

Les invités

Banques: le point de vue d'avocats américains

Michael Legamaro*,
Peter Zeidenberg**
et **Dominique Christin*****

Il n'est plus nécessaire de présenter le programme de régularisation proposé par le Department of Justice (DoJ) américain. Ce programme dévoilé le 29 août 2013 est destiné à permettre aux banques suisses d'écartier une éventuelle responsabilité pénale pour des comptes non déclarés qu'ils ont détenus pour des «clients US». Il présente assurément certains avantages dont beaucoup de banques voudront profiter. La décision de participer ou non au programme requiert toutefois un examen attentif et une analyse complète. Il n'existe pas de réponse toute faite à la question de savoir si une banque en particulier doit adhérer au programme, et, le cas échéant, sous quelle catégorie elle doit s'annoncer. Ces décisions ne peuvent être prises qu'après une revue en profondeur des dossiers et des pratiques de chaque banque.

Le programme distingue quatre catégories de banques. La catégorie 1 concerne les banques qui sont déjà sous enquête pénale américaine; ces banques ne peuvent pas participer au programme. La catégorie 2 s'adresse aux banques qui ont des raisons de penser qu'elles ont violé la loi fiscale américaine; ces banques devront payer une amende mais pourront demander à bénéficier d'un «non-prosecution or deferred prosecution agreement». La catégorie 3 concerne les banques qui n'ont pas violé la loi fiscale américaine; ces banques pourront demander de recevoir des «non-target letters». Pour finir, la catégorie 4 est constituée de banques locales qualifiées de «deemed-compliant financial institutions» selon Fatca; ces banques peuvent aussi demander à recevoir une «non-target letter».

Les banques doivent tout d'abord se demander si elles souhaitent adhérer au programme ou non. Certaines banques, dont le risque est très faible et qui disposent d'un système de compliance solide et fiable, pourraient prendre le parti de ne pas adhérer au programme. Bien sûr, une banque ne pourra alors pas obtenir de confirmation écrite du DoJ.

Les banques qui souhaitent participer au programme devront ensuite choisir leur caté-



* Associé de DLA Piper à Chicago



** Associé de DLA Piper à Washington DC et ancien Federal Prosecutor pendant dix-sept ans



*** Associé auprès de BCCC Avocats Sàrl à Genève et Lausanne

gorie: 2 ou 3? Ce choix est crucial et il est rendu difficile par les délais imposés par le calendrier. Sans parler des délais imminents imposés par la Finma, les banques ont jusqu'au 31 décembre 2013 pour s'annoncer au DoJ en catégorie 2. Une annonce en catégorie 3 ne pourra être faite qu'à partir du 1er juillet 2014. Choisir entre 2 et 3 est un vrai dilemme. Si la banque pense par erreur qu'elle s'est conformée au droit américain et attend juillet 2014 pour s'annoncer, puis se rend compte de son erreur ultérieurement, il pourra être trop tard pour corriger le tir. Le DoJ a signifié clairement que passer de la catégorie 3 à la catégorie 2 ne sera accepté que dans des circonstances exceptionnelles et à son entière discrétion. Du coup, certaines banques pourraient trouver plus simple et plus sûr de s'annoncer en catégorie 2. Quitte à tenter de passer éventuellement en catégorie 3 par la suite, ce qui est très incertain et n'est d'ailleurs pas prévu par le programme.

.....
Le DoJ ne poursuivra probablement une banque que si le comportement incriminé était généralisé et soutenu par des cadres dirigeants
.....

Plutôt que de choisir cette solution par réflexe de protection, les banques devraient déterminer immédiatement à quelle catégorie elles appartiennent. Le DoJ peut chercher à poursuivre les banques qui se sont rendues complices d'évasion fiscale par un contribuable américain. Il faut que la banque se demande si elle a assisté, en connaissance de cause, des contribuables américains à échapper à leurs obligations fiscales américaines.

Peut-elle être considérée par le DoJ comme ayant conspiré avec des contribuables américains pour échapper au paiement des impôts américains? Une conspiration suppose qu'il y a eu un accord entre la banque et son client pour violer le droit américain. La question est donc de savoir s'il y a eu un accord et si cet accord avait pour but de violer le droit américain.

