

# Justice américaine et banques suisses : quel a été le prix de l'indulgence ?

Il y a dix ans, les enquêtes menées par le Département de la justice états-unien contre des banques suisses battaient en brèche le secret bancaire. Le montant des amendes a été principalement déterminé par les avoirs sous gestion. *Yvan Lengwiler*

**Abrégé** Pendant des décennies, le secret bancaire a été une pierre angulaire du régime juridique applicable aux banques installées en Suisse. Grâce à une stratégie ingénieuse, le Département de la justice états-unien a réussi là où l'UE et l'OCDE avaient échoué, en forçant la Suisse à abandonner le secret bancaire. Nous avons étudié les facteurs qui ont déterminé le montant des amendes infligées aux banques et le déroulement des événements qui, dans les faits, ont mis un terme au secret bancaire suisse dans le monde entier.

**L**e secret bancaire suisse appartient désormais au passé<sup>1</sup>. Il était entouré d'une aura quasi mystique. Réputée irréductible, cette version helvétique de Fort Knox symbolisait l'image si souvent mise en scène par Hollywood d'une nation rebelle et souveraine offrant un havre aux capitaux du monde entier. Pour Konrad Hummler, le patron haut en couleur de la banque Wegelin, le secret bancaire avait même une connotation humanitaire : « La fuite de capitaux est un acte de légitime défense. Le secret bancaire est une forme de droit d'asile. Nous offrons un refuge aux capitaux de prévoyance des Européens. »<sup>2</sup>

À l'inverse, le banquier privé zurichois Hans Bär exprime dans ses mémoires un avis bien plus critique sur le secret bancaire : il le qualifie d'« instrument défensif », qui a mis la Suisse à l'abri de la concurrence et l'a engraisée, tout en la rendant impotente<sup>3</sup>.

## La liste noire de l'OCDE

Le secret bancaire a toujours été sous pression. En réaction à un litige avec les autorités françaises dans les années 1930, une disposition a été intégrée dans la loi sur les banques, rendant les employés de banque qui dévoilent des secrets professionnels passibles d'une peine de prison<sup>4</sup>.

Cet article a conféré une fiabilité extrême au secret bancaire.

Des autorités étrangères ont depuis lors inlassablement tenté d'obtenir la levée du secret bancaire helvétique et les pressions ont redoublé après la crise financière de 2008, époque à laquelle l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a adopté une stratégie de dénonciation publique (« public shaming »). Elle a ainsi qualifié plusieurs juridictions, dont la Suisse, de « paradis fiscaux », et les a placées sur deux listes, une noire et une grise. C'est dans ce contexte qu'il faut situer les propos de l'ancien ministre des Finances Hans-Rudolf Merz : « À ceux qui s'attaquent au secret bancaire suisse, je ne peux qu'affirmer que vous vous y casserez les dents ! Il n'est simplement pas négociable. »<sup>5</sup>

## La carotte et le bâton

Le conflit avec l'OCDE a donné lieu à des joutes rhétoriques parfois amusantes. Il suffit de se souvenir des déclarations de Peer Steinbrück, alors ministre allemand des Finances, qui proposait de manier non seulement la carotte, mais aussi le bâton<sup>6</sup>, avant de comparer la Suisse à des Indiens sur qui l'on pouvait lancer la cavalerie<sup>7</sup>. En revanche, la pique lancée contre les paradis fiscaux dans leur ensemble par le président du Parti social-démocrate allemand, Franz Müntefering, était dépourvue d'ironie : à une autre époque, on aurait envoyé la troupe, mais cela ne se faisait plus, avait-il affirmé<sup>8</sup>.

Cette tactique de dénonciation publique n'a pas porté de fruits, contrairement à celle du Département de la justice états-unien (DoJ), conforme à la pratique exposée dans le

1 Ce texte présente l'opinion de l'auteur et ne reflète pas nécessairement l'analyse de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma).

2 « Bankgeheimnis ist ein Asylrecht », entretien publié dans « Sonntag », 23 mars 2008.

