ère de taxation sans frontières?

Certains auteurs estiment que l'affaiblissement du secret bancaire n'a pas diminué l'évasion fiscale à l'échelle mondiale et que le marché de l'évasion fiscale prospère encore grâce aux multiples techniques relevant du droit anglo-saxon comme, par exemple, les trusts⁶⁴. Il existe aujourd'hui un double standard: seuls les gouvernements les plus puissants parviennent à récupérer une partie des recettes fiscales manquantes, en recourant à des méthodes unilatérales. Seules des puissances financières comme les Etats-Unis et le Royaume-Uni s'autorise à la fois à recouvrer, par l'usage de la force, les impôts qui leurs échappent, et à faire prospérer, sur leurs propres territoires, l'évasion fiscale de ressortissants étrangers. De ce point de vue, l'affaiblissement du secret bancaire suisse ne change rien.

Il reste encore des modifications à faire, des nouvelles règles à suivre. Cependant le cadre de collaboration en matière fiscale est bien établi. On peut affirmer, que tout cela est fini, c'est une ère révolue. Dans un monde tellement globalisé nous entrons à présent dans une ère de l'échange généralisé d'information. Toutefois, l'échange de renseignements n'est toujours pas unifié: elle dépend des conditions particulières prévues dans une CDI concrète. Quelques conventions signées récemment par la Suisse prévoient des exceptions à l'art 26 du Modèle OCDE. Par exemple, elles peuvent ne pas viser les impôts de toute nature (par ex: CDI avec la France, Grande-Bretagne). De

⁶⁴ ZAKI, p.58.

plus, l'échange d'information n'est pas automatique: elle est effectuée sur demande. Donc, une juridiction peut refuser de coopérer si la demande n'est pas assez précise. Par ailleurs, en ce qui concerne la précision de la demande, la CDI peut prévoir une différente vision du «cas concret». Par exemple, dans la CDI avec la France cette notion couvre le nom et l'adresse de la personne en possession «dans la mesure où ils sont connus»⁶⁵.

Avec la globalisation des marchés financiers et la crise financière, la collaboration internationale en matière fiscale a gagné en importance. Le Conseil fédéral continuera de soutenir les efforts concernant cette collaboration⁶⁶. La Suisse est en bonne voie de collaboration dans un monde plus transparent et ouvert.

Conclusion

Dans le domaine de la lutte contre l'escroquerie, la corruption et le blanchiment d'argent et les moyens d'éviter les dépôts de fonds indésirables, la Suisse respecte déjà aujourd'hui des normes sévères dont elle peut être fière en comparaison internationale, et qui, a des égards, qui font figure d'exemples pour d'autres places financières. En matière de coopération internationale, la Suisse reste un partenaire actif et prêt au dialogue et respecte les engagements que lui impose sa position particulière de place financière forte et compétitive.

Même si l'abandon de la distinction entre la soustraction fiscale et la fraude fiscale constitue un recul pour la Suisse, il se révèle être une position davantage défendable au vu du durcissement de ton sur la scène internationale. Toutefois, la Suisse devra se garder de concéder l'essentiel, à savoir l'échange automatique de renseignements. L'assistance ne doit être accordée qu'en cas de soupçons fondés et au cas par cas. En suivant ces principes, la Suisse demeurera attractive par rapport aux autres places financières,

⁶⁵ Avenant à la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, Berne, 25 août 2009.

⁶⁶ Département fédéral des finances, *La Suisse ne figure plus sur la «liste grise» de l'OCDE*, Communiqué de presse du 24 septembre 2009.

et conservera ses autres atouts comme la stabilité, le respect de la sphère privée et les compétences en matière fiscale⁶⁷. De plus, cet échange automatique va à l'encontre de la tradition libérale du pays et de l'intérêt général de ce dernier à protéger la sphère privée de l'individu⁶⁸.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que la question d'abandon total du secret bancaire suisse ne se pose pas. Le Conseil fédéral a souligné plusieurs fois que la Suisse tient au secret bancaire⁶⁹. Autrement, c'est l'ensemble du système fiscal suisse qui doit être revu: l'impôt anticipé, le droit de timbre, et même l'impôt sur la fortune. La confidentialité bancaire doit rester au cœur de certaines activités économiques et financières pour qu'elle puisse fonctionner efficacement⁷⁰.

