

**L'échange de renseignements suivant les
nouvelles conventions franco-suisse et américano-
suisse :**
**le changement que ces conventions représentent du point de
vue suisse.**

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2010

par

Marie Bonvin

30 avril 2010

Table des matières

TABLE DES MATIÈRES	2
TABLE DES ABRÉVIATIONS	4
I. INTRODUCTION	8
II. LES FONDEMENTS DE LA POSITION TRADITIONNELLE DE LA SUISSE : UN SYSTÈME PÉNAL FISCAL PARTICULIER	8
1. <i>Généralités</i>	8
2. <i>La soustraction fiscale</i>	9
2.1 La définition	9
2.2 Les conditions	10
2.3 La sanction	10
3. <i>L'usage de faux</i>	10
3.1 La définition	10
3.2 Les conditions	11
3.3 La sanction	12
4. <i>Comparaison entre fraude et soustraction fiscales</i>	12
5. <i>Le secret bancaire</i>	12
III. LES CHANGEMENTS APPORTÉS PAR LES NOUVELLES CONVENTIONS SIGNÉES AVEC LA FRANCE ET LES ETATS-UNIS	14
1. <i>Généralités</i>	14
1.1 La position traditionnelle de la Suisse face au Modèle OCDE	14
1.2 L'évolution de la position de la Suisse	15
1.3 La nouvelle position de principe adoptée par la Suisse en 2009	16
2. <i>L'échange de renseignements pour l'application correcte de la Convention</i>	17
2.1 Le Modèle OCDE	17
2.2 La position traditionnelle de la Suisse par rapport au Modèle OCDE	17
2.3 La CDI Suisse-France	18
2.3.1 La situation jusqu'en 2009	18
2.3.2 L'Avenant Suisse-France signé en 2009	19
2.4 La CDI Suisse-USA	19
3. <i>L'échange de renseignements pour l'application du droit interne des Etats parties</i>	20
3.1 Le Modèle OCDE	20
3.2 La position traditionnelle de la Suisse par rapport au Modèle OCDE	20
3.3 La CDI Suisse-France	20
3.5.1 La situation jusqu'en 2009 : la « <i>petite entraide</i> »	20
3.5.2 L'Avenant Suisse-France signé en 2009 : la « <i>grande entraide</i> »	21
3.4 La CDI Suisse-USA	22
3.4.1 L'évolution de la situation jusqu'en 2009	22
3.4.1.1 La CDI Suisse-USA de 1951	22
3.4.1.2 La CDI Suisse-USA de 1996	23
3.4.1.3 L'Accord amiable du 23 janvier 2003	24
3.4.2 Le Protocole Suisse-USA signé en 2009	24
4. <i>Le type d'impôt visé</i>	25
4.1 Le Modèle OCDE	25
4.2 La position de la Suisse par rapport au Modèle OCDE	25
4.3 La CDI Suisse-France	26

4.4 La CDI Suisse-USA	27
5. Les contribuables pouvant faire l'objet d'un échange de renseignements.....	27
5.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse	27
5.2 La CDI Suisse-France	27
5.3 La CDI Suisse-USA	27
6. Les destinataires potentiels des renseignements.....	28
6.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse	28
6.2 La CDI Suisse-France	28
6.3 La CDI Suisse-USA	29
7. Les conditions et les modalités de l'échange de renseignements.....	30
7.1 La manière de procéder à l'échange d'informations	30
7.1.1 Le Modèle OCDE	30
7.1.2 La position de la Suisse par rapport au Modèle OCDE : l'échange de renseignements sur demande	30
7.1.3 La CDI Suisse-France	31
7.1.4 La CDI Suisse-USA	31
7.2 La forme et le contenu de la demande.....	31
7.2.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse	31
7.2.2 La CDI Suisse-France	32
7.2.3 La CDI Suisse-USA	34
7.3 La forme des renseignements donnés.....	35
7.3.1 La position de la Suisse face au Modèle OCDE.....	35
7.3.2 La CDI Suisse-France	36
7.3.3 La CDI Suisse-USA	36
8. Les limites posées à l'échange de renseignements	37
8.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse	37
8.2 La CDI Suisse-France	38
8.3 La CDI Suisse-USA	38
9. Le secret bancaire	39
9.1 Le Modèle OCDE	39
9.2 La position de la Suisse par rapport au Modèle OCDE.....	39
9.3 La CDI Suisse-France	40
9.3.1 La situation jusqu'en 2009	40
9.3.2 L'Avenant Suisse-France signé en 2009	40
9.4 La CDI Suisse-USA	41
9.4.1 L'évolution jusqu'en 2009.....	41
9.4.2 Le Protocole Suisse-USA signé en 2009	42
10. Le droit transitoire	43
10.1 La situation de principe	43
10.2 La CDI Suisse-France	43
10.3 La CDI Suisse-USA	43
IV. LE POUVOIR D'INVESTIGATION DES AUTORITÉS FISCALES SUISSES.....	44
1. La situation au niveau purement interne.....	44
2. Les demandes de renseignements formulées par l'AFC en direction des autorités fiscales étrangères.....	44
V. CONCLUSION	45
BIBLIOGRAPHIE	47

Table des abréviations

al.	Alinéa (s)
art.	Article (s)
Accord amiable de 2003	Accord amiable du 23 janvier 2003 relatif à l'application de l'article 26 («Echange de renseignements») de la Convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996
AFisE	(ou Accord sur la fiscalité de l'épargne) Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (RS 0.641.926.81)
Accord sur la lutte contre la fraude	Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers.
AFC	Administration fiscale des contributions
AJP/PJA	Pratique juridique actuelle
ASA	Archives de droit fiscal suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Avenant Suisse-France	Avenant à la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune signée à Paris le 9 septembre 1966 (et son protocole additionnel) modifiée par l'avenant signé à Paris le 22 juillet 1997, signé le 27 août 2009
c.	Considérant
CDI	Convention de double imposition
CDI Suisse-USA de 1951	Convention du 24 mai 1951 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu
CDI Suisse-USA de 1996	Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu (RS 0.672.933.61)

