

## Fiscalité internationale

# 327 L'évolution en Suisse de l'échange international de renseignements fiscaux : de l'arbalète au « big bang »

**Xavier OBERSON,**  
*professeur à l'université de Genève,*  
*avocat*



## Introduction

**I** - Pendant longtemps, la Suisse a tenté de rester très restrictive en matière d'échange de renseignements fiscaux en faveur des États étrangers. Sous la pression internationale, cette position s'est peu à peu effritée, notamment à l'égard des États-Unis, puis des États de l'Union européenne (UE)<sup>1</sup>, pour s'élargir au niveau international, à partir de 2009.

Pour les impôts directs, tout a commencé, fondamentalement, par l'adoption de la convention de double imposition (CDI) avec les États-Unis de 1951, puis surtout de 1996, avec les premières mesures d'assistance administrative en cas de « *tax fraud or the like* ».

L'adoption de l'accord entre l'UE et la Suisse sur la fiscalité de l'épargne, en 2004, a également conduit à une renégociation à grande échelle de nombreuses CDI avec les États de l'UE, ouvrant l'assistance en cas de fraude fiscale au sens du droit suisse. À cette occasion, la Suisse a pu toutefois conserver son modèle et accepter de percevoir un impôt à la source sur les intérêts d'épargne versés par un agent payeur suisse à une personne physique, résidente de l'UE, tout en préservant la confidentialité. En matière d'impôts indirects (TVA, accises et droits de douane), la Suisse a dû toutefois accorder une concession majeure à l'UE en renonçant à la distinction entre fraude fiscale et soustraction d'impôts dans le cadre de l'accord sur la fraude de 2004.

La pression internationale s'est également accrue par l'évolution des travaux de l'OCDE en la matière, découlant de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable et de la mise en œuvre d'un standard international en matière d'échange de renseignements. En 2002, l'OCDE a notamment publié un modèle d'accord en matière d'échange de renseignements (MAER, [*Tax International Exchange*

*Agreements* ; TIEA]. Ce modèle, certes destiné essentiellement aux rapports entre États de l'OCDE et paradis fiscaux, a conduit dans la foulée à une refonte, publiée en 2005, de l'article 26 du modèle OCDE de CDI et de son commentaire. La crise économique de 2008 a encore exacerbé les tensions, à la lumière des réunions du G 20 et du Forum de l'OCDE sur la transparence et l'échange de renseignements.

Le changement de paradigme s'est produit le vendredi 13 mars 2009, date à laquelle le Conseil fédéral a annoncé officiellement qu'il acceptait d'adopter, dans les nouvelles CDI suisses, l'article 26 du modèle OCDE qui prévoit un échange étendu de renseignements en matière fiscale. Le pas franchi est considérable ! C'est sans doute le plus important en politique fiscale internationale depuis cinquante ans.

Entre-temps, la réglementation internationale a encore évolué à un rythme constant. En novembre 2008, la Commission européenne a adopté une proposition de modification de la directive sur l'épargne qui vise à en élargir le champ d'application et à combler certaines lacunes du système. En outre, une nouvelle directive relative à la coopération administrative en matière fiscale, du 15 février 2011 a été adoptée<sup>2</sup>.

En février 2011, suite à la première phase de l'examen par les pairs du Forum mondial, le Département fédéral des finances (DFF) a dû déjà adapter quelques aspects de sa pratique dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 26 du modèle OCDE. Dans la foulée, à partir du mois de juillet 2012, il a accepté le principe des demandes dites « groupées » dans le cadre des CDI révisées selon ce modèle.

Au surplus, le Conseil fédéral a tenté, avec certains États, notamment l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Autriche, de mettre en œuvre des modèles de conventions bilatérales, dites *Rubik*, pour lutter contre l'évasion fiscale internationale. Ces accords sont entrés en vi-

1. V. à ce propos, X. Oberson, *Les accords entre l'Union européenne et la Suisse pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale*, in : *La fin des paradis fiscaux ?* (Thierry Lambert, dir.), Actes du Colloque du 3 décembre 2010, Paris 2011, p. 156 et s.

2. Cons. UE, dir. n° 2011/16/UE, 15 févr. 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive n° 77/799 : JOUE n° L 64, p. 1.

gueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, mais uniquement avec la Grande-Bretagne et l'Autriche.

Dans la foulée, la Suisse a signé, le 14 février 2013, un accord FATCA avec les États-Unis, non encore ratifié, destiné à mettre en œuvre le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) par les établissements financiers helvétiques.

Depuis 2013, toutefois, la pression a continué à s'exercer et le cercle des partisans du modèle de l'échange automatique d'information, qui n'est certes pas encore le standard international de l'OCDE, ne cesse de s'élargir.

La Suisse, qui a modifié fondamentalement sa politique internationale en matière d'échange de renseignements, a ainsi non seulement dû s'adapter rapidement, mais doit désormais continuer à suivre l'évolution du standard en la matière. Nous nous proposons de résumer, dans les grandes lignes, l'évolution de la politique de la Suisse en la matière (1), d'en décrire le nouveau régime (2), tout en dessinant son évolution probable à la lumière des modèles en concurrence (3 et 4).

## 1. L'adaptation de la politique fiscale suisse

### A. - La position traditionnelle

2 - La position restrictive en matière d'échange de renseignements reposait fondamentalement sur **quatre piliers** que l'on peut présenter comme suit.

3 - Les CDI ont essentiellement pour fonction de combattre la double imposition et non de lutter contre l'évasion fiscale<sup>3</sup>. En conséquence, l'échange de renseignements sur la base des CDI, à quelques exceptions près, demeure conçu comme un moyen tendant à assurer l'**application de la convention** et non à mettre en œuvre des dispositions internes des États membres. La réserve de la Suisse à l'article 26 du modèle OCDE, dans sa teneur jusqu'au 2004, illustre bien cette conception : « La Suisse (...) proposera de limiter l'application de cet article aux renseignements qui sont nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la Convention »<sup>4</sup>.

