

La jurisprudence post-accord UBS

FISCALITÉ. L'évolution des décisions du TAF concernant l'entraide en matière fiscale depuis 2009 analysée par un spécialiste genevois.

LE CAS UBS DEPUIS 2009

Son influence est constante sur la justice

Pourquoi la rétroactivité est possible en matière d'entraide fiscale. La position du TAF sur les trusts.

Dans quelles conditions ou pour quelles raisons le Tribunal administratif fédéral (TAF) a-t-il accordé l'entraide fiscale, depuis le printemps 2009? Dominique Christin, avocat associé de BCCC à Genève, a analysé la centaine de décisions rendues par le TAF en matière fiscale depuis l'accord UBS.

De manière générale, «comme en matière d'entraide pénale, la Suisse est disposée à accorder l'entraide pour autant que les condi-

tions soient remplies», explique le spécialiste en droit bancaire et fiscal.

La Convention européenne des droits de l'homme n'a pas permis à des requérants de s'opposer à l'entraide, tandis que le principe de proportionnalité a conduit au rejet de la demande groupée portant sur des clients de Credit Suisse, en avril dernier.

L'avocat précise également pourquoi une demande d'information peut se baser sur des lois plus récentes que les faits incriminés et comment le Tribunal administratif fédéral se positionne sur la question du caviardage des noms contenus dans des documents pouvant être envoyés à des administrations étrangères. **PAGE 3**

Spécialiste du droit bancaire et du droit fiscal, Dominique Christin est associé chez BCCC à Genève. Il a analysé la centaine de décisions prises par le Tribunal administratif fédéral (TAF) en matière d'entraide fiscale depuis l'affaire UBS, entre mars 2009 et avril 2012. Ces arrêts sont d'ailleurs répertoriés sur un site dédié à l'entraide fiscale qu'il a créé (*et consulté à plusieurs reprises au cours de cet entretien - www.bccctaxwatch.com*).

En matière d'entraide fiscale, une nouvelle logique se dessine-t-elle dans la pratique des autorités depuis 2009?

Oui. Comme en matière d'entraide pénale, la Suisse est disposée à accorder l'entraide pour autant que les conditions soient remplies. L'administration fédérale des contributions (AFC) ne doit pas effectuer le travail de l'autorité fiscale étrangère, devant qui le contribuable pourra se défendre - en tout cas lorsque la demande provient d'un pays considéré comme démocratique.

Est-ce que cela signifie que les contribuables concernés disposent de moins de possibilités de se défendre?

Ils peuvent se défendre en Suisse contre l'octroi de l'entraide. Mais depuis mars 2009, de nombreux recours ont été rejetés car ils portaient sur le droit fiscal américain et pas sur les conditions de l'entraide. Or la Suisse ne va pas se prononcer sur une question de droit étranger.

Le droit à la personnalité et le droit à la confidentialité peuvent-ils être invoqués pour s'opposer à l'entraide?

Un certain nombre de requérants se sont effectivement appuyés sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit ces droits. Le TAF a effectué une analyse de son droit international public, afin de déterminer si cette

Convention prévalait sur l'accord UBS. Sa conclusion a été qu'aucune convention ne prime sur l'autre. Le principe en vigueur est plutôt que le texte le plus récent prime. La Cour a même précisé que l'accord UBS n'est pas en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme, car celle-ci prévoit des dérogations à l'obligation de confidentialité, selon des conditions qui étaient remplies en l'occurrence.

La rétroactivité de la loi est-elle admissible en matière d'entraide?

C'est un point capital, sur lequel la Suisse doit faire très attention vis-à-vis de l'extérieur. Son image de pays possédant une sécurité juridique a été mise à mal par l'affaire UBS. La Suisse doit montrer que la prévisibilité de ses lois existe toujours. La rétroactivité des lois ne devrait pas exister, mais il convient de distinguer le droit de procédure et le droit de fond.

C'est-à-dire?

En matière de fond, le principe est que la rétroactivité est exclue. Mais elle peut être prévue en matière de procédure. Or les questions d'entraide internationale relèvent de la procédure, car l'entraide ne vise pas à trancher le fond d'un dossier, mais à transférer des informations à un fisc étranger pour qu'il effectue son analyse.

Est-ce que cela signifie qu'une demande d'entraide peut se baser sur des lois plus récentes que les faits?