CDI Suisse-Allemagne	Convention du 11 août 1971 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (RS 0.672.913.62)
CDI Suisse-Autriche	Convention du 30 janvier 1974 entre la Confédération suisse et la République d'Autriche en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (RS 0.672.916.31)
CDI Suisse-Finlande	Convention du 16 décembre 1991 entre la Confédération suisse et la République de Finlande en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (RS 0.672.934.51)
CDI Suisse-France	Convention du 9 septembre 1966 entre la Confédération suisse et la République française en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, (RS 0.672.934.91)
Cf.	<i>confer</i>
chap.	Chapitre
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
ECS	L'Expert-comptable suisse (revue)
éd.	Edition
édit.	Editeur (s)
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
infra	ci-dessous
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 641.21)

LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
lit.	<i>Littera</i>
LT	Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10)
LTAF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTN	Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (RS 822.41)
LTVA	Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20)
MAER	Convention modèle de l'OCDE en matière d'échange de renseignements (2002)
Message complémentaire	
Suisse-France	Message du 27 novembre 2009 complémentaire au message du 6 mars 2009 concernant l'approbation du nouvel avenant à la convention contre les doubles impositions avec la France (FF 2010 1409)
Message concernant	
l'approbation du protocole	Message du 27 novembre 2009 concernant l'approbation d'un protocole à la Convention en vue d'éviter les doubles impositions entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique (FF 2010 217)
Modèle OCDE	Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE
MOU	Memorandum of Understanding (Mémorandum d'entente) (RS 0.641.926.81)
n°	Numéro
OACDI	Ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OTN	Ordonnance du 6 septembre 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (RS 822.411)
op. cit.	<i>opere citato</i>
p.	Page (s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)

par.	Paragraphe
Protocole Suisse-USA	Protocole modifiant la Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu, signé le 23 septembre 2009
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101)
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
s.	Et suivant (e)
spéc.	Spécialement
ss	Et suivant(e)s
StR	Steuer-revue
supra	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne

I. Introduction

Par opposition à l'entraide judiciaire en matière fiscale, qui concerne les relations entre les autorités judiciaires d'Etats différents et est régie par l'EIMP ainsi que par des traités bilatéraux, l'entraide administrative s'applique aux relations entre les autorités administratives. Elle est réglementée par les Conventions de double imposition ainsi que, entre la Suisse et l'Union européenne, par l'Accord sur la fiscalité de l'épargne.

La position de la Suisse en matière d'entraide administrative dans le domaine fiscal a subi depuis quelques années d'importants bouleversements. Alors qu'elle était depuis bien longtemps restée très réservée, elle tend à se modifier, principalement sous la pression des Etats-Unis et des Etats membres de l'Union Européenne. Le principal changement, qui a valeur de principe, a eu lieu le 13 mars 2009, date à laquelle le Conseil fédéral a décidé de reprendre les normes de l'OCDE en la matière.

Afin de bien saisir les raisons de l'originalité de la position helvétique qui prédominait jusqu'en 2009, la présente étude examinera tout d'abord les spécificités du droit interne suisse en matière de droit pénal fiscal et ses implications sur la notion de secret bancaire. Elle s'attachera ensuite à analyser précisément la question de l'échange de renseignements, en présentant le système d'assistance administrative tel que prévu par l'OCDE ainsi que la position qu'adoptait traditionnellement la Suisse par rapport à ce système. Il s'agira, parallèlement, d'étudier de façon détaillée les dispositions des nouvelles conventions de doubles impositions signées en 2009 avec la France et les Etats-Unis portant sur l'échange d'informations, en insistant sur les changements qu'elles engendreront du point de vue suisse dès leur entrée en vigueur. La présente analyse tient compte de l'état de la législation et de la jurisprudence au 30 avril 2010.

II. Les fondements de la position traditionnelle de la Suisse : un système pénal fiscal particulier

1. Généralités

La position adoptée durant de nombreuses années par la Suisse en matière d'échange de renseignements est originale, se distinguant à bien des égards de celle de la plupart des autres Etats, notamment en ce qui concerne le secret bancaire. En effet, notre pays a, pendant longtemps, refusé son assistance administrative en matière fiscale lorsque celle-ci avait pour but l'application du droit interne de l'Etat requérant. Depuis 2004, la Suisse accepte en principe de transmettre des documents bancaires pour l'application du droit interne de l'Etat cocontractant, mais uniquement lorsque cela concerne des cas impliquant des actes de fraude passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux Etats contractants¹.

Les fondements de cette position sont divers. Tout d'abord la Suisse, contrairement à de nombreux Etats et à l'OCDE, a toujours considéré que les CDI n'ont pas pour objectif

¹ Commentaire OCDE, n° 24 *ad* art. 26.

de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale. Elles sont seulement destinées à éviter que des contribuables soient imposés à plusieurs reprises, dans deux Etats différents, par un impôt de même nature portant sur les mêmes éléments. Autrement dit, elles luttent contre la double imposition juridique internationale².

Ensuite, la Suisse estime que pour lutter contre l'évasion fiscale, il est préférable d'utiliser d'autres moyens que l'échange de renseignements. Elle a choisi un système de retenue à la source, dont le taux est le plus élevé parmi les pays de l'OCDE et l'un des plus élevés au monde³. Les personnes résidant à l'étranger ne peuvent en obtenir le remboursement qu'en invoquant une CDI. Les autorités fiscales peuvent alors échanger les renseignements nécessaires à l'application de la Convention. Ce système permet d'inciter les contribuables à déclarer les revenus grevés de l'impôt anticipé⁴.

Si la Suisse a une conception si particulière, c'est aussi parce que son droit pénal fiscal interne est différent de celui des autres Etats. La plupart des Etats considèrent que la soustraction fiscale commise intentionnellement par le contribuable est un délit pénal, susceptible d'une peine privative de liberté, et que la seule soustraction involontaire est une simple contravention.⁵ En Suisse par contre, la loi distingue deux types d'infractions en matière d'impôts directs : la soustraction et la fraude fiscale. Cette distinction est à la base de tout le système d'entraide administrative helvétique⁶. Le critère permettant de qualifier un état de fait de fraude ou de soustraction fiscale n'est pas celui de l'intensité de la faute, mais celui de l'usage ou non d'un titre faux.