Pour conclure, on peut constater que le secret bancaire n'est pas «mort». Il est toutefois fragilisé et confronté à un futur incertain. Ensuite, ce diagnostic vaut aussi pour la place financière suisse, du moins pour son domaine de gestion de fortune. Heureusement pour elle, la finance suisse ne repose pas uniquement sur la gestion de fortune, même si celle-ci reste à ce jour son pilier majeur. Grâce à des mesures appropriées, la Suisse pourrait en effet accroître ses parts de marchés dans trois secteurs qui ont pris un essor considérable ces dernières années: les fonds spéculatifs (hedge funds), les capitaux d'investissement (private equity) et les fonds de placement.

⁶⁷ HANHARDT REDONDO Sandrine BRAILLARD Philippe, SCHWAMM Henri, ARTIGOT Florencio, *Secret bancaire et place financière: le combat de la Suisse*, Ed. Centre Patronal, Lausanne 2009, p.50.

⁶⁸ Département fédéral des finances, *Secret bancaire et questions fiscales internationales: position de la Suisse*, brochure du 11 janvier 2010.

⁶⁹ Département fédéral des finances, *Secret bancaire suisse maintenu*, Communiqué de presse du 14 mars 2009.

⁷⁰ HANHARDT REDONDO/BRAILLARD/SCHWAMM/ARTIGOT, p. 48.

Liste des abréviations:

AFC	Administration fédérale des contributions
al.	alinéa
art.	article
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDI	Convention en vue d'éviter les doubles impositions
CO	Code des obligations, Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst. féd.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
JT	Journal des Tribunaux
let.	lettre
N°	numéro marginal
OCDE	Organisation de coopération et développement économique
p.	page(s)
RDAF	Revue du droit administratif et du droit fiscale
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
TAF	Tribunal administratif fédéral
vol.	volume

Библиография:

Ouvrages

1. ALTHAUS Annette, NOBEL Peter, ROUILLER Claude, VOLKEN Paul, *Secret Bancaire et Coopération Internationale*, Ed. Méta-Editions, Bellinzona 1998
2. AMY Thierry, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, Vol. 51, Ed. Schultze Polygraphischer Verlag, Zurich 1998
3. AUBERT Maurice, *Le secret bancaire suisse: portée générale et évolution récente = Swiss banking secrecy: général extent and recent developments*, Ed. Fondation Genève Place Financière, Genève 1997
4. AUBERT Maurice, BEGUINE Pierre-André, BERNASCONI Paolo, GRAZIANO-von BURG, SCHWOB Renate, TREUILLAUD Raphaël, *Le secret bancaire suisse*, Ed. Staempfli, Berne 1995
5. BESSON Sylvain, *Le secret bancaire. La place financière suisse sous pression*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2004
6. BRAILLARD Philippe, SCHWAMM Henri, *Place financière suisse: l'autre stratégie*, Slatkine, Genève 2006
7. FLICK/WASSERMEYER/KEMPERMANN, *Deutschland-Schweiz*, Vorlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001
8. GUERTCHAKOFF Serge, *Comprendre le secret bancaire: entretiens avec Jean-Pierre Béguelin, Edouard Cuendet, Yves Cogne, Michel Halpérin et Alain Berset*, Ed. Slatkine, Genève 2009
9. GUEX Sébastien, *La suppression de secret bancaire une catastrophe pour la Suisse*, Université de Lausanne, Fribourg, conférence du 21 et du 22 septembre 2003
10. HANHARDT REDONDO Sandrine, BRAILLARD Philippe, SCHWAMM Henri, ARTIGOT Florencio, *Secret bancaire et place financière: le combat de la Suisse*, Ed. Centre Patronal, Lausanne 2009
11. HÖHN E., *Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz*, 2^{ème} édition, Berne 1993
12. LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, *Le secret bancaire: étude du droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2006
13. LOCHER P., *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz*, 3^{ème} édition, Berne 2005
14. LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire Suisse*, Ed. Schulthess, Genève 2002
15. OBERSON Xavier, *Précis de droit fiscal international*, Stämpfli Editions SA, Berne 2009
16. RIVIER Jean-Marc, *Droit fiscal suisse. Le droit fiscal international*, Neuchâtel 1983
17. RYSER W., *Introduction au droit fiscal international de la Suisse*, Berne 1980