3 Bär (2004).

4 Art. 47 LB, voir Hässig (2010).

5 Parlement suisse (2008).

6 Frankfurter Allgemeine Zeitung, *Schweiz bestellt deutschen Botschafter ein*, 22 octobre 2008.

7 Spiegel Online, *Steinbrücks Wildwest-Rhetorik erzürnt die Schweizer*, 17 mars 2009.

8 NZZ, *Kriegserklärung*, 1er mars 2009.

Douglas Shulman, de l'autorité fiscale IRS, s'exprime devant le Sénat américain en 2009. Les pratiques de la grande banque UBS sont alors dans le viseur.



mémorandum Holder<sup>9</sup>. Les autorités américaines n'ont ainsi pas cherché à livrer bataille contre l'État suisse, mais ont engagé une procédure pénale contre la première banque helvétique, UBS. Le cadre était clair : si la banque, d'importance systémique, était condamnée, elle serait considérée comme une organisation criminelle et ne disposerait plus aux États-Unis d'une assise économique suffisante pour y travailler. La menace pesant sur les transactions de compensation effectuées en dollars (« clearing ») était particulièrement grave. Cette situation a contraint UBS et la Suisse à agir rapidement.

En février 2009, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma) a ordonné à UBS de livrer immédiatement aux États-Unis les données de 255 clients<sup>10</sup>. Deux ans plus tard, le Tribunal fédéral jugeait cette remise de données licite, en raison du caractère essentiel et existentiel des intérêts nationaux en jeu<sup>11</sup>. Il est dès lors justifié de voir dans cette procédure la démonstration (« proof of concept ») que la stratégie américaine avait abouti à la levée du secret bancaire helvétique. Quelques années plus tard, cette démarche allait déboucher sur l'adoption de l'« US Tax Program for Swiss Banks », présenté dans les lignes qui suivent.

## Quatre catégories de banques

Ce programme américain, fruit d'un accord passé entre le Département fédéral des finances (DFF) et le DoJ<sup>12</sup>, poursuivait deux objectifs : lever, de façon structurée et relativement rapide, l'insécurité juridique prévalant pour les banques potentiellement concernées, et réduire autant que possible le travail d'enquête pour les autorités américaines. Ce programme enjoignait aux banques participantes de se classer dans l'une de ses quatre catégories.

La première catégorie regroupait les banques contre lesquelles le DoJ avait déjà ouvert une enquête. Les quinze banques concernées – dont UBS, Credit Suisse et la Banque cantonale de Zurich – n'ont pas pu bénéficier du programme, les procédures engagées contre elles se poursuivant de façon parallèle. Les banques appartenant à cette catégorie ont à ce jour payé des amendes d'un montant total de 4,6 milliards

de francs, dont plus de la moitié à la charge de Credit Suisse (2,6 milliards), UBS s'acquittant pour sa part de 0,8 milliard. Les procédures sont encore en cours dans le cas de cinq banques (Hapoalim, HSBC, Pictet, Rahn & Bodmer et United Mizrahi Bank).

La deuxième catégorie comprend 78 banques qui avaient potentiellement enfreint le droit américain, mais qui ne faisaient pas (encore) l'objet d'une enquête. Le programme a été créé pour lever le plus vite possible l'insécurité juridique pour ces établissements, sans toutefois leur permettre d'en sortir indemnes. Achievées entre mars 2015 et janvier 2016, les procédures ont abouti à des amendes allant de zéro (Banca intermobiliare di investimenti e gestioni) à 211 millions de dollars (BSI), pour des peines pécuniaires totales de près de 1,4 milliard.

Les banques appartenant aux catégories 3 et 4 n'ont pas enfreint de lois américaines, soit parce que leur clientèle était uniquement locale (catégorie 4), soit parce qu'elles ont agi conformément à la loi tout en ayant une clientèle internationale (catégorie 3).

## Comment a procédé la justice américaine ?

Une étude de l'université de Bâle publiée en 2018 s'est intéressée aux critères appliqués par le DoJ pour fixer le montant des amendes<sup>13</sup>. Pour la première catégorie, les bases de calcul ne sont pas transparentes : la justice américaine a mené chaque enquête de façon individuelle et il est impossible de dégager les règles applicables au calcul du montant des amendes, et, par conséquent, de mener une étude empirique.

La situation est plus claire en ce qui concerne la deuxième catégorie : les parties ont négocié des règles applicables à l'évaluation des banques et conçu un modèle d'accord extrajudiciaire unique, accessible au public. Cet accord (« non-prosecution agreement », NPA) signifie que le DoJ renonce aux poursuites judiciaires – pour autant que la banque ne commette plus d'infractions. L'étude se limite aux établissements appartenant à la catégorie 2, même si les amendes infligées à ceux-ci sont bien moindres que celles supportées par les banques de la catégorie 1.