2. La soustraction fiscale

2.1 La définition

Il y a soustraction d'impôt lorsque le contribuable, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée, alors qu'elle aurait dû l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète ; commet aussi une soustraction celui qui, intentionnellement ou par négligence, ne retient pas ou pas suffisamment un impôt à la source, ou obtient une remise illégale ou injustifiée d'impôt⁷. Cette infraction implique en principe une déclaration fiscale déficiente, dans laquelle le contribuable omet de déclarer un élément de revenu ou de fortune qu'il avait l'obligation de mentionner⁸; elle n'est découverte par le fisc qu'une fois la taxation entrée en force⁹.

² OBERSON, Coordination, p. 51 s. ; sur la notion de double imposition juridique, voir OBERSON, Précis, p. 2 s. n° 6.

³ OCDE, Concurrence fiscale dommageable, annexe II ; OBERSON, Coordination, p. 52 ; Ce système est celui de l'impôt anticipé prévu dans la LIA. Le taux de l'impôt anticipé, qui frappe les revenus de capitaux mobiliers, les gains de loterie et les prestations d'assurance, est en principe de 35% (art. 1 al. 1 et art. 13 LIA).

⁴ OBERSON, Coordination, p. 52.

⁵ C'est le cas par exemple en droit français : art. 1741 du Code général des impôts.

⁶ OBERSON Xavier, Refonte de la fiscalité, p. 4.

⁷ Art. 175 LIFD et 56 al. 1 LHID.

⁸ REICHEN, p. 706.

⁹ RYSER/ROLLI, p. 503 n° 60.

2.2 Les conditions

La soustraction fiscale suppose tout d'abord la réalisation d'une condition objective : il faut que les agissements du contribuable aient pour résultat concret une absence de taxation ou une taxation incomplète¹⁰. Pour le vérifier, il faut comparer l'impôt établi dans la décision de taxation et l'impôt calculé d'après l'assiette de l'impôt corrigée. La différence entre les deux correspond au montant soustrait à l'Etat.

Ensuite il faut que, subjectivement, le contribuable soit fautif. La faute peut être intentionnelle : l'intéressé est conscient que la déclaration qu'il a établie est incorrecte ou incomplète. La faute peut aussi être commise par négligence. C'est le cas lorsque le contribuable, par une imprudence coupable, ne se rend pas compte ou ne tient pas compte des conséquences de son acte¹¹. La faute peut résulter d'un acte (par exemple, lorsque le contribuable donne des indications inexactes) comme d'une omission (par exemple, lorsque le contribuable dissimule des éléments qui font partie de la base d'imposition)¹².

Enfin, un rapport de causalité naturel et adéquat doit exister entre le comportement du contribuable et la perte d'impôt subie par l'Etat¹³.

2.3 La sanction

La soustraction est une contravention fiscale et relève du droit pénal administratif. L'administration fiscale est compétente pour sanctionner cette infraction. Elle ne peut avoir recours qu'aux moyens prévus par la loi fiscale en matière de taxation, et ne peut donc pas prendre de mesures de contrainte¹⁴. La sanction est l'amende, qui correspond en principe au montant de l'impôt soustrait. L'amende est fixée en fonction de deux éléments : le montant soustrait au fisc et le degré de culpabilité de l'auteur¹⁵. Elle peut fluctuer entre un tiers de la perte d'impôt consécutive à l'infraction (en cas de faute légère) et trois fois ce montant (en cas de faute grave)¹⁶.

3. L'usage de faux

3.1 La définition

Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt, utilise des titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, commet une fraude fiscale¹⁷ (aussi appelée « *usage de faux* »). Cette définition, qui considère l'usage d'un moyen particulier (le

¹⁰ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 509 n° 17.

¹¹ Arrêt du TF 2A.182/2002 du 25 avril 2003 c. 4.3 : l'imprévoyance est coupable lorsque l'intéressé n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle.

¹² RIVIER, p. 264.

¹³ RIVIER, p. 265.

¹⁴ TORRIONE, p. 1053.

¹⁵ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 511 n° 24.

¹⁶ Art. 175 al. 2 LIFD et art. 56 al.1 LHID; SANSONETTI, in: Yersin/Noël (édit.), Commentaire Romand de la LIFD, n° 41 ss *ad* art. 175.

¹⁷ Art. 186 al. 1 LIFD et art. 59 al. 1 LHID.

titre faux) comme déterminant, se fonde sur le concept du faux dans les titres, aussi appelé « *Urkundemodell* »¹⁸.

3.2 Les conditions

La fraude fiscale suppose tout d'abord que le contribuable ait fait usage d'un titre. Il n'est pas nécessaire qu'il ait lui-même créé ce titre. Il suffit qu'il l'ait utilisé comme moyen de preuve dans ses relations avec l'autorité fiscale compétente. La notion de « titre » est définie à l'art. 110 al. 4 CP : « *Sont des titres tous les écrits destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique et tous les signes destinés à prouver un tel fait. L'enregistrement sur des supports de données et sur des supports-images est assimilé à un écrit s'il a la même destination.* ». Par exemple, les documents remis en annexe d'une déclaration d'impôts, tels que certificat de salaire, livres comptables, bilans, état des dettes, sont des titres. En revanche, la déclaration d'impôts en elle-même ne constitue pas un titre¹⁹.

Pour qu'il y ait fraude fiscale, il faut que le titre utilisé soit faux, falsifié ou inexact quant à son contenu. Un titre est faux lorsqu'il est créé dans le but de faire croire qu'il émane de quelqu'un qui n'en est en fait pas l'auteur (par exemple, lorsqu'une entreprise mentionne sur les décomptes d'un fournisseur des prestations inexistantes pour les comptabiliser). Un titre est falsifié lorsque son contenu est modifié de manière illicite sur un fait qu'il tend et est propre à prouver (notamment lorsqu'un contribuable modifie un certificat de salaire). Un titre est inexact quant à son contenu lorsque les faits qu'il constate et qui sont juridiquement déterminants ne correspondent pas à la réalité, soit parce qu'ils sont incorrects, soit parce qu'ils sont incomplets (par exemple, les factures fictives établies par un fournisseur pour des prestations qu'il n'a pas faites, à la demande d'une entreprise)²⁰.