18. ZAKI Myret, *Le secret bancaire est mort, vive l'évasion fiscale*, Ed. Favre SA, Lausanne 2010
- Publications
1. ANAMOURLIS Tony, NETHERCOTT Les, *An Overview of Tax Information Exchange Agreements and Bank Secrecy*, in: Bulletin for international taxation, Volume 63, N° 12, 2009, p. 567
 2. AMADO Flavio, MOLO Giovanni, *Das Verbot von "Fishing expeditions" gemäss des Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD-Standards*, AJP/PJA 5/2009
 3. BECKER/HÖPPNER/GOTHER/KROPPER, *DBA-Kommentar, Verlog Neue Wirtschafts Briefe*, Berlin 2009
 4. BEHNISCH URS R., *Du nouveau dans l'entraide administrative internationale en matière de fiscalité directe*, Der schweizer treuhänder, Expert-comptable suisse, 2010, p. 78
 5. BEILSTEIN Werner, *Stand der Rechtshilfe und des internationalen Zusammenarbeit in Steuersachen*, RSDA 1995, p. 105 ss
 6. BERNARD Johan, *Former Tax Havens Prepared to Lift Bank Secrecy*, Bulletin IBFD, January 2003, p. 9 ss
 7. BOVET Christian, *L'entraide administrative dans le domaine financier*, in: L'entraide administrative, Ed. Schulthess, Genève, Zurich, Bâle 2005, p.151-178
 8. FREI Pierre-Yves, *La chute du secret bancaire: ce que cela va changer concrètement*, in: Américains et Européens contre la Suisse, Ed. Favre, Lausanne 2009
 9. HUBER Markus Frank, DUSS Fabian, *Switzerland: Recent Developments in International Tax Law – Part I*, in: Bulletin for international taxation, Volume 63, N° 12, 2009, p. 616
 10. HUBER Markus Frank, DUSS Fabian, KUBAILE Heiko, WOLFF Ulrike, *Entwicklungen im internationalen Steuerrecht*, in: Steuer Revue/Revue fiscal, Nr 6/2009, p. 434 ss
 11. LEVRAT Christian, *Motion Wyss Ursula. Crise financière et UBS. Institution d'une CEP*, Bulletin officiel, le procès-verbal du Conseil National, Session de printemps 2010
 12. LÜTHI Daniel, *Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht des Schweiz*, in: Hönh (éd.), *Handbuch* 1993, p. 438 ss
 13. MÜLLER Thomas, *Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis*, in: Jusletter 3 mai 2010
 14. MADÖRIN Mascha, *Steuerparadies Schweiz*, in: Finanzplatz Informationen Nr. 2/2001, Aktion Finanzplatz Schweiz, Basel 2001
 15. NOEL Yves, *L'entraide administrative nationale en matière fiscale*, in: L'entraide administrative, Pratique du droit administratif, Ed. Schulthes, Bâle 2005, pp 103-127
 16. OBERSON Xavier, *The OECD Model Agreement on Exchange of Information - a Shift to the Applicant State*, Bulletin IBFD, janvier 2003, p. 14ss
 17. OBERSON Xavier, *Le secret bancaire et l'Accord entre l'Union européenne et la Suisse sur la fiscalité de l'épargne*, in: Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents. - Genève; Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2006, pp. 557-576
 18. OBERSON Xavier, *L'échange international de renseignement en matière fiscale. Récents développements et perspectives pour la Suisse*, in: L'entraide administrative, Pratique du droit administratif, Ed. Schulthes, Bâle 2005, pp 127-150
 19. OBERSON Xavier, *Infractions fiscales et secret bancaires*, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal. Partie 2, Lausanne 1999
 20. RAPPO Aurélie Joyce, *Le secret bancaire: sa portée dans l'espace, dans le temps et dans les groupes de sociétés*, Ed. Staempfli, Berne 2002
 21. RODRIGUEZ ESPITIA Claudia Liliana, *Le secret bancaire suisse face à l'actualité fiscale européenne*, in: Con-Texto, Revista de derecho y economia, N°21
 22. WALDBURGER Robert, *Assistance administrative et entraide judiciaire internationale en matière fiscale*, in: Les procédures en droit fiscal, 2° édition, Ed. Haupt, Berne 1997
 23. WINZELER Christoph, *Rechtsentwicklungen am das Bankkundengeheimnis, Standortbestimmung 2009*, AJP/PJA 2010
 24. ZIEGLER Jean, *Mort programmée du secret bancaire suisse*, in: Le monde diplomatique, France 2001
 25. ZUFFEREY Jean-Baptiste, CASA Stefano, GRISEL Clémence, *Secret bancaire et obligation administrative de collaborer: une rivalité traditionnelle sous un jour changeant*, in: Les secrets et le droit, Ed. Schulthess, Genève, Zürich, Bâle, 2004, p. 209-246

