

**«Territoires et action publique territoriale :
nouvelles ressources pour le développement régional»**

**« Le principe de discrétion bancaire et fiduciaire en Suisse : une lecture
économico-institutionnelle et territoriale du *secret bancaire* »**

Remigio Ratti, Prof. dr rer.pol., Université de Fribourg et Università della Svizzera italiana, Lugano - Suisse¹

Résumé:

La question du secret bancaire en Suisse – qui dans les termes juridiques et éthiques originaux veut positivement sauvegarder le principe de discrétion au service des clients de la banque et de la valorisation du facteur capital – constitue un laboratoire exceptionnel pour une lecture economico-institutionnelle des rapports entre les règles de jeu de l'*institution* et les comportements des *organisations* et des acteurs de l'économie. La question du « secret bancaire » a évolué tout au long des quatre-vingts dernières années: ce sont bien les essais de mauvaise utilisation (blanchiment, détournement de fonds) ou encore tout simplement les appétits commerciaux et la concurrence internationale entre autorités fiscales qui le mettent en discussion. Ainsi le jeu dialectique entre forces externes et internes au système, entre institutions et organisations marque fortement la *territorialité* de la Suisse, tandis que la question du « secret bancaire » change de niveau et devient une question internationale, relativement aux modalités d'application du principe de discrétion et du choix du régime fiscal.

Introduction

Notre contribution veut mener une lecture en termes economico-institutionnelles² des règles de jeu et de gouvernance territoriale qui ont régi le secteur bancaire suisse et notamment l'application du principe de discrétion.

La question des règles de jeu régissant le secteur bancaire assume la valeur de banc d'essai de la territorialité de la Suisse, c'est-à-dire de sa capacité d'affronter les nouveaux défis et de trouver un équilibre dynamique interne/externe. Quel type de *gouvernance territoriale* peut-on observer ? Quel est le rôle des formes intermédiaires de régulation – ni marché, ni Etat – qui articulent les entre entreprises privées et le bien public ?

¹ remigio.ratti@unifr.ch;remigio.ratti@lu.unisi.ch

² North, D.C. (2005), *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Princeton University Press.

Afin de donner une réponse nous avons adopté d'une façon originale l'approche méthodologique de la clé de lecture de la New Institutional Economics³ ; en effet, elle permet de bien détecter le jeu subtil entre *organisations* (les acteurs) et *institutions* (l'arbitre) pour la détermination de règles de jeu orientées à la valorisation du potentiel individuel et collectif, tout en prenant en considération le défi territorial de la gestion compétitive des ouvertures. Si l'on considère une lecture de longue période, on peut observer comment les organisations – définies comme un ensemble organisé d'individus ou d'entreprises pour cueillir les opportunités offertes par les règles de jeu des institutions – ainsi que les acteurs et organisations externes tendent à influencer et à modifier les règles dans une logique dialectique « organisations-institutions-environnement » qui se révèle forte intéressante pour comprendre l'évolution de la territorialité d'un Pays ou d'une région.

L'interprétation des relations entre *institutions* et *organisations* va au-delà du niveau national et doit considérer les pressions externes. L'approche institutionnelle permet donc une clé de lecture qui s'adapte à notre temps ou chaque échange est à situer entre le global et le local. L'économie institutionnelle définit les règles de jeu et le comportement des « joueurs » (organisations) présents dans un territoire, bien souvent en concurrence avec d'autres territoires.

L'application à la Suisse et en particulier à son secteur bancaire et de gestion internationale des patrimoines représente un bon terrain d'application de la méthode.

Nous essayons une lecture diachronique de l'histoire du *secret bancaire* suisse pour comprendre sa portée et son éventuel changement de nature. Ici de suite nous appliquerons l'analyse économique-institutionnelle au secteur bancaire suisse par les six paragraphes suivants :

1. L'importance de la place bancaire et financière suisse et le rôle des règles du jeu du « *secret bancaire* » ;
2. 1934 : la phase de l'institutionnalisation ;
3. La défense des règles de jeu de la territorialité bancaire suisse par la négociation directe ;
4. Le secret bancaire au banc d'essai du « blanchiment d'argent sale » : du code de bonne conduite à la levée du secret bancaire à l'occasion de poursuites pénales internationales ;
5. Le secret bancaire à l'épreuve de pressions internationales en matière de concurrence fiscale : quand la force des organisations externes conditionne la souveraineté nationale !
6. Au-delà du secret bancaire ?

1. L'importance de la place bancaire et financière suisse et le rôle des règles du jeu du « *secret bancaire* »

La Suisse est d'après une étude de l'Association suisse des banquiers⁴ la troisième place financière mondiale : avec une part de marché de 9% elle précède le Japon,

³ North, D.C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁴ www.swissbanking.org

l'Allemagne et la France et vient tout de suite après le Royaume-Uni (9%) et, de loin, après les Etats-Unis (41%). En 2005 elle gérait 6'900 milliards (billions) de CHF (avec une valeur équivalente de USD d'aujourd'hui), dont 1,4 par ces filiales à l'étranger. Mais c'est surtout dans la gestion patrimoniale (papiers valeurs en dépôt de clients) que la Suisse occupe depuis longtemps une place enviable, avec 5, 016 milliards de CHF, dont le 60% dus à la clientèle institutionnelle (2/3) et privée (1/3) étrangère. En d'autres mots les banques placées en Suisse⁵ ont géré jusqu'à un tiers de la fortune privée transfrontières dans le monde.

Les banques suisses produisent plus de 10% du PIB et emploient plus de 3% des personnes actives ; toutefois, si l'on considère les emplois dans le secteur financier intermédiaire la part du PIB s'accroît à 17% et la part des impôts payés – directement par les entreprises et indirectement par les emplois - remonte à presque 20%.