L'intention de l'auteur est une condition indispensable pour qu'il y ait fraude fiscale. Celui-ci doit avoir utilisé le titre pour tromper le fisc dans le but de commettre une soustraction fiscale, c'est-à-dire de réduire sa créance fiscale²¹. Le dol éventuel suffit : il y a dol éventuel lorsque l'auteur accepte l'idée de tromper le fisc au moyen de cette fausse preuve²².

Enfin, il convient de relever que l'infraction de fraude fiscale est réalisée même si le résultat concret escompté par son auteur, à savoir la soustraction d'impôt, n'a pas eu lieu. Il n'est donc pas nécessaire que la soustraction fiscale soit consommée²³.

¹⁸ TORRIONE, p. 921. Ce modèle s'oppose à l'« *Arglistmodell* », dans lequel la tromperie astucieuse est déterminante, qu'un faux ait été utilisé ou non. L'« *Arglistmodell* » est le modèle utilisé pour définir l'escroquerie fiscale, propre aux impôts indirects (art. 14 DPA).

¹⁹ TORRIONE, p. 1057 ss.

²⁰ Circulaire n° 21 aux administrations cantonales de l'impôt fédéral direct, Période fiscale 1995/1996, Administration fédérale des contributions, division principale de l'impôt fédéral direct, Le droit de rappel d'impôt et le droit pénal fiscal dans la loi sur l'impôt fédéral direct, p. 39 ; CORBOZ, p. 195 n° 55 et p. 197 n° 67-69 ; RIVIER, p. 268.

²¹ TORRIONE, p. 1056.

²² CORBOZ, p. 216 s. n° 171-172 ; RYSER/ROLLI, p. 513 n° 69.

²³ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 518 n° 51 ; TORRIONE, p. 1056. Avant le 1^{er} janvier 1995, il était en revanche nécessaire que la soustraction soit consommée pour qu'on puisse parler de fraude fiscale.

3.3 La sanction

L'usage de faux est un délit fiscal. Il ne concerne que les impôts directs. C'est le juge pénal ordinaire qui est compétent pour sanctionner cette infraction²⁴. Il peut avoir recours à toutes les mesures prévues en matière de procédure pénale²⁵, notamment des mesures coercitives comme l'obligation de témoigner, la perquisition et la saisie de documents bancaires²⁶. La sanction en cas de fraude fiscale est l'emprisonnement ou l'amende jusqu'à 30'000 francs²⁷.

4. Comparaison entre fraude et soustraction fiscales

Au vu de ce qui précède, la fraude et la soustraction fiscales se distinguent sur plusieurs points. Tout d'abord, la soustraction fiscale est punissable en cas d'intention comme de négligence, alors que l'usage de faux suppose dans tous les cas l'intention de son auteur. Ensuite, la soustraction doit être consommée (à défaut, il n'y a que tentative de soustraction, qui n'est punissable que si elle est commise intentionnellement²⁸) ; ce n'est pas le cas, en revanche, de la fraude fiscale. Mais le critère fondamental qui permet de déterminer si, dans un cas concret, il y a fraude ou soustraction, est l'usage de faux : il n'y a pas de fraude possible sans usage de faux.

Il faut remarquer que ces infractions peuvent être réalisées toutes deux dans le même cas d'espèce. C'est le cas lorsqu'un contribuable fait usage d'un titre faux, intentionnellement, dans le but de diminuer sa base imposable, et que ce but se réalise. Concernant les impôts directs, la soustraction et l'usage de faux sont en concours réel. La loi le mentionne expressément²⁹. Cette situation, bien que confirmée par le TF, est critiquée par une partie de la doctrine³⁰.

5. Le secret bancaire

Le secret bancaire est une institution de droit interne helvétique qui repose sur l'art. 47 LB. Cet article consacre une obligation de discrétion à la charge des banques, qui connaît cependant certaines limites. Ainsi, le client de la banque peut autoriser librement celle-ci à divulguer des informations le concernant³¹. Les exceptions au devoir de discrétion des banques sont soumises au principe de la légalité : il faut une base légale expresse pour que les banques puissent transmettre des informations normalement protégées par le secret³².

²⁴ SANSONETTI, *in* : Yersin/Noël (édit.), Commentaire Romand de la LIFD, n° 3 *ad* art. 186.

²⁵ TORRIONE, p. 1053.

²⁶ MOLO, RSDIE 2006, p. 561.

²⁷ Art. 186 al. 1 LIFD et art. 59 al. 1 LHID.

²⁸ Art. 176 LIFD et art. 56 al. 2 LHID ; RIVIER, p. 265.

²⁹ Art. 186 al. 2 LIFD ; TORRIONE, p. 921 ;

³⁰ Sur ce point, voir OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 519 n° 62 s. ; MONTI, p. 123 s.

³¹ LOMBARDINI, p. 632 n° 7.

³² ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 223.

Le secret bancaire, qui vise à protéger la sphère privée des individus³³, repose notamment sur le principe selon lequel le contribuable est au centre de la procédure de taxation : il doit lui-même compléter sa déclaration d'impôt si celle-ci est lacunaire, ou la justifier auprès des autorités fiscales. Le cas échéant, il doit fournir des documents bancaires en tant que moyens de preuve. Ce principe est ancré dans les lois fiscales fédérales et cantonales³⁴.

En principe, l'obligation de discrétion qui incombe aux établissements bancaires, en tant que secret professionnel légalement protégé, subsiste à l'égard des autorités fiscales³⁵. Les banques ne peuvent donc pas, en l'absence d'une autorisation de leur client, transmettre des informations le concernant au fisc.

En ce qui concerne les impôts directs, le secret bancaire peut être invoqué par les banques pour refuser de transmettre des renseignements au fisc dans les cas de contravention fiscale, soit notamment de soustraction d'impôt. Les autorités fiscales ne peuvent donc obtenir aucune information de leur part, même en cas de très fort soupçon de soustraction³⁶. Elles ne peuvent s'adresser qu'au contribuable. Le droit suisse admet toutefois que le secret bancaire ne peut pas être opposé en cas de soupçon fondé de soustraction continue de montants importants d'impôt. Dans une telle situation, le chef du Département fédéral des finances peut autoriser l'AFC à mener une enquête ; la procédure applicable est régie aux art. 19 à 50 DPA, par renvoi de l'art. 191 al. 1 LIFD³⁷.