4 - La légitime lutte contre l'évasion fiscale peut tout aussi bien s'effectuer par un mécanisme de **retenue à la source** sur les rendements de capitaux mobiliers. C'est d'ailleurs la fonction principale de l'impôt anticipé que la Suisse connaît depuis 1943. Cet impôt, au taux de 35 %, n'est remboursé qu'aux bénéficiaires résidents de Suisse qui déclarent régulièrement les rendements grevés de l'impôt. Pour les résidents étrangers, un remboursement partiel (voire intégral) n'entre en ligne de compte qu'en application d'une éventuelle CDI<sup>5</sup>.

5 - Sur la base de la loi fédérale d'entraide internationale en matière pénale (EIMP), en vigueur depuis le 1 janvier 1983, la Suisse fournit une entraide fiscale mais uniquement en cas d'**escroquerie fiscale**, au sens de l'article 3, alinéa 3 EIMP<sup>6</sup>. Pour définir cette notion, l'article 24, alinéa 1 de l'ordonnance sur l'EIMP (OEIMP) renvoie à l'article 14, alinéa 2 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA). Il y a donc escroquerie fiscale lorsque l'auteur, par son comportement astucieux, a eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou autres prestations, ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires. Par tromperie astucieuse,

on vise typiquement l'emploi de machinations, de manœuvres ou de ce que l'on appelle un édifice mensonger (*Lügengebäude*) du contribuable<sup>7</sup>. Pour interpréter cette notion, on peut se référer également à l'article 146 CP<sup>8</sup>.

6 - Enfin, dans le cadre de la CDI de 1996 avec les États-Unis, la Suisse est toutefois disposée à échanger des renseignements en cas de « **tax fraud or the like** ». Cette notion, fondamentalement, reprend le concept d'escroquerie fiscale développé par la jurisprudence dans le cadre de l'EIMP. La notion de *tax fraud or the like* va toutefois être interprétée de plus en plus largement par la pratique, avec en point d'orgue la négociation d'un accord avec le fisc américain pour trouver une issue à l'affaire *UBS*<sup>9</sup>.

### B. - Étape intermédiaire : « la nouvelle approche » en matière de CDI (2000-2008)

7 - Sous l'influence notable de la CDI avec les États-Unis, la Suisse va peu à peu se montrer disposée, dans le cadre de négociations bilatérales, à ouvrir l'échange de renseignements en cas de fraude fiscale, au sens du droit de l'État requérant. Cette « nouvelle approche » a été concrétisée par la modification de la CDI avec l'Allemagne, entrée en vigueur le 24 mars 2003. Ce faisant, la Suisse répond aux engagements qu'elle a pris en approuvant le rapport de l'OCDE d'avril 2000 sur l'accès aux informations bancaires<sup>10</sup>. Cette nouvelle approche a conduit à une modification de la réserve de la Suisse à l'article 26 du modèle OCDE (version 2005). La nouvelle version est formulée comme suit : « La Suisse réserve sa position à l'égard des paragraphes 1 et 5. Elle proposera de limiter l'application de cet article aux renseignements qui sont nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la Convention. Cette réserve ne s'appliquera pas aux cas impliquant des actes de fraude passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux États contractants »<sup>11</sup>.

Dans cet esprit, diverses CDI, notamment avec des États européens (par exemple, Espagne, Finlande, Norvège, Autriche), vont être modifiées pour élargir l'échange de renseignements aux cas de fraude fiscale. En général, la notion de fraude fiscale y est définie comme un comportement frauduleux qui, selon le droit des deux États contractants, constitue un délit et est passible d'une peine privative de liberté. De surcroît, ces CDI récentes ouvrent également la porte à un échange de renseignements pour l'application de la législation interne relative

3. D. Lüthi, *Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz* ; in : Höhn (éd.), *Handbuch* 1993, p. 438.

4. *Commentaire OCDE* 2003, n° 24 et art. 26.

5. On notera que sur cette base l'échange de renseignements devient possible puisque le bénéficiaire entend faire usage d'une CDI pour obtenir le remboursement (total ou partiel) de l'impôt anticipé.

6. *RS* 351.1.0.

7. *ATF* 125 II 252.

8. *ATF* 115 Ib 71.

9. Il existe à ce sujet une abondante littérature, V. notamment Y. Bonnard et G. Grisel, *L'Accord UBS : spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme, Revue de droit administratif et fiscal (RDAF)* 2010 II, p. 361. – Th. Cottier, *Tax fraud or the like : überlegungen und Lehren zum Legalitätsprinzip im Staatsvertragsrecht, Revue de droit suisse (RDS)* 2011, I, p. 97. – D. Hufschmid, *Tax fraud and the like – Die Voraussetzungen der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten, Archives* 72 (2003/04), p. 433. – R. Matteotti, *Das Abkommen über ein Amtshilfegesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staat von Amerika von 19 August 2009, Archives* 78 (2009/10), p. 349. – X. Oberson, « *Tax Fraud or the like* », *Grandeur et décadence d'une notion controversée en matière d'assistance fiscale avec les États-Unis – Une tragédie en 7 actes*, in : *Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber Amicorum Vincent Jeanneret*, (Foex B/ Hirsch L. éd.), Genève 2010, p. 385 (cité 2010b). – X. Oberson, « *Tax fraud or the like* », selon l'article 26 de la CDI de 1996 entre les États-Unis d'Amérique et la Suisse, *Archives* 81 (2012/13), p. 101. – M. Reich, *Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenzen der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats*, *IFF Forum für Steuerrecht* 2010, p. 111. – R. Waldburger, *Das Amtshilfeverfahren wegen « Steuerbetrugs und dergleichen mit den USA »*, *IFF Forum für Steuerrecht* 2009, p. 91 (cité 2009b).