<sup>9</sup> Holder (1999).

<sup>10</sup> Finma (2009).

<sup>11</sup> Tribunal fédéral (2011), consid. 4.1.

<sup>12</sup> DoJ et DFF (2013), DoJ (2013).

<sup>13</sup> Lengwiler et Saljithai (2018).

Le programme pose trois exigences aux établissements de la catégorie 2 : fournir des informations sur leurs pratiques, coopérer avec le DoJ afin que d'autres personnes puissent être inculpées et s'acquitter d'une amende. C'est à ce prix que ces banques obtiennent un NPA.

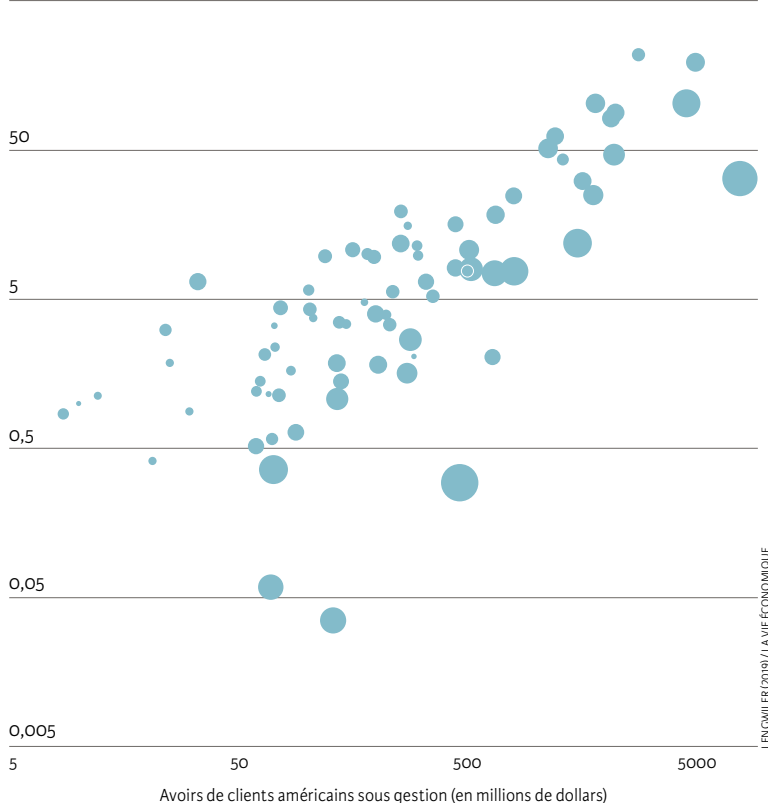
## Calcul du montant des amendes

En vertu du programme, le montant des amendes dépend du volume des actifs sous gestion détenus par des citoyens des États-Unis ainsi que du moment où la banque gérât ces avoirs. Ce montant va de 20 à 50 % des actifs gérés et est d'autant plus modeste que la banque s'est défaite tôt des avoirs non fiscalisés. Les avoirs américains dont les banques peuvent prouver qu'ils ont été déclarés au fisc des États-Unis, puis imposés, sont soustraits du total obtenu. La même règle

<sup>14</sup> Voir Lengwiler et Saljithai (2018) concernant les résultats détaillés et l'analyse économétrique.

### Avoirs américains sous gestion : montant des amendes infligées aux banques de catégorie 2

500 Montant des amendes (en millions de dollars)



● Taille moyenne des comptes des clients américains

Le montant des amendes était d'autant plus élevé que la somme des avoirs américains sous gestion était importante et que la taille des comptes individuels était petite.

s'applique aux avoirs des clients américains qui, sur l'initiative de la banque, acceptent une offre du fisc pour déclarer leur fortune. Le DoJ peut en outre réduire les amendes si la banque se montre particulièrement coopérative.

La teneur des NPA conclus avec les différents établissements figure sur le site [www.ustax-program.com](http://www.ustax-program.com). Le DoJ y indique les amendes payées, le montant maximal des avoirs de clients américains sous gestion et le nombre de clients américains. Ces accords décrivent aussi la façon dont les banques ont aidé les clients à échapper au fisc. Il s'agit notamment des communications écrites en poste restante interne (75 cas), de l'utilisation de cartes de débit et de crédit pour retirer des espèces de façon anonyme (37 cas), du recours à des hommes de paille ou à des sociétés-écrans non américains afin de dissimuler l'origine américaine des ayants droit économiques (22 cas) et de complicité de falsification de documents (3 cas).

