

Coordination entre l'UE et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne*

Xavier Oberson

La Suisse a toujours eu une attitude très réservée à l'égard de la fourniture d'informations fiscales vers des États étrangers. Dans l'arsenal des instruments de lutte contre la fraude fiscale (comprise dans son sens le plus large), l'échange de renseignements est généralement considéré comme une mesure peu efficace, coûteuse administrativement parlant, et incisive sur la sphère privée de l'individu. En revanche, le système de l'impôt anticipé, prélèvement de 35 % non libératoire à la source sur certains rendements de capitaux mobiliers¹¹⁰, constitue une alternative plus fiable et moins interventionniste.

Cette approche est de plus en plus remise en question par de nombreux États et notamment l'Union européenne (UE). Dans ce contexte, la mise en œuvre envisagée du projet de directive communautaire sur l'épargne, dont une nouvelle version a été rendue publique récemment¹¹¹, place la Suisse dans une position délicate. Cela d'autant plus que l'adoption par la Suisse de "mesures équivalentes" au projet de directive fait partie intégrante d'un second volet de négociations bilatérales avec l'UE.

Notre propos est d'analyser comment la politique traditionnelle de la Suisse en ce domaine peut trouver une solution harmonieuse face à ces importants développements. Après un bref rappel de la position traditionnelle de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux avec l'étranger (II), on tentera de comparer l'approche helvétique, dont l'impôt fédéral anticipé constitue le fer de lance, avec celle préconisée par le projet de directive communautaire sur l'épargne (III). Cela fait, il sera alors possible

* Ce texte est la version légèrement remaniée d'un article publié in L. THEVENOZ, Ch. BOVET (dir), *Journée 2001 de droit bancaire et financier* Berne, 2002, pp. 47-63.

¹¹⁰ Voir les art. 4ss de la loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (RS 642.21 ; LIA).

¹¹¹ Proposition de directive du Conseil, du 18 juillet 2001, visant à garantir une imposition effective, à l'intérieur de la Communauté, des revenus de l'épargne sous forme du paiement d'intérêts, COM (2001) 400.

de tracer quelques pistes permettant, éventuellement, de rapprocher, voire de coordonner les deux visions.

La politique traditionnelle de la Suisse en matière d'échanges de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger

Le cadre des conventions de double imposition

Dans le contexte conventionnel, la position de la Suisse en matière d'échange de renseignements demeure très restrictive¹¹². Une assistance administrative existe avec les autorités compétentes des États parties à une convention de double imposition (CDI) avec la Suisse, mais uniquement dans le but d'assurer l'application d'un traité et non de mettre en œuvre des dispositions internes des États concernés. La Suisse a d'ailleurs fait une réserve à l'art. 26 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (ci-après Modèle OCDE). Elle entend limiter, en principe, l'échange de renseignements aux informations nécessaires à l'application de la convention¹¹³. Cette position rigide a subi récemment quelques modifications.

On rencontre une première entorse à cette règle dans la CDI avec la France, suite à la ratification de l'avenant du 22 juillet 1997¹¹⁴. Le chiffre VII du protocole additionnel à cet avenant précise en effet que les personnes morales qui sont des nationaux et des résidents de Suisse peuvent bénéficier de l'exonération de la taxe française - dite de 3 % - sur la valeur vénale des immeubles sis en France. Toutefois, les autorités compétentes peuvent, en cas de doute, échanger des renseignements pour l'application de cette taxe, conformément à l'art. 28, par. 1, deuxième et troisième phrase, et par. 2 de la CDI.

Une exception plus importante existe en outre dans le cadre de la CDI avec les États-Unis. La nouvelle CDI de 1996¹¹⁵ prévoit un

¹¹² X. OBERSON, *Précis de droit fiscal international*, Berne 2001, n. 698; D. LÜTHI, "Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz", in *Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz*, 2^e éd., Berne 1993, p. 438.

¹¹³ OCDE, *Commentaire au modèle de convention concernant le revenu et la fortune*, Paris 2001, n. 24 ad. art. 26.

¹¹⁴ L'avenant du 22 juillet 1997 est entré en vigueur le 1^{er} août 1998; RS 0.672.934.911.

¹¹⁵ Convention entre les États-Unis et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu, du 2 octobre 1996,

échange de renseignements, non seulement nécessaires à l'application de la convention, mais aussi pour prévenir les fraudes fiscales et délits semblables en liaison avec des impôts visés par la convention (art. 26, par. 1, 1^{ère} phrase, CDI). Certes, une disposition semblable existait déjà dans l'ancienne CDI de 1951. La nouvelle teneur est toutefois plus précise et aussi plus large sur un point fondamental¹¹⁶.

Elle est plus précise, en ce sens que le terme de fraude fiscale est désormais défini à l'art. 9 du Protocole. Cette définition correspond à celle d'escroquerie fiscale au sens de l'art. 3, al. 3 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale¹¹⁷, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983. L'art. 9 du Protocole reprend la jurisprudence rendue en matière d'EIMP, dès lors qu'il précise que le terme de "fraude fiscale" recouvre non seulement l'emploi de faux documents, mais aussi le comportement astucieux ("*scheme of lies*"). De surcroît - conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral - le secret bancaire n'est pas opposable à une procédure fondée sur une escroquerie fiscale¹¹⁸.

Une innovation importante concerne la forme de l'assistance. La CDI 1996 prévoit désormais l'envoi de copies originales. En conséquence, contrairement à la jurisprudence rendue sous l'empire de la CDI de 1951¹¹⁹, des documents conformes aux exigences du droit américain en matière de preuve peuvent être envoyés aux États-Unis

Enfin, la formulation plus large du nouvel art. 26 de la CDI avec les États-Unis est en train, semble-t-il, d'être proposée dans le contexte de récentes négociations en échange de concessions. Ainsi un protocole modifiant la CDI avec l'Allemagne vient d'être paraphé, le 7 décembre 2001, qui prévoit l'extension de l'échange de renseignements aux cas d'escroquerie fiscale, contre-balancée par un dégrèvement intégral de l'impôt à la source sur des participations déterminantes.

entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

¹¹⁶ X. OBERSON, "L'échange de renseignements selon la nouvelle convention de double imposition entre la Suisse et les États-Unis", *RDAF* 1998 II, p. 235ss, 241ss.

¹¹⁷ RS 351.1; EIMP.

¹¹⁸ Art. 6, lettre d du Memorandum of Understanding (MOU). Le Tribunal fédéral avait déjà jugé en ce sens dans le cadre de la CDI de 1951, ATF 96 I 737 = JdT 1971 I p. 571 ss. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir M. AUBERT et al. *Le secret bancaire suisse*, 3^e éd., Berne 1995, p. 643ss.

¹¹⁹ ATF 101 Ib 160.

L'entraide judiciaire internationale

Traditionnellement, la Suisse n'entendait pas assurer l'entraide judiciaire en matière fiscale. Une brèche a été introduite, pour la première fois, dans le cadre du traité d'entraide judiciaire entre la Suisse et les États-Unis du 25 mai 1973, entré en vigueur le 1er janvier 1977. Ce traité, actuellement en voie de révision, prévoit toutefois une entraide judiciaire en matière fiscale limitée au domaine du crime organisé. De surcroît, il pose des conditions sévères devant démontrer la nécessité de cette entraide. Cette voie ne semble guère avoir été utilisée en pratique¹²⁰.

En revanche, en présence d'une escroquerie fiscale, l'entraide internationale en matière pénale peut être obtenue, sur la base de l'EIMP. Dans cette hypothèse, le secret bancaire n'est plus opposable aux investigations qui sont conduites par des autorités pénales. En matière fiscale, l'entraide est toutefois limitée à la troisième partie de la loi, ce qui exclut notamment la procédure d'extradition.

L'accord du 10 septembre 1998 entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et d'en faciliter l'application¹²¹ - dont la mise en œuvre bute sur certains problèmes¹²² - prévoit également une entraide judiciaire si la procédure vise des faits qui constituent une escroquerie en matière fiscale telle que définie par le droit de l'État requis (art. II, par. 3). Cette norme ne modifie pas la politique d'entraide de la Suisse puisque la notion d'escroquerie fiscale correspond à celle déjà appliquée sur la base de l'art. 3, al. 3 EIMP¹²³.

On constate ainsi que le concept d'escroquerie fiscale est la clé de l'entraide fiscale. Il existe une parfaite coordination entre la définition de l'art. 26 CDI États-Unis et celle de l'EIMP (art. 3, al. 3). Savoir si l'on est en présence d'une escroquerie fiscale se détermine uniquement d'après le droit interne de l'État requis¹²⁴. Dans le cadre de l'EIMP, il y a escroquerie fiscale lorsque l'auteur,

¹²⁰ R. ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 1999, p. 319.

¹²¹ FF 1999, 1409.

¹²² Cet accord a été approuvé par le Parlement fédéral le 20 avril 1999, mais son entrée en vigueur pose encore des difficultés, compte tenu de nouvelles conditions formelles posées par la législation italienne.

¹²³ P. BERNASCONI, "Schweizerisches Bankgeheimnis und ausländischer Fiskus bei der internationalen Rechts- und Amtshilfe", *SJZ* 1999, p. 401ss, 403.

¹²⁴ ATF 117 Ib 53.

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 pécuniaires¹²⁵. L'escroquerie fiscale est donc fondamentalement une soustraction d'impôt qualifiée, c'est-à-dire réalisée au moyen d'une tromperie astucieuse de l'autorité fiscale, typiquement, par l'emploi de machinations, de manœuvres, ou de ce que l'on appelle un édifice mensonger ("*Lügenrebaude*") du contribuable¹²⁶. Si, selon la jurisprudence, la remise, à l'autorité fiscale, de titres inexacts ou incomplets constitue toujours une escroquerie fiscale - en raison de la foi particulière qui est attachée à ce type de documents -, il peut aussi y avoir une escroquerie fiscale "lorsque l'intéressé recourt à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène (par exemple par la production d'une correspondance fictive, ou l'interposition d'une société de complaisance), ou lorsqu'il fait de fausses déclarations dont la vérification ne serait possible qu'au prix d'un effort particulier ou ne puisse raisonnablement être exigée, ou lorsqu'il dissuade la victime de les contrôler, prévoit qu'un tel contrôle ne pourrait se faire sans grand peine ou mise sur un rapport de confiance"¹²⁷.

Fondements de la politique suisse

La conception suisse repose, fondamentalement, sur trois idées maîtresses. En premier lieu, les CDI n'ont pas pour but de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, mais tendent à éviter les doubles impositions internationales¹²⁸. Cette conception n'est pas nécessairement partagée par nos voisins et notamment par l'OCDE qui voit également dans une CDI un instrument privilégié de lutte contre la fraude fiscale internationale.

En second lieu, la légitime lutte contre l'évasion fiscale peut tout aussi bien s'effectuer par d'autres moyens, notamment par un

¹²⁵ Voir l'art. 24, al. 1 de l'ordonnance sur l'EIMP (OEIMP) qui renvoie à l'art. 14, al. 2 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0; DPA).

¹²⁶ ATF 125 II 252. Voir aussi P. POPP, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2001, p. 121ss.

¹²⁷ ATF du 24 mai 2000, p. 8; voir aussi ATF 125 II 250.

¹²⁸ X. OBERSON (n. 3), § 1, ch. 35; R. WALDBURGER, "Entraide administrative et judiciaire internationale" in OREF (éd.), *Les procédures en droit fiscal*, Berne 1997, p. 293ss, 295; H. GRÜNIGER A.H. KELLER, "Internationale Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch", *Archives* 60 (1991/92) p. 518.

mécanisme de retenue à la source sur les rendements de capitaux mobiliers. L'impôt fédéral anticipé, frappant les rendements de capitaux mobiliers, les gains de loteries et certaines prestations d'assurances, tend, à sa manière, à lutter contre l'évasion fiscale. Cet impôt, dont le taux de 35 % est un des plus élevés au monde, 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. Dès cet instant, un échange de renseignements est alors possible entre l'autorité de l'État de résidence du requérant et la Suisse, afin d'assurer la bonne application du traité. L'impôt anticipé a ainsi pour effet de décourager les contribuables bénéficiaires des rendements grevés à éluder l'impôt.

En troisième lieu, selon la conception helvétique, la procédure de taxation est focalisée sur le contribuable qui est l'interlocuteur privilégié du fisc¹²⁹. Ainsi, en droit interne, le secret professionnel protégé légalement, soit notamment le secret bancaire, dont la transgression est réprimée pénalement à l'art. 47 LB, est opposable aux autorités fiscales dans le cadre de la procédure de taxation et de répression de la soustraction d'impôt.

Coordination de la position helvétique avec le projet de directive européenne sur l'épargne

Le champ d'application de la Directive de l'UE

Dans une perspective comparée, le système prévu se caractérise par un champ d'application restreint et précis.

1. La directive ne vise que les intérêts proprement dits, y compris les intérêts courus ou capitalisés obtenus par le bénéficiaire à l'occasion du remboursement ou de la cession de l'instrument financier, ainsi que - à certaines conditions - les intérêts distribués par des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) de capitalisation (art. 6, ch. 1, lettres a à c). Elle englobe aussi les revenus réalisés lors de la cession, du remboursement ou du rachat de parts dans des OPCVM, si ces organismes ont investi plus de 40 % de leurs actifs dans des créances (art. 6, ch. 1, lettre d). Sont en revanche exclus : les dividendes et produits de participations, les produits financiers innovants (marché à terme), et les produits des contrats d'assurance vie.

¹²⁹ M. AUBERT et al. (n. 9) p. 216.

2. Elle ne vise que les intérêts versés par un agent payeur sis dans l'Union européenne. L'agent payeur est l'opérateur économique qui paie ou attribue des intérêts au profit immédiat du bénéficiaire effectif (art. 4). Il s'agit essentiellement de toute personne physique ou morale qui paie des intérêts dans le cadre de sa profession ou de son activité commerciale¹³⁰.

3. Les intérêts visés doivent être payés à un résident d'un autre État-membre. Il s'ensuit, notamment, que les intérêts payés à l'intérieur d'un même État ne sont pas concernés par la directive. De même, les intérêts versés à des États tiers ne sont pas non plus couverts. On notera, en revanche, que les intérêts de source hors UE sont donc aussi visés, pour autant qu'un agent payeur sis dans un État-membre les verse directement à un bénéficiaire résident d'un autre État-membre.

4. De surcroît, ces intérêts doivent nécessairement être versés à une personne physique, résidente dans l'UE (art. 2, ch. 1). Il est par contre sans importance que les intérêts appartiennent à la fortune privée ou commerciale du bénéficiaire. En revanche les personnes morales sont exclues. Selon le projet sont également exclues, les autres entités dépourvues de personnalité juridique qui sont "fiscalisées dans les conditions de droit commun". Un régime particulier s'applique en outre pour les OPCVM (art. 2, ch. 1, lettre b). Cette restriction du champ d'application de la directive pose, à notre avis, problème, tant il paraît aisé d'intercaler une personne morale en tant que destinataire.

5. Enfin, la personne physique destinataire doit être le bénéficiaire effectif des intérêts. On notera que le paiement dans un État-membre d'intérêts à une personne physique résidente d'un autre État-membre est présumé être réalisé au profit du bénéficiaire effectif. Cette présomption peut être renversée soit : (i) si le bénéficiaire est lui-même un agent payeur ; (ii) s'il agit pour le compte du bénéficiaire effectif en qualité de mandataire et qu'il communique les éléments d'identification ; ou (iii) s'il dispose d'éléments donnant à penser qu'une autre personne est le bénéficiaire effectif.

6. L'État-membre de résidence du bénéficiaire effectif doit faire en sorte que l'éventuelle double imposition pouvant résulter du prélèvement de la retenue fiscale soit éliminée (art. 14). Il le fait en accordant un crédit d'impôt égal au montant de l'éventuelle retenue

¹³⁰ Commentaire sur le projet de directive, ad art. 4, al. 1.

perçue par l'agent payeur de l'autre État-membre. Lorsque le montant de la retenue dépasse celui de l'impôt dû, l'État de résidence rembourse la différence. En principe, les États-membres appliquant la retenue à la source conservent 25 % de la recette de cette retenue et en transfèrent 75 % à l'État-membre de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts (art. 12).

Comparaison entre le système d'impôt anticipé suisse et le projet de directive

Si l'on essaie de comparer le système helvétique de l'impôt anticipé avec le récent projet de directive communautaire de l'imposition de l'épargne, on peut relever de prime abord, certains points de convergences¹³¹. L'objectif visé est principalement le même. En effet, l'impôt anticipé - du moins lorsque le destinataire est en Suisse - a principalement pour fonction de lutter contre l'évasion fiscale¹³². De même, en partie, l'impôt anticipé frappe aussi certaines formes d'"intérêts", soit ceux provenant : (i) d'obligations ; (ii) d'avoirs en banque et (iii) de parts de fonds de placement.

Cela dit, dans leur conception même, les deux systèmes sont fondamentalement différents. A cet égard, quatre divergences méritent attention¹³³.

1. L'objet de l'impôt est beaucoup plus vaste. L'impôt anticipé ne se concentre pas uniquement sur les intérêts de l'épargne, mais sur les rendements de capitaux mobiliers soit les rendements (i) d'obligations ; (ii) de participations ; (iii) de parts à un fonds de placement et (iv) d'avoirs de clients. On notera que, s'agissant des intérêts, l'impôt anticipé ne frappe que les intérêts d'obligations. Les intérêts résultant d'un simple prêt ne sont pas couverts.

2. L'impôt anticipé est dû par le débiteur résident en Suisse de la prestation imposable. Il s'agira typiquement de la société de capitaux qui distribue les rendements de participations, de

¹³¹ P. BÖCKLI, "Zahlstellensteuer", *Archives* 68 (1999/2000) p. 529ss, 562.

¹³² ATF 113 Ib 128. E. HÖHN, R. WALDBURGER, I. *Steuerecht*, 9^e éd., Berne 2001, § 21 n. 3 ; P. LOCHER, *Commentaire de la Constitution fédérale de 1874* (aCst.), n. 38 ad 41bis aCst.

¹³³ Voir BÖCKLI (n. 23), 562 ; X. OBERSON, "Problèmes fiscaux posés par la mise en oeuvre de l'euro" in L. THEVENOZ, M. FONTAINE (éd.), *La monnaie unique et les pays tiers*, Zurich 2000, p. 359ss. Voir aussi, Département fédéral des finances (DFF), *Technische Machbarkeitsstudie einer Zahlstellensteuer*, du 31 janvier 2001 (ci-après DFF, *Etude de faisabilité*), p. 15ss.

l'émetteur d'une obligation, de la direction du fonds, ou de la banque détentrice des avoirs de clients. A l'inverse, le projet de directive s'adresse à l'agent payeur situé dans un État-membre de l'UE, soit l'opérateur économique qui est responsable du paiement d'intérêts au profit immédiat du bénéficiaire effectif. Cette différence d'approche est fondamentale. Les intérêts payés par l'intermédiaire d'une banque suisse - agent payeur hors UE - à un résident de l'UE ne sont donc pas visés par le projet. D'un autre côté, l'impôt anticipé n'est pas dû sur les rendements de capitaux mobiliers de source étrangère, même s'ils sont reçus par un bénéficiaire effectif en Suisse ou qu'ils soient payés à ce dernier par un agent payeur en Suisse.

3. L'impôt anticipé vise les rendements de capitaux mobiliers de source suisse, indépendamment du lieu de résidence du bénéficiaire. Le projet de directive s'adresse, par contre, aux intérêts payés à l'intérieur de la Communauté par un agent payeur. Ce projet concerne uniquement les intérêts payés par un État-membre à un résident d'un autre État-membre, et exclut donc les intérêts payés par un État-membre à un résident d'un pays tiers. En conséquence, selon le système suisse, le débiteur n'a pas besoin d'identifier le destinataire pour savoir si l'impôt est dû ou non. Il lui suffit de grever le paiement sujet à imposition de la charge de l'impôt (35 %) et aussi de faire supporter cette charge par le bénéficiaire (art. 14 LIA). Ce dernier devra ensuite faire valoir son droit (total ou partiel) au remboursement auprès de l'administration fiscale compétente.

4. Enfin, l'impôt anticipé frappe les rendements de capitaux mobiliers versés aussi bien à des personnes physiques que morales. Dès lors, la forme juridique du bénéficiaire du rendement est sans importance pour le débiteur.

Conséquences

On constate que les deux systèmes sont en réalité inconciliables. L'impôt anticipé suisse est un véritable impôt à la source perçu auprès du débiteur de la prestation. Il s'agit d'un impôt spécial sur les revenus de capitaux¹³⁴. Le modèle communautaire n'est pas un impôt à la source, mais une retenue sur l'agent payeur dans l'UE qui verse l'intérêt au dernier bénéficiaire effectif.

Dans la perspective d'assurer l'imposition effective des intérêts, le choix communautaire n'est pas sans risque. Pour fonctionner, ce système suppose en effet l'adoption de mesures équivalentes par

¹³⁴ HÖHH/WALDBURGER (n. 24) ; LOCHER (n. 24) n. 46 ad art. 41bis aCst.

toutes les places financières d'importance¹³⁵. Il en effet loisible de déplacer un agent payeur dans une structure *offshore*. L'impôt anticipé pose de ce point de vue moins de problème car il est beaucoup plus difficile de déplacer le débiteur, par exemple, l'émetteur d'un emprunt obligataire¹³⁶. Quoiqu'il en soit, le choix du système de l'agent payeur - guidé, semble-t-il, par des considérations de compétitivité et ancré dans les propositions communautaires depuis près de 5 ans - est désormais bien établi. On comprend ainsi que des négociations sont prévues avec des États tiers, dont la Suisse et les États-Unis, mais pourquoi ne pas englober également le Japon, Singapour et d'autres États disposant de places financières significatives ?

Le modèle communautaire n'est demeure pas moins lacunaire, en se bornant à n'appréhender que les intérêts (définis à l'art. 6), sans englober les autres types de rendements de fortune (notamment les dividendes)¹³⁷. La notion d'intérêt est un concept juridique au carcan trop étroit dans le contexte des instruments financiers exotiques ou dérivés qui se développent bien au-delà des catégories juridiques. Les intérêts payés à des bénéficiaires dans des États tiers ou dans le même État-membre que celui de l'agent payeur ne sont de surcroît pas visés, ce qui nécessite de délicates mesures d'identification et de contrôle.

Au surplus, en ne visant que les personnes physiques, le projet de directive ouvre la porte à des abus. Certes, le concept de "bénéficiaire effectif", bien connu du droit fiscal international¹³⁸, devrait *a priori* permettre d'éviter les constructions insolites tendant à intercaler de simples sociétés dites de passages. Dans le contexte des CDI, cette notion est toutefois très délicate à utiliser et son interprétation est loin de faire l'unanimité. De plus, le terme "bénéficiaire effectif", utilisé à l'art. 2 du projet de directive, est une notion de droit communautaire qui ne correspond pas nécessairement à celle du droit conventionnel¹³⁹. Il est ainsi

¹³⁵ En ce sens également, DFF, *Etude de faisabilité* (n. 25), p. 22, : "Eine Zahlstellensteuer ist somit faktisch nur effizient machbar, wenn weltweit ein griffiges Zahlstellensteuersystem eingeführt wird".

¹³⁶ En ce sens, S. TANNER, "Stärken und Schwächen des schweizerischen Steuersystems", *StR* 1998, p. 626ss, 636s.

¹³⁷ Voir aussi M. RIHS, *EU-Zinsbesteuerung. Auswirkungen auf die Schweiz*, Berne 2001, p. 56.

¹³⁸ Voir notamment, à ce propos, du Ch. TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, (IBFD), Amsterdam 1999; K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, 3^e éd., (Kluwer), Londres/La Haye/Boston 1997, Preface to Art. 10 to 12.

¹³⁹ A.P. DOURADO, "The EC Draft Directive on Interest from Savings from a Perspective of International Tax Law", *EC Tax Review*, 2000, p.

vraisemblable que le fonctionnement du système puisse se trouver grippé par l'usage de personnes morales, bénéficiaires des intérêts, et détenues de façon indirecte par des résidents communautaires.

Ce nonobstant, le projet de directive, malgré ses faiblesses, pourrait très bien voir le jour. N'oublions pas qu'il fait partie d'un "paquet fiscal" comprenant également un code de conduite sur la fiscalité des entreprises et un projet de directive sur les intérêts et les redevances. Les avantages et inconvénients des États-membres sont en quelque sorte équilibrés par le jeu subtil de ces trois textes. Dans la perspective de nouveaux accords bilatéraux avec l'UE, la Suisse entend ainsi adopter une attitude constructive. Il s'agit maintenant de voir comment la Suisse pourrait, de ce point de vue, coordonner - voire concilier - son système d'impôt anticipé avec le modèle communautaire.

Le projet d'impôt suisse sur l'agent payeur (étude de faisabilité)

Le 13 mars 2000, le Conseil fédéral a décidé de mandater le Département fédéral des finances aux fins de réaliser une étude de faisabilité sur l'introduction en Suisse d'un impôt sur l'agent payeur sur les rendements d'intérêts de source étrangère. Le rapport du 31 janvier 2001 a été rendu public le 28 février 2001¹⁴⁰. L'idée serait de mettre en œuvre une retenue à la source, suivant le modèle communautaire, sur les intérêts de source étrangère versés par des agents payeurs résidents de Suisse à des personnes physiques résidentes de l'UE et bénéficiaires effectives de ces rendements.

Fondement juridique

Le groupe de travail a d'emblée écarté la possibilité d'élargir l'impôt anticipé suisse aux débiteurs étrangers versant des intérêts, par l'intermédiaire d'agents payeurs suisses, à des résidents UE¹⁴¹. Un tel élargissement viendrait donc appréhender, selon le modèle traditionnel du débiteur, des intérêts de source étrangère destinés à des non-résidents de Suisse, avec pour seul ancrage la présence sur notre territoire d'un agent payeur. Certes, dans le passé, la constitutionnalité d'un élargissement de l'impôt anticipé aux intérêts d'avoirs fiduciaires a été admise par le Conseil fédéral au

144ss, 148s.

¹⁴⁰ DFF, *Étude de faisabilité* (n. 25).

¹⁴¹ DFF, *Étude de faisabilité* (n. 25) p. 31.

motif que "ni le système de l'impôt anticipé, ni l'art. 41bis, 1^{er} alinéa, lettre b [aCst.] n'interdisent de soumettre les rendements étrangers à cet impôt tels les avoirs fiduciaires placés à l'étranger"¹⁴². La situation est toutefois très différente dans notre contexte. Le groupe de travail relève à juste titre que la souveraineté fiscale suisse ne saurait s'étendre sans limite à des états de fait réalisés à l'étranger, sans lien économique suffisant avec la Suisse. De surcroît, un tel système serait difficilement praticable car on voit mal comment la Suisse pourrait contraindre les débiteurs étrangers à s'exécuter.

Il a ensuite examiné la possibilité d'introduire un véritable impôt sur l'agent payeur, selon le modèle communautaire, sur une base unilatérale. Au niveau fédéral, une base constitutionnelle expresse est bien évidemment nécessaire. Seule disposition pouvant entrer en ligne de compte, l'art. 132, al. 2 Cst. permet, en l'état, à la Confédération de percevoir un impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers, sur les gains de loterie et sur les prestations d'assurances. Il paraît toutefois difficile de fonder un impôt sur l'agent payeur, selon le modèle communautaire, sur la base de l'art. 132, al. 2 Cst.¹⁴³. Tout d'abord, nous avons vu que les deux modèles - au-delà des similitudes d'objectifs - présentent des divergences fondamentales et inconciliables dans leur conception. Le seul lien économique avec la Suisse est, de surcroît, l'agent payeur sis en Suisse, qui ne fait que "verser" des intérêts de source étrangère à des non-résidents. De plus, comme l'a relevé Böckli, l'impôt anticipé suisse vise implicitement à lutter contre la non-déclaration des impôts suisses, alors que l'impôt sur l'agent payeur tendrait à protéger le substrat fiscal des États de l'UE¹⁴⁴. Au surplus, l'introduction sur une base unilatérale d'un impôt sur l'agent payeur serait difficilement compatible avec les CDI conclues par la Suisse avec les États de l'UE¹⁴⁵.

¹⁴² Message du Conseil fédéral du 3 septembre 1980, FF 1980 p. 398ss, 402.

¹⁴³ Le groupe de travail du DFF, dans sa majorité, estime que l'art. 132 al. 2 Cst. peut certes fonder un impôt sur l'agent payeur frappant les intérêts dans la mesure où les bénéficiaires sont des résidents de Suisse, mais ne constitue pas une base constitutionnelle suffisante pour frapper les intérêts destinés à des résidents UE, dès lors que le seul point de rattachement suisse est l'agent payeur; voir Étude de faisabilité (n. 25) p. 32s.

¹⁴⁴ BÖCKLI (n. 23) p. 562.

¹⁴⁵ Selon le groupe de travail, comme ils ne proviennent pas de source suisse, les "intérêts" versés par un agent payeur suisse ne tombent pas sous la règle de partage de l'art. 11 du Modèle OCDE, mais sous celle de l'art. 21 du Modèle OCDE (autres revenus). Partant, ils ne sont imposables que

En conséquence, seul un accord international entre la Suisse et l'UE est à même de fonder une retenue sur l'agent payeur frappant les intérêts de source étrangère destinés à des personnes physiques résidentes de l'UE¹⁴⁶. Cet accord reposerait ainsi essentiellement sur l'art. 54 Cst. Au fond, le système que la Suisse introduirait reprendrait en quelque sorte le modèle de la retenue supplémentaire d'impôt.

Éléments essentiels

Les éléments essentiels devraient correspondre en substance au modèle de la directive communautaire. La retenue frapperait les intérêts de source étrangère payés par des agents payeurs résident de Suisse à des bénéficiaires effectifs, personnes physiques, résidents de l'UE. Les assujettis seraient ainsi les agents payeurs résidents de Suisse.

Le taux devrait être de 15 % durant les 3 premières années, puis de 20 % pour les années suivantes. A l'instar du projet de directive, le montant brut des intérêts devrait être déterminant. Les éventuels impôts à la source déjà perçus par un autre État seraient imputés. Il en découle notamment que les rendements d'intérêts de source suisse seraient exclus du champ d'application de l'impôt sur l'agent payeur et cela, même s'ils n'ont pas subi l'impôt anticipé (par exemple les intérêts sur un prêt privé)¹⁴⁷.

L'UE devrait ainsi s'engager à créditer/rembourser l'impôt perçu sur des agents payeurs suisses de l'impôt sur le revenu des bénéficiaires (personnes physiques) résidant dans les États-membres. Au surplus, il faudrait fixer les modalités du remboursement à l'UE par la Suisse des recettes provenant de la retenue sur les agents payeurs suisses, sous déduction des coûts de perception. Dans la mesure où il devait être adopté, l'accord bilatéral serait complété par une ordonnance du Conseil fédéral destinée à régler les nombreuses questions de mise en œuvre.

Conclusion

dans l'État de résidence du bénéficiaire. Dès lors que toutes les CDI conclues par la Suisse avec les États-membres de l'UE contiennent une clause similaire, la Suisse ne pourrait pas percevoir un impôt sur l'agent payeur, sans une dérogation expresse ; *Étude de faisabilité* (n. 25), p. 35.

¹⁴⁶ BÖCKLI (n. 23) p. 563 ; DFF, *Étude de faisabilité* (n. 25), p. 37.

¹⁴⁷ DFF *Étude de faisabilité* (n. 25), p. 45.

L'adoption de la directive n'est pas gagnée d'avance car de nombreuses divergences entre les États-membres sont apparues au cours des discussions. Mais, comme nous l'avons relevé, les chances de succès sont réelles. L'écueil principal, à ce jour, semble bien être l'obtention de "garanties suffisantes" de certains États tiers, dont la Suisse, tendant à la mise en œuvre de "mesures équivalentes" à celles du projet de directive.

Les autorités suisses ont rappelé à de nombreuses occasions que la solution de l'échange de renseignements n'entraîne pas en ligne de compte. Clairement contraire à la politique traditionnelle de la Suisse¹⁴⁸, cette mesure remettrait en cause le secret bancaire. Tous les regards sont donc tournés vers l'imposition à la source.

La Suisse pratique depuis longtemps un système d'impôt à la source. L'impôt anticipé est un moyen efficace pour lutter contre l'évasion fiscale, mais il repose sur une conception fondamentalement différente de celle du modèle de l'agent payeur. En particulier, la lacune principalement visée par l'UE, à savoir celle des intérêts de source étrangère versés par des agents-payeurs sis en Suisse à des résidents UE, ne tombe pas dans le champ d'application de l'impôt anticipé. Bien que le système suisse (principe du débiteur) présente de nombreux atouts¹⁴⁹, il paraît difficile de tabler aujourd'hui sur une modification du mécanisme communautaire (principe de l'agent payeur). L'élément déterminant dans le futur sera ainsi de faire admettre qu'un impôt suisse sur l'agent payeur constitue une "mesure équivalente" à la directive européenne et non pas, à l'instar du projet de directive, un système transitoire.

A notre sens, la Suisse dispose de nombreux arguments. Tout d'abord, elle n'est pas membre de l'UE. On ne saurait exiger d'un non-membre qu'il adopte des mesures en tous points semblables au modèle fixé par une directive. Cette réglementation fait - on l'a déjà mentionné - partie d'un équilibre entre avantages/inconvénients du paquet Monti qui forme un tout cohérent. En percevant un impôt à la source sur l'agent payeur, la Suisse adopterait une mesure qui a pour seule fonction d'assurer l'imposition dans les États de l'UE.

Deux développements récents vont dans la même direction. En premier lieu, le mandat de négociation avec la Suisse, adopté en faveur de la Commission le 15 octobre 2001, prévoit notamment la possibilité d'insérer une "*review clause*", afin de négocier des amendements dans la mesure nécessaire pour assurer une imposition effective du revenu de l'épargne et pour combattre les distorsions de concurrence¹⁵⁰. Une telle clause, qui se trouve

¹⁴⁸ Voir *supra* II.

¹⁴⁹ Dans ce sens également, TANNER (n. 23) p. 636 ; RIHS (n. 29) p. 72.

¹⁵⁰ NZZ du 11 octobre 2001, p. 9.

également dans le projet de directive, pourrait permettre de modifier aussi bien l'accord bilatéral que la directive dans un sens du maintien du système de l'impôt à la source. En second lieu, il semble que certains États-membres n'excluent pas un retour au modèle de coexistence, tel que prévu dans le projet 1998 de directive sur l'épargne.

La Suisse est au cœur du débat. De la solution adoptée dans l'accord bilatéral avec l'UE, tendant à la mise en œuvre de "mesures équivalentes" au projet de directive, dépend finalement le contenu et l'entrée en vigueur de la directive elle-même. Bien que non-membre de l'UE, la Suisse se trouve donc, indirectement, en mesure d'influencer le contenu d'un texte de droit communautaire qui ne lui est pourtant pas applicable. L'enjeu est de taille.

Cela dit, il ne faut pas oublier que, pour être réellement efficace, le système de l'agent payeur, prévu par le projet de directive, devrait, fondamentalement, être adopté par les places financières importantes du monde entier, y compris par les territoires dépendants ou associés de certains États-membres de l'UE. En d'autres termes, la coordination avec le projet de directive UE ne saurait viser que la Suisse. Là encore, notre pays dispose d'un argument supplémentaire à faire valoir dans le cadre des négociations.