10. OCDE, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, Paris 2000.

11. *Commentaire OCDE* 2005, n° 24 et art. 26.

aux impôts visés par la CDI dans le cas de sociétés holdings, au sens de l'article 28, alinéa 2 LHID.

La CDI avec l'Espagne est particulièrement intéressante à cet égard. En effet, dans un protocole du 29 juin 2006<sup>12</sup>, la Suisse ne se contente pas d'accorder l'échange de renseignements en cas de fraude fiscale au sens mentionné ci-dessus. Elle englobe également la simulation, telle que prévue par l'article 16 du Code général des impôts espagnol (*Protocole, chap. 4, art. IV*). Surtout, pour la première fois, elle introduit une **clause de la nation la plus favorisée** en faveur des États membres de l'UE. Selon l'article IV, chapitre 11, lettre a du protocole, si la Suisse conclut avec un État membre de l'UE, s'agissant de l'échange de renseignements, un accord de n'importe quelle nature ou une disposition dans une CDI, relatifs aux impôts visés par la présente convention, la Suisse accordera à l'Espagne le même niveau d'assistance que celui prévu dans un tel accord ou une telle disposition ou dans une partie de ceux-ci et l'Espagne procédera de même.

En d'autres termes, avec cette clause, la Suisse a en quelque sorte abattu sa dernière carte avant le passage à l'échange de renseignements sur demande selon le modèle OCDE. Il suffit en effet de conclure un seul accord de ce type avec un État de l'UE pour le voir appliqué ensuite à l'Espagne. De surcroît, le précédent allait rapidement servir de modèle aux négociateurs de la CDI avec la France. Un avenant, jamais ratifié, de la CDI avec la France, signé le 12 janvier 2009, prévoyait en effet également une clause de la nation la plus favorisée non seulement en faveur des États de l'UE, suivant le modèle espagnol, mais aussi en faveur des États membres de l'OCDE (*art. 7, § 3, b*). Dans ce dernier cas, l'application de l'accord plus favorable n'était certes pas automatique, mais les autorités compétentes françaises et suisses s'engageaient à des négociations dans l'année à compter de l'adoption de cet accord. Le changement de paradigme, opéré deux mois plus tard par la Suisse, allait toutefois rendre inutile la ratification de l'avenant avec la France.

## 2. L'assistance internationale en matière fiscale post-2009

### A. - Généralités

8 - Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a annoncé publiquement un changement de politique majeur. Il a déclaré vouloir désormais appliquer le standard de l'article 26 du modèle OCDE dans le cadre des nouvelles CDI. Ce standard institue l'ouverture d'un échange de renseignements sur demande en matière fiscale. L'application de ce nouveau standard doit en revanche se faire aux conditions suivantes :

- la protection des droits de procédure ;
- l'assistance administrative est limitée au cas par cas (pas de *fishing expeditions*) ;
- il s'agit de trouver des solutions transitoires équitables (respect du principe de non-rétroactivité) ;
- la norme doit en principe s'appliquer aux impôts tombant sous le coup de la convention ;
- le principe de subsidiarité selon le modèle de convention de l'OCDE doit être respecté ;
- Le droit interne suisse demeure inchangé ;
- enfin, on doit trouver des dispositions pour éliminer les traitements discriminatoires et, dans la mesure du possible, chercher à obtenir des contreparties lors des négociations.

Cette décision est, tout d'abord, comme nous l'avons montré, l'aboutissement d'un long processus qui débute dans les années 1996 (nouvelle CDI avec les États-Unis), pour être progressivement amplifié, notamment en 2004 (nouvelles conventions bilatérales avec l'UE, notamment l'accord sur la fraude et sur la fiscalité de l'épargne), en

2006 (clause de la nation la plus favorisée avec l'Espagne) et en 2009 (clause de la nation la plus favorisée avec la France, certes jamais ratifiée).

Elle est surtout le résultat de pressions internationales soutenues. L'OCDE, dans le cadre du Forum global sur la transparence et l'échange de renseignements, a notamment élaboré des projets de listes destinées à stigmatiser les juridictions qui n'auraient pas mis en œuvre le standard international en matière d'échange de renseignements. Lors du sommet du G20 de Londres du 2 avril 2009, la Suisse figurait encore sur une liste dite « grise », d'États s'étant engagés à appliquer le standard international, sans l'avoir encore mis en œuvre de façon substantielle<sup>13</sup>. Afin de figurer sur la liste blanche, un État doit avoir signé au moins douze CDI avec le standard de l'article 26 du modèle OCDE ou douze MAER (« TIEA »). Afin d'éviter de rester sur la liste grise, le Conseil fédéral a donc entrepris de renégocier au plus vite ses CDI pour dépasser la barre des douze CDI. À l'heure où nous écrivons, la Suisse a renégocié pas moins de quarante-cinq CDI. Au mois de septembre 2009, constatant que douze CDI été signées par la Suisse, l'OCDE a fait figurer la Suisse sur la liste blanche<sup>14</sup>.

La déclaration du Conseil fédéral contient un certain nombre de **conditions cadres** destinées à fixer l'ampleur des négociations et des concessions que la Suisse est prête à accorder. On notera, notamment, l'exigence d'un échange de renseignement *sur demande* (donc non automatique) et à l'égard d'un contribuable *précis et identifié*. L'État requérant, conformément au *principe de subsidiarité*, doit d'abord épuiser ses propres moyens de droit interne pour obtenir les renseignements, avant de recourir à l'assistance internationale. Les *droits de procédure* des personnes impliquées dans celle-ci doivent être préservés (notamment droit à la notification des demandes, droit d'être entendu et droit de recourir devant un tribunal indépendant et impartial). Enfin, le droit interne suisse est inchangé. L'article 127, alinéa 2 de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) continue à s'appliquer, ainsi que l'article 47 de la loi fédérale sur les banques (*secret bancaire*). Il en découle que le fisc suisse, pour les impôts directs, ne peut interroger directement la banque pour les contribuables assujettis en Suisse, à moins qu'un délit passible de l'emprisonnement n'ait été commis (fraude fiscale). En d'autres termes, la distinction entre fraude fiscale et soustraction d'impôt continue de s'appliquer en droit interne à l'égard de tous les contribuables assujettis en Suisse.