Combien de cette activité reviendrait-elle au règles du jeu spécifiques à la Suisse, c'est-à-dire *au secret bancaire* ?

Aucun autre aspect du système bancaire suisse n'a généré autant de mythes, de légendes et de méprises, voire d'inepties que l'obligation pour les employés de banque en Suisse de traiter de manière confidentielle les affaires financières de leurs clients. Dans le jargon bancaire, cette obligation est dénommée «secret professionnel du banquier. »

Disons d'emblée que dans la plupart des pays du monde, les banques sont tenues (et en droit) de refuser la transmission à des tiers de données concernant leurs clients, sinon elles mettraient en danger la sphère privée et nuiraient probablement aussi à la santé financière de leurs clients. Bref, plus que d'un *secret bancaire* il s'agit de l'adoption du *principe de discrétion* à protection du client et du facteur capital.

Ce principe date de longue date si l'on considère que les premiers banquiers actifs dans la gestion des patrimoines privés étaient déjà actifs à Genève et à Bâle au XVI siècle.

Ce principe de discrétion regarde les intérêts personnels dignes de protection, en particulier de la vie privée, au même titre que pour d'autres professions dont l'exercice comporterait la connaissance de faits de nature sensible pour la protection de la personnalité : ecclésiastiques ; médecins ; avocats et notaires. Bien avant la loi fédérale sur les banques de 1934 le Code civil suisse (1910) le statue à son art. 28 et le Code des obligations qualifié comme un mandat – donc soumis a confidentialité - le rapport entre le client et sa banque (art. 394 et ss.).

A' cela s'ajoute une autre caractéristique institutionnelle importante : l'environnement politique, économique et social qui a facilité l'implantation des banques en Suisse pendant des décennies et favorisé largement le développement de la place financière et des banques à l'échelon international.

La principale différence entre les banques suisses et leurs homologues dans d'autres pays réside dans leur rayonnement et leur position au niveau international. Cela se traduit d'une part par l'importance primordiale de la clientèle étrangère pour les banques en Suisse, notamment dans le segment de la gestion de fortune (wealth management), et de l'autre, par la présence de plusieurs banques suisses dans le monde entier. La Suisse a toujours été bien reliée à l'étranger, grâce à sa situation

⁵ en raison de presque un tiers des emplois dans les grandes banques (et 1/6 par rapport au total) il s'agit de banques étrangères en Suisse.

géographique centrale en Europe, à la croisée des grands axes commerciaux européens. Très tôt, des foires de renommée internationale ont été organisées en Suisse, à l'occasion desquelles des négociants de St. Gall, Berne, Bâle ou Zurich rencontraient des collègues venant d'Italie, d'Allemagne, des Pays-Bas ou de France. L'échange de marchandises a rapidement donné naissance à un système de paiement qui allait constituer le pilier fondateur du système bancaire.

Les facteurs relevant de l'économie institutionnelle et la capacité de gérer sa propre territorialité⁶ occupent donc une place importante – au même titre que la professionnalité et de la capacité d'entreprendre du banquier. Mais la gestion de sa propre territorialité revient aussi de la stratégie et le cas du secteur bancaire relève déjà dès la première guerre mondiale la nécessité de répondre aux changements extérieurs et d'agir.

2. Les années trente du XXe siècle : la phase d'institutionnalisation du « secret bancaire »

Les limites des règles de jeu entièrement basées sur la déontologie professionnelle des banquiers et de la référence aux principes du Code civil et du Code des obligations suisse se manifestent à partir de la première guerre mondiale. Au début du XX siècle les banques suisses ne pouvaient certainement rivaliser au niveau international avec les institutions financières anglaises, françaises et allemandes et, en outre, le franc suisse était relativement faible. Mais la guerre et l'instabilité des années vingt élèvent facilement la Suisse au rôle de pays-refuge des capitaux en tant que conséquence de la forte pression fiscale des pays belligérants et des restrictions administratives contre la fuite des capitaux. Au début des années trente, deux directeurs d'une banque bâloise – tombée depuis en faillite – sont arrêtés à Paris pour une affaire d'évasion fiscale. Les réactions diplomatiques à cet épisode mettent en doute la capacité du système de défendre le principe de discrétion à la faveur des clients et la politique suisse se sent en devoir d'intervenir pour légiférer. L'année 1934 est une année de crise économique et financière (y compris le retrait d'une partie des avoirs étrangers) et l'autorité fédérale veut créer une Commission fédérale de surveillance. Les banquiers acceptent et en échange obtiennent d'ancrer le principe de discrétion dans le code pénal suisse. C'est le fameux article 47 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne de 1934 qui récite :

1. Celui qui en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur de la banque, de chargé d'enquête ou de délégué à l'assainissement nommé par la Commission fédérale des banques ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de révision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, celui qui aura incité autrui à violer le secret professionnel, sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 50 000 francs au plus.

2. Si le délinquant a agi par négligence, la peine sera l'amende jusqu'à concurrence de 30000 francs.

⁶ Nous définissons la « territorialité » d'un Pays comme la capacité d'un groupement humain territorialisé de se donner des règles du jeu – formelles et/ou informelles – appropriées à la gestion dynamique des défis externes et internes et visant la meilleure valorisation durable des ressources et de son capital humain. (Ratti.R, 2005)

3. La violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin profession.

4. Sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice.

Si la Suisse n'est pas le seul pays à protéger la sphère privée de la clientèle bancaire, elle est certainement celui où la norme est plus forte ayant un caractère pénal. C'est un bel exemple d'analyse en termes économique-institutionnels de gestion de la territorialité nationale : les changements externes créent un déséquilibre interne qui est affronté par un jeu subtil entre institutions politiques et acteurs économiques et que finalement le Parlement sanctionne dans une loi. Notons encore qu'à l'origine nous trouvons un contexte de concurrence fiscale internationale, un scénario que nous retrouverons à cheval du XXI^e siècle.

