

## CDI AVEC LES ÉTATS-UNIS

# Double imposition: une capitulation pure et simple

*Vouloir sauver les apparences juridiques, comme le fait Eveline Widmer-Schlumpf, aggrave les conséquences de ses reculades.* **MOHAMMAD FARROKH**

**E**veline Widmer-Schlumpf est parvenue à ses fins. En septembre 2011, son projet d'amendement à la convention de double imposition (CDI) avec les Etats-Unis pour permettre d'accéder à des «demandes groupées» avait été accueilli avec un certain émoi. Daté du 8 août 2011, le «rapport complémentaire» au Message du 6 avril 2011 sur «le complément» à la CDI avec les Etats-Unis intervenait quelques semaines seulement après l'approbation par l'Assemblée fédérale de ce premier complément. Seulement, celui-ci en cachait un autre, encore plus redoutable: «La Suisse traitera les demandes d'assistance se basant sur un modèle de comportement défini sans indication de nom ou de données personnelles.»

Le rythme devient d'autant plus saccadé qu'on ne comprend pas très bien de quelle CDI il est question. Car les demandes groupées seront applicables aux cas relevant de celle de 1996, la nouvelle CDI avec les Etats-Unis n'étant pas encore entrée en vigueur. «Il y a beaucoup de questions en suspens, notamment l'étendue de la rétroactivité», relève Pietro Sansonetti, avocat fiscaliste de Schellenberg Wittmer, à Genève. Une application rétroactive du «droit» – mais s'agit-il encore de droit? – qui choque dans les milieux juridiques, d'autant que la nouvelle reculade que l'Assemblée fédérale vient d'approuver a pris la force d'une «clarification unilatérale relative au protocole d'amendement».

Il s'agit donc d'une simple déclaration modifiant de manière rétroactive un protocole d'amendement

lui-même d'un statut juridique douteux. Dans ces conditions, l'obstination d'Eveline Widmer-Schlumpf à vouloir couvrir sous le manteau du droit ce qui apparaît comme la capi-



Il y a beaucoup de questions en suspens, notamment l'étendue de la rétroactivité.

**PIETRO SANSONETTI** /  
Schellenberg Wittmer, Genève

tulation pure et simple devant une force supérieure est tout simplement pathétique. Certes, Christoph Blocher avait lui-même illégalement détruit des données en marge de l'affaire Tinner, mais au moins n'avait-il pas couvert ces agissements sous les apparences de la légalité.

S'il permet, en n'y regardant pas de trop près, de sauver la face, ce juridisme a cependant un grave défaut: il crée un dangereux précédent qui

sera à n'en pas douter invoqué par d'autres Etats dans l'application de leurs propres CDI avec la Suisse. C'est d'autant plus regrettable qu'il y a, entre la CDI conclue avec les Etats-Unis et toutes les autres, une différence fondamentale.

Car les Etats-Unis sont pratiquement les seuls à ne pas reconnaître la supériorité des conventions internationales sur le droit interne, comme le déclare Rémi Dhonneur, avocat de Kramer Levin Naftalis & Frenkel à Paris. «La France a inscrit la supériorité des conventions dans sa constitution, à l'article 55, sous réserve de réciprocité», précise-t-il. Aux Etats-Unis, en revanche, la Cour Suprême a eu pour pratique constante de donner raison au texte le plus récent en cas de doute sur la législation applicable.

## Le Treaty Override

Un avocat américain établi à Genève, Roy Ryan, qui exerce à l'enseignement de Schellenberg Wittmer, en dit plus: la supériorité du droit interne a un nom, le Treaty Override. Cela veut dire que la loi américaine l'emporte sur les traités. Toutes les lois? Du moins celles qui comportent une clause de Treaty Override, et ce n'est pas rare. Le 12 novembre 2010, la section de taxation de l'Association du barreau américain (American Bar Association, ABA) envoyait une lettre à certains membres éminents du Congrès pour protester contre l'utilisation à son sens abusive de cette clause. «Nous croyons que la priorité sur les traités réduit le statut des Etats-Unis dans la communauté internationale, affaiblit la position

des Etats-Unis dans le cadre de l'ensemble des négociations internationales et risque de susciter des représailles de la part de nos partenaires...», peut-on notamment lire dans la lettre de l'ABA.



Les Etats-Unis sont pratiquement les seuls à ne pas reconnaître la supériorité des conventions internationales sur le droit interne.