Pour mettre en œuvre ces CDI, la Suisse a adopté dans l'urgence une ordonnance d'application (OACDI), entrée en vigueur le 1 octobre 2010, puis remplacée, à partir du 1<sup>er</sup> février 2013, par la loi fédérale sur l'assistance internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012 (LAAF)<sup>15</sup>.

### B. - Évolution de la pratique

#### 1° En général

9 - Entre octobre 2010 et juin 2011, le Forum global, dans le cadre de la procédure d'examen par les pairs (première phase), a effectué le contrôle de la réglementation suisse. Il conclut que les normes suisses sont trop restrictives sur deux points. D'une part, la clause selon laquelle les exigences procédurales ne doivent pas être interprétées de manière à empêcher un échange effectif de renseignements (*Antifrustration clause*) ne se trouve généralement pas dans les CDI (sauf avec la CDI USA). D'autre part, les règles concernant l'identification du

13. *Progress Report*, daté du 2 avril 2009, publié par le Forum global de l'OCDE destiné à mettre en œuvre le standard international.

14. *V. Progress Report*, daté du 28 septembre 2009, publié par le Forum global de l'OCDE destiné à mettre en œuvre le standard international.

15. V. à ce propos, *D. Beti, La nouvelle loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale – une vue d'ensemble*, *Archives de droit fiscal suisse (Archives) 81 (2012/13)*, p. 181.

12. *RO 2007, 2197*.

contribuable et du détenteur de l'information sont trop rigides. En effet, (i) l'identification du *contribuable* doit pouvoir aussi être effectuée par d'autres moyens que le nom ; (ii) l'identification du nom et de l'adresse du *détenteur* de l'information n'est requise que « dans la mesure du possible » (ex., CDI France).

En conséquence, le 13 février 2011, le Conseil fédéral a annoncé un **changement de pratique**, sur ces deux points. Les nouvelles CDI adopteront désormais la norme OCDE actualisée (notamment la clause *antifrustration* et le texte de l'article 5, § 5 du MAER. Pour les CDI signées, mais non ratifiées, le Parlement a approuvé cette nouvelle pratique le 17 juin 2011. Enfin, les 10 CDI déjà approuvées par le Parlement (Autriche, Danemark, USA, Finlande, France, Luxembourg, Mexique, Norvège, Qatar, Grande-Bretagne) ont fait l'objet d'un arrêté fédéral, sujet au référendum facultatif, qui a été approuvé par le Parlement le 23 décembre 2011, à l'exception de la CDI avec les USA. Cette dernière a été approuvée ultérieurement en raison d'un problème spécifique.

## 2° Le cas particulier de la CDI avec les États-Unis de 2009

**10** - La CDI avec les États-Unis (signée le 23 septembre 2009), approuvée par le Parlement le 18 juin 2010, pose un problème supplémentaire particulier. Outre l'adaptation de la pratique susmentionnée, les USA entendent pouvoir effectuer également des **demandes groupées** basées sur des modèles de comportement.

Sur la base de la CDI de 1996, un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2009 a confirmé que l'on peut effectuer de telles demandes, pour autant que cela ne constitue pas de la pêche aux renseignements mais repose sur un *pattern of facts*. En revanche, le comportement incriminé doit constituer une *tax fraud and the like*, soit en principe une escroquerie fiscale. En ce sens, l'OCF du 16 novembre 2011, modifie le texte de l'OCF CDI 1996.

Suite à des négociations, le Conseil fédéral a présenté un rapport complémentaire, le 8 août 2011<sup>16</sup>, qui complète le message du 6 avril 2011, concernant l'adaptation de la pratique à la CDI USA de 2009. Ce rapport vise à assurer que les demandes groupées (sans nom du contribuable) soient possibles par voie d'interprétation de la CDI de septembre 2009. Cette proposition a été approuvée par le Parlement fédéral le 6 mars 2012<sup>17</sup>.

Pour éviter la pêche aux renseignements, le fisc américains doit en tous cas : a) établir les raisons pour lesquelles il a besoin des renseignements ; b) fournir une description détaillée du modèle de comportement ; c) expliquer pourquoi on peut supposer que les personnes concernées présentant un tel comportement n'ont pas rempli leurs obligations légales ; et d) rendre plausible un comportement actif et fautif du *détenteur de l'information* ou de ses collaborateurs<sup>18</sup>.

## 3° Admission générale des demandes « groupées »

**11** - On notera que le 17 juillet 2012, l'OCDE a mis à jour son commentaire de l'article 26 du modèle de convention OCDE. À cette occasion, il a été précisé l'admissibilité de principe des demandes dites « groupées ». Le commentaire indique que « les Commentaires ont été développés pour préciser l'interprétation de la norme de « pertinence vraisemblable » et du terme « pêche aux renseignements » par l'ajout de : clarifications générales (voir paragraphe 5), de précisions concernant l'identification du contribuable faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête (voir paragraphe 5.1), de précisions concernant les demandes relatives à un groupe de contribuables (voir paragraphe 5.2) ».