Articles

1. LE TEMPS, *Accord UBS avec les Etats-Unis: le parlement tranchera*, 24 février 2010
2. SWISSBANKING, *Factsheet Place financière suisse – ASB*, novembre 2009
3. SWISSBANKING, *Secret professionnel du banquier, 2010*
4. Département fédéral des finances, *Secret bancaire et questions fiscales internationales: position de la Suisse*, brochure du 11 janvier 2010
5. Département fédéral des finances, *La Suisse ne figure plus sur la «liste grise» de l'OCDE*, Communiqué de presse du 24 septembre 2009
6. Département fédéral des finances, *Secret bancaire suisse maintenu*, Communiqué de presse du 14 mars 2009
7. Conseil fédéral, *Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière*, Rapport du 16 décembre 2009
11. Loi fédérale concernant la lutte contre les blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997, RS 955.0
12. Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord du 14 avril 2010, RS 10.038
13. Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu du 2 octobre 1996, RS 0.672.933.61
14. Protocol amending the Convention between the Swiss Confederation and the United States of America for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income, Washington, September 2009
15. Avenant à la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, Berne, 25 août 2009
16. Accord entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA avec Annexe et Déclarations, RO 2009 5669, 19 août 2009 (cité Accord UBS)

Législation et autre

Droit suisse

Législation

1. Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101
2. Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210
3. Code Pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0
4. Code des Obligations (CO) du 30 mars 1911, RS 220
5. Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
6. Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) du 24 mars 1995, RS 954.1
7. Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP) du 20 mars 1981, RS 351.1
8. Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) du 22 mars 1974, RS 313.0
9. Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) du 8 novembre 1934, RS 952.0
10. Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA) du 22 juin 2007, RS 956.1
1. ATF 96 I 733
2. ATF 125 II 252
3. ATF 117 Ib 64
4. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2010, ATAF A-7342/2008 et A-7426/2008 in RDAF II p.293-350, (cité Arrêt UBS I)
5. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010, ATAF B-1092/2009, (cité Arrêt UBSII/FINMA)
6. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010, ATAF A-7789/2009, (cité Arrêt UBS III)

Jurisprudence

Droit international et comparé

Sources OCDE:

1. Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée, juillet 2008
2. Commentaire du Modèle de convention fiscale

- concernant le revenu et la fortune OCDE du juillet 2008
3. OCDE, *Recommandation du Conseil concernant un formulaire normalisé destiné aux échanges automatiques de renseignements dans le cadre de conventions fiscales internationales*, Paris, 1981.
 4. OCDE, *Concurrence fiscale dommageable – un problème mondial*, Paris, 1998.
 5. OCDE, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, Paris, 2000.
 6. OCDE, *Modèle d'accorde sur l'échange de renseignements en matière fiscale*, Paris, 2004
 7. OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, Paris, 2006
 8. OCDE, *Guide de références sur les sources de renseignements à l'étranger*, Paris, 2006
 9. OCDE, *Etude économique de la Suisse*, Paris, 2009
 10. OCDE, *Tax Cooperation 2009: Towards a Level Playing Field – 2009 Assessment by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information*, Paris, 2009
 11. OCDE, *Promoting transparency and exchange of information for tax purposes*, Paris, 2010