S'il existe des indices sérieux et concrets permettant de soupçonner une fraude fiscale, les autorités fiscales dénoncent le cas au juge pénal compétent. Les banques ne peuvent pas refuser de lui transmettre les informations qu'elles détiennent, le secret bancaire ne pouvant jamais être invoqué dans une procédure pénale³⁸.

Le secret bancaire existe dans de nombreux Etats : les différents droits internes prévoient en principe que la documentation bancaire n'est transmissible qu'en cas de délit fiscal. Ce qui distingue la Suisse de la plupart des autres Etats, c'est qu'elle n'a pas jugé nécessaire de qualifier de pénale la soustraction fiscale : il en résulte que le secret bancaire, opposable aux autorités administratives, reste protégé³⁹. Cela résulte de considérations politiques. Par contre, le devoir de discrétion des banques n'existant pas face au juge pénal, les banques doivent transmettre à ce dernier les informations qu'elles détiennent. On comprend dès lors aisément qu'en matière d'assistance administrative fiscale internationale, la Suisse a traditionnellement refusé d'échanger des renseignements bancaires dans les simples cas de soustraction d'impôts. Il semble en effet logique de ne pas accorder davantage de moyens procéduraux aux autorités étrangères que n'en a le fisc suisse⁴⁰. La Suisse allait souvent même plus loin, refusant toute assistance ayant pour but l'application du droit interne de l'Etat requérant. Même dans les cas de fraude fiscale avérée, alors qu'au niveau purement interne le fisc suisse

³³ Art. 13 Cst. ; WINZELER, p. 158 s. ; BEHNISCH, ASA 2009, p. 753.

³⁴ AUBERT ET AL., p. 216 s. ; OBERSON, Coordination, p. 52.

³⁵ Art. 127 al. 2 LIFD et art. 43 al. 2 LHID ; ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 215.

³⁶ ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 215 s. ; OBERSON, RDAF 1999, p. 74 s.

³⁷ MOLO, RSDIE 2006, p. 562 ; ZUFFEREY/CASA/GRISEL, p. 215 s. ; AMADO/MOLO, p. 549.

³⁸ LOMBARDINI, p. 649 n° 76 s. ; OBERSON, RDAF 1999, p. 77.

³⁹ LAMBELET, p. 111.

⁴⁰ MOLO, RSDIE 2006, p. 565.

obtiendrait les renseignements bancaires nécessaires, l'AFC ne transmettait traditionnellement pas ces informations à l'étranger.

III. Les changements apportés par les nouvelles Conventions signées avec la France et les Etats-Unis

1. Généralités

1.1 La position traditionnelle de la Suisse face au Modèle OCDE

Le Modèle OCDE est un document qui poursuit l'objectif d'influencer les Etats qui négocient en vue d'éliminer la double imposition, afin de permettre une certaine uniformisation des conventions bilatérales qui sont conclues. Il est également destiné à lutter contre l'évasion fiscale internationale⁴¹. Il a été rédigé par l'ensemble des Etats membres de l'OCDE. Ce texte n'étant pas contraignant, chaque Etat conserve sa souveraineté lorsqu'il négocie une convention de double imposition⁴².

L'art. 26 du Modèle OCDE traite de l'échange de renseignements. Il a été modifié à plusieurs reprises par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE, afin de préciser certaines notions qui posaient des problèmes d'interprétation et de mieux considérer les pratiques actuelles des Etats. D'autre part, ces modifications tiennent compte de l'évolution en matière d'échange de renseignements apportée par le MAER⁴³, qui est également une Convention modèle ; cette dernière, publiée par l'OCDE en 2002, est entièrement consacrée à la question de l'échange de renseignements. Elle poursuit l'objectif de lutter contre les pratiques fiscales dommageables⁴⁴. A l'instar du Modèle OCDE, le MAER ne fait pas partie du droit positif ; il est destiné à inspirer les Etats qui concluent entre eux des conventions⁴⁵.

Les standards de l'OCDE prévoient que l'échange de renseignement doit avoir lieu à la fois lorsqu'il a pour but la bonne application de la Convention et lorsqu'il poursuit l'objectif de permettre l'application du droit interne des Etats contractants⁴⁶.

Généralement, lorsque la Suisse conclut des conventions de double imposition, elle se conforme au Modèle OCDE, tant sur la forme que sur le fond⁴⁷. Cependant, cela n'a pendant longtemps pas été le cas en matière d'échange de renseignements. En effet, la Suisse avait émis, jusqu'en 2009, une réserve à l'art. 26 du Modèle OCDE⁴⁸, plus précisément à ses al. 1 et 5, lui permettant de s'en écarter sur plusieurs points. Ainsi, traditionnellement, la Suisse accordait son assistance administrative uniquement lorsque celle-ci avait pour but l'application régulière des CDI. Le secret bancaire était toujours

⁴¹ OBERSON, Précis, p. 13 n° 37.

⁴² OBERSON, Précis, p. 19 n° 50 s.

⁴³ Commentaire OCDE, n° 4 *ad* art. 26.

⁴⁴ Cette question est traitée en détails dans : OCDE, Concurrence fiscale dommageable.

⁴⁵ MAER, (I) Introduction, paragraphe 4.

⁴⁶ Art. 26 al. 1 du Modèle OCDE.

⁴⁷ OBERSON, Précis, p. 19 n° 51 s.

⁴⁸ Commentaire OCDE, n° 24 *ad* art. 26.

préservé : les renseignements bancaires n'étaient jamais transmis aux autorités étrangères.

1.2 L'évolution de la position de la Suisse

Au fil des ans, la position traditionnellement très restrictive de la Suisse a évolué sous l'effet des pressions internationales. Tout d'abord, des concessions ont été faites dans les Conventions signées avec les Etats-Unis, puis avec l'Allemagne. L'évolution s'est ensuite accélérée lors des négociations avec l'Union européenne.