Il est important de relever que cette mise à jour des commentaires en ce qui concerne les demandes groupées n'a pas engendré de modi-

fication du texte de la convention modèle. Il n'y a donc jamais eu une exclusion expresse des demandes groupées, même avant le 17 juillet 2012. Partant, à notre sens, cette précision du 17 juillet 2012 n'est qu'une clarification de la norme déjà existante. La nouvelle pratique nous paraît donc applicable dès cette date.

## 3. Les accords Rubik prévoyant un impôt libérateur à la source

### A. - Généralités

**12** - Dans le but de trouver un mécanisme alternatif au système de l'échange automatique de renseignements, la Suisse a présenté un modèle d'accord bilatéral, appelé couramment *Rubik*, qui consiste à prélever un impôt libérateur à la source, aux fins d'assurer les recettes fiscales de l'État contractant, tout en préservant la confidentialité du contribuable concerné, résident de cet État<sup>19</sup>.

À ce jour, des accords de ce type ont été conclus avec l'Allemagne (signé le 21 septembre 2011, puis modifié le 5 avril 2012), le Royaume-Uni (signé le 6 octobre 2011, puis modifié le 20 mars 2012) et l'Autriche (signé le 13 avril 2013), tous ratifiés en mai 2012 par le Parlement fédéral. On notera que la version initiale des accords avec l'Allemagne et la Grande-Bretagne a été amendée par un protocole, afin de les rendre compatibles avec la directive UE sur la fiscalité de l'épargne, notamment en ce qui concerne le traitement des intérêts, et également pour intégrer la problématique des successions<sup>20</sup>.

Suite au rejet, en décembre 2012, de la ratification par le parlement allemand, l'accord en question est pour l'instant sans effet. En revanche, les accords avec la Grande-Bretagne et l'Autriche sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. La mise en œuvre est en outre régie par la loi fédérale sur l'imposition internationale à la source (LISint) entrée en vigueur en même temps. Des négociations sont en cours avec d'autres États, notamment la Grèce, l'Italie et l'Espagne.

Hormis quelques particularités inhérentes au droit fiscal interne de ces États, les accords *Rubik* sont construits sur le même modèle. Ils reposent sur les **trois piliers** suivants :

- un mécanisme de régularisation du passé qui préserve la confidentialité ;
- un impôt libérateur à la source permettant pour le futur de s'acquitter, de façon anonyme, des impôts dus sur les avoirs placés auprès d'un agent payeur suisse ;
- l'obtention de contreparties pour la Suisse.

### B. - La régularisation du passé

#### 1° L'alternative

**13** - L'idée est de permettre aux contribuables résidant dans l'État contractant avec la Suisse de se mettre en conformité avec le fisc de leur État en s'acquittant d'un paiement unique et libérateur correspondant à un pourcentage des avoirs déposés auprès d'un agent payeur suisse. Fondamentalement, le contribuable qui souhaite *régulariser* sa situation sera placé devant l'**alternative** suivante : (i) soit il accepte une déclaration volontaire auprès du fisc, (ii) soit il s'acquitte d'un paiement unique et libérateur sur les avoirs placés en Suisse, tout en conservant l'anonymat. S'il n'accepte pas la régularisation, le contribuable doit clôturer ses comptes et transférer ses avoirs vers un

16. FF 2011, 6143.

17. FF 2012, 3273.

18. FF 2011, 6144.

19. V. à ce sujet, A. Lissi et D. Bukara, *Abkommen mit Deutschland und Grossbritannien über die Zusammenarbeit im Steuerbereich (partie 1 et 2)*, IFF Forum für Steuerrecht 2012, p. 42 et 103.

20. V. à ce propos, R. Waldburger, *Abgeltungs-steuern im Konflikt mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen?*, IFF Forum für Steuerrecht 2012, p. 169.

État tiers, au plus tard à la date d'entrée en vigueur de l'accord (Allemagne/Autriche), ou d'ici au 31 mai 2013 (Grande-Bretagne).

#### a) Les conditions

**14** - Pour bénéficier du système de la régularisation du passé, la personne concernée doit remplir les **quatre conditions cumulatives** suivantes :

1. être une personne concernée ;
2. détenir des avoirs ;
3. auprès d'un agent payeur suisse ;
4. durant les dates de références fixées par l'accord.

**15** - Par *personne concernée* on entend généralement une **personne physique** résidant dans l'autre État contractant (Allemagne, Grande-Bretagne, Autriche) qui est *titulaire* d'un compte ou d'un dépôt auprès d'un agent payeur suisse ou est le *bénéficiaire effectif* des avoirs détenus par une société de domicile (y compris les trusts, fiducies, fondations, qui n'exercent pas d'activité commerciale), ou une société d'assurance (manteau) ou une autre personne physique. En cas de détention par un groupement de personnes, un trust ou une fondation, cette personne n'est toutefois pas considérée comme concernée, si le bénéficiaire ne peut être déterminé de manière définitive, par exemple en raison du caractère *discrétionnaire* de l'arrangement (*Accord Grande-Bretagne, art. 2, § 1, h*). L'accord avec la Grande-Bretagne prévoit en outre un régime particulier pour les contribuables **résidents non domiciliés**. Ceux-ci disposent en effet d'options supplémentaires. Ils peuvent notamment se désister de l'accord, ou opter pour l'auto déclaration sur des revenus et gains rapatriés en Grande-Bretagne, selon les modalités précises de l'accord (*V. Accord Grande-Bretagne, art. 5, § 2*).

**16** - Les *avoirs* sont toute forme d'avoir bancaire déposés auprès d'un agent payeur suisse, notamment les comptes, les valeurs mobilières, les produits structurés. Ne sont pas considérés comme des avoirs, les contenus de coffres forts, les biens immobiliers, les biens meubles et les contrats d'assurance soumis à la réglementation de l'Autorité fédérale de surveillance (sauf pour les manteaux d'assurances).

