



Banque

«Le droit permet à la Suisse d'attaquer le secret des trusts»

Crédit photo:thierry Parel

Pour le fiscaliste Xavier Oberson, la Confédération dispose de suffisamment d'arguments juridiques dans le cadre de l'OCDE pour demander à Jersey, au Delaware ou à Hongkong plus de transparence.

Par Nicolas Pinguely et Myret Zaki - Bilan No.26 - 24.02.2010

Xavier Oberson refuse d'en parler. Mais tout le monde a entendu l'histoire de son avis de droit sur l'affaire UBS, passé à la trappe mi-2009. Alors qu'il était expert dans la task force qui a conseillé le gouvernement suisse dans les négociations avec Washington, le professeur de droit fiscal genevois n'avait pu cautionner l'accord qu'il savait contraire au droit suisse. Le Tribunal fédéral administratif vient d'ailleurs de lui donner raison. D'autres avis plus favorables, émanant notamment des juristes de l'administration fédérale, avaient été mis en avant pour soutenir l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis qui autorisait la livraison par UBS de 4450 noms de clients. Aujourd'hui, le secret bancaire suisse n'est plus seulement combattu par les Etats-Unis mais par le monde entier. Avec quelles armes la Suisse peut-elle riposter? Dans un entretien accordé à Bilan, Xavier Oberson évoque les moyens d'action dont dispose la Suisse.

Bilan: Pouvons-nous attaquer nos concurrents sur le plan de la fiscalité des trusts?

Xavier Oberson: Il est vrai que les trusts peuvent se prêter à des abus. La complexité en termes de division de la propriété peut servir des fins d'évasion. Mais il ne faut pas assimiler les trusts forcément à l'évasion fiscale. La plupart poursuit des buts très légitimes et transparents, notamment en matière de succession.

B: Dispose-t-on des outils juridiques pour les mettre au défi?

XO: Oui. Dans ce domaine, la Suisse doit être ferme et faire en sorte que les règles de transparence de l'ayant droit économique s'appliquent à ces structures. L'OCDE veut justement mettre en place un système de «peer review», c'est-à-dire un examen des pratiques entre les Etats.

B: Dans quelle arène internationale la Suisse peut-elle exercer des pressions?

XO: Au sein de l'OCDE. Avec le système précité, la Suisse sera en mesure d'aller vérifier ce qui se passe dans les autres juridictions. De même elle peut utiliser le Forum de l'OCDE pour combattre la concurrence fiscale dommageable et réclamer un traitement égal de toutes les juridictions. Dans le cadre des renégociations des conventions de double imposition (CDI), la Suisse peut également faire valoir le principe de la bonne foi qui exige une application correcte et transparente de ces accords.

B: Les trusts de Jersey n'échangent pas d'informations, et des juridictions comme le Delaware et Hongkong restent extrêmement opaques... Que faire?

XO: Il faut que la Suisse invoque pour les trusts les principes de l'article 26 de la convention modèle de l'OCDE. Selon le paragraphe 5 de l'article 26, la fourniture d'informations ne peut être déclinée au motif que l'information est détenue par une banque, d'autres institutions financières, un prête-nom ou une personne agissant en qualité d'agent ou en capacité fiduciaire ou au motif que l'information est liée aux intérêts de propriété d'une personne. Cette disposition permet à mon sens d'exiger des informations en matière de trusts et la pratique mérite d'être développée dans ce sens.

B: Aujourd'hui, cette disposition n'est pas appliquée?

XO: J'ai la nette impression que cette disposition se focalise sur le secret bancaire. Les représentants suisses à l'OCDE doivent promouvoir cet article et son paragraphe 5 et faire en sorte qu'il existe une interprétation commune à l'échange d'informations face à tous les différents types de «secret».

B: Echange automatique d'informations, projet Rubik (perception des impôts par les banques pour le compte des fiscaux étrangers), la cacophonie règne autour du secret bancaire.