En 1951, la Suisse fait une première concession importante dans le cadre de négociations avec les Etats-Unis : elle accorde désormais son entraide pour l'application correcte du droit interne en cas de « *tax fraud and the like* ». Cette notion comprend tout au moins l'infraction d'usage de faux au sens du droit suisse, mais n'est pas encore précisée. La jurisprudence du TF pose le principe selon lequel le secret bancaire n'est pas opposable en cas de fraude⁴⁹. En 1996, la révision totale de la CDI Suisse-USA et de ses Protocoles permettent de préciser qu'il faut échanger des informations dans tous les cas correspondant à l'usage de faux ou à l'escroquerie au sens du droit interne helvétique⁵⁰ ; les documents bancaires seront échangés dans de tels cas. Ainsi, la Suisse accepte de lever le secret bancaire en cas d'escroquerie en matière d'impôts directs, ce qu'elle refuse toujours au niveau interne.

En 2002, la Suisse accorde à l'Allemagne son entraide administrative pour l'application du droit interne en cas de fraude fiscale⁵¹, selon le principe de double incrimination⁵² ; cela correspond, en droit interne suisse aux cas d'usage de faux⁵³ en matière d'impôts directs et aux cas d'escroquerie fiscale⁵⁴ concernant l'impôt anticipé, la TVA et les droits de timbre⁵⁵. Le secret bancaire est levé lorsque de telles infractions sont réalisées. Il conserve la même portée qu'en droit interne suisse, n'étant levé que dans les cas où les autorités pénales peuvent être saisies.

En 2004, la Suisse a modifié le texte de sa réserve au Modèle OCDE, acceptant désormais d'échanger des informations pour l'application du droit interne de l'Etat cocontractant dans tous les cas de fraude fiscale passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux Etats contractants⁵⁶. Par ailleurs, dans le cadre des travaux de l'OCDE sur la concurrence fiscale dommageable, elle introduit progressivement dans les CDI un échange de renseignements dans les cas impliquant des sociétés holding⁵⁷.

Suite aux Accords bilatéraux II signés avec l'UE, la Suisse accélère l'évolution de sa politique. Elle accepte de renégocier avec tous les Etats européens afin d'introduire dans les CDI une clause permettant d'octroyer l'assistance administrative dans les cas de

⁴⁹ ATF 96 I 737 c. 3.

⁵⁰ Arrêt du TF 2A.551/2001 du 12 avril 2002 c. 4.

⁵¹ Art. 27 al. 1 lit. b CDI Suisse-Allemagne.

⁵² Art. 3 lit. a du Protocole à la Convention Suisse-Allemagne, signé en 2002.

⁵³ Art. 186 LIFD et art. 59 LHID.

⁵⁴ Art. 14 DPA.

⁵⁵ OBERSON, Droit fiscal suisse, n° 70 p. 522.

⁵⁶ Commentaire OCDE, n° 24 *ad* art. 26.

⁵⁷ Voir à ce propos, à titre d'exemples, l'art. 26 al. 1 lit. b CDI Suisse-Finlande, art. 26 al. 1 lit. a CDI Suisse-Autriche.

fraude et délits équivalent⁵⁸. A priori, dans ce contexte, l'assistance n'allait pas plus loin que ce que la Suisse accordait jusqu'ici aux Etats-Unis et à l'Allemagne, mais cette concession devait avoir pour effet de généraliser cette pratique.

1.3 La nouvelle position de principe adoptée par la Suisse en 2009

Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a décidé de retirer la réserve formulée par la Suisse à l'égard de l'art. 26 du Modèle OCDE. La Suisse s'est en conséquence engagée politiquement à entamer des négociations en vue de réviser les conventions de double imposition existantes⁵⁹.

Cette décision modifie fondamentalement la position de principe de la Suisse concernant l'échange de renseignements, celle-ci s'étant engagée à reprendre les standards de l'OCDE en la matière, et à élargir son assistance administrative aux cas de simple soustraction fiscale.

Le gouvernement helvétique a alors précisé que le secret bancaire était maintenu en invoquant, premièrement, le fait que l'échange de renseignement ne pourrait pas se faire de manière automatique, mais seulement sur demande. Il a par ailleurs rappelé que cette décision de principe ne modifiait aucunement la situation des contribuables résidant en Suisse, le droit interne étant inchangé⁶⁰. Seuls les contribuables étrangers clients de banques suisses seraient touchés⁶¹. Officiellement, la Suisse a affirmé que l'assistance administrative ne serait offerte qu'au cas par cas, excluant ainsi les « *fishing expeditions* », et qu'elle se limiterait aux impôts visés par la convention concernée⁶². Sur ce dernier point, elle maintient une position plus restreinte que celle du Modèle OCDE, qui prévoit un échange de renseignements concernant les impôts « *de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des Etats contractants* »⁶³.

Mettant en œuvre ses engagements, la Suisse a négocié avec de nombreux Etats une modification des conventions bilatérales de double imposition. Elle a ainsi été rayée de la « *liste grise* » établie par l'OCDE⁶⁴.

Parmi les conventions révisées déjà signées à ce jour, on compte notamment un avenant à la Convention contre les doubles impositions conclue avec la France, et un protocole d'accord annexé à la Convention conclue avec les Etats-Unis. Notre analyse vise à déterminer les incidences que ces nouvelles clauses auront pour la Suisse.

⁵⁸ Art. 2 MOU.

⁵⁹ DFF, Communiqué 13.03.09.

⁶⁰ DFF, Communiqué 13.03.09.

⁶¹ DFF, Communiqué 14.03.09.

⁶² DFF, Communiqué 13.03.09.

⁶³ Art. 26 al. 1 du Modèle OCDE ; cf. toutefois *infra* p 26.

⁶⁴ DFF, Communiqué 24.09.09.

2. L'échange de renseignements pour l'application correcte de la Convention

2.1 Le Modèle OCDE

L'art. 26 al. 1 du Modèle OCDE constitue la principale règle en matière d'assistance administrative⁶⁵ : il prévoit l'échange des renseignements vraisemblablement pertinents entre les autorités compétentes des Etats contractants dans le but d'appliquer les dispositions de la Convention ou celles de leur législation fiscale interne, dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention. Il s'agit de la « *grande entraide* ».

Tout d'abord, l'art. 26 al. 1 du Modèle OCDE prévoit un échange de renseignements dans le but d'appliquer les dispositions de la Convention. Ainsi par exemple, lorsque l'art. 12 du Modèle OCDE s'applique, l'Etat de résidence du bénéficiaire peut demander à l'Etat de résidence de celui qui paie la redevance quel est le montant de la redevance transmise⁶⁶. De même, un échange de renseignements poursuit le but d'assurer la bonne application de la Convention lorsqu'il concerne les conditions nécessaires pour pouvoir invoquer la Convention, telles que la qualité de résident ou de bénéficiaire effectif⁶⁷.

2.2 La position traditionnelle de la Suisse par rapport au Modèle OCDE

Traditionnellement, la Suisse admet l'échange de renseignements uniquement pour la bonne application de la Convention⁶⁸. Il s'agissait même, pendant longtemps, de sa position de principe. Elle ne transmettait jamais d'information permettant l'application du droit interne de l'autre Etat partie. Cette position résulte du fait que selon la Suisse, la fonction principale des CDI est d'éviter la double imposition, non pas de lutter contre l'évasion fiscale⁶⁹.

Lorsque les Conventions de double imposition conclues par la Suisse ne contiennent pas de clause spécifique à propos de l'échange de renseignements⁷⁰, les autorités helvétiques doivent tout de même transmettre les informations qui tendent à l'application de la Convention ou à éviter tout abus de la Convention. Le TF en a jugé ainsi dans un arrêt de 1970 concernant la CDI conclue avec la Suède⁷¹. Pour la Suisse,

⁶⁵ Commentaire OCDE, n° 5 *ad* art. 26.

⁶⁶ Commentaire OCDE, n° 7 lit. a *ad* art. 26.

⁶⁷ Commentaire OCDE, n° 7 lit. b *ad* art. 26 ; OBERSON Xavier, Récents développements, p. 129.

⁶⁸ Ainsi, de nombreuses CDI conclues par la Suisse contiennent une clause d'échange de renseignements se limitant à l'application régulière de la Convention. A titre d'exemples, on peut citer l'art. 24 al. 1 de la CDI Suisse-Australie (RS 0.672.915.81) et l'art. 26 al. 1 de la CDI Suisse Slovénie (RS 0.672.969.11).

⁶⁹ GRÜNINGER/KELLER, p. 518 ; par ailleurs, il faut souligner que la Suisse lutte traditionnellement contre l'évasion fiscale au moyen de l'imposition à la source des revenus de capitaux mobiliers, et non de l'assistance administrative.

⁷⁰ Un certain nombre de CDI conclues par la Suisse ne contiennent à ce jour aucune disposition sur ce point. Voir, à titre d'exemple, la CDI Suisse-Jamaïque (RS 0.672.945.81) et la CDI Suisse-Singapour (RS 0.672.968.91).

⁷¹ ATF 96 I 733.

les clauses relatives à l'échange de renseignements ont donc une simple portée déclarative⁷².

La Suisse a toutefois adopté une interprétation de la notion d' « *application correcte de la Convention* » plus restrictive que celle de l'OCDE⁷³. Ainsi, elle examine tout d'abord la situation au regard du droit interne de l'Etat qui demande les renseignements, puis analyse le résultat obtenu en appliquant la Convention. C'est seulement dans le cas où la créance fiscale de l'Etat requérant est réduite par l'application de la Convention que la Suisse répond à la demande étrangère. Si la diminution concerne un impôt helvétique, la Suisse n'échange pas de renseignements⁷⁴.

Ainsi, en application de l'art. 12 du Modèle OCDE, l'OCDE considère que l'Etat de résidence du bénéficiaire d'une redevance peut demander à l'Etat de résidence de celui qui la paie quel est le montant de la redevance transmise. Cet échange de renseignement a pour but, selon l'OCDE, l'application correcte de la Convention. En revanche, la position de l'administration fiscale helvétique est différente. Prenons le même exemple : un débiteur Suisse verse une redevance à un créancier résidant dans l'Etat cocontractant. Selon l'art. 12 du Modèle OCDE, seul l'Etat de résidence du bénéficiaire effectif de la redevance peut l'imposer. Par conséquent, dans cet exemple, l'Etat étranger peut seul taxer le montant en question. Concrètement, cela implique qu'aucun avantage fiscal lié à la Convention ne peut exister et donc qu'il ne peut y avoir d'échange de renseignement concernant le montant versé. Le droit interne suisse ne connaît pas d'impôt à la source sur les redevances de licence versées à un créancier étranger par un débiteur suisse. Mais dans l'hypothèse où la législation suisse prévoirait un tel impôt sur les redevances, le résultat serait identique. En effet, l'application de l'art. 12 du Modèle OCDE aurait pour conséquence de réduire la créance fiscale suisse, puisque l'administration fiscale suisse ne peut pas, selon cet article, taxer le revenu considéré. Or, la Suisse accorde un échange d'informations seulement lorsqu'un impôt étranger est réduit par l'application de la Convention. L'Etat étranger ne verrait pas sa créance fiscale augmenter si la Suisse l'informait du montant exact de la redevance. Dans une telle situation, l'administration fédérale des contributions refuserait l'échange de renseignements, celui-ci ne tendant pas, à ses yeux, à l'application correcte de la Convention, mais à l'application du droit interne de l'Etat cocontractant, plus précisément de son impôt sur les redevances⁷⁵.

En résumé, la Suisse n'accorde en principe son assistance administrative que si la créance fiscale de l'Etat étranger établie selon son droit interne est diminuée du fait de l'application de la Convention.

2.3 La CDI Suisse-France

2.3.1 La situation jusqu'en 2009

Comme bon nombre de CDI conclues par la Suisse, la CDI Suisse-France, dans sa teneur encore en vigueur à ce jour, prévoit expressément la possibilité pour les autorités

⁷² LÜTHI, p. 444 s. n° 32.1.

⁷³ WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1096.

⁷⁴ WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1097.

⁷⁵ WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1097.

compétentes d'échanger les renseignements nécessaires pour une application régulière de la Convention⁷⁶.

2.3.2 L'Avenant Suisse-France signé en 2009

Dans l'Avenant Suisse-France signé en 2009, conformément à sa pratique antérieure, la Suisse continue bien évidemment d'accorder son assistance administrative lorsque celle-ci permet d'appliquer la Convention. Alors que l'art. 28 de la CDI Suisse-France parle de l'« *application régulière de la présente convention* », il mentionnera à l'avenir que les Etats échangeront « *les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention* »⁷⁷. Cette divergence de formulation n'a cependant pas d'impact sur le plan juridique. Sur ce point, l'Avenant Suisse-France n'apporte par conséquent aucune nouveauté.