**17** - Les *agents payeurs suisses* sont notamment toutes les banques et les négociants en valeur mobilière, ainsi que toutes personnes physiques ou morales, résidentes en Suisse, qui acceptent à titre régulier des avoirs de tiers, ou paient des revenus ou des gains, ou en attribuent le paiement, dans le cadre de leur activité. Cette notion correspond d'ailleurs à celle de l'accord Suisse-UE sur la fiscalité de l'épargne.

**18** - La personne doit détenir des avoirs, entre le 31 décembre 2010 et le 31 mai 2013 (Grande-Bretagne), respectivement entre le 31 décembre 2010 et le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (Allemagne [non pertinent dès lors que l'accord n'a finalement pas été approuvé]/Autriche). En conséquence, une personne qui clôture son compte auprès d'une banque suisse avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (Autriche), respectivement le 31 mai 2013 (Grande-Bretagne), ne sera pas soumise à l'accord. C'est une lacune du système, mais inhérente au principe de territorialité. Cela dit, comme le fisc de l'État contractant va recevoir par la suite, de la Suisse, la liste des 10 États destinataires, il pourra, le cas échéant, procéder à des demandes d'assistance conformément à un éventuel accord d'échange de renseignements (« TIEA »), ou une CDI, conclu avec l'État destinataire. La date de référence du 21 décembre 2010 a été choisie car à l'époque personne n'avait encore envisagé un tel accord.

#### b) Les conséquences

**19** - Lorsque ces conditions sont réalisées, la personne concernée doit faire connaître son **choix**, entre la déclaration volontaire ou le paiement libératoire, par écrit, à l'agent payeur au plus tard le 31 mai 2013.

En cas de **déclaration volontaire**, la personne concernée autorise l'agent payeur à communiquer les informations à l'autorité compétente suisse – qui la retransmet ensuite à l'autorité étrangère. La régularisation est traitée comme une dénonciation spontanée par l'autorité étrangère avec en principe, sous réserve des cas graves, renonciation à des poursuites pénales.

L'option du **paiement libératoire**, quant à elle, s'effectue par une perception à la source par l'agent payeur sur les avoirs de la personne concernée. En particulier, l'agent payeur suisse calcule, prélève et transfère à l'autorité compétente suisse les montants uniques. Le *taux* est variable et se calcule selon une formule mathématique qui prend en considération divers paramètres, notamment la durée de la relation bancaire et la différence entre le capital initial et final du compte. Le taux varie entre 21 % et 41 % pour l'Allemagne et la Grande-Bretagne et entre 15 % et 38 % pour l'Autriche. L'agent payeur délivre à la personne concernée une attestation qui confirme que la personne concernée cesse d'être redevable des impôts visés par les périodes en cause ; l'attestation est pourvue d'un *effet extinctif* qui inclut, sans limitation, les intérêts, les pénalités et les suppléments. S'agissant des enquêtes pénales, l'accord avec la Grande-Bretagne se borne, dans une lettre d'accompagnement, à mentionner que dans la mesure où la personne concernée respecte les procédures prévues et coopère pleinement avec les HMRC, il est « hautement improbable » qu'elle fasse l'objet d'une enquête pénale.

Les accords avec l'Allemagne et la Grande-Bretagne prévoient le versement par les agents payeurs suisses d'une **avance** de, respectivement, 2 milliards et 500 millions. Celle-ci est destinée à terme à être compensée avec les paiements ultérieurs et remboursée alors aux agents payeurs. Aucune avance n'est prévue dans l'accord avec l'Autriche.

De même, la Suisse s'est engagée à communiquer à l'autorité compétente de l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Autriche, la liste des  **dix principaux États**  ou territoires vers lesquels les personnes concernées ont transféré les comptes soldés entre le moment de la signature de l'accord et la date de quatre mois à compter de l'entrée en vigueur de l'accord.

## C. - L'impôt à la source sur les revenus et les gains futurs

### 1° Le système

**20** - Les agents payeurs suisses prélèvent un impôt à la source avec effet libératoire sur les *revenus* générés et les *gains* réalisés sur les avoirs des personnes concernées.

L'idée de l'accord est de rapprocher le plus possible les **taux** d'impôt des taux pratiqués par l'État de résidence de la personne concernée. Pour l'Allemagne et l'Autriche, le taux est de, respectivement, 26,375 % et 25 %, pour tous les revenus concernés (y compris les gains en capital). Pour l'Angleterre, le système est plus compliqué et varie suivant les types de revenus (dividendes, 40 %, autres revenus 48 %, gains en capital 27 %).

Les *intérêts* sont régis par l'accord entre la Suisse et l'UE sur la fiscalité de l'épargne. En réalité, il y a coordination entre les deux systèmes. Ainsi, l'impôt de 35 % de l'accord sur l'épargne est plus élevé que celui du taux effectivement dû en Allemagne (26,375 %) et en Autriche (25 %). Dans cette hypothèse, le contribuable peut demander le remboursement du trop-perçu. En revanche, comme le taux en Angleterre est plus élevé (48 %), l'agent payeur suisse prélève un taux supplémentaire de 13 %.

Les *successions* sont également concernées et soumises à un taux de 40 % (Grande-Bretagne) et 50 % (Allemagne). L'Autriche ne prélève pas cet impôt.

À l'instar de la régularisation du passé, les personnes concernées disposent également de la faculté d'autoriser l'agent payeur suisse à

déclarer à l'autorité compétente étrangère, par l'intermédiaire de l'autorité compétente suisse, les revenus et les gains concernés.

## 2° Les mesures d'accompagnement

**21** - Afin de protéger le bon fonctionnement de ces accords, des mesures d'accompagnement sont prévues<sup>21</sup>. Il s'agit fondamentalement de mettre en place des mécanismes tendant à assurer que le système sera respecté et que, hormis les deux options fondamentales (déclaration volontaire, paiement de l'impôt à la source), les personnes intéressées et les agents payeurs ne vont pas contourner les obligations prévues.