## Les avoirs en compte, le critère déterminant

Les données publiques ne permettent pas de vérifier parfaitement l'application de la formule fixée dans le programme. Des méthodes économétriques ont donc été utilisées pour déterminer les corrélations statistiques, ce qui a permis de distinguer deux facteurs principaux, ainsi que trois facteurs secondaires que nous ne commenterons pas ici<sup>14</sup>.

Le volume des avoirs sous gestion de clients américains constitue le facteur le plus important (voir *illustration*). Les banques de la catégorie 2 géraient un total de 50 milliards de dollars d'avoirs américains et se sont acquittées d'amendes atteignant au total 1,4 milliard de dollars, ce qui correspond à 2,8 % des actifs sous gestion (et non 20 à 50 % comme le stipule le programme). Nous en déduisons que 5,5 à 13,7 % des avoirs de clients américains de ces établissements n'avaient pas été imposés, soit entre 2,75 et 6,85 milliards de dollars.

Le deuxième facteur principal est l'avoir moyen des clients américains. Les banques comptant un pourcentage élevé de clients importants ont payé des amendes plus faibles que les établissements ayant plutôt de petits clients.

La raison de cette différence n'est pas claire. On peut imaginer que les clients importants ont en moyenne mieux respecté le droit fiscal. Il se peut également que les banques aient pu plus facilement convaincre les clients importants – moins nombreux – de déclarer leur fortune au fisc américain, tandis que leur travail de persuasion auprès des nombreux petits clients a été plus laborieux et moins fructueux.

Les différences sont significatives. Un exemple: la banque Rothschild, qui gérait 1,5 milliard de dollars d'avoirs américains pour un portefeuille moyen par client de 4,5 millions, a dû s'acquitter d'une amende de 11,5 millions, soit 0,77 % des avoirs américains sous gestion. À l'opposé, la Banque Migros, qui ne gérait qu'une fortune de 273 millions, mais dont le portefeuille moyen était nettement inférieur (0,3 million), a dû payer une amende de 15 millions – supérieure à celle de la banque Rothschild malgré des actifs gérés américains moindres –, soit 5,5 % des avoirs sous gestion.

## Évolution des conditions-cadres

Grâce au programme, les banques ont pu résoudre le conflit avec les autorités américaines

de façon structurée et relativement rapide. Ce programme a aussi sonné le glas du secret bancaire suisse tel que nous le connaissions alors. Après l'accord conclu avec le DoJ, il n'a en effet plus été possible de maintenir ce secret envers d'autres juridictions.

La place financière suisse est actuellement régie par 41 accords bilatéraux qui règlent l'échange automatique de données de clients étrangers avec le fisc des pays dont ils sont ressortissants. Le secret bancaire suisse appartient au passé, du moins pour les clients étrangers. Pour l'industrie financière, l'heure est venue de reprendre du muscle et de regagner en puissance, pour paraphraser Hans Bär.



**Yvan Lengwiler**

Professeur d'économie nationale à la Faculté des sciences économiques de l'université de Bâle et membre du conseil d'administration de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma)

### Bibliographie

Bär Hans J. (2004). *Seid umschlungen, Millionen. Ein Leben zwischen Pearl Harbor und Ground Zero*. Orell Füssli, Zurich.

DoJ et DFF (2013). *Joint statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss federal Department of Finance: program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss banks*.

DoJ (2013). *The tax division's comments about the program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss banks*.

Finma (2009). *La Finma a permis la conclusion de l'accord intervenu entre UBS et les autorités américaines, et publie les résultats de sa propre enquête*, communiqué de presse du 18 février.

Hässig Lukas (2010). *Paradies Perdu – Vom Ende des Schweizer Bankgeheimnisses*. Hoffmann und Campe, Leipzig.

Holder (1999). *Bringing criminal charges against corporations*. Memorandum, Département de la justice américain.

Lengwiler Yvan et Saljihaj Albana (2018). « The U.S. tax program for Swiss banks: what determined the penalties? », in: *Swiss journal of economics and statistics*, 154:23, 1–12.

Parlement suisse (2008). Intervention du conseiller fédéral Merz, Conseil national, 19 mars, 08.3018.

Tribunal fédéral (2011). *Admissibilité de la remise de données bancaires de clients de l'UBS aux autorités américaines par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma) en février 2009*. ATF 137 II 431, 15 juillet.