On l'a vu, jusqu'à présent, la Suisse a toujours adopté une interprétation restrictive de la notion d'« *application correcte de la Convention* », l'administration fédérale des contributions refusant d'échanger des renseignements, sauf si la créance fiscale de l'Etat cocontractant, établie selon son droit interne, était diminuée du fait de l'application de la Convention⁷⁸. Cette interprétation n'aura désormais plus d'incidence pratique, la Suisse s'étant engagée à échanger des renseignements également pour permettre la bonne application du droit interne français.

Concrètement, si l'on reprend l'exemple cité plus haut⁷⁹, la Suisse devra informer la France du montant de la redevance payée à un contribuable résidant en France, que l'on considère que ce soit pour la bonne application de la Convention (comme le fait l'OCDE), ou pour l'application régulière du droit interne français (ce qui ressort de l'interprétation restrictive de l'AFC que nous avons mentionnée plus haut).

2.4 La CDI Suisse-USA

L'art. XVI de la CDI Suisse-USA de 1951 prévoyait déjà qu'il convient d'échanger les renseignements nécessaires à l'application de la Convention. L'art. 26 CDI Suisse-USA de 1996 reprend également ce point, qui reste inchangé dans le protocole signé en 2009⁸⁰.

⁷⁶ Art. 28 al. 1 CDI Suisse-France.

⁷⁷ Art. 7 de l'Avenant Suisse-France.

⁷⁸ Cf. *supra* p. 18.

⁷⁹ Cf. *supra* p. 18.

⁸⁰ Art. 3 du Protocole Suisse-USA, qui modifie de l'al. 1 de l'art. 26 CDI Suisse-USA de 1996 ; Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222.

3. L'échange de renseignements pour l'application du droit interne des Etats parties

3.1 Le Modèle OCDE

D'après le Modèle OCDE, un échange de renseignements doit également avoir lieu lorsqu'il permet l'application du droit interne des Etats parties : il s'agit de la « *grande entraide* ». En pratique par exemple, lorsqu'un employeur de l'Etat A verse un salaire à un employé résident de l'Etat B, l'Etat B peut demander à l'Etat A le montant du salaire versé, afin de pouvoir prélever correctement son impôt sur le revenu.

3.2 La position traditionnelle de la Suisse par rapport au Modèle OCDE

La Suisse a, durant de nombreuses années, émis une réserve à l'art. 26 al. 1 du Modèle OCDE, en ce sens qu'elle n'entendait pas accorder son assistance administrative lorsque celle-ci était destinée à l'application de la législation interne des Etats contractants.

Elle a toutefois modifié le texte de sa réserve en 2004, admettant depuis lors, en principe, l'échange de renseignements pour l'application du droit interne de l'Etat cocontractant dans les cas de « *fraude passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux Etats contractants* »⁸¹.

Le retrait de la réserve en mars 2009 constitue un véritable tournant dans la politique fiscale helvétique. La Suisse accepte désormais le principe de l'échange de renseignements destiné à l'application correcte du droit interne de son cocontractant, sans restriction quant au type d'infraction en cause.

3.3 La CDI Suisse-France

3.5.1 La situation jusqu'en 2009 : la « *petite entraide* »

La CDI Suisse-France, qui a été conclue en 1966, contient une particularité en ce qui concerne l'échange de renseignements. Suite à l'avenant ratifié le 22 juillet 1997⁸², le ch. VII de son Protocole additionnel a été modifié. Selon cette disposition, les personnes morales qui sont des nationaux et résidents de Suisse et qui possèdent des immeubles en France peuvent à certaines conditions demander à être exonérées de la taxe française sur la valeur vénale portant sur ces immeubles. Les autorités compétentes peuvent alors, en cas de doute, échanger des informations pour l'application de cette taxe⁸³.

Le TF a eu l'occasion de se prononcer sur cette clause. Selon lui, elle est uniquement destinée à l'application régulière de la Convention⁸⁴. Cet avis semble justifié, la disposition dont il est question renvoyant explicitement à l'art. 28 CDI Suisse-France, qui limite l'échange de renseignements à la bonne application de la Convention. La CDI

⁸¹ Commentaire OCDE, n° 24 *ad art.* 26.

⁸² RS 0.672.934.911.

⁸³ CDI Suisse-France et son Protocole additionnel, RS 0.672.934.91 ; OBERSON, Coordination, p. 48.

⁸⁴ Arrêt du TF 2A.416/2005 du 4 avril 2006 c. 3 et 4.

Suisse-France, telle qu'encore en vigueur aujourd'hui, est par conséquent conforme, sur ce point, à la position de principe longtemps défendue par la Suisse : il s'agit de la « *petite entraide* ». Autrement dit, la Suisse refuse tout échange de renseignements pour l'application du droit interne français⁸⁵.

La Suisse a, certes, modifié en 2004 le texte de sa réserve formulée à l'égard de l'art. 26 du Modèle OCDE, en ce sens qu'elle accepterait désormais l'assistance administrative pour l'application du droit interne des Etats parties en cas de « *fraude fiscale passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux Etats contractants* »⁸⁶. Cela n'a cependant pas été concrétisé dans la Convention signée avec la France.

En 2004 également, dans le cadre des négociations portant sur les Accords bilatéraux II, la Suisse s'est engagée à renégocier avec chaque Etat membre de l'Union européenne les clauses des CDI portant sur l'échange de renseignements. L'assistance administrative devait être rendue possible, sur demande, dans tous les cas de fraude fiscale ou d'infraction équivalente concernant les revenus visés par ces CDI. On pouvait alors pressentir que le système adopté dans la CDI Suisse-Allemagne servirait de modèle lors des négociations⁸⁷, même si chaque accord devait être négocié individuellement. La notion d'« *infractions équivalentes* » était donc susceptible de varier légèrement selon les conventions. Cet engagement figure à l'art. 2 du Mémoire d'entente (MOU) annexé à l'AFisE et signé en 2004