3. La défense des règles du jeu de la territorialité bancaire suisse par la négociation directe

La discussion sur le « secret bancaire » se réanime à la suite de la deuxième guerre mondiale lorsque les alliés reprochent à la Suisse et à ses banques de dissimuler les avoirs des victimes (en particuliers concernant les avoirs juifs non revendiqués par des ayants droit) ainsi que d'avoirs recueillis pendant le conflit des dépôts de dignitaires nazis. La Confédération ne reste pas insensible tandis que les banquiers font bien remarquer que les pressions sur le secret bancaire par les banques françaises et anglosaxonnes relèvent plus de raisons de lutte de marché que de raisons morales. Une solution est cette fois recherchée par la négociation. L'Accord de Washington en 1946 avec le gouvernement américain sanctionne l'engagement de la Suisse en faveur de la recherche des propriétaires de droit des avoirs non revendiqués déposés dans les banques suisses ; mais ces dernières obtiennent de ne pas révéler aux alliés les noms de leurs clients allemands. Le secret bancaire semble bien sauvé et depuis lors sa réputation devient de domaine mondial.

Le problème semble se reposer dans les années soixante, mais on en fait rien. Cette fois, selon notre approche méthodologique, c'est bien le contexte de croissance économique internationale qui consacre le rôle de la Suisse en tant que plaque financière tournante au service des besoins de mobilité internationale des capitaux en très forte expansion. Dans les années soixante et soixante-dix la Suisse bénéficie en particulier d'une rente de position⁷ relevant à nouveau de ses caractéristiques institutionnelles de pays politiquement, socialement et économiquement stable.⁸

⁷ Ratti, R. (2005), pp. 66-71.

⁸ Ce moment favorable a donné lieu, sans que personne ne se préoccupe de vérifier le bien fondé, à une explication « humanitaire » de l'art. 47 selon laquelle la sanction dans le code pénal du principe de discrétion aurait été introduite en 1934 pour protéger en particuliers les juifs allemands et leurs avoirs des persécutions de la Gestapo, dont les normes hitlériennes punissaient jusqu'à la peine de mort l'exportation des capitaux. Si en effet on a pu constater quelques incursions d'espions allemands sur le territoire suisse la thèse humanitaire - formulée par un article anonyme paru en 1966 sur le Bulletin du Crédit Suisse - n'a pas été confirmée à la fin des années '90 par les travaux très fouillés de la « Commission Bergier ».

Le chapitre des avoirs juifs non revendiqués aura une réouverture éclatante lorsqu'une véritable guerre juridique et politique se déclenche en 1988 à la suite des actions promues par le secrétariat des associations juives américaines. Le gouvernement suisse se tient à l'écart (malgré les provocations du sénateur américain Eizenstat) mais ordonne à une commission indépendante d'experts – la Commission Bergier⁹ - une analyse approfondie et à plusieurs points de vue exemplaire pour faire finalement de la lumière sur les années de la guerre. Pour trancher des querelles qui risquait bien de conditionner l'image économique de la Suisse les plus grandes entreprises suisses, en majorité des banques, ont négocié des transactions financières avec les associations juives américaines pour un montant de 1,25 milliards de USD.

4. Le secret bancaire au banc d'essai du « blanchiment d'argent sale » : du code de bonne conduite, à la levée du secret bancaire à l'occasion de poursuites pénales internationales.

Le principe de discrétion et ses règles de jeu en vigueur en Suisse subissent une attaque majeure avec l'apparition et le développement dans les années soixante-dix et quatre-vingts de pratiques de blanchiment d'argent sale provenant d'activités illégales, en particuliers des drogues et de la corruption, et de mise en sécurité de capitaux par certains dictateurs et hommes politiques. Le système subit l'usage pervers de ses règles de jeu et - bien que le chiffre d'affaires de ces mouvements ne puisse que représenter des petits pourcentages par rapport à l'essentiel de l'activité bancaire et de fiduciaire suisse – le risque éthique et politique de perte d'image est important et va au-delà de la sphère purement bancaire avec des implications pour la position de la Suisse sur la scène économique et politique mondiale.

La réponse est double : au niveau privé des banques et au niveau législatif. En ce qui concerne les règles du jeu bancaire la réponse est celle d'agir avec de nouvelles directives et l'adoption de codes internes de bonne conduite dans le cadre juridique existant. En effet :

- le secret bancaire ne concerne que le client vis-à-vis de ses relations externes ; à l'intérieur, la banque n'accorde (ou n'accorde plus¹⁰) l'anonymat et exige d'identifier son client ainsi que la provenance légale de ses avoirs ;
- une « convention de diligence » interne, régulièrement mise à jour, règle les rapports entre et à l'intérieur des banques ;
- dans le cas de doute de provenance illégale des fonds la banque est obligée de la dénoncer ;
- l'autorité de surveillance suisse viendra à connaissance des clients privés d'une banque si les transactions vont au-delà de la gestion patrimoniale usuelle et concernent des opérations exceptionnelles ou douteuses ;
- le secret bancaire est relativisé à l'occasion de la collaboration juridique internationale en matière pénale¹¹.