Sites d'Internet consultés

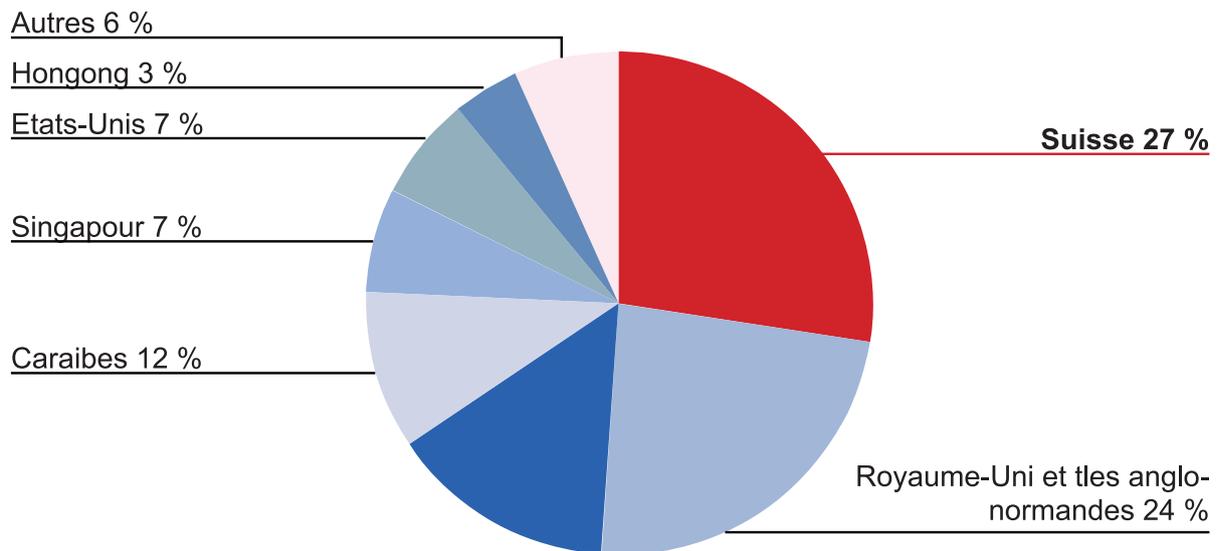
1. <http://www.ocde.org>
2. <http://www.admin.ch>
3. <http://www.swissbanking.org>
4. <http://www.lexisnexis.com>

ANNEXES:

Annexe N° 1

Les plus grands gestionnaires de fortune au monde

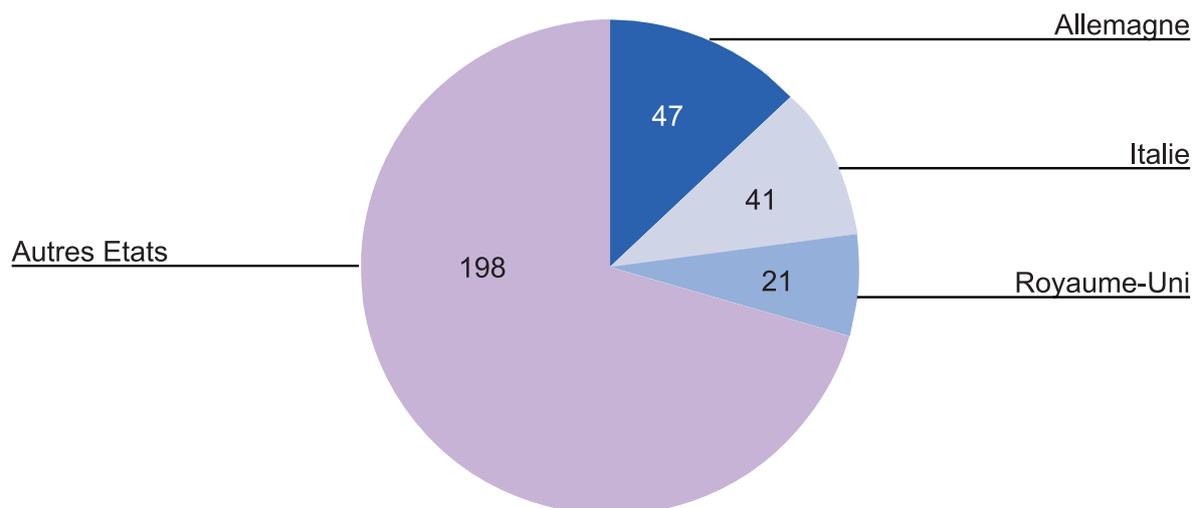
Part des avoies gérés par le private banking international