**REMY DHONNEUR** /  
Kramer Levin Naftalis & Frenkel

En ce qui concerne la Suisse, ces craintes sont vaines: comme le confirme par exemple le conseiller national UDC Yves Nidegger le Treaty Override n'est même pas discuté. Pour sa part, Andreas Kolb, avocat fiscaliste à Berne et Zurich à l'enseigne de Kolb International Tax Services, n'hésite pas à dire que «le parlement n'est pas au courant des conséquences de ce qu'il décide». Des mots très durs qui ne sont pas prononcés par n'importe qui: en 1996, Andreas Kolb a, en tant que chef de la délégation suisse, négocié la CDI avec les Etats-Unis. Il évoque le climat très dur de ces négociations: «Ils n'étaient pas très aimables, mais on a évité l'escalade.»

A l'époque, la Suisse s'en tire avec des concessions relativement mineures, acceptant la transmission de données dans le cadre d'une

procédure d'entraide utilisables par la justice et non plus seulement d'un rapport, comme c'était le cas depuis 1951. L'accord «amiable» conclu en 2003 avec les Etats-Unis ne recueille pas l'approbation d'Andreas Kolb, car il allait déjà plus loin que la CDI, sur l'interprétation notamment de l'expression «fraud and the like». Pour l'avocat bernois, seule la tromperie était initialement visée, mais en 2003 déjà la porte était entrouverte à la criminalisation de l'évasion fiscale.

Maintenant les vannes sont grandes ouvertes: le Conseil fédéral a chargé l'Office fédéral de la justice de présenter, d'ici à l'été, un projet de modification de loi sur l'assistance judiciaire internationale pour y intégrer la simple soustraction fiscale qui devient donc un crime international. Le cadre des CDI est largement dépassé. Cette rapidité ne passe pas inaperçue: «Tout le monde sait maintenant que la Suisse cède», commente Andreas Kolb.

#### Au tour des étrangers établis

Certes, la Suisse paraît céder sur des positions perdues d'avance pour se raccrocher à l'essentiel, notamment le maintien du secret bancaire en Suisse pour les Suisses, mais aussi pour les riches étrangers qui y sont domiciliés. Là aussi, n'est-ce pas une illusion? Déjà, des pays européens actionnent l'entraide administrative pour certains de leurs ressortissants domiciliés en Suisse de longue date et qui y sont fiscalement assujettis. «Il suffit que les autorités étrangères affirment avoir besoin d'informations pour l'assujettissement ou prétendent que la personne a conservé son domicile dans le pays d'origine pour que la Suisse y fasse droit», explique Andreas Kolb.

Dans ces conditions, se raccrocher à l'idée que l'arrivée d'étrangers au forfait fiscal viendra compenser la perte de substance causée par la politique de l'argent «propre» relève probablement du vœu pieux. Il en va de même pour les étrangers venus installer une holding en Suisse: elles sont, estime l'avocat bernois, la prochaine cible d'Etats étrangers encouragés par la démonstration de faiblesse à laquelle vient de procéder Eveline Widmer-Schlumpf, avec

la complicité plus ou moins inconsciente du parlement.

«Nous sommes dans un rapport de force. Vouloir régler un tel problème par le droit est une illusion», estime pour sa part Yves Nidegger. Il est bien seul ou presque, ayant fait partie de la quinzaine de parlementaires opposés à l'accord sur UBS, accepté implicitement par Christoph Blocher et la majorité de l'UDC dès lors qu'elle s'était abstenue. Les états d'âme du parti ne signifient pourtant pas de sa part un engagement fort sur ce thème. Un référendum est plus qu'improbable, l'UDC étant trop occupée dans ses domaines de prédilection, à commencer par la lutte contre l'immigration.



Les Etats-Unis n'étaient pas très aimables, mais on a évité l'escalade.

**ANDREAS KOLB** /avocat,  
Kolb International Tax Services

Il reste à savoir si la Suisse aura au moins gain de paix. Ce n'est pas l'avis de l'ancien conseiller national Paul-André Roux, l'un des rares défenseurs du secret bancaire au sein du PDC, sinon le seul. «Le prix de la capitulation est plus lourd que celui de la guerre», avant de rappeler que, dès l'accord sur UBS voté, la pression s'est renforcée. La décision du Parlement d'accepter les «demandes groupées» en est la preuve, et ce n'est qu'un début. Tout cela pour une CDI qui, sur le plan juridique, ne vaut pratiquement rien, principe du Treaty Override oblige. ■