

Aux membres
de la Fédération Suisse des Avocats

PDS/RR/nh

Berne, le 3 juillet 2014

FATCA : nouveau formulaire R à compter du 1^{er} juillet 2014

Chers Membres,

Comme vous l'avez appris par les médias, l'accord conclu entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en oeuvre de FATCA est entré en vigueur le 2 juin 2014. Le Conseil fédéral a mis en vigueur la loi fédérale d'application y relative le 30 juin 2014. L'accord FATCA doit permettre l'imposition de tous les comptes détenus à l'étranger par les personnes soumises à l'impôt aux Etats-Unis. Il s'agit d'une réglementation américaine, applicable unilatéralement à tous les pays. Les institutions financières étrangères doivent transmettre aux autorités fiscales américaines des informations relatives aux comptes de citoyens américains, voire prélever des impôts importants. La mise en oeuvre en Suisse s'effectue selon le modèle 2. Celui-ci prévoit que les établissements financiers suisses doivent transmettre, avec l'accord des clients concernés, les données directement au fisc américain. A défaut d'accord, les Etats-Unis peuvent requérir la transmission de ces données au travers des voies de l'assistance judiciaire en matière administrative.

Dans la Revue de l'avocat 4/2014, p. 147 s. nous avons exposé les conclusions du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SIF) et de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur les effets de l'accord FATCA pour notre profession. En substance, l'utilisation du formulaire R actuel, dans le cadre d'activités spécifiques à la profession d'avocat, pour le dépôt de fonds sur un compte clients de l'étude n'est possible que d'une manière réduite, ce en raison d'une interprétation nettement plus large de l'annexe II de l'accord FATCA. Or, pour l'avocat, l'impossibilité d'utiliser le formulaire R actuel conduit inévitablement à une violation de l'art. 12 LLCA, dès lors que l'avocat doit séparer ses propres fonds de ceux de son client. Il convient de rappeler que le formulaire R actuel résulte directement de la Convention de diligence des banques, texte périodiquement renégocié et approuvé par la FINMA. Comme nous l'a communiqué le SIF, la FINMA a toutefois refusé de participer au processus d'approbation du nouveau formulaire R, en invoquant qu'elle n'était pas compétente dans les affaires liées à l'accord FATCA.

Malgré des signaux peu encourageants, le Conseil de la FSA a mené d'innombrables et intenses discussions avec le SIF et l'ASB afin de montrer que l'interprétation de l'annexe II de l'accord FATCA, en comparaison à celle à laquelle on procède à l'étranger où la teneur est identique, allait beaucoup trop loin et portait ainsi lourdement atteinte aux droits et obligations des avocats suisses et de leurs clients.

Le SIF se fonde aujourd'hui sur la position émanant d'un « comité d'interprétation de l'accord FATCA », composé de représentants de toutes les branches de la finance suisse, et qui a approuvé le 19 juin 2014, le nouveau formulaire R 16. Celui-ci est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014. Nous avons publié ce formulaire et les instructions de l'ASB données aux banques (en français, allemand et anglais) sur la page d'accueil de notre site.

L'ASB recommande d'appliquer ce nouveau formulaire à tous les nouveaux comptes clients. Pour les anciens comptes, les banques auront, conformément à l'accord FATCA, 12 mois pour se mettre à jour, soit jusqu'au 30 juin 2015.

Il faut donc vous attendre à ce que votre banque vous demande, dans un proche avenir, de signer le formulaire R 16 sous peine de résiliation et de clôture de vos comptes clients. Il vous appartiendra, sous votre seule responsabilité de vérifier que les fonds qui y sont déposés entrent bien dans le cadre défini par ce nouveau formulaire.

La FSA, et cela est notoire, ne partage pas l'interprétation de l'ASB et le SIF. A l'instar du droit américain qui le prévoit pour les avocats de ce pays, la FSA considère que ne tombent pas sous le coup de FACTA toutes les opérations qui doivent être entreprises par un avocat en vue d'une procédure ainsi que celles qui le sont dans le cadre d'une procédure en cours de même que celles qui le sont dans le cadre de l'activité spécifique de l'avocat comme par exemple les mouvements de fonds lors du partage d'une succession ou d'affaire relevant du droit de la famille, qu'une procédure soit en cours ou non de même, et enfin, le versement d'avances de frais. Le SIF et son « comité d'interprétation de l'accord FATCA » n'ont toutefois pas suivie ce point de vue. Dans la mesure où la tenue d'un compte client résulte de la relation contractuelle avec les établissements bancaires, il ne nous était pas possible de prendre d'avantage d'influence sur l'interprétation pro domo de ceux-ci.

Que signifie concrètement cette situation pour vous qui détenez des comptes clients ?

1. Pour les comptes clients ouverts avant le 1^{er} juillet 2014, les montants qui y transitent seront soumis jusqu'au 30 juin 2015 au régime de l'ancien formulaire R. Durant cette période transitoire, les banques résilieront et désactiveront peu à peu ces anciens formulaires. Si votre banque n'agit pas dans ce délai, il vous appartient de prendre l'initiative à défaut de quoi vous risquez de tomber sous le coup de l'art. 5, en relation avec l'art. 3.1.b.(iii) de l'accord FATCA. En d'autres termes, les informations relatives à votre compte pourraient faire l'objet d'une demande d'entraide groupée de la part de l'IRS adressées à l'autorité compétence suisse avec pour conséquence éventuelle que votre identité soit donnée au fisc américain (qui vous considérera comme « US Person » au sens de l'accord FATCA).
2. A compter du 1^{er} juillet 2014, tout nouveau compte client est soumis au formulaire R 16. A ce titre, l'avocat devra s'assurer personnellement que les montants placés sur ce compte, au moment où il signe le nouveau formulaire R, soient bien conformes aux conditions de l'accord FATCA.
3. Comme solution de remplacement au très restrictif nouveau formulaire R 16, vous avez uniquement la possibilité d'ouvrir des comptes clients à l'étranger. Les restrictions applicables en la Suisse n'y sont pas appliquées, malgré là l'accord FATCA. La FSA négocie actuellement des solutions dans le proche étranger et sera en mesure, dans le courant de l'automne, de vous proposer des solutions con-

crètes vous permettant de continuer à disposer de comptes clients comme par le passé mais auprès de banques étrangères.

La FSA regrette de ne pouvoir vous proposer, sous la forme d'une mesure immédiate, une solution concrète en Suisse. Elle vous assure toutefois de tout mettre en œuvre pour que la solution d'urgence qui est mise en place ne devienne pas la règle et espère trouver à l'avenir une meilleure volonté de rechercher des solutions pragmatiques auprès de l'ASB.

Nous vous prions de croire, chers Membres, à l'assurance de nos sentiments distingués.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

Pierre-Dominique Schupp
Président de la FSA