Afin notamment d'éviter que des nouveaux fonds non imposés soient à nouveau introduits par des contribuables ayant régularisé leur situation, l'accord prévoit un mécanisme particulier d'échange de renseignements qui va au-delà de celui prévu par une CDI. Ainsi, dans l'accord avec l'Allemagne et la Grande-Bretagne, l'État contractant peut déposer des *demandes spécifiques de renseignements*, dans la mesure où la demande de l'État requérant indique l'identité du contribuable concerné et des raisons plausibles de vérifier la situation fiscale de ce contribuable. Dans ce cas, si la personne concernée détenait un compte en Suisse, l'autorité compétente suisse communique le nom de l'établissement concerné et le nombre de comptes. Le nombre de demandes est toutefois limité (500 par an pour la Grande-Bretagne ; entre 900 et 1300 par an pour l'Allemagne). Les *fishing expeditions* sont prohibées. L'accord avec l'Autriche ne prévoit pas un tel système. Les échanges de renseignements seront donc uniquement basés sur la CDI.

Au surplus, une *clause anti-abus* a été convenue (V. *Accord Grande-Bretagne*, art. 36). Elle prévoit que les agents payeurs suisses ne gèrent pas eux-mêmes des structures artificielles ni n'en soutiennent l'utilisation s'ils savent que ces structures ont pour but unique ou principal d'éviter l'imposition des personnes concernées selon les dispositions de l'accord en relation avec leurs avoirs. L'agent payeur qui ne respecte pas cette clause est tenu de verser à l'autorité compétente un montant équivalent à l'impôt dû.

## D. - Contreparties obtenues par la Suisse

**22** - L'idée fondamentale de la Suisse est de parvenir avec ces accords à un *effet durablement équivalent* à celui de l'échange automatique de renseignements. Outre l'article 1<sup>er</sup> de ces accords, la Suisse a obtenu une déclaration commune en ce sens avec les États concernés.

De même, ces États déclarent renoncer à chercher activement à acquérir des données dérobées auprès de banques suisses. Dans la foulée, ils s'engagent, du moins en principe (*highly unlikely* selon les termes de l'accord avec la Grande-Bretagne), à ne pas poursuivre pénalement les agents payeurs suisses et leurs employés, impliqués dans des infractions commises avant la signature de l'accord.

Enfin, la Suisse a pu obtenir, certes de façon peu contraignante, des facilités pour la fourniture transfrontalière de services financiers par des entreprises suisses (*accès au marché*)<sup>22</sup>.

## 4. FATCA

### A. - Généralités

**23** - Dès l'année 2010, les États-Unis ont adopté le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) qui vise à assurer l'imposition des avoirs détenus à l'étranger par des contribuables américains. Les *Final Regu-*

*lations* du FATCA ont été publiées le 17 janvier 2013. Dans le système de base<sup>23</sup>, les établissements financiers étrangers (*Foreign Financial Institutions* ; FFI) doivent s'enregistrer auprès de l'IRS et s'engager contractuellement à identifier les comptes détenus par des contribuables américains et à communiquer périodiquement des informations (*reporting*). Le cas échéant, le FFI doit obtenir le consentement du titulaire du compte. Dans la mesure où ce dernier ne donne pas son consentement, les paiements de source américaine qui lui sont destinés, y compris les plus-values, sont frappés d'un impôt à la source de 30 %.

Pour faciliter la mise en œuvre de ce système, les États-Unis ont proposé deux modèles d'accord bilatéraux (aussi appelés *Intergovernmental agreements* ; IGA)<sup>24</sup>. Selon le modèle 1, les États s'engagent à un échange automatique d'informations, aux conditions détaillées de cet accord, entre les autorités compétentes de deux États, et cela sur une base réciproque. Le 8 février 2012, l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et l'Espagne ont effectué une déclaration commune annonçant leur intention de conclure un accord selon le modèle 1 avec les États-Unis. Le modèle 2, en revanche, prévoit un échange d'information non réciproque par les établissements financiers étrangers auprès de l'IRS.

### B. - La solution suisse

**24** - La Suisse a adopté le modèle 2. Selon l'accord, signé le 14 février 2013 et en voie de ratification, les établissements financiers suisses vont conclure un contrat FFI avec l'IRS aux termes duquel, l'établissement financier s'engage<sup>25</sup> :

- à identifier les comptes américains ;
- à communiquer à l'IRS, sur la base d'une déclaration de consentement du titulaire du compte, les renseignements sur ce compte ;
- à communiquer à l'IRS sous forme agrégée le nombre de comptes américains pour lequel il n'a pas obtenu de déclaration de consentement, ainsi que le total des avoirs de ce compte ;
- à n'ouvrir de nouveaux comptes pour des contribuables américains que si celles-ci lui ont remis une déclaration de consentement ;
- à donner suite aux demandes de renseignements complémentaires déposés par l'IRS dans le cadre du processus de vérification et d'application.

Pour les comptes communiqués sous forme agrégée, l'IRS peut exiger de la Suisse, sur la base d'une demande groupée, les renseignements que l'établissement aurait dû communiquer s'il avait obtenu les déclarations de consentement requises. Ce modèle, qui ne prévoit pas de réciprocité, contient au surplus des simplifications et des allègements administratifs équivalents à ceux d'un accord sur le modèle 1.