Oui. La convention de double imposition (CDI) avec la France, par exemple, est entrée en vigueur le 4 novembre 2010, mais elle permet d'échanger des informations qui existaient depuis le 1^{er} janvier 2010. On peut donc parler de rétroactivité, même si le texte était connu depuis 2009 et qu'il n'a pas



DOMINIQUE CHRISTIN. Il analyse la centaine de décisions prises par le TAF entre mars 2009 et avril 2012.

constitué une surprise. Avec l'accord UBS, qui date de 2009, les informations à communiquer portaient sur la période 2001-2008. Mais cet accord s'est basé sur une CDI qui existait déjà avec les Etats-Unis.

Comment le TAF a-t-il décidé d'appliquer le principe de proportionnalité dans sa jurisprudence?

Le principe est connu: afin d'évaluer si les conditions de l'entraide sont remplies, l'AFC ne doit pas mener sa propre enquête ou y consacrer trop de temps. Ce principe a donné lieu au rejet de la requête groupée portant sur les clients du Credit Suisse en avril 2012, car celle-ci concernait plusieurs catégories de clients. Certains avaient commis de l'évasion fiscale, ce qui ne permet pas l'entraide, conformément à la CDI avec les Etats-Unis, qui n'autorise l'entraide qu'en cas de «tax fraud or the like». D'autres clients concernés avaient fraudé. Parmi les nombreux dossiers envoyés par Credit Suisse, l'AFC ne pouvait pas déterminer quels clients avaient fraudé et lesquels avaient évadé le fisc. Ce travail aurait été disproportionné, d'où un rejet: la demande n'était pas conforme à la CDI.

Le caviardage des documents envoyés au fisc étranger est-il autorisé?

UBS et Credit Suisse ont envoyé à l'AFC d'importantes quantités

de documents, contenant des noms d'employés de banque, d'employés de sociétés de trust ou de sociétés gérant des structures offshore. En tant que défenseur de certains clients, j'ai demandé que ces noms soient caviardés, à quoi l'AFC a répondu que cette tâche risquait d'être disproportionnée. J'ai donc proposé d'effectuer moi-même le caviardage. L'entraide n'a pas été accordée, pour d'autres raisons. Mais l'AFC serait probablement entrée en matière concernant le caviardage, car ces noms n'avaient aucune pertinence pour la question de la transmission d'information ou pour le paiement des impôts américains.

Comment le TAF s'est-il positionné sur la question des trusts et des fondations?

Sa position était attendue, elle est logique et claire. Le TAF se demande si la personne derrière est trust ou une fondation a conservé ou non la maîtrise sur ses actifs. Un examen formel détermine si le trust est irrévocable et discrétionnaire. Si c'est le cas, le TAF cherche à définir si la personne a «bien joué le jeu», pour reprendre l'expression utilisée par le tribunal, c'est-à-dire si elle a accepté d'abandonner ses droits. Le tribunal examine l'implication du contribuable concerné vis-à-vis de la banque: s'il détenait un pouvoir sur le compte bancaire, s'il entretenait des contacts directs avec la banque, notamment pour transmettre des instructions. Si la per-

sonne a bien joué le jeu, l'entraide n'est pas accordée.

Parmi les nouveautés fiscales, on trouve également la nouvelle CDI sur les successions avec la France.

Il est intéressant de constater qu'en France, la communication officielle laisse entendre que la révision de cette convention se concrétisera, alors qu'en Suisse, rien n'est décidé. Les Français n'ont probablement pas compris le mécanisme suisse permettant de réviser une CDI, qui commence avec le paraphe, puis la signature, l'acceptation par le Parlement et enfin l'entrée en force. Pour le moment, ce texte n'a pas encore été signé et il n'a pas été publié. Si la France résilie cette CDI, comme elle menace de le faire, je ne suis pas convaincu qu'on soit plus mal sans convention qui fixe des règles exorbitantes et uniquement à l'avantage de la France. Si le Parlement refuse cette révision, il enverra un signal positif reflétant une prise de position collective. On ne doit pas être complexé par nos principes.

INTERVIEW:
SÉBASTIEN RUCHE

IL EST CAPITAL POUR LA SUISSE DE DÉMONTRER QUE LA PRÉVISIBILITÉ DE SES LOIS EST TOUJOURS UNE RÉALITÉ.

L'AGEFI | SUISSE