⁹ La Commission dirigée par l'historien économique Jean-François Bergier a publié, en 2001/02, 25 études et contributions à la recherche qui ont paru sous le titre global «Publications de la Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre Mondiale» par la maison d'édition Chronos à Zurich. Les volumes sont monolingues, publiés en allemand ou en français.

¹⁰ Jusqu'à la fin des années '80 les notaires helvétiques et les sociétés financières reconnues pouvaient ouvrir en leur nom, ou à nom d'un représentant légal, sans devoir révéler le propriétaire du compte. Tout simplement ses intermédiaires devaient déclarer (formulaire « B ») de connaître le bénéficiaire du compte et que l'ouverture du compte n'était pas dictée par l'intention de faire un usage abusif du secret bancaire.

Au niveau législatif et de la mise en pratique administrative l'autorité fédérale s'est bien vue contrainte par les pressions extérieures et par la complexité croissante de la matière de réglementer et institutionnaliser un certain nombre de mesure :

(a) depuis 1990 de nouveaux articles du Code pénal (art. 305bis et ss.) rendent incompatibles toutes les pratiques suivantes :

- « Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire » ;
- « Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire » ;

(b) le secret bancaire peu être levé vis-à-vis de l'étranger selon la Loi fédérale sur la collaboration internationale en matière pénale ou par des traités internationaux.

L'assistance internationale en matière pénale doit toutefois respecter certains principes :

- le principe de « spécialité. » On veut exclure que des informations obtenues pour une procédure liée à une demande spécifique soient utilisées par les autorités qui en ont fait la requête à d'autres fins ;
- le principe de la prohibition des pratiques de sondage (fishing expeditions) de la part d'autorité étrangère¹² ;
- le principe de double incrimination, c'est-à-dire que l'assistance légale est donnée seulement si l'action est punissable en tant que délit pénal dans les deux Pays.

Le principe de double incrimination est valable en matière fiscale seulement en cas de fraude et délits semblables ; il n'est pas valable pour la simple évasion fiscale qui selon le droit suisse n'est punissable que par voie administrative et non pas pénale. Cette distinction fondamentale pour les règles de jeu du système bancaire et fiscal suisse sera l'objet des mésententes et des discussions qu'on verra au point suivant.

Pour terminer la lutte contre le blanchiment d'argent sale a secoué le monde bancaire suisse et celui des Etats. Comme nous l'avons affirmé la Suisse n'avait aucun intérêt à mettre en cause sa réputation et progressivement, soit de la part des acteurs concernés¹³, soit de la part des autorités fédérales et cantonales¹⁴, a mis en place de

¹¹ La voie a été ouverte par le Conseil de l'Europe qui voit la nécessité de lancer, en 1959, la « Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale », ratifiée par la Suisse en 1967, avec entrée en vigueur de la loi y relative en 1983.

¹² Un dernier exemple éclatant s'est produit ce printemps lorsque l'autorité fiscale allemande a payé un ancien collaborateur d'une banque du Liechtenstein pour obtenir la liste des ses clients domiciliés en Allemagne.

¹³ La Suisse a été un des premiers pays parmi ceux contactés par la République démocratique du Congo à geler et puis à rendre les avoirs connus déposés par son ex-chef d'Etat Mobutu ; de même pour le cas Abacha, l'ex président nigérien.

¹⁴ En 1991, le juge Falcone (tué dans un attentat retentissant quelque temps après) a pu affirmer « contrairement à ce qu'on pense, la Suisse est un des Pays qui prêtent plus de collaboration, parce qu'elle a compris que l'époque où il était possible de garder l'argent sale et de laisser les mafiosi hors de la porte est bien révolue. »

mesures adéquates et considérées d'avant garde¹⁵ si l'on considère des règles de jeu qui ne soient pas des normes totalitaires et punitives de la liberté et de la créativité individuelle et de l'économie.

5. Le secret bancaire à l'épreuve de pressions internationales en matière de concurrence fiscale : quand la force des organisations externes et les accords multilatéraux conditionne la souveraineté nationale !

Dans la transition du XX au XXI siècle le fédéralisme suisse et ses règles institutionnelles se trouvent bien confrontés avec un nouveau scénario international et transnational qui les mettent dans une position fort particulière et délicate – la Suisse restant en dehors de l'Union européenne élargie à 27 Etats. Les nouveaux scénarios modifient les champs de forces dans lesquels agissent les acteurs et la Suisse (et ses organisations) se trouve en général bouleversée dans sa position stratégique¹⁶ et, surtout, dans sa souveraineté et son autonomie, tout en étant et en voulant rester un des pays les plus ouverts et libéraux au monde.

Dans le domaine bancaire – objet de cet essai - les changements qui viennent de l'extérieur sont incisifs :

- au niveau institutionnel, le processus de globalisation de l'économie et de la société relativise les Etats-Nation ainsi que les procédures internationales qui de plus en plus enregistrent le passage d'un bilatéralisme, bien cher à la Suisse, au multilatéralisme, voire à des solutions véritablement transnationales et bien de fois non-étatiques¹⁷. Les règles du jeu sont élaborées au niveau des commissions d'experts de l'UE ou de l'OCDE ou du FMI où, pour ces dernières, le rôle d'un petit pays comme la Suisse, pourtant très apprécié, tend à se marginaliser ;
- au niveau des organisations, il faut bien constater la forte pression des acteurs/organisations étrangères dans la mise en place des nouvelles règles du jeu internationales d'un scénario de plus en plus compétitifs pour la Suisse. Celle-ci s'est souvent retrouvée dans l'oeil de la tempête parce qu'elle gère presque un tiers du marché de la fortune privée internationale, ce qui ne laisse pas indifférents les places financières de Londres et de New York. Mais, il y a bien d'autres raisons souvent fort émotionnelles – comme l'étiquette de pays « offshore », parfois facilement véhiculée par la presse. Une meilleure connaissance de la place financière suisse et de ses caractéristiques montre qu'elle est bien loin des traits d'un marché offshore : sous-réglementation, peu de transparence, volonté de non-coopération¹⁸.