XO: Je constate que la Suisse est en train de s'emballer et de s'agiter dans toutes les directions. Il serait bon de calmer le jeu. Rappelons-nous le déroulement historique des événements: en 2004, nous avons conclu les accords bilatéraux bis. Dans les accords sur la fraude, déjà, nous avons fait une concession majeure en acceptant d'accorder l'entraide administrative en matière d'impôts indirects (TVA), ce qui ouvrait une brèche dans le secret bancaire en matière d'impôts directs.

B: La Suisse avait donc déjà fait passablement de concessions?

XO: Effectivement. Dans l'accord sur la fiscalité de l'épargne, il y a d'ailleurs un «Memorandum of Understanding» (accord de principe, ndlr) qui a été accepté par l'UE et dans lequel la Suisse s'engage à renégocier toutes les conventions de double imposition avec l'Europe pour accorder l'entraide administrative. Nous avons donc, là aussi, fait une concession majeure en acceptant d'échanger des informations fiscales, mais seulement en cas de fraude au sens suisse du terme (utilisation de moyens astucieux pour contourner le fisc, ndlr). Nous avons commencé à le faire dès cette époque et ratifié par exemple la CDI avec l'Allemagne.

B: Mais les choses se sont accélérées avec la crise financière.

XO: Oui, et il y a eu la décision de principe du 13 mars 2009. Là, nous avons opéré un grand écart! Nous avons d'un seul coup accordé l'échange d'informations non seulement en cas de fraude, mais aussi en cas de soustraction simple. Il faut mesurer l'ampleur de la concession. En adoptant le standard de l'OCDE sur l'échange d'informations sur demande, nous avons fait un pas gigantesque.

B: Que prônez-vous aujourd'hui?

XO: La fuite en avant doit cesser. Nous devons vivre quelques années avec les nouvelles CDI fondées sur ce nouveau paradigme pour déterminer s'il donne les résultats escomptés. Nous avons fait d'énormes concessions avec l'adoption du modèle OCDE. Voyons comment cela se passe, avant de nous précipiter pour faire d'autres concessions, alors que nous n'avons même pas encore ratifié les CDI! Les Etats européens de bonne foi doivent respecter le calendrier accepté par la Suisse.

B: Justement, comment cela va-t-il se passer avec ces CDI?

XO: Elles doivent être ratifiées d'ici à la fin de l'année. Mais le peuple sera amené à se prononcer sur ces conventions si un référendum facultatif est demandé. Cela me semble d'ailleurs probable. Les trois conventions les plus sensibles à faire passer seront celles négociées avec la France, les Etats-Unis et l'Allemagne.

B: Qu'arrivera-t-il si elles sont refusées?

XO: Pas grand-chose puisqu'il faut avoir conclu 12 accords pour respecter les critères de l'OCDE. Sachant que 18 CDI ont déjà été soit paraphées, soit signées, il n'y a théoriquement pas de problème si ces trois-là venaient à être repoussées par le peuple.

B: Des mesures de rétorsion ne sont-elles pas à attendre?

XO: Il ne faut pas oublier que les juridictions offshore ont conclu entre elles des accords relativement inoffensifs pour neutraliser l'effet des CDI. L'on ne pourra pas être plus sévère avec nous. Si une CDI est refusée par le peuple, l'ancienne CDI doit être renégociée, c'est tout.

B: Que répondez-vous au ministre du Budget français s'il demande l'échange automatique d'informations?

XO: Si Eric Woerth demande cela, le gouvernement suisse doit rappeler que nous avons accordé en mars 2009 ce que le monde entier nous demande depuis soixante ans. Les autorités doivent se montrer d'une extrême fermeté. Revenons au droit international et rappelons le principe de la bonne foi dans les traités internationaux.

B: Ce que vous dites, c'est que la Suisse n'est pas assez ferme?