L'affaire Wegelin donne des exemples pratiques du type de comportements qui intéressent le plus le DoJ. Il s'agit en particulier de savoir si la banque:

- a ouvert puis géré des comptes non déclarés pour des contribuables américains au nom de sociétés offshore ou de fondations dans des paradis fiscaux, dans le but de cacher la véritable identité des clients à l'IRS;
- a accepté en connaissance de cause des documents qui indiquaient de manière fausse cette entité offshore comme bénéficiaire économique, alors que le compte était en réalité la propriété économique du contribuable américain;
- a permis à certains contribuables américains d'ouvrir et de détenir des comptes non déclarés en utilisant des noms de code ou des numéros, pour éviter ou réduire les mentions du nom du client américain sur les documents bancaires;
- a fait en sorte que les relevés de compte et la correspondance destinés aux clients américains ne leur soient pas envoyés aux Etats-Unis;
- a communiqué avec ses clients américains en utilisant des comptes e-mails personnels;
- a émis des chèques ou exécuté des transferts, via son correspondant américain, en s'arrangeant pour que ces paiements soient inférieurs à 10 000 USD, dans le but de réduire le risque que l'IRS ne les détecte;
- a utilisé des sites web de tiers pour solliciter des clients américains et promettre la confidentialité complète vis-à-vis de l'IRS;
- a informé les clients américains que la banque ne dévoilerait pas d'informations à l'IRS et souligné le fait que la banque n'a pas de présence physique aux Etats-Unis.

Aucun de ces facteurs ne sera à lui seul déterminant. Le DoJ regardera plutôt la situation dans son ensemble. Le DoJ sera particulièrement intéressé de savoir si la banque a délibérément fait la promotion de ses services auprès de contribuables américains qui fuyaient UBS ou les autres banques dont on savait qu'elles faisaient l'objet d'investigations actives aux Etats-Unis. Le DoJ examinera sans aucun doute beaucoup plus attentivement le comportement de la banque après le 1er août 2008, car il considère qu'à partir de ce moment, les banques suisses avaient été averties par l'affaire UBS que certaines pratiques étaient contraires au droit américain.

Le DoJ n'est pas intéressé à poursuivre des banques qui ont été utilisées à leur insu par des contribuables américains afin d'échapper à leurs impôts. Comme, par exemple, dans le cas d'un client double national qui aurait caché sa nationalité américaine à sa banque. Un accord entre la banque et son client est en effet nécessaire pour que la banque ait violé la loi américaine. Pour déterminer s'il y a conspiration, le DoJ s'en remettra aux témoignages des titulaires de comptes ainsi qu'aux pratiques de la banque et à ses communications internes.

Il est par ailleurs très improbable que le DoJ cherche à poursuivre des banques pour des transactions isolées. Le DoJ est bien conscient que les employés de banque ne sont pas infaillibles. Même si l'un ou l'autre employé a assisté un client à violer le droit fiscal américain, les véritables questions sont (i) si le comportement répréhensible était généralisé et répandu, et (ii) qui avait connaissance des problèmes et ce qui a été fait à l'interne lorsque ces comportements ont été découverts. Le DoJ ne poursuivra probablement une banque que si le comportement incriminé était généralisé et soutenu par des cadres dirigeants de la banque. Les cas isolés ou inconnus du management sont beaucoup moins susceptibles d'être poursuivis.

Les banques doivent être bien conscientes que le DoJ aura à sa disposition une information très abondante fournie par les détenteurs de comptes américains eux-mêmes, qui auront expliqué ce que leur banquier leur avait dit et quelles assurances leur avaient été données.

Les banques tentées de ne pas adhérer au programme doivent être convaincues qu'elles n'ont pas de risque pénal selon le droit américain. Un examen approfondi des pratiques passées est nécessaire dans la plupart des cas pour acquiescer cette certitude. Dans le cas contraire, le programme leur procure une occasion qu'elles ne devraient pas manquer.

>> Sur Internet

Retrouvez sur notre site de nouvelles contributions d'invités extérieurs, ainsi que l'ensemble des articles écrits dans cette page par des invités

www.letemps.ch/forum_eco