

NZZ, 29 novembre 2013 ; le Temps, 30 novembre 2013

## **Le programme américain : phase décisive pour la Suisse**

*Patrick Raaflaub, Directeur de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers*

Depuis plus de cinq ans, la place financière suisse cherche une solution au différend fiscal avec les USA. Après d'intenses négociations, un accord sur une solution au niveau étatique a été trouvée, améliore notablement la sécurité juridique pour les banques participantes et ainsi pour la place bancaire suisse dans son ensemble. La FINMA estime que cela représente une chance.

Le Programme du Département américain de la Justice (DoJ) contient les conditions auxquelles les banques qui ne font pas déjà l'objet d'une procédure fiscale pénale aux Etats Unis peuvent régler leur situation directement avec les autorités américaines. L'autorité fiscale américaine (IRS) soutient aussi le programme et accepte que son exécution mette un point final au litige.

Pour les établissements participants, la solution offerte est lourde, coûteuse et n'apporte pas une sécurité juridique complète dans toutes les hypothèses. La situation de départ des négociations, qui ont duré de nombreuses années, était par trop complexe pour parvenir à une solution idéale, et ce, d'autant que les intérêts en jeu étaient difficilement conciliables. Longtemps, la voie du recours à des règles rétroactives, comme pour UBS en 2009, est apparue comme la seule solution possible. Un tel choix était cependant toujours politiquement exclu en Suisse.

Le cadre actuellement à disposition permet aux banques de résoudre elles-mêmes leurs problèmes avec les USA dans les limites de la législation suisse. En particulier, il a été possible de réduire la période pertinente pour la recherche d'éventuelles infractions au droit fiscal américain à celle commençant après le 1er août 2008, soit après que UBS a publiquement annoncé qu'elle se retirait des transactions transfrontières avec les clients américains.

Après un examen approfondi, une renonciation à participer au programme semble peu avantageuse. Les banques qui ne saisissent pas cette chance de pouvoir régler leurs risques juridiques doivent s'attendre à un conflit durable qui ira en augmentant. Il faut craindre d'autres mesures de contrainte des autorités judiciaires américaines. Ceci serait à long terme plus coûteux et amènerait moins de sécurité juridique pour les établissements, leurs collaborateurs et leurs clients que la possibilité actuelle de mettre rapidement fin au litige juridique. Ce n'est que lorsque le fardeau du passé sera éliminé que la place bancaire pourra se consacrer de toutes ses forces à l'avenir et développer son potentiel.

C'est dans ce contexte que, dans les prochains jours, les banques suisses, leurs conseils d'administration et leurs directions entreront dans une phase décisive de la mise en œuvre du programme ; ils doivent en particulier décider s'ils veulent participer à la catégorie 2 du programme américain. Cette catégorie est prévue pour les établissements qui doivent présumer qu'ils ont violé le droit

pénal fiscal américain dans leurs rapports avec les clients soumis au fisc américain. Si ces banques coopèrent avec les autorités de poursuite pénale américaines et paient une amende, elles obtiendront en retour une assurance contractuelle de ne plus être poursuivies pénalement.

Même si la situation juridique et la perspective suisse sont différentes, l'on doit admettre qu'au vu des critères des autorités américaines le seuil de la violation des règles fiscales américaines est franchi dans de nombreux cas. Les banques suisses qui dans le passé ont peut-être violé le droit américain et ne remédient pas à cette situation, seraient mal avisées de compter sur une inaction future de la justice américaine.

Ces dernières années, la FINMA a aussi conduit auprès des banques plus d'une vingtaine de procédures en relation avec les affaires transfrontières américaines. Ces enquêtes se sont au moins partiellement terminées par des décisions d'enforcement qui ordonnaient des mesures correctives. Ces enquêtes et procédures ont mis en lumière une image contrastée : certaines banques ont agi consciemment de manière risquée avec des fonds américains non fiscalisés alors que d'autres ont simplement manqué de discernement.

Le droit de la surveillance exige de tous les établissements une gestion adéquate de leurs risques. Un établissement qui, pour des motifs de sécurité et malgré des doutes sur son propre comportement, choisit la catégorie 2 du programme agit de manière responsable du point de vue de la FINMA. Une telle décision sera appréciée par la FINMA et n'influencera pas de manière négative la perception prudentielle de la banque concernée. S'il s'avère que cette banque a pris une décision trop prudente quant à la catégorie applicable, elle pourra ultérieurement rejoindre la catégorie 3 qui ne comporte pas d'amendes. Le DoJ l'a confirmé récemment.

Il est encore plus important cependant que le marché puisse récompenser à court ou moyen termes un tel comportement qui vise à limiter les risques. Pour une banque, prendre au sérieux les risques juridiques américains lui permettra de renforcer la confiance que lui porteront ses clients, partenaires commerciaux, investisseurs ainsi que ses collaborateurs actuels ou futurs. Cette attitude serait un moyen de promouvoir la compétitivité des établissements concernés ainsi que celle de la place suisse active dans la gestion de fortune. En ce sens, une gestion adéquate des risques est la marque d'une attitude prospective.

Participer au programme américain pour régler leur différend fiscal avec les Etats-Unis sera douloureux pour les banques suisses. Cette participation présente cependant en définitive la chance à la branche d'instituer pour elle-même, ses clients et partenaires commerciaux une sécurité juridique dans les rapports avec les autorités de la plus grande place financière du monde et de trouver une solution au problème des biens non déclarés des contribuables américains. Une telle solution est tardive. Les responsables des banques concernées devraient analyser le programme américain non seulement en termes de coûts, mais aussi de bénéfices et y voir la chance d'un avenir plus serein.