¹⁵ Tel est l'avis d'organismes internationaux, comme le GAFI (Groupe d'action financière internationale contre le recyclage de capitaux) et le FSF (Forum pour la stabilité financière, chargé de la surveillance des Etats en matière de surveillance bancaire et de coopération avec les instances internationales) ainsi que le FMI.

¹⁶ Ratti, Remigio (2007), *La Suisse, véritable laboratoire de gouvernance territoriale*, Synthèse présentée au Colloque ERSA/ASRDLF, Paris.

¹⁷ Beck, Ulrich (1997), *Was ist Globalisierung ? Irrtuemer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main.

¹⁸ En particulier il faut souligner que:

- l'accès à la place financière suisse ne fait pas de différence entre clients suisses et clients non-résidents ;
- la Suisse a une structure économique diversifiée, bien que spécialisée, où le secteur bancaire, malgré son importance, représente moins de 10 % du PIB ;

Concrètement, deux sont les vrais contentieux qui voient la Suisse devoir se confronter au niveau international: la définition de fraude fiscale et la méthode (non pas le principe !) d'imposition des revenus des avoirs étrangers déposés en Suisse. Mais, tous les deux relèvent du principe de discrétion, indûment appelé « secret bancaire. » Voyons d'analyser avec notre méthode les deux enjeux :

(a) la distinction entre fraude fiscale et soustraction d'impôt.

Il y a fraude fiscale lorsqu'un contribuable fait usage de faux documents ou de documents falsifiés pour sa déclaration fiscale. Il y a soustraction si l'on oublie simplement d'indiquer sa fortune et ses revenus. Selon le droit suisse cela est puni par voie administrative (amende) et sans aucune conséquence pénale qui, par contre, est appliquée dans le cas de fraude. Dans le cas d'un client étranger cela signifie divulguer les données fiscales et accorder à l'autorité étrangère l'entraide administrative et judiciaire ; en bref, si le principe de double incrimination est rempli, le secret bancaire est simplement levé.

Il va de soi que cette distinction est bien de fois difficilement comprise à l'étranger et qu'elle se prête à de profondes disputes d'éthique économique qui vont au-delà de cette analyse.

Dans une approche néo-libérale¹⁹ « le secret bancaire est l'expression d'une philosophie libérale de l'Etat, qui accorde plus de valeur à l'individu qu'à l'Etat et à la spontanéité qu'à l'obligation. » Cette dernière relèverait plutôt de la conscience de l'individu qui devrait donner à l'Etat ce qui lui revient²⁰.

(b) les divergences sur la méthode sur l'imposition des bénéfices sur les avoirs étrangers déposés en Suisse.

Le législateur suisse et l'autorité fiscale – que dans notre approche méthodologique nous considérons comme un acteur qui poursuit aussi ses propres finalités - a été conscient des difficultés pratiques mais aussi éthiques du secret bancaire. Depuis les années soixante déjà il a trouvé pour ses contribuables résidents une formule bien pragmatique bien que peu solidaire : l'imposition à la source²¹ des bénéfices des capitaux avec un taux fixe qui monte aujourd'hui à 35%. Vous oubliez ou vous ne voulez pas dénoncer ses revenus ? De toute façon votre banque, en agissant sur mandat de l'Etat, vous retient le 35% des intérêts que le fisc encaisse ainsi sans peine. Vous déclarez ses postes ? Le fisc vous rendra les 35% payés à la source et ces revenus additionnels seront taxés au taux relevant de la classe de votre assiette du revenu imposable²².

-
- l'imposition des bénéfices des entreprises est dans la moyenne des pays de l'OECD. La charge fiscale suisse (part des recettes fiscales en % du PIL) est dans la moyenne OECD, donc plus élevée qu'aux E U., le Japon ou l'Australie ;
 - la Suisse possède, comme l'on vient de voir, un des régimes plus efficaces contre le recyclage. Elle est membre originaire de la Financial Action Task (GAFI/FAFT) et pratique ou a réalisé pleinement ses 40 recommandations.

¹⁹ Tel que celui du très sérieux quotidien libéral « Neue Zuercher Zeitung » (signé Gerhard Schwarz)

²⁰ Oublier de déclarer des fortunes et des bénéfices en laissant au fisc la tâche de les découvrir (et de sanctionner administrativement la faute) ne serait pas uniquement la conséquence de la cupidité, mais la réaction à des charges fiscales ressenties comme étant d'une hauteur déloyale.

²¹ Loi fédérale sur l'impôt préventif du 13.10.1965.

²² C'est une belle assiette pour les consultants fiscaux qui chercheront d'évaluer pour leurs clients qu'elle est l'attitude plus avantageuse sur le long terme aussi. Mais au fond vous finissez bien pour payer vos impôts.

Face aux pressions extérieures – en particulier à l’UE - la Suisse a tout simplement proposé d’appliquer le même système d’imposition à la source aussi aux revenus étrangers déposés en Suisse et de rendre en bloc une large partie de ces recettes fiscales à l’autorité du pays d’origine de son client. Le principe de discrétion bancaire et fiduciaire vis-à-vis du client serait sauvegardé tout en permettant au fisc du pays d’origine d’encaisser sa part sans trop de frais (revenu sharing).

