Pas de dommages-intérêts aux contribuables américains

Fiscalité Les décisions du Tribunal administratif fédéral n'engagent pas la Confédération à assumer des impôts ou amendes réclamés par des autorités étrangères à leurs contribuables

Serge Fasel et Frédérique Bensahel**

Les récentes décisions rendues par le Tribunal administratif fédéral dans «l'affaire UBS» pourraient laisser penser aux plaideurs, plus particulièrement aux contribuables américains, qu'une voie de droit leur serait ouverte en Suisse pour réclamer à la Finma des dommages-intérêts à la suite de sa décision du 18 février 2009 de livrer aux Etats-Unis les données concernant 255 clients d'UBS. Rien n'est moins sûr et les praticiens suisses seraient avisés de résister aux sollicitations qu'ils recevront certainement dans un futur proche.

La voie d'une action en responsabilité contre la Finma est en effet semée d'embûches juridiques. Une telle action est soumise à la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, à laquelle renvoie l'article 19 de la loi sur la Finma. La loi pose des conditions à une telle responsabilité.

D'abord, le demandeur doit démontrer la violation d'une règle de droit par la Finma, soit un acte illicite. Il doit prouver en l'espèce que celle-ci a effectivement violé une norme de comportement protégeant son patrimoine. Ensuite, il s'agit de prouver avoir subi un «dommage» selon le droit suisse, soit une diminution involontaire de son patrimoine. En troisième lieu, le demandeur doit démontrer l'existence d'un lien de causalité adéquate entre le dommage invoqué et l'acte illicite reproché à l'autorité de surveillance. Enfin, cet aventureux justiciable, qui ne voudrait pas se voir opposer une exception de prescription de son action, doit avoir initié sa procédure dans l'année qui suit le jour où «il a eu connaissance du dommage» et de son auteur.

> *«Payer des impôts n'est pas constitutif d'un dommage. Tel est aussi le cas des intérêts de retard et d'une amende fiscale»*

Il apparaît que ces conditions sont difficiles à réunir dans le cadre de «l'affaire UBS». Certes, l'arrêt rendu le 5 janvier 2010 par le Tribunal administratif fédéral, qui considère que la transmission par la Finma en février 2009 de données de clients américains d'UBS soupçonnés de fraude – et non d'évasion – fiscale viole le secret bancaire et serait donc illégale, peut laisser penser que la première condition, celle de l'acte illicite, serait remplie. Mais, encore faut-il que cette décision ne soit pas renversée par le Tribunal fédéral, auprès duquel la Finma a recouru.

La réalisation de la deuxième condition, celle du dommage, est plus difficile encore à démontrer. Il est en effet admis que le fait de payer des impôts n'est pas constitutif d'un dommage au sens du droit suisse. Tel est également le cas des intérêts de retard et de l'amende fiscale qui sera probablement infligée par le fisc américain à notre plaideur, par ailleurs contribuable américain.

En effet, l'obligation fiscale découle de la loi et la créance d'impôt naît de par la réalisation des faits générateurs de l'impôt. La taxation trouve donc son origine dans la situation patrimoniale du contribuable. Quant à l'amende fixée par les autorités fiscales, elle tire entièrement son origine de la décision prise par ce même contribuable de se soustraire à l'impôt.

Ainsi qu'en a jugé le Tribunal fédéral, il n'y a pas de base légale qui permettrait au plaideur d'exiger d'un tiers qu'il paie les impôts ou l'amende pour une soustraction dont il a décidé seul. La Finma n'a aucunement participé à la décision du contribuable amendé de dissimuler à l'autorité fiscale une partie de son patrimoine.

Par ailleurs, les frais d'avocats pourraient eux aussi constituer un dommage au sens du droit suisse. Encore faut-il que les honoraires en question portent sur des services et conseils juridiques antérieurs à l'ouverture d'action (les conseils prodigués postérieurement étant inclus dans les éventuels dépens alloués par l'autorité judiciaire saisie en cas de succès de la demande en dommages-intérêts), et surtout, et c'est la troisième condition, que ces frais d'avocat soient jugés comme entrant dans un rapport de causalité adéquate avec l'acte illicite reproché.

Ainsi, en l'état actuel du droit et de la jurisprudence, deux des trois conditions nécessaires à la justification d'une action en dommages-intérêts contre la Finma ne sont pas réalisées. En outre, il sera très difficile au plaideur de déterminer exactement le *dies a quo*, soit en l'espèce, le jour où le demandeur sera réputé avoir eu connaissance du dommage au sens de la loi. Dans l'affaire UBS, est-ce le jour où la Finma a indiqué avoir transmis son dossier au fisc américain (si elle l'a effectivement fait ce jour-là)? Est-ce le jour où le Tribunal administratif fédéral a rendu son arrêt? Difficile de trancher dans l'abstrait.

Nous nous limiterons ici à recommander la prudence. Peut-être est-il déjà trop tard pour agir: rendue le 18 février 2009, la décision litigieuse de la Finma date de plus d'un an.

** FBT Avocats.*