

L'INVITÉ

Le droit et l'honneur

Les deux arrêts que le Tribunal administratif fédéral (TAF) a rendus ce mois de janvier se bornent, à première vue, au rappel de quelques solides évidences juridiques. Et pourtant, c'est avec surprise qu'ils ont été accueillis par la plupart des praticiens du droit qui ne s'attendaient pas à pareil courage de nos juges.

Ces deux décisions méritent qu'on s'y arrête.

Le 8 janvier d'abord, le TAF revient sur les bases du secret bancaire. Y sont astreints non seulement les banques et leurs employés, mais également les autorités en charge de leur surveillance. L'accent est mis sur l'importance de la sphère privée financière dans notre ordre juridique. Les conséquences de sa violation sont telles que le transfert d'informations à une Autorité étrangère doit être fondé sur une base légale précise et prévisible. Or, les dispositions sur lesquelles la FINMA s'était appuyée pour autoriser la transmission de 250 dossiers de clients UBS aux Etats-Unis, soit les art. 25 et 26 de la loi sur les banques, ne remplissent pas cette exigence. Elles se bornent en effet à énumérer des mesures que peut prendre la FINMA en cas de risque d'insolvabilité d'une banque, parmi lesquelles ne figure pas la possibilité d'imposer la levée du secret bancaire. Le client d'une banque suisse ne peut pas, à la lecture de ces dispositions, comprendre que des données le concernant pourraient être transmises à l'étranger. La base légale fait donc défaut.

Le TAF relève aussi que si l'état de nécessité (une situation d'urgence extrême) peut parfois justifier la suspension du respect des procédures, cette suspension ne peut procéder que du pouvoir politique. Le gouvernement ne peut déléguer cette responsabilité à

**MICHEL HALPÉRIN**

AVOCAT AU BARREAU DE GENÈVE
PRÉSIDENT DU PARTI LIBÉRAL
GENÉVOIS

l'administration. La FINMA n'avait par conséquent pas la possibilité de s'appuyer sur la formule par laquelle le Conseil fédéral la chargeait de prendre «toutes les mesures nécessaires».

Le second arrêt, rendu ce 22 janvier, concerne, lui, l'éventuelle transmission par la Suisse aux Etats-Unis des dossiers d'environ 4500 autres clients de l'UBS en exécution de l'accord conclu le 19 août dernier entre les gouvernements suisse et américain. Le Tribunal en examine la portée et constate qu'il ne se situe pas au même niveau constitutionnel que la convention de double imposition qui lie les deux pays depuis 1996. L'accord du 19 août 2009, qui se fonde expressément sur l'article 25 de cette convention, doit demeurer dans le cadre de cette

**«La plupart des
praticiens du droit ne
s'attendaient pas à
pareil courage de nos
juges»**

dernière et ne peut aller au-delà. Les termes «fraude fiscale ou analogue» sont vagues et leur interprétation doit se faire en tenant compte de la distinction qui existe en droit suisse entre fraude et évasion fiscale. La recourante, dans le cas d'espèce, avait omis le dépôt d'un formulaire conforme aux règles fiscales américaines, ce qui ne constituait pas une fraude fiscale au sens du droit suisse. La transmission du dossier de cette personne à l'autorité américaine n'est donc pas conforme au droit. On peut en déduire que, si elle est inacceptable dans ce cas particulier, elle ne l'est pas moins dans tous les cas similaires, sans doute une très large majorité des 4500 dossiers.

Il n'y a rien de surprenant à la lecture du droit, simple, presque élémentaire, effectuée par le TAF. Rien, sinon que depuis bien des années, cette lecture ne se faisait plus. Contaminés par les politiques et par l'air du temps, les juges suisses avaient pris l'habitude, depuis les années 80, de «faire confiance» aux autorités suisses et étrangères. C'est ce que reflétait encore l'arrêt rendu par le même TAF le 5 mars 2009 qui formulait une première justification laborieuse de l'envoi des 250 dossiers urgentement transmis aux Etats-Unis.

Ainsi, les deux arrêts de janvier consacrent une rupture avec le conformisme ambiant. En ce début d'année 2010, les juges du TAF marquent le retour à l'indépendance du pouvoir judiciaire, démontrent qu'ils savent résister aux pressions internes et internationales et ne font plus de concessions dans l'application du droit, qu'il soit suisse ou international. Voici la séparation des pouvoirs respectée et l'Etat de droit remis à la place qui est la sienne. En passant, et même si c'est hélas bien tard, ces juges restituent à notre pays une partie de son honneur perdu.