L’UE, mais aussi d’autres Etats dans le contexte de l’OCDE, se tiennent simplement à leur régime qui est celui, au contraire, de l’échange d’informations bancaires pour la perception d’impôts, fort complexe et coûteux, entre Etats afin que l’imposition finale revienne au pays de résidence du bénéficiaires de revenu versés à l’étranger. Notons encore que ce n’est qu’avec le processus d’union monétaire que l’imposition des revenus gagnés à l’étranger s’est rendue souhaitable, voire nécessaire puisque la majorité des Etats de l’UE ne prélevaient aucune taxe.

Un conflit donc de méthode d’imposition- et non pas sur le principe même de l’imposition - qui d’ailleurs ne concerne pas que la Suisse, étant donné que des pays de l’UE comme le Luxembourg, la Belgique et l’Autriche connaissent un régime bancaire qui lui est proche. La solution de compromis proposée à l’UE²³ et celle de sa Commission fut alors celle du « modèle de coexistence », où les Etats auraient pu choisir entre les deux systèmes : procédure de notification et procédure de taxation à la source. Le sommet de Feira rejeta ce compromis en imposant aux nouveaux membres le système de notification en tant que faisant partie de *l’acquis communautaire* et en laissant une période de transition, au maximum de sept ans depuis l’entrée en vigueur de la directive, pour les autres.

De son côté la Suisse, , tout en se limitant aux cas des personnes physiques, a pu négocier bilatéralement avec l’UE²⁴ l’application de son système de taxation à la source avec « revenu sharing ²⁵ » au moins jusqu’à 2011. Un délai trop proche ? des taux trop élevés, allant progressivement à 35% ? En tous cas, le secret bancaire est sauvé parce, lors de la rétrocession, la Suisse ne doit pas désigner nommément les clients étrangers de ses banques.

6. Au-delà du secret bancaire ? La lecture économique-institutionnelle laisse entrevoir le dépassement et le changement de signification du secret bancaire pour la territorialité de la Suisse.

Le principe de discrétion bancaire en protection des clients est fondamentalement reconnu en ce qui concerne un grand nombre d’Etats – dont Allemagne, France, Belgique, Italie, Royaume-Uni et UA, mais sa portée varie selon le système juridique et la tendance et l’intérêt actuel est celui de rechercher un système plus homogène et stable et surtout à l’abris des utilisations perverses de ses degré de liberté. Cela est bien montré par l’analyse économique-institutionnelle du cas de la Suisse.

²³ Au sommet de Feira (P) en juin 2000.

²⁴ L’accord, qui a bénéficié d’une entente préalable en juin 2003 du Conseil des ministres (Ecofin) sur la fiscalité de l’épargne entre les quinze et qui a vu aussi l’implication de la Suisse, est intégré dans le paquet « bilatérales II » négocié avec l’UE en décembre 2004. En vigueur depuis le 1er juin 2005 .

²⁵ Le revenu sharing comporte la rétrocessions aux pays de résidences des clients de banques suisses de 75% des impôts prélevés à la source ; les taux sont progressivement augmentés de 15% en 2006 à 25%, jusqu’à 35% en 2011.

Recettes 2007: 653 millions de francs, dont 490 millions (75%) sont allés aux États membres de l’UE et 163 millions (25%) à la Suisse.

A' la fin de la guerre les Accords de Bretton Woods de 1944 avaient instauré un régime peu libéral en matière de circulation des capitaux. Dans ces conditions de petits pays tels que la Suisse, le Luxembourg et l'Autriche ont pu bénéficier d'une certaine marge de manoeuvre et de degré de liberté étant donné qu'ils ne pouvaient pas trop agacer les grands²⁶.

Mais depuis les années quatre-vingts du siècle dernier l'explosion de la mobilité des capitaux dans le scénario de la globalisation déréglementée et de libéralisation des marchés, la chute du mur de Berlin et la compétition internationale ont vu d'un côté l'apparition de nouvelles exigences de croissance, de l'autre la nécessité de faire face à toute une série de dynamiques perverses (crime organisé ; fraudes ; corruption). En même temps le fossé se creuse entre une économie financière toujours plus sophistiquée et une économie réelle technologique mais fragilisées par les mouvements qui se passent dessus sa tête. Le système ne peut que trouver des solutions en allant au-delà des Etats-nations, en changeant et en passant à une échelle institutionnelle supérieure, voire en cherchant des formules de gouvernance territoriale et de nouvelles règles du jeu dans la société civile même.

Le secret bancaire suisse est certes devenu un mythe et le peuple suisse et son gouvernement en ont fait un pilier incontournable comme démontré par différentes votations populaires constitutionnelles²⁷, référendaires et par les sondages.

Pourtant les négociations du récent passé et celles qui sont en cours signalent un glissement vers un nouveau régime mieux adapté aux scénarios de la globalisation mais qui marquera une nouvelle phase de la territorialité de la Suisse.

Pour rester au secret bancaire notons en particulier qu'on ne peut certainement plus qualifier les institutions suisses de paradis fiscal :

- l'intérêt même des grandes banques suisses²⁸ désormais actives d'une façon majoritaire²⁹ sur les marchés étrangers les poussent à s'aligner sur les règles des pays concernés. Comme par le passé, les Etats-Unis ouvrent la brèche : par exemple étant donné que les banques suisses sont reconnues en tant qu'intermédiaires du fisc américain les assujettis au fisc de ce pays ne jouissent nullement du secret bancaire suisse ;
- dans le contexte du droit fiscal international et des accords de double imposition depuis 1977 les échanges de renseignements pour fraude et « délits semblables » (une notion bien floue) sont bien rodés tandis que la tendance

²⁶ Cela semble bien correspondre à une caractéristique de la trajectoire du développement de la Confédération suisse durant ses sept siècles et plus d'existence : grand esprit d'autonomie et envie d'entreprendre mais à l'intérieur d'un champ de forces délimité par les grands et les intérêts des puissances extérieures, parfois alliées et parfois bien divisées. L'existence de la Suisse dans ce contexte peut bien soit faire le jeu des puissants soit lui permettre de développer ses propres autonomies. Ratti, Remigio, (2005), *Leggere la Svizzera. Origini e divenire del modello elvetico, Saggio politico-economico*, Milano/Lugano.

²⁷ Le 20 mai 1984 le peuple et les 26 Cantons suisses ont rejeté avec une majorité de 73% une initiative socialiste qui visait la suppression du secret bancaire. Le vote négatif de justesse (50,3%) du 6 décembre 1992 contre le Traité d'Espace Economique Européen est aussi tributaire des divisions parmi les milieux économiques. En particulier les craintes pour le secteur financier étaient réelles. Les sondages confirment cette large majorité favorable au règles du secret bancaire, tout en étant consciente de sa relativisations et contraintes extérieures. L'actuelle présidente socialiste de l'exécutif fédéral, Mme Calmy-Rey, « la fiscalité de l'épargne est réglée à long terme avec Bruxelles. »

²⁸ UBS est la plus grande banque de gestion patrimoniale, suivie par la britannique Barclays Global Investors et du groupe allemand Allianz. Crédit Suisse est en 8^{ème} place.

²⁹ Tel est le cas, dans le bien et dans le mal, pour UBS, la première banque mondiale pour la gestion de fortunes. UBS a perdu environ 40 milliards de USD à cause de la crise américaine des subprimes, mais son secteur de private banking semble bien avoir résisté, compte tenu des circonstances alarmantes .

- lors de la renégociation d'accords de double imposition (à lire, contre la double imposition) tendent à introduire la clause de la « meilleure convention », ce qui conduit à terme à une convergence des règles du jeu ;
- l'UE élargie essayera lors de prochaines négociations une extension des Accords aux revenus des dividendes et autres placements, ainsi que l'inclusion des personnes morales, telles que les fondations et les trusts ;
 - en pratique chaque transaction bancaire internationale est connue (système IBAN) et seules les transactions bancaires à l'intérieur de la Suisse jouissent encore pleinement du secret bancaire et encore, pourvu qu'il n'y ait pas de fraude.

Au niveau stratégique on observe d'un côté la coalition politique des pays qui jusqu'ici ont été les perdants de l'exode fiscal avec les quelques vainqueurs de la nouvelle réglementation menées par les places financières de Londres et de New York³⁰; d'autre côté l'argumentation de la sécurité internationale augmente encore plus les chances de la formule des échanges de données.

Quel peut-il être l'avenir de la formule du secret bancaire suisse et surtout l'avenir du système bancaire suisse. Les deux questions sont heureusement seulement en partie liées. A terme on ira vers une convergence des règles du jeu et le secret bancaire sera encore plus relativisé. Dans la mesure où les nouvelles règles du jeu international pourront foncièrement respecter le principe de la liberté individuelle et collective d'entreprendre dans un monde élargi, mais moins incertain, la territorialité de la Suisse en cette matière se jouera sur le plan d'autres prémisses institutionnelles³¹ et des avantages comparatifs³² et, bien sûr, en ce qui concerne savoir-faire et de la réputation de l'offre de services. En tant que principale place du *Private banking* la Suisse devrait intervenir à travers le monde en faveur d'un cadre correct de règles de jeu pour la concurrence fiscale internationale ; selon le professeur d'éthique économique Peter Ulrich « la Suisse serait même à long terme la grande gagnante d'un tel cadre réglementaire sans soustraction d'impôt. »³³

Certes, l'affaiblissement du secret bancaire suisse au niveau international face à l'objectif supérieur de permettre la liberté de mouvement des capitaux et à l'alignement sur des normes convergentes comporterait des pertes de part de marché dans la gestion des fortunes de la clientèle privée étrangère. Nous avons estimé³⁴ en 2004 qu'un tiers de ces patrimoines pourrait partir, c.à.d. entre le 10 et le 15% du total ; il faut toutefois considérer, comme démontré les dernières années, qu'on se trouve toujours dans un marché en croissance et que des compensations sont possibles³⁵.

³⁰ Après une phase de libéralisation dans les Pays de l'OECD on enregistre une forte pression des perdants de la globalisation et face à la concurrence fiscale malade on leur accorde des opportunités de récupération fiscale.

³¹ La Suisse figure à ce propos dans les premiers rangs dans le classement du World Competitiveness Yearbook dressé par le très réputé IMD (Institute for Management and Development) de Lausanne : www.imd.ch/research/publications/

³² Les banques suisses ont par exemple bien résisté face à la démarche d'amnistie pour les capitaux rapatriés en Italie du Ministre italien Tremonti en 2002 et renouvelée en 2003. Environ 10 % des capitaux italiens déposés en Suisse sont rentrés en Italie, mais ils sont restés en grande partie dans les mains des mêmes banques qui ont utilisé ou ouverts des guichets *on shore* directement en Italie.

³³ Dans REVUE SUISSE, juin 2008, N°3. Ulrich ajoute : « Les places financières dans les républiques bananières qui n'ont rien d'autre à offrir que le secret de la soustraction d'impôt en auraient pour leurs frais ».

³⁴ Ratti, Remigio (2005), *Leggere la Svizzera*, p. 227.