Formellement, le modèle 2 ne repose pas sur un échange automatique de renseignements. Il s'en rapproche car, en l'absence de déclaration de consentement, le FFI communique sous forme agrégée le nombre et le total des avoirs des comptes des titulaires non coopératifs. Sur cette base, l'IRS pour requérir des renseignements précis sur les comptes concernés en déposant une demande groupée (*Accord FATCA*, art. 5)<sup>26</sup>. On notera que les droits de procédure des personnes concernées sont protégés car l'Administration fédérale des contributions, même dans ce cas, doit rendre une décision finale, qui sera notifiée aux personnes concernées, sans mention de nom, par publication dans la Feuille fédérale et sur son site Internet (*Accord*

21. V. M. Weidmann / C. Suter, *Sicherstellung des Abkommenszwecks*, IFF Forum für Steuerrecht 2012, p. 127.

22. V. en ce sens le mémorandum en annexe de l'accord avec la Grande-Bretagne et avec l'Autriche, ainsi que le protocole de l'accord avec l'Allemagne.

23. V. *Message Conseil fédéral*, 10 avr. 2013 relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA ainsi qu'au projet de loi fédérale sur la mise en œuvre de cet accord, p. 7 et s.

24. *Ibidem*, p. 7.

25. *Ibid.*, p. 9 et s.

26. *Ibid.*, p. 12.

FATCA, art. 5, § 3, lettre b) ; la décision est sujette à recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

## Conclusion

25 - On constate que les modifications de la politique de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger suivent, depuis 2009, un rythme soutenu.

Le verrou de l'escroquerie fiscale, initié en 1984 par l'EIMP, a certes pu être maintenu pendant plus de dix ans, même dans le cadre de la CDI avec les États-Unis de 1996. L'affaire UBS et les développements mondiaux ont toutefois fait tomber ce dernier bastion. Le vendredi 13 mars 2009, date de la reprise du standard de l'article 26 du modèle OCDE de CDI, restera ainsi dans l'histoire comme le « big bang » du droit fiscal international de la Suisse.

Dès cet instant, en effet, l'évolution de la pratique internationale est en marche. À partir de mars 2009, la Suisse a déjà modifié, dans le sens du standard international en matière d'échange de renseignements, près de quarante-cinq CDI. De même, la Suisse a déjà dû adapter sa pratique en février 2011 (notamment en matière d'identification de la personne concernée et du détenteur de l'information) pour la rendre compatible au standard reconnu désormais par le Forum mondial. En juillet 2012, la Suisse a également accepté le principe des demandes dites « groupées » dans le cadre de l'article 26 du modèle OCDE de CDI.

Face à ces développements, force est de constater que, à ce jour, la politique fiscale de la Suisse, désormais compatible avec les standards

internationaux, n'a pas obtenu d'importantes contreparties de la part de ses concurrents principaux. Le modèle d'accord *Rubik*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 à l'égard de la Grande-Bretagne et de l'Autriche constitue à cet égard un défi pour la politique future de la Suisse. L'objectif annoncé de la Suisse était de démontrer que ce modèle, qui combine le respect des obligations fiscales dans l'État de résidence du contribuable et la confidentialité dans l'État de la source (la Suisse), peut s'inscrire comme une alternative à l'échange automatique de renseignements.

Après le refus de dernière minute de l'Allemagne, puis l'évolution récente, notamment en Europe, qui tend à préconiser l'échange automatique de renseignements, il n'est pas sûr que le modèle *Rubik* puisse garantir une solution admissible sur le long terme pour la Suisse. À notre sens, cette approche avait en tout cas le mérite de réconcilier l'exigence de confidentialité avec celle du devoir fiscal. Elle pourrait constituer, à tous les moins, une solution transitoire permettant de régler une fois pour toutes le passé et d'esquisser les grandes lignes d'une solution pour le futur.

Afin de régler le passé, une autre solution intéressante consisterait à s'inspirer de l'accord LDF entre la Grande-Bretagne et le Liechtenstein. Les impôts dus sont payés, avec une amende forfaitaire, mais – et c'est la grande différence avec l'accord *Rubik* – le nom du contribuable « repenté » est communiqué.

**MOTS-CLÉS :** Suisse - Échange de renseignements fiscaux - Évolutions récentes

## Annexe

### Bibliographie complémentaire :

F. Carelli, The new tax agreement between Switzerland and the United Kingdom – An analysis, *European Taxation* 2012, p. 301.

A. Donatsch, S. Heimgartner et M. Simonek, *Internationale Rechtshilfe*, Zurich, 2011.

H. Grüninger et A. Keller, Exchange of Information in Fiscal Matters, *Archives* 65 (1996/ 97), p. 107.

E. Hess, Die Möglichkeiten und Grenzen der Schweiz auf dem Gebiete der internationalen Zusammenarbeit in Steuersachen, *Archives* 70 (2001/02), p. 125.

P. Locher, Die schweizerische Haltung zur internationalen Amtshilfe bei den direkten Steuern in einem veränderten Umfeld, in : Mélanges Ryser, Berne 2005, p. 271.

X. Oberson, La nouvelle politique de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux « un an après », *IFF Forum für Steuerrecht* 2010 p. 94 (cité 2010a).

OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, Paris 2000.

OCDE, Concurrence fiscale dommageable – un problème mondial, Paris 1998.

OCDE, Echange de renseignements fiscaux entre les pays Membres de l'OCDE – une vue d'ensemble des pratiques actuelles, Paris 1994.

OECD, Automatic Exchange of Information, 2012.

OECD, Keeping it Safe – The OECD Guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes, 2012.

OECD, Manual in the Implementation of Exchange of information, 2006.

A. Perdelwitz, The new tax agreement between Germany and Switzerland – Milestone or selling of indulgences ?, *European Taxation* 2011, p. 496.

M. Schaub, Konflikt um Kundendaten : Die Situation der UBS vor dem Abkommen 90, *RDS* 2011, I, p. 209.

R. Waldburger, Entraide administrative et judiciaire internationale en matière fiscale, in : OREF (éd.), *Les procédures en droit fiscal*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2005, p. 293.

R. Waldburger, Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich, *Revue suisse de droit des affaires (RSDA)* 2009, p. 480 (cité 2009a).