XO: Il faut être plus ferme et rappeler à nos partenaires européens ce qui a été accepté en 2004 par le «Memorandum of Understanding» et l'ampleur des concessions accordées par la Suisse en 2009. Le droit doit primer à nouveau. Même avec les Etats-Unis, il y a toujours une marge de manœuvre. Lors des négociations sur le nouvel accord de double imposition, nous avons obtenu la non-rétroactivité. Le respect de l'Etat de droit est central pour la survie de la démocratie.

B: Le scénario catastrophe d'un échange automatique guette-t-il la Suisse?

XO: Le système d'échange automatique a déjà été adopté dans tous les pays de l'UE, à part l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg. A ce jour, il se limite à la fiscalisation des intérêts de l'épargne. Il ne touche ni les dividendes, ni les gains en capital, ni les dérivés, ni les sociétés offshores, ni les trusts, ni même les fonds de placement s'ils ont 40% d'actions. En revanche, il ne préserve pas l'anonymat.

B: Il n'a donc guère de substance sous sa forme actuelle?

XO: Non. Même dans l'UE, le système est encore loin de constituer un échange d'informations automatique applicable à tous les types de revenus imposables. Cela dit, une modification du champ d'application de la directive est prévue, pour l'étendre à d'autres types de revenus, et cette extension concernera aussi l'impôt à la source prélevé en Suisse.

B: Pensez-vous que Rubik peut être une solution?

XO: Le projet vient un peu tard et serait très compliqué à mettre en pratique. Il faudrait que toutes les banques possèdent en leur sein l'expertise nécessaire pour décrypter les systèmes fiscaux de tous les pays. C'est quasi impossible à mettre en place. Certes, le dernier projet qui se base sur une approche forfaitaire est plus adapté, mais il nécessite l'accord bilatéral de chaque Etat.

B: Quels autres fronts pourraient s'ouvrir en matière de fiscalité?

XO: Il y aura sans doute, peu à peu, des pressions sur la Suisse en matière de fiscalité des holdings et des sociétés auxiliaires. Là, nous sommes hors secret bancaire: ce qui sera attaqué, ce seront les régimes fiscaux des multinationales. Les autorités voudront contrôler si les prix facturés entre les filiales des multinationales correspondent aux prix du marché ou si les entreprises font en sorte de comptabiliser les bénéfices dans les juridictions qui taxent peu et les pertes dans les pays à impôts élevés.

B: D'où viendront ces pressions?

XO: Des Etats-Unis en particulier. Les Américains veulent s'assurer que les bénéfices sur lesquels sont prélevés les impôts correspondent à la réalité. Ils veulent que le prix des transferts soit juste.

Carte de visite

1961: Naissance à Genève.

1984: Licence en droit à l'Université de Genève.

1992: Harvard Law School.

1995: Professeur de droit fiscal suisse et international à l'Université de Genève.

1996: Prend la tête du cabinet familial Oberson. L'étude Oberson et Associés réunit aujourd'hui une soixantaine de collaborateurs.

2004: Rédige un avis de droit sur mandat du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz qui conclut que les accords de Schengen et la fraude ouvrent des «brèches béantes» dans le secret bancaire. Son travail contribue à remédier à ces failles.

2008: Président de la Fondation Montreux Jazz 2.

2009: Membre de la task force du Conseil fédéral chargée de négocier la convention de double imposition avec les Etats-Unis.

La méthode pour «optimiser» le prix des transferts

Exemple «Si vous vendez depuis les Etats-Unis des composants d'ordinateur à une filiale irlandaise à 10, alors qu'ils valent 100, seuls des bénéfices de 10 seront taxés à 35% aux Etats-Unis. Si ensuite la filiale irlandaise les revend au prix le plus haut possible, à 200 par exemple, ses bénéfices ne seront taxés qu'à 12,5%. La technique des prix de transfert, c'est cela. Dans ce cas, la marge a été déplacée hors des Etats-Unis. Le fisc américain va redresser ce prix de 10 à 100, en application de la section 482 du code fiscal américain. Ces politiques vont se durcir, et cela sera le prochain combat.»