³⁵ Par exemple, l'effectif des emplois des grandes banques suisses a passé de 44'989 de l'année 2000 à 42'486 de 2006 (40'015 en 2004), tandis que les banques étrangères présentes en Suisse ont doublé

Conclusions

Ainsi, par notre lecture en termes d'économie institutionnelle, nous pouvons enregistrer tout un chemin de gouvernance de la territorialité du secteur bancaire suisse :

(1) Forte de son expérience – les banquiers privés oeuvraient à Bâle et Genève au XVI^e siècle déjà – c'était d'abord l'autodiscipline et le savoir-faire qui dictent les règles du jeu informelles. Ces règles deviennent plus formelles, en 1934, en tant que réponse aux difficultés rencontrées avec les autorités françaises en particulier : l'Etat reconnaît le « secret bancaire », mais en même temps les banquiers doivent accepter la surveillance d'une commission fédérale. Mais, les règles du jeu sont constamment à négocier.

(2) La question des avoirs juifs (mais aussi nazis) déposés en Suisse et non revendiqués après la deuxième guerre mondiale fait l'objet de deux guerres, qui se concluent avec des accords négociés bilatéralement. Le premier, l'accord de Washington de 1946 avec le gouvernement américain, met la Suisse dans l'obligation de rechercher les ayants droit tout en laissant les banquiers la clause de ne pas révéler aux alliés les noms de leurs clients allemands. La question ressort à nouveau avec force de la part des organisations juives américaines dans les années 1998-99 et se conclut par une transaction privée portant sur 1,25 millions de dollars.

(3) Dans les années '70/'80 le secret bancaire suisse se découvre intéressant pour une utilisation perverse (blanchiment d'argent sale ; dépôts d'avoirs illicites). La pression internationale et le non-intérêt des banquiers suisses à perdre leur réputation (malgré leur importance ces avoirs ne représentaient que quelques pourcentages des sommes gérées fiduciairement) portent ici aussi à une double solution, du code de conduite volontaire à l'intervention des magistrats lors de la reconnaissance de poursuites pour des causes pénales réciproquement reconnues par la Suisse et par le pays enquêtant.

(4) le chapitre actuel est celui des pressions internationales en matière de concurrence fiscale, dans les faits une lutte pour le partage de l'assiette fiscale plus que sur le principe de taxation. Celle-ci se fait en Suisse selon la règle de la taxation à la source des revenus des capitaux déposés (35%) tandis que l'UE adopte le principe de la déclaration et de l'information afin d'une taxation dans le pays de domicile de l'ayant droit. La Suisse a réussi à négocier bilatéralement avec l'UE un accord, valable jusqu'à 2011, qui admet l'imposition à la source en Suisse avec un taux de ristourne au bénéfice du pays originaire des capitaux.

(5) Le « secret bancaire » se trouve enfin bien relativisé mais en principe sauvé. Pendant ce temps, le système bancaire suisse a investi à l'étranger, tout en sachant que l'avenir des places emplois en Suisse dépendra de son savoir-faire, de sa culture spécifique³⁶ et de sa compétitivité internationale en tant que *global player*, notamment sur les nouveaux marchés.

leurs effectifs : de 10'696 de l'année 2000, à 13'067 en 2004 et à 20'446 en 2006. Au total, les banques suisses de toutes les catégories ont à peine progressé dans le nombre d'emplois (de 103'875 à 104'245 entre 2000 et 2006), tandis que ceux des banques étrangères ont passé dans la même période de 12'773 à 23'677. www.bfs.admin.ch

³⁶ Un des points forts de la banque suisse et de la Suisse multilingues est celui d'avoir construit depuis Zurich, Bâle, Genève ou Lugano un réseau fortement proche aux langues et à la culture des pays respectifs.

Le jeu dialectique entre forces externes et internes au système, entre institutions et organisations a encore une fois marqué la territorialité de la Suisse. Mais après ce long chemin la question du « secret bancaire » semble aussi bien changer de niveau : elle n'est plus une querelle suisse mais devient une question internationale, relativement aux modalités d'application du principe de discrétion et du choix du régime fiscal. Ceci a démontré que toute territorialité doit être lue dans un monde de relations interdépendantes.

Bibliographie sommaire :

- AA.VV. (2002) *La place financière suisse*, Documentation DFAE/DFP, Berne.
- Beck, Ulrich (1997), *Was ist Globalisierung ? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main.-
- Bergier, J.F. (2001/02), *Publications de la Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre Mondiale*, Chronos, Zurich.
- LELOUP F., MOYART L., PECQUEUR B. (2005), *La gouvernance territoriale comme nouveau mode de coordination territoriale ?* Lavoisier, Géographie Économie Société, 2005/4, Vol.7, pp.321-332.
- NORTH D. C. (1990), *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, New York.
- NORTH D.C. (2005), *Understanding the process of economic change*, Princeton University Press, Princeton.
- PORTER M. E. (1998), *On competition*, Harvard Business School, Boston.
- RATTI R. (2005) *Leggere la Svizzera, Origini e divenire del modello elvetico - Saggio politico-economico*, Giampiero Casagrande Editore, 2. Ed. ISPI, Lugano.
- Ulrich, P. (2008), *Integrative Wirtschaftsethik. Grundlagen einer lebensdienlichen Oekonomie*. Bern/Stuttgart/Wien.

Coordonnées personnelles:

Adresse:

Remigio Ratti
Prof. Dr rer.pol.
Université de Fribourg et
Università della Svizzera Italiana
Salita delle Ginestre 8
CH 6900 Lugano

e-mail: remigio.ratti@lu.unisi.ch