Source: Boston Consulting Group, 2007

Annexe N° 2

Demandes d'entraide judiciaire en matière fiscale, par pays, 2006-2008



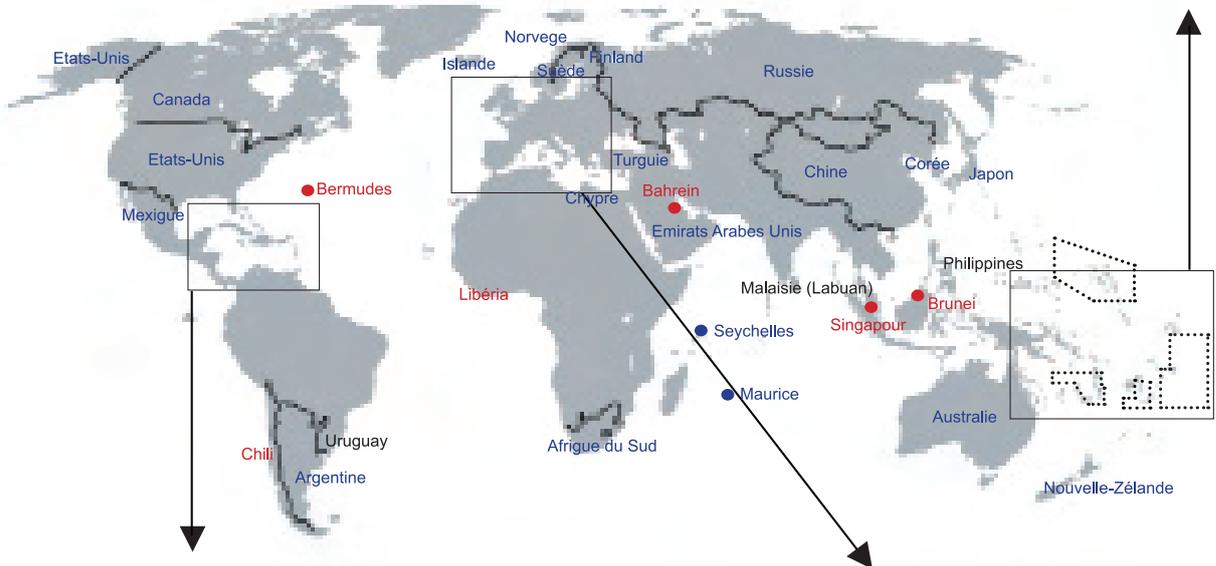
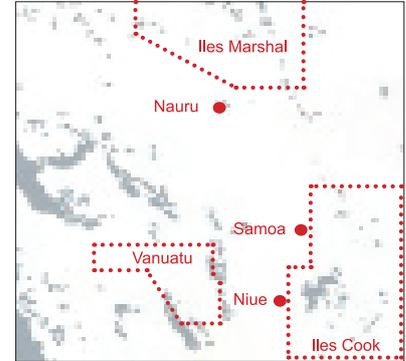
Source: DFJP

Annexe N° 3

Les lacunes de la liste de l'OCDE

- Pays qui passent pour ne pas respecter les normes internationales
- Pays respectant les normes mais passant pour ne pas encore les appliquer substantiellement
- Pays qui passent pour appliquer substantiellement les normes

Océan Pacifique



Amérique centrale, Amérique du Sud et Caraïbes



Europe



Annexe N° 4

ARTICLE 26
ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2.

2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts mentionnés dans au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne peu-

vent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation:

a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre État contractant;

b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant;

c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.

4. Si des renseignements sont demandés par un État contractant conformément à cet article, l'autre État contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. L'obligation qui figure dans la phrase précédente est soumise aux limitations prévues au paragraphe 3 sauf si ces limitations sont susceptibles d'empêcher un État contractant de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci ne présentent pas d'intérêt pour lui dans le cadre national.

5. En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne.