DOSSIER - Première partie La Suisse dans un monde globalisé

L'évolution de la politique internationale de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux – Après le « big bang », la lumière



Xavier OBERSON Professeur à l'Université de Genève Avocat

Le 13 mars 2009, la Suisse, à l'instar d'autres États, a modifié fondamentalement sa politique fiscale internationale en matière d'échange de renseignement. À partir de ce jour, elle accepte d'appliquer le standard de l'article 26 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE. Par la suite, le standard allait évoluer vers le Modèle de l'échange automatique de renseignements que la Suisse a également accepté de mettre en œuvre à partir du 1^{er} janvier 2018. Cette contribution entend donc analyser dans un premier temps la mise en place par la Suisse des différents systèmes d'échange international de renseignements reconnus (les conventions de double imposition, les accords sur l'échange de renseignements fiscaux, la convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale du Conseil de l'Europe/OCDE, les accord bilatéraux avec l'Union européenne et le système américain du FATCA, sans oublier le passage avec l'alternative dite « Rubik »). Dans un deuxième temps, nous allons montrer comment la Suisse va mettre en œuvre le système d'échange automatique de renseignement tout en abordant une question qui suit l'adoption de ces différentes mesures et qui est celle du règlement du passé.

On March 13 2009, Switzerland, with other States, has drastically changed its international fiscal policy in the area of exchange of information. In particular, Switzerland has agreed to implement the OECD standard of article 26 of the OECD double taxation model. Later on, the global standard has gradually evolved towards automatic exchange of information in tax matters, that Switzerland has also agreed to implement as of January 1st 2018. This article intends therefore to show, in a first stage, how Switzerland has put in place the various models of international exchange of information in tax matters (double taxation treaties, international exchange of information agreement, the council of Europe/OECD multilateral convention in administrative assistance in tax matters, bilateral treaties with the EU and the US FATCA model and finally the alternative so-called "Rubik model"). In a second stage, we intend to show how Switzerland would implement the system of automatic exchange of information, and the ancillary issue which is how to solve past.

Introduction générale

La Suisse a été traditionnellement réservée en matière d'échange de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger. Selon cette position, désormais dépassée, les conventions de double imposition (CDI) ne servaient qu'à lutter contre les doubles impositions¹. En conséquence, seuls les renseignements nécessaires à appliquer une CDI pouvaient être échangés.

^{1.} Pour un résumé, voir X. OBERSON, *Précis de droit fiscal international*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2014, pp. 327 et s.

Cette position a peu à peu évolué, tout d'abord avec les États-Unis, dans le cadre notamment de la CDI de 1996, qui ouvrait déjà un échange de renseignements en cas de « tax fraud and the like», puis, d'une manière plus générale, suite aux travaux de divers organismes internationaux, tels que l'Organisation des Nations Unies (ONU), l'Organisation pour la coopération et développement économique (OCDE) et l'Union européenne (UE), ainsi que de nombreux États du monde entier qui ont fait pression pour que des actions soient prises à l'échelle globale, notamment lors des réunions du G5, du G8 ou du G20.

Le changement de paradigme, véritable « big bang», a eu lieu le vendredi 13 mars 20092. Ce jour, plusieurs États, tout particulièrement l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg et la Suisse, ont annoncé un changement fondamental de leur politique fiscale internationale en affirmant leur volonté d'appliquer le standard de l'article 26 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (Modèle OCDE) et, plus précisément, son paragraphe 5, afin que le secret bancaire ne soit plus un obstacle à l'échange de renseignements. À noter que, en date du 2 avril 2009, durant le sommet du G20 de Londres, la Suisse restait encore sur une liste dite «grise» de l'OCDE3. Toutefois, en septembre 2009, après avoir signé 12 CDI conformes au standard international, la Suisse est passée sur la «liste blanche» des États coopératifs⁴.

À cette époque, de nombreux observateurs étaient convaincus que ce changement de paradigme prendrait un certain temps à être appliqué à l'échelle mondiale et qu'une période d'adaptation serait nécessaire. En réalité, à la suite des différents scandales révélés par les médias, tels que la liste Falciani, l'affaire Cahuzac en France, l'affaire Hoeness en Allemagne, sans parler des communiqués d'offshore leaks, le tout combiné à une pression politique croissante et à une intolérance grandissante face à l'évasion fiscale, le changement de 2009 n'a été finalement que le début d'une nouvelle vague de changements.

Les pressions pour mettre en œuvre un système d'échange automatique de renseignements (EAR) ont commencé à s'exacerber. Suite à l'adoption du système FATCA («Foreign Account Tax Compliance

Act») aux États-Unis, en 2010, et à la conclusion progressive, au niveau international, de plusieurs accords intergouvernementaux («Intergovernmental agreements», IGA) destinés à en faciliter l'implémentation combinée aux travaux de l'OCDE et du Forum mondial, un nouveau standard international – prenant pour modèle l'EAR – a fait son apparition. Parallèlement, dès 2011, l'UE a mis en place une directive relative à la coopération administrative en matière fiscale, qui introduit également un EAR, cantonné d'abord à quelques types spécifiques de revenu et de fortune, pour l'élargir ensuite au standard EAR⁵.

En date du 6 septembre 2013, les dirigeants des États du G20 se sont engagés en faveur de l'EAR en tant que nouvelle norme mondiale. En février 2014, les ministres des Finances du G20 et les gouverneurs des Banques centrales ont approuvé cette norme. Finalement, le 21 juillet 2014, l'OCDE a publié le standard de la norme d'EAR relatifs aux comptes financiers (« Common Reporting Standard », CRS).

En parallèle, à partir de 2013, dans le cadre du programme « Base erosion and profit shifting » (BEPS) du Forum mondial de l'OCDE, un vaste plan d'action, comprenant 15 mesures a été lancé par l'OCDE. Parmi celles-ci, l'action 5 prévoit l'introduction d'un échange obligatoire et spontané d'information sur les *rulings* fiscaux⁶.

Ces développements majeurs ont ainsi conduit la Suisse à modifier complètement sa politique d'échange de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger, à la lumière de l'évolution des travaux de l'OCDE, notamment, et ainsi d'introduire, dans le respect d'un « level playing field», un véritable EAR. Nous nous proposons ainsi de décrire cette évolution, avec un accent particulier sur la mise en place de l'EAR en droit interne suisse⁷. À cet effet, dans un premier temps, on décrira comment la Suisse a concrétisé les différents instruments juridiques d'échanges de renseignements reconnus (I). Dans un second temps, nous aborderons plus spécifiquement la mise en œuvre de l'EAR par la Suisse (II), y compris, au passage, l'impact du programme BEPS de l'OCDE en la matière (III). Enfin, nous traiterons de la problématique du règlement du passé (IV).

^{2.} X. OBERSON, «General Report», in IFA Cahier, Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities, La Haye, IFA, 2013, vol. 98b (Copenhagen Congress); voir aussi D. HOLENSTEIN, nos 42 et s., ad art. 26 MOCDE, in ZWEIFEL, BEUSCH, MATTEOTTI (eds.), Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014.

^{3.} OCDE Global Forum, Progress Report, avril 2009.

^{4.} OCDE Global Forum, Progress Report, septembre 2009.

^{5.} Voir infra, II.

[.] Voir *infra*, III

^{7.} Pour une analyse plus globale, voir X. OBERSON, Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency, Londres, Elgar Publishing, 2015.

I. Mise en œuvre par la Suisse des systèmes d'échange international de renseignements

A. Conventions de double imposition

Les CDI, conformes au standard de l'article 26 du Modèle OCDE, prévoient trois formes d'échange de renseignements : sur demande, spontané ou automatique. L'échange de renseignements automatique reste en revanche une possibilité et n'est pas obligatoire.

À ce jour, la Suisse a signé plus de 53 CDI englobant un échange de renseignements sur demande, conforme aux standards de l'OCDE, dont 46 sont en vigueur. En outre, un projet de loi sur l'application unilatérale de l'échange de renseignements en conformité avec le standard de l'OCDE est en attente⁸. Le but de cette loi est de mettre à jour les CDI en vigueur entre la Suisse et ses États partenaires, dans la mesure où elles ne respecteraient pas encore le standard de l'OCDE. En l'état, au 12 septembre 2014, il semblerait que cette loi s'appliquerait à 69 États ou territoires9. Cette législation, si elle devait être acceptée, aurait cependant une nature purement transitoire. Dès que la CDI en vigueur avec l'État concerné deviendrait conforme au standard de l'OCDE, cette législation cesserait de s'appliquer à cet État.

On notera le cas particulier de la CDI avec les États-Unis, conforme au standard OCDE depuis sa révision du Protocole, signé le 23 septembre 2009, qui a été ratifiée entretemps par la Suisse mais pas encore par les États-Unis. En conséquence, tant que le Protocole n'est pas ratifié, l'ancienne CDI de 1996 qui restreint l'échange aux renseignements nécessaires pour appliquer la convention ou en cas de « tax fraud and the like» demeure applicable. Cela ne va pas sans poser des problèmes pratiques car la notion de «fraude fiscale et délit analogue» est sujette à interprétation et reste étroitement liée à celle de l'escroquerie fiscale du droit suisse¹⁰. Une fois ratifié, le Protocole de 2009 s'appliquera par contre rétroactivement aux demandes de renseignements déposées à partir du 23 septembre 2009 (date de la signature).

B. Les accords sur l'échange de renseignements fiscaux (AERF)

Les AERF, de nature bi- ou multilatérale, ont été préparés par le Forum mondial et publiés en 2002¹⁵. Cet instrument a été conçu tout particulièrement pour les paradis fiscaux qui, en l'absence d'un système général d'imposition sur le revenu, ne disposent

Afin de mettre en œuvre en droit interne les règles sur l'échange de renseignements dans les CDI, la Suisse a, tout d'abord, introduit une ordonnance d'application, entrée en vigueur le 1er octobre 2010¹¹. Par la suite, la loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale, adoptée le 28 septembre 2012 (LAAF), est entrée en vigueur le 1er février 201312, remplaçant ainsi l'ordonnance d'application. Cette loi est valable pour l'assistance administrative qui repose sur une CDI ou d'autres conventions internationales prévoyant l'échange de renseignements en matière fiscale (art. 1, par. 1, LAAF). La LAAF introduit également des règles de procédure et garantit certains droits aux personnes concernées par la procédure d'échange de renseignements, notamment le droit à une notification, le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif. La LAAF a d'ores et déjà fait l'objet d'une révision partielle, entrée en vigueur le 1er août 2014¹³. Cette modification élargit le champ d'application aux demandes dites «groupées» (art. 14a LAAF) et prévoit une exception au principe de la notification aux personnes concernées, si cela devait mettre en péril l'efficacité de la demande (art. 21a LAAF). L'objectif pour la Suisse a été de se conformer au standard international élaboré par le Forum mondial¹⁴.

^{8.} Projet de loi fédérale sur l'application unilatérale de l'échange de renseignements selon la norme de l'OCDE («LERN») du 10 octobre 2014; voir également le Rapport explicatif du 22 octobre 2014 de la Confédération Suisse.

^{9.} Rapport explicatif du 22 octobre 2014 de la Confédération Suisse, p. 14.

 $^{^{10}}$. Pour plus de détails, voir X. OBERSON, op. cit. (note 1), n^{os} 52 et s., ad art. 26 Modèle OCDE.

^{11.} Ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI) du 1^{er} septembre 2010. Voir également, O. UNTERSANDER, «The exchange of Information Procedure According to Double Tax Conventions: The Swiss Approach or How Taxpayers Rights Are Protected under Swiss Procedural Rules», in A. RUST et E. FORT, *Exchange of Information and Bank Secrecy*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, pp. 197 et s.

^{12.} RS 672.5; voir D. BETI, «La nouvelle loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale – Une vue d'ensemble», Archives de droit fiscal suisse, vol. 81 (2012/13), p. 181; A. RAPPO et A. TILLE, «Les conditions d'assistance administrative internationale en matière fiscale selon la LAAF», RDAF, 2013, II, p. 1; M. BEUSCH et U. SPÖRRI, n° 320 et s., ad art. 26 OECD-MA, in ZWEIFEL, BEUSCH et MATTEOTTI (eds.), Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, op. cit.

^{13.} A. OPEL, «Amtshilfe ohne Information der Betroffenen – Eine rechtstaatlich bedenkliche Neuerung», *Archives de droit fiscal suisse*, vol. 87 (2014/15), p. 265.

^{14.} Voir à ce propos, Conseil fédéral, Rapport explicatif sur la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale, du 14 août 2013, ad. 1.1.

^{15.} J. BARNARD, «Former Tax Havens Prepared to Lift Bank Secrecy», *Bulletin IBFD*, January 2003, p. 9; X. OBERSON, «The OECD Model Agreement on Exchange of Information – A Shift to the Applicant State», *Bulletin IBFD*, January 2003, p. 14.

pas d'une CDI et donc pas de mécanisme adéquat d'échange de renseignements. Fondamentalement, conformément à l'article 5, paragraphe 4, du Modèle AERF, ces accords prévoient typiquement un système d'échange de renseignements sur demande. Sur la base d'un accord spécifique entre les États contractants, l'échange automatique peut toutefois également être inclus dans ce type de modèle¹⁶.

La Suisse a commencé à conclure des AERF dès l'année 2014. Les trois premiers AERF avec Jersey, Guernesey et l'île de Man, signés le 1^{er} octobre 2014, sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Par la suite, des accords avec San Marino, le Groenland, Andorre, et les Seychelles ont également été conclus. Les procédures de ratification sont en cours.

C. La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale du Conseil de l'Europe/OCDE

En 1979, le Conseil de l'Europe et l'OCDE ont publié à Strasbourg une Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale («Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters », CMAAT) qui a été approuvée en 1987. Les pays membres de l'OCDE l'ont signée en 1988 et son entrée en vigueur a eu lieu le 1er avril 1995 après avoir été ratifiée par cinq États (États-Unis, Danemark, Finlande, Suède et Norvège). En 2011, la CMAAT a été modifiée¹⁷. Elle a été offerte en signature aux pays non membres de l'OCDE et adaptée afin de tenir compte de l'évolution du standard d'échange de renseignements. En date du 27 mai 2010, le nouveau protocole de la CMAAT révisé a été signé par 15 États. À ce jour, plus de 65 États, dont la Suisse, l'ont signé.

Dans sa récente publication à propos du standard international de l'EAR, l'OCDE indique que la CMAAT est un instrument efficace pour établir un échange automatique global, notamment de par sa portée internationale¹⁸. D'après l'article 6 CMAAT, l'échange automatique de renseignements est autorisé entre les États contractants en fonction de cas spécifiques et en accord avec les procédures mutuellement approuvées par ces derniers. En d'autres termes, l'EAR est possible, mais pas obligatoire. Afin de mettre concrètement en œuvre l'échange automa-

tique de renseignements, les États contractants vont conclure un accord mutuel d'autorité compétente (AAC), qui peut d'ailleurs être bi- ou multilatéral¹⁹.

Le 15 octobre 2013, la Suisse est devenue le 58e pays à signer la CMAAT. Le processus de ratification a commencé en 2015 et une fois ratifiée, la CMAAT va également servir de norme internationale pour la mise en œuvre de l'EAR. En revanche, un AAC spécifique ou multilatéral devra être conclu avec les États avec lesquels la Suisse entend introduire un tel système²⁰.

D. Les accords avec l'Union européenne (UE)

Au sein de l'UE, de nombreux instruments législatifs ont également été développés afin de lutter contre l'évasion fiscale, dans le domaine de l'imposition directe ou indirecte, et d'encourager l'échange international de renseignements fiscaux²¹. Le premier instrument a été adopté en 1977, sous la forme d'une directive concernant l'assistance mutuelle par les autorités compétentes dans le domaine de l'imposition directe et de l'imposition sur les primes d'assurance qui fût par la suite modifiée²². Par la suite, la directive sur la fiscalité de l'épargne, adoptée en 2004, a introduit un système d'échange automatique de renseignements relatifs aux revenus de l'épargne effectués par un agent payeur de l'UE en faveur d'une personne physique résidente d'un autre État membre de l'UE²³. Une règle transitoire de retenue d'impôts a été autorisée pour l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg. Des mesures équivalentes ont aussi été adoptées avec des États tiers.

L'UE a également introduit la directive relative à la coopération administrative (DCA)²⁴ en 2012, prévoyant un échange automatique obligatoire des ren-

^{6.} Commentaires de l'OCDE à l'AERF, n° 39.

^{17.} Voir en particulier A. PROSS et R. RUSSO, «The Amended Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: A Powerful Tool To Counter Tax Avoidance and Evasion», *Bulletin for International Taxation*, 2012, pp. 361 et 381.

^{18.} OCDE, Standard EAR 2014, n° 11 ad Introduction.

o. OCDE, Standard EAR 2014, n° 11 ad Introduction.

^{20.} Voir à ce sujet, infra, II, B.

^{21.} J.M. TERRA BEN et J. WATTEL PETER, European Tax Law, 6e éd., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012; A. PROSS et R. RUSSO, op. cit. (note 17), p. 361; R. SEER et I. GABERT, «European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements», Bulletin for International Taxation, 2011, p. 88.

^{22.} Directive 77/799/CEE du Conseil concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, *J.O.*, 1977, L 336, p. 15, modifié par la directive 2006/98/UE du 20 novembre 2006, *J.O.*, 2006, L 363, p. 139.

^{23.} Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, J.O., 26 juin 2003, L 157, p. 38; voir, entre autres, J. SCHRÖDER, Savings Taxation and Banking Secrecy, in A. RUST et E. FORT (eds), op. cit. (note 11), pp. 59 et s., spéc. p. 62.

^{24.} Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, J.O., 11 mars 2011, L 64, p. 1; voir I. GABERT, «Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011

seignements à partir du 1^{er} janvier 2015, sur cinq catégories spécifiques de revenus et fortunes, à savoir les revenus de l'emploi, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie non couverts par d'autrés directives, les pensions et la propriété et les revenus de biens immobiliers.

Cette directive a rapidement été modifiée. En premier lieu, l'UE entend élargir le champ d'application de l'échange automatique de renseignements à d'autres catégories de revenus, en tenant compte des travaux récents de l'OCDE sur l'EAR. Ainsi, l'UE a approuvé, le 9 décembre 2014, une révision de la DAC prévoyant la mise en œuvre de l'EAR conforme à la norme OCDE avec collecte d'informations au 1er janvier 2016 et échange des données à partir de 2017, à l'exception de l'Autriche qui mettra en œuvre cette règle un an plus tard²⁵. Cette modification va entraîner la révocation de la directive UE sur la fiscalité de l'épargne. En second lieu, en parallèle aux travaux du programme BEPS de l'OCDE, l'UE vient d'accepter une modification de la DAC, en date du 8 décembre 2015, aux fins d'introduire un EAR sur les rulings fiscaux²⁶.

La Suisse n'est pas membre de l'UE, de telle sorte que ces instruments juridiques ne lui sont pas directement applicables. Toutefois, elle a conclu divers accords avec l'UE dans le domaine de l'échange de renseignements en matière fiscale, soit notamment l'accord sur la lutte contre la fraude (qui vise essentiellement la TVA, les droits de douane et les accises), les accords de Schengen et l'accord sur la fiscalité de l'épargne²⁷.

Il convient, dans ce contexte, de mettre en évidence l'accord sur la fiscalité de l'épargne, qui constitue une « mesure équivalente » au sens de la directive UE sur la fiscalité de l'épargne et qui prévoit une retenue à la source unilatérale perçue par les agents payeurs suisses sur les intérêts versés à des personnes physiques résidentes de l'UE. Récemment, la Suisse a signé un accord bilatéral avec l'UE sur l'échange

automatique de renseignements qui devra, à terme, remplacer l'accord sur la fiscalité de l'épargne²⁸.

E. FATCA

1) Vue d'ensemble

Le Congrès américain a adopté FATCA le 18 mars 2010. Cet acte a introduit les Sections 1471 à 1474 dans le chapitre 4 de l'IRC («Internal Revenue Code»). L'IRS («Internal Revenue Service») a aussi des régulations finales à propos de FATCA en janvier 2013. En substance, FATCA vise à assurer que tout contribuable américain qui détient directement ou indirectement des comptes « offshore» déclare annuellement la valeur et le revenu provenant de ces comptes à l'IRS²⁹. FATCA s'applique aux titulaires directs et indirects de comptes, c'est-à-dire aux titulaires de comptes américains mais aussi aux institutions étrangères ayant un nombre important de titulaires américains.

Le mécanisme prévu par FACTA est à la fois innovant et efficace³⁰. D'après les «Final Regulations», les établissements étrangers sont divisés en deux catégories³¹: les établissements financiers étrangers («Foreign Financial Institutions», FFI), d'une part, et les établissements étrangers non-financiers, d'autre part («Non-Financial Foreign Entities», NFFE). Si le FFI, quelle que soit sa localisation, refuse de se plier aux règles de FATCA, il sera alors assujetti à un impôt à la source de 30 % sur chaque paiement (y compris les paiements « pass through»), à savoir les dividendes, les intérêts, les revenus FDAP et les produits de vente d'actifs générant des dividendes ou intérêts américains (Section 1471(a) et 1473(1)). Afin d'éviter l'impôt à la source, les 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 (Section 1471(c) IRC)³². Par contre, un NFFE n'est pas obligé de passer un accord avec l'IRS, mais doit quand même procéder à un audit préalable afin de détecter des potentiels titulaires américains³³.

relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal», *Taxation Européenne*, 2011, p. 342.

^{25.} Voir la directive 2014/107/UE du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *J.O.*, 16 décembre 2014, L 359, p. 1.

^{26.} Directive modifiant la directive 2011/16/UE, adoptée le 8 décembre 2015.

^{27.} Voir à ce sujet, X. OBERSON, «Assistance internationale en matière fiscale – Les accords bilatéraux *bis* entre la Suisse et l'UE», *L'expert comptable*, 2006, p. 179; R. WALDBURGER, «Amst- und Rechtshilfe in Steuersachen gemäss den sog. Bilateralen II», in *Fests-chrift Peter Nobel*, Berne, 2005, pp. 1037 et s.

^{28.} Voir, à ce propos, le Message du Conseil fédéral portant approbation et mise en œuvre d'un protocole de modification de l'accord sur la fiscalité de l'épargne entre la Suisse et l'UE, du 25 novembre 2015; voir aussi *infra*.

^{29.} C.P. TELLO, «FATCA: Catalyst for Global Cooperation on Exchange of Tax Information», *Bulletin for International Taxation*, 2014, pp. 88-92, spéc. p. 91.

^{30.} J. BLANK et R. MASON, «Exporting FATCA, Law & Economics Research Paper Series», *Working Paper* n° 14-05, February 2014, p. 1246.

^{31.} C.P. TELLO, op. cit. (note 29), p. 91.

^{32.} J. BLANK et R. MASON, op. cit. (note 30), p. 1246.

^{3.} C.P. TELLO, op. cit. (note 29), p. 91.

Première partie – La Suisse dans un monde globalisé

Le régime FATCA a fait l'objet de diverses critiques et inquiétudes³⁴, dès lors qu'il consiste en une mesure contraignante et onéreuse de recouvrement de l'impôt avec des effets extraterritoriaux. Par définition, le FATCA vise les contribuables américains possédant des avoirs détenus à l'étranger (ainsi que les entités étrangères détenues par des contribuables américains). Dans le but toutefois de faciliter la mise en œuvre de ce système, les États-Unis ont proposé deux modèles d'accord bilatéraux intergouvernementaux («Intergovernemental agreements», IGA)³⁵.

Le 7 février 2012, cinq États membres de l'UE (la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni) ont annoncé leur volonté de mettre en place un système d'échange automatique de renseignements multilatéral avec les États-Unis, afin de mettre en œuvre les règles de FATCA. Cet accord est à la base du «Model 1 IGA», c'est-à-dire un accord intergouvernemental de modèle 1.

À notre sens, ce mouvement représente le tournant décisif vers l'émergence du modèle de l'EAR³⁶. Ce système permet ainsi de régler le conflit actuel qui oblige les FFI à partager les renseignements demandés avec les autorités locales et non plus directement avec l'IRS³⁷. Les autorités compétentes des États parties doivent transmettre les informations en passant par l'échange automatique de renseignements sur la base d'une convention internationale (CDI, AERF, voire même CMAAT)³⁸. La Suisse, de son côté, a opté pour un «Model 2 IGA»³⁹. Le modèle 2, publié le 14 novembre 2012, prévoit un échange d'informations non réciproque par les établissements financiers étrangers directement auprès de l'IRS.

2) Le modèle 2 AIG entre les États-Unis et la Suisse

Selon le modèle 2, les FFI sont autorisées à conclure un accord directement avec l'IRS et à appliquer les règles de mise en œuvre de FATCA. En outre, un système d'échange de renseignements est mis en place entre les deux États contractants, afin que les titulaires de comptes récalcitrants soient dévoilés.

L'IGA modèle 2 entre la Suisse et les États-Unis a été conclu le 14 février 2013 et est entré en force le 2 juin 2014⁴⁰. Il permet aux FFI suisses de passer un accord avec l'IRS et de communiquer les informations sur les titulaires américains de comptes (art. 3 AIG). Ces communications ne constituent pas une violation de l'article 271 du Code pénal suisse (art. 3 AIG). Selon l'article 5, l'échange de renseignements relatifs aux comptes américains et aux montants payés aux FFI non participantes se déroulera conformément à l'article 26 de la CDI entre la Suisse et les États-Unis, révisé selon le Protocole de 2009. En revanche, les requêtes d'échange de renseignements ne peuvent être faites avant l'entrée en vigueur de ce Protocole et ne sont valables que pour des informations appartenant à la période débutant après l'entrée en vigueur de l'accord (art. 5, par. 1, in fine, AIG). Ces requêtes prendront la forme de demandes dites «groupées», admissibles selon l'article 26 du Protocole révisé de la CDI. Cette règle prend en compte les récents développements en faveur des demandes groupées, à la suite de la prise de position de l'OCDE en juillet 2012⁴¹.

Le problème réside dans le fait que le Protocole 2009 modifiant la CDI de 1996 n'a pas encore été ratifié par les États-Unis. En conséquence, l'ancienne version du standard « tax fraud and the like» reste applicable. Dans l'attente d'une ratification par les États-Unis, nous avons proposé la conclusion, à titre transitoire, d'un accord d'échange de renseignements spécifique, prenant la forme d'un AERF modifié⁴². Cette solution pourrait faciliter l'échange de renseignements, conformément au standard de l'OCDE, et pourrait être mise en œuvre plus aisément, dès lors que la procédure de ratification d'un AERF est beaucoup plus souple en droit américain.

La solution proposée par le modèle 2 IGA est compréhensible compte tenu du fait qu'au moment des négociations, la stratégie «Rubik» faisait partie des priorités de la politique suisse⁴³. La roue a tourné entretemps et l'accent s'est déplacé vers l'EAR. En conséquence, le modèle 2 IGA, de par son approche unilatérale, a perdu beaucoup de son sens. En conséquence, nous sommes d'avis que la Suisse devrait passer au modèle 1 IGA, à l'instar de nombreux États

^{34.} J. BLANK et R. MASON, op. cit. (note 30), p. 1246.

^{35.} C.P. TELLO, op. cit. (note 29), pp. 88-92.

^{36.} X. OBERSON, op. cit. (note 7), p. 166; en ce sens également, C.P. TELLO et J. MALHERBES, «Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain: un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales», Revue de droit fiscal, janvier 2014, p. 1.

^{37.} US Treasury, Joint Statement from the United-States, France, Germany, Italy, Spain and the United-Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA (7 February 2012); voir également C.P. Tello, *op. cit.* (note 29), p. 92.

^{38.} C.P. TELLO, op. cit. (note 29), p. 93.

^{39.} Ibidem.

o. RS 0.672.933.63.

[.] Voir également X. OBERSON, op. cit. (note 1), p. 174.

^{42.} X. OBERSON, «Towards Automatic Exchange of Information», Revue suisse de Droit des Affaires (RSDA), 2015, pp. 91 et s., spéc. p. 96.

^{43.} Voir infra, I, F.

européens. Cette possibilité est d'ailleurs prévue à l'article 13 de l'IGA actuel. D'ailleurs, le Département fédéral des finances est, depuis récemment, désireux d'aller dans cette direction.

F. L'alternative dite «Rubik»

1) Vue d'ensemble

Le système « Rubik » peut être décrit sommairement comme la combinaison entre : (i) un mécanisme de régularisation préservant la confidentialité (solution pour le passé); et (ii) un impôt libératoire à la source permettant de s'acquitter, de façon anonyme, des impôts sur les avoirs placés auprès d'un agent payeur suisse (solution pour le futur)⁴⁴. Selon la philosophie de ce système, le taux de l'impôt doit correspondre à l'impôt que le contribuable en question aurait dû payer dans son État de résidence. L'agent payeur suisse retient l'impôt à la source sur le revenu provenant de son investissement (dividendes, intérêts, redevances ou gains en capital), puis le transfert à l'AFC, qui ensuite le transmet de façon anonyme à l'État de résidence du contribuable.

Ce système peut être décrit comme un «compromis helvétique» entre deux principes apparemment contradictoires : la confidentialité, d'un côté, et le respect des obligations fiscales de l'État de résidence du contribuable, de l'autre.

Au début du processus d'élaboration, ce système semblait avoir un certain nombre de partisans dans le monde. En effet, à partir du 1^{er} janvier 2013, de tels accords sont en vigueur avec le Royaume-Uni et l'Autriche. Toutefois, suite au rejet de la ratification par l'Allemagne, en décembre 2012, puis à l'évolution du standard OCDE vers l'EAR, le système Rubik ne paraît pas être une alternative durable au mécanisme de l'EAR. Il reste certes en vigueur avec ces deux États, mais comme une solution transitoire jusqu'au passage à l'EAR.

2) Analyse succincte

La régularisation du passé peut être définie comme une sorte d'amnistie fiscale en raison du montant forfaitaire et anonyme de l'impôt libératoire à la source destiné à régulariser les périodes imposables non déclarées avant la période de mise en vigueur

44. Voir entre autres, A. LISSI et D. BUKARA, «Abkommen mit Deutschland und Grossbritannien über die Zusammenarbeit im Steuerbereich (part. 1 and 2)», FStR, 2012, pp. 42 et s., spéc. p. 103; L. CAVELTI, «Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation», World Tax Journal, 2013, pp. 172 et s., spéc. p. 199.

prédéfinie par l'accord. La solution pour l'avenir correspond au système d'un paiement libératoire décrit ci-dessus. Dans l'accord avec le Royaume-Uni, le taux de retenue à la source varie entre 27 % et 48 %, en fonction du type de revenu, et correspond à 25 % dans l'accord avec l'Autriche. Ce taux est également coordonné avec celui qui est applicable en vertu de l'accord sur la fiscalité de l'épargne. Une autre alternative permet aux contribuables concernés d'autoriser l'agent payeur à communiquer les informations à l'autorité compétente suisse, qui les transmet ensuite à l'autorité compétente de l'État partie.

D'emblée, l'accord Rubik a été controversé. Compromis idéal pour les uns, ce modèle a été critiqué en raison de sa complexité et de son fort coût de mise en œuvre pour les agents payeurs. En effet, afin d'être efficace, le taux de l'impôt à la source doit correspondre, pour chaque catégorie de revenu de placement, au taux de l'État de résidence. À l'étranger également la discussion a été contrastée. Tandis que certains commentateurs ont comparé le système à celui des «indulgences» ou ont trouvé des lacunes dans le système⁴⁵, d'autres ont eu des réactions plus positives⁴⁶.

II. La norme commune d'échange automatique de l'OCDE

A. Vue d'ensemble

Le modèle de norme commune d'EAR sur les comptes financiers («OECD Model Common Reporting Standard», CRS), publié en juillet 2014 par l'OCDE, n'est pas destiné à restreindre les différentes formes d'échange automatique mais définit en revanche un *standard de basé*⁴⁷. Le CRS s'inspire considérablement de l'accord intergouvernemental de mise en œuvre de FATCA, prenant toutefois en compte le caractère multilatéral du système du CRS et s'écartant de certaines particularités du système fiscal des États-Unis, comme l'imposition basée sur la citoyenneté ou la présence d'un impôt à la source⁴⁸.

^{45.} P. PISTONE, «Exchange of Information and Rubik Agreements: the Perspective of an EU Academic», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, 2013, pp. 216 et s.; A. PERDELWITZ, «The new tax agreement between Germany and Switzerland – Milestone or selling of indulgences?», *European Taxation*, 2011, p. 496.

^{46.} A. RIVOLTA, «New Switzerland-Germany and Switzerland-United Kingdom Agreements: Does anyone offer more than Switzerland?», *Bulletin for International Taxation*, 2012 (66), n° 3.

^{47.} OCDE, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters (ci-après Standard EAR), 2014, n° 5 ad Introduction.

^{48.} OCDE, Standard EAR, n° 5 ad Introduction.

Le CRS englobe un ensemble de règles obligeant les établissements financiers à communiquer les informations relatives aux comptes déclarables, ainsi qu'à procéder à des vérifications préalables. Les institutions financières concernées sont les banques et les établissements gérant des dépôts de titres, les courtiers, les placements collectifs et les compagnies d'assurance, à moins qu'elles ne présentent qu'un faible risque d'évasion fiscale⁴⁹. Les renseignements à communiquer sont des informations financières relatives à différentes catégories d'investissement, y compris les intérêts, les dividendes, les soldes de compte, le revenu provenant de certains produits d'assurance, les produits de ventes d'actifs financiers et d'autres revenus générés par les actifs détenus dans les comptes ou les paiements réalisés en lien avec ces comptes⁵⁰. Les comptes déclarables ne sont pas uniquement détenus par des personnes, mais aussi par des entités (comprenant des fonds et des fondations), entrainant une obligation d'examiner les entités passives afin de rapporter les informations relatives aux personnes contrôlant ces entités⁵¹. On notera qu'il existe, sur ce point, une exception en faveur des États-Unis, qui repose sur le régime de FATCA⁵². En présence d'une entité, l'établissement financier doit ainsi déterminer si l'entité elle-même, ou la personne qui la contrôle, est une personne à déclarer. Cette analyse peut s'effectuer à l'aide de renseignements obtenus dans le cadre des règles destinées à lutter contre le blanchiment d'argent («AML rules») ou de « know your customers (KYC) ». La procédure de vérification préalable, à effectuer par les institutions financières rapporteuses est décrite en détail aux sections II à VII du CRS.

La norme CRS, pour être mise en œuvre, doit reposer sur un traité international, être concrétisée par un accord entre autorités compétentes (« competent authority agreement », CAA), et être englobée dans le droit interne de chaque État concerné. Dans ce contexte, la mise en œuvre concrète va s'effectuer sur la base d'un modèle de CAA. Les États dits « précurseurs » 53 ont ainsi élaboré un modèle de CAA (MCAA) qui a été signé le 29 octobre 2014 par 51 États.

B. Mise en œuvre de l'EAR en Suisse

1) Les conditions cadres

Après avoir tenté la stratégie Rubik, le Gouvernement suisse, suivant en cela la tendance mondiale, s'est peu à peu orienté vers l'EAR⁵⁴. Ainsi, en date du 14 juin 2013, le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à collaborer activement avec l'OCDE au développement d'une norme EAR mondiale visant à garantir la conformité aux règles de la fiscalité, à certaines conditions: (i) la norme doit être unique et globale (principe d'unicité), (ii) les renseignements échangés doivent être utilisés exclusivement aux fins convenues (principe de spécialité), (iii) les renseignements échangés doivent être échangés sur une base réciproque (principe de réciprocité), (iv) les règles de protection des données et de confidentialité doivent être garanties, et (v) les ayants-droit économiques de toutes les structures financières doivent aussi être identifiés⁵⁵. Dans la foulée, le Conseil fédéral a précisé que la Suisse devait s'efforcer d'obtenir de la part de l'UE et des États membres que les questions de la régularisation du passé et de l'accès aux marchés soient englobées dans le cadre des négociations concernant l'échange automatique de renseignements.

Par la suite, le 10 octobre 2014, le Conseil fédéral a adopté les mandats de négociation pour l'introduction du nouveau standard mondial en vue d'introduire l'EAR en matière fiscale avec les États partenaires, après avoir consulté les comités parlementaires et les cantons compétents. Selon le Conseil fédéral, cette mise en place devrait créer des conditions équitables et améliorer la réputation de la Suisse et de sa place financière par le respect de normes internationales en matière fiscale et, par conséquent, sa compétitivité globale.

Dans cette optique, selon le Conseil fédéral, les principaux aspects à prendre en considération pour la négociation de l'EAR sont : (i) la négociation de l'EAR avec l'UE, (ii) le passage du modèle 2 AIG de FATCA au modèle 1 avec les États-Unis, (iii) l'introduction éventuelle de l'EAR avec des États tiers, mais seulement s'il s'agit d'États entretenant d'étroites relations politiques et économiques avec la Suisse et, dans la mesure du possible, qui offrent des solutions réalistes aux contribuables pour la régularisation du passé.

Name of the state of the state

^{49.} OCDE, *Standard EAR*, n° 20 ad Introduction. 50. OCDE, *Standard EAR*, n° 20 ad Introduction.

^{51.} OCDE, Standard EAR, n° 20 ad Introduction.

^{52.} OCDE, Standard EAR, n° 5 ad Introduction.

^{53.} Ce sont les « early adopters», soit les États qui ont accepté de mettre en œuvre l'EAR à partir du 1^{er} septembre 2017, avec collecte des informations dès 2016.

^{54.} Pour un résumé et une description de la position suisse, voir, entre autres, le Rapport explicatif du Conseil fédéral sur l'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers et sur la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale, 14 janvier 2015, pp. 7 et s.

^{55.} Communiqué de presse du Conseil fédéral du 14 juin 2013.

2) Mise en œuvre concrète

Pour que l'EAR soit mis en œuvre en Suisse, il faut que trois conditions soient remplies, à savoir : (i) une base légale internationale, (ii) l'adoption d'un accord entre autorités compétentes (CAA) matérialisant le standard entre les États concernés et (iii) une base légale de droit interne prévoyant l'introduction du CRS en droit suisse⁵⁶.

En premier lieu, les instruments juridiques internationaux décrits *supra* (I), notamment une CDI conforme à la norme OCDE, voire un AERF, ou, plus généralement, la CMAAT, peuvent servir de support juridique pour mettre en œuvre l'EAR. Dans les relations avec l'UE, plus spécifiquement, la base juridique repose sur un nouvel accord bilatéral qui va remplacer, à terme, l'accord sur la fiscalité de l'épargne. En conséquence, la procédure de ratification de la CMAAT, signée par la Suisse le 15 octobre 2013, de même que celle d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'UE, en vue d'introduire l'EAR, est actuellement en cours⁵⁷. Parmi les États tiers, un accord sur l'EAR avec l'Australie est également en voie de ratification⁵⁸.

En second lieu, un accord entre autorités compétentes (CAA) est requis entre les différents États concernés, afin de matérialiser l'EAR. La Suisse a signé l'accord MCAA, conforme à la norme OCDE, le 19 novembre 2014. Cet accord multilatéral permet de mettre en œuvre l'EAR, en conformité au standard CRS, entre les États parties. Il se fonde sur l'article 6 de la CMAAT. Il faut noter toutefois que le choix ultérieur des États avec lesquels l'EAR sera effectué sera ensuite soumis à l'approbation du Parlement fédéral⁵⁹. En outre, à côté du MCCA, un CAA bilatéral est également concevable avec les États ayant ratifié la CMAAT, ou sur la base d'une CDI.

En troisième lieu, un projet de loi fédérale sur l'EAR est actuellement en cours de ratification devant le Parlement fédéral⁶⁰.

III. L'impact du programme BEPS en matière d'échange de renseignements

On mentionnera ici, au passage, l'importance du programme BEPS de l'OCDE et de ses 15 actions. Le chantier est bien évidemment beaucoup plus vaste, dans ce contexte, et porte sur la lutte contre la concurrence fiscale dommageable, la planification fiscale agressive et la double non-imposition dans le cadre des entreprises multinationales. Décrire l'impact de ce programme sur l'échange de renseignements dépasse le cadre de cette contribution. Il convient toutefois de mentionner l'action 5 du programme BEPS qui prévoit un échange obligatoire spontané d'information sur les *rulings* fiscaux⁶¹ et l'action 13 qui englobe également des communications d'information sur les groupes multinationaux⁶².

La Suisse entend se conformer aux recommandations de l'OCDE dans ce domaine et va mettre en œuvre de nouvelles exigences de communication d'information. Elle travaille actuellement à l'élaboration d'une ordonnance du Conseil fédéral qui devrait mettre en œuvre un échange spontané des *rulings* visés par l'action 5 du programme BEPS.

IV. La régularisation du passé

A. Généralités

Dans la mise en œuvre de l'EAR, une des questions cruciales est de trouver une solution pour la régularisation du passé. De nombreux États ont par exemple introduit des amnisties fiscales sous différentes formes, offrant ainsi une chance à ceux qui ont évadé le fisc de régler leur situation avant l'échange de renseignements. Dans ce contexte, le système Rubik, à tout le moins la «solution pour le passé», peut être aussi interprété comme un compromis tentant de régulariser une situation problématique au moyen d'un taux d'imposition forfaitaire, censé se rapprocher le plus possible au taux qui aurait été appliqué durant une certaine période. Ce système propose certes une solution pour la régularisation du passé, mais il ne s'inscrit que de manière restreinte dans une logique de mise en œuvre de l'EAR. En effet, la confidentialité préservée sous Rubik va disparaître avec l'entrée en vigueur de l'EAR.

^{56.} Voir à ce propos, Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers et à sa mise en œuvre (loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale, loi EAR), du 18 novembre 2015 (ci-après Message EAR).

^{57.} Voir, outre le Message EAR précité, le Message du Conseil fédéral portant approbation et mise en œuvre d'un protocole de modification de l'accord sur la fiscalité de l'épargne entre la Suisse et l'UE, du 25 novembre 2015.

^{58.} Voir à ce propos, Message du Conseil fédéral concernant l'introduction de l'échange automatique de renseignements (EAR) en matière fiscale avec l'Australie, du 18 novembre 2015.

^{59.} Conseil fédéral, Communiqué de presse du 19 novembre 2014.

Voir à ce propos, Message EAR, op. cit., ch. 4.

^{61.} OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Countering Harmful Tax Practices More Effectively Taking into Account Transparency and Substance, Action 5, Final Report 2015, ch. 5.

^{62.} OECDIG20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13, Final Report 2014.

Une alternative intéressante est représentée par le Liechtenstein Disclosure Facility (LDF)⁶³, conclu avec le Royaume-Uni. D'après le système du LDF, le nom du contribuable est en effet révélé au HMRC (Services de revenus et douanes de Sa Majesté La Reine) et le contribuable concerné évite les amendes pénales en payant un montant forfaitaire correspondant aux taxes non déclarées.

Un autre exemple intéressant se trouve dans la solution trouvée par les États-Unis, pour mettre un terme à la controverse avec de nombreuses banques suisses qui ont aidé un grand nombre de contribuables américains à évader le fisc⁶⁴.

B. Le programme de régularisation du DoJ à l'égard des banques suisses

Suite à l'affaire *UBS*, et sur la base de nombreuses informations en provenance de différentes sources, comme celles des programmes de déclarations volontaires, des informateurs ou d'autres enquêtes à l'égard d'institutions financières, le «Department of Justice» des États-Unis (DoJ) a initialisé des procédures pénales et administratives à l'encontre de plusieurs banques suisses, y compris à l'égard de banquiers ou d'intermédiaires financiers ayant assisté des contribuables américains à évader le fisc.

Dans le but de trouver une solution globale à cette situation problématique, le DoJ a proposé, le 29 août 2013, un programme de régularisation permettant aux banques suisses, suspectées d'avoir participé à des stratagèmes d'évasion fiscale, d'obtenir un arrangement global⁶⁵. En substance, ce programme permet aux banques suisses participantes d'éviter des poursuites pénales aux États-Unis en échange de la communication de renseignements et, dans certains cas, de pénalités⁶⁶.

Ce programme distingue entre quatre catégories de banques. La première concerne les banques suisses qui, au moment du programme (2014), font déjà l'objet d'une enquête de la part du DoJ et ne peuvent donc pas y participer. Pour ces banques, l'amende est déterminée de manière individuelle. Dans ce contexte, les négociations tendent à obtenir un accord de poursuite différé (« deferred prosecution agreement»). La seconde, catégorie la plus vaste, vise les banques suisses qui ont de «bonnes raisons» de penser qu'elles ont violé le droit fiscal américain. Ces banques peuvent demander un accord de non-poursuite (« non prosecution agreement»). Pour cette catégorie, le montant de l'amende varie suivant la date d'ouverture du compte. L'amende prélevée est calculée par rapport au montant des comptes US non déclarés, allant d'un montant de 20 % à 50 %. Ces montants peuvent être réduits si la banque prouve que le compte non déclaré a été dévoilé par la banque suisse à l'IRS, ou a été déclaré à l'IRS dans le cadre d'un programme de déclaration volontaire ou par la notification initiale d'un tel programme, avant l'exécution d'un ANP⁶⁷. Les banques suisses qui estiment ne pas avoir violé le droit américain et peuvent l'attester par un tiers indépendant appartiennent à la troisième catégorie. Enfin, la quatrième catégorie est destinée aux banques dont l'activité est locale au sens du régime FATCA.

Les banques participantes doivent obtenir du Gouvernement suisse une autorisation de coopération avec le DoJ américain, englobant une dérogation à l'article 271 du Code pénal suisse (droit à dévoiler des informations à un État étranger). Les noms des titulaires de comptes US seront ensuite obtenus par une demande de renseignements (y compris avec les «demandes groupées»), sur la base de la CDI entre les États-Unis et la Suisse de 1996, ainsi que du Protocole de 2009, conforme au standard OCDE⁶⁸. Tant que le Protocole de 2009 n'est pas ratifié, le standard applicable à l'échange de renseignements reste le concept de « tax fraud and the like». Comme mentionné plus haut, pour résoudre ce problème transitoire, une solution concevable serait de conclure une forme d'AERF spécifique avec les États-Unis⁶⁹.

Conclusion

La Suisse a réalisé, en quelques années, une modification spectaculaire de sa politique internationale

67. Program For Non Prosecution Agreements or Non Target Let-

Déclaration commune, n° 4; D.S. MICHEL et M. MATTHEWS,

ter for Swiss Banks, 29 août 2013, II (category 2) par. H.

^{63.} Le LDF («Liechtenstein Disclosure Facility») est un accord passé entre les gouvernements du Liechtenstein et du Royaume-Uni (Her Majesty's Revenues and Customs) le 11 août 2009, en vigueur du 1er septembre 2006 au 5 avril 2015, composé de trois parties: une déclaration commune, un mémorandum de compréhension et un AERF; voir M. LANGER, Liechtenstein Report, in IFA Cahier, Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities, op. cit. (note 2), p. 449.

^{64.} Pour une description détaillée des controverses avec les États-Unis et notamment de l'affaire «UBS», voir X. OBERSON, *op. cit.* (note 7), pp. 39 et s.

^{65.} Déclaration commune entre le «Department of Justice» américain et le Département fédéral des finances du 29 août 2013.
66. Voir en particulier, Sh. DU PASQUIER, X. OBERSON et Ph. FISCHER, *Transmission d'informations à l'étranger*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014, pp. 55 et s.; D.S. MICHEL et M. MATTHEWS,

[«]The Justice Department and Swiss Banks: Understanding the Special Disclosure Program», *Bloomberg BNA's Banking Report*, 101 BBR 489, 24 septembre 2013, p. 1.

op. cit. (note 66), p. 4. 69. *Supra*, II, B, 2.

[•]

d'échange de renseignements fiscaux. D'une approche très restrictive, axée sur une vision étroite des CDI, elle a très rapidement adapté ses CDI et fait désormais partie des États conformes aux standards de l'OCDE. En partant d'aucune CDI véritablement conforme au 13 mars 2009, la Suisse a conclu, à ce jour, plus de 54 CDI avec une clause d'échange de renseignements conforme au standard des articles 26 du Modèle OCDE et 10 TIEA.

Dans la foulée, après l'alternative «Rubik» qui devrait rester une idée intéressante mais transitoire, la Suisse s'est également engagée à mettre en œuvre l'EAR, en conformité au standard CRS de l'OCDE. L'idée est de démarrer la collecte des informations en 2017 avec communication automatique, dès le 1^{er} janvier 2018, avec les États concernés. La procédure de ratification est bien avancée et porte sur tous les instruments juridiques nécessaires à cet effet : la CMAAT, un accord bilatéral de mise en œuvre de l'EAR avec l'UE, le MCAAT (accord multilatéral de mise en œuvre concrète de l'EAR) et une loi fédérale de mise en œuvre en droit interne, l'EAR. Au passage, un accord sur l'EAR avec l'Australie est également dans le « pipe-line».

L'ampleur du chemin parcouru mérite d'être saluée. On peut affirmer que la Suisse est passée d'un système proche de l'opacité à une véritable transparence, sorte de lumière générée par le « big bang» de 2009. Ce passage, nous l'espérons, devrait être enfin reconnu à sa juste mesure au niveau international. Il ne va toutefois pas sans poser diverses questions juridiques.

En premier lieu, pour que l'EAR parvienne à devenir un standard équitable et accepté par tous, quelques conditions de base doivent être remplies. Tout d'abord, le standard doit s'appliquer intégralement à toutes les places financières concurrentes, dans le respect des principes de réciprocité et d'équité. En particulier, les lacunes existantes relatives à l'identification de contribuables bénéficiaires d'entités juridiques ou de fonds d'investissement doivent être comblées. Le CRS renvoie notamment aux règles en matière de lutte anti-blanchissement. La mise en œuvre effective de telles règles dans tous les États participants sera nécessaire pour assurer un système équitable et le « level playing field».

En second lieu, le passage à l'EAR nécessite de trouver une solution adéquate à l'égard du passé. Le modèle Rubik fournit certes une solution, sous la forme d'un impôt libératoire à la source, mais sur ce point, le LDF Liechtenstein-Royaume-Uni procure également une alternative intéressante. Contrairement à Rubik, le LDF offre l'avantage de dévoiler le nom du contribuable concerné.

En troisième lieu, les droits des contribuables et des personnes visées par une procédure d'échange de renseignements doivent être protégés. À notre sens, l'échange de renseignements est bien plus qu'une «collecte des informations» et doit être considéré comme une procédure administrative indépendante⁷⁰. Il en découle une série de droits de procédure à l'égard des contribuables, soit notamment le droit d'être notifié, de participer à la procédure et de faire appel devant un tribunal indépendant. De même, dans ce contexte, nous ne partageons pas l'avis du Tribunal fédéral suisse et pensons que l'article 6 de la CEDH doit s'appliquer dans la procédure d'échange de renseignements en matière fiscale au niveau international. Ces échanges contiennent des informations concernant l'évasion fiscale, classifiées de «crime» au sens de la CEDH et le processus d'échange implique que les États demandeurs et les États intimés prennent des décisions au fond affectant le contribuable et les personnes impliquées dans la procédure.

Enfin, dans le cadre des discussions sur la mise en œuvre de l'EAR, la Suisse devrait, outre les conditions cadres susmentionnées, dans la mesure du possible, s'assurer de conditions concurrentielles équivalentes, avec notamment, un accès équivalent au marché.

Une fois dans la lumière, les comportements des acteurs économiques doivent ainsi pouvoir s'exprimer pleinement, dans le respect des obligations fiscales, mais aussi des droits qui leur sont garantis.

^{70.} Voir sur ce point, X. OBERSON, *op. cit.* (note 7), pp. 209 et s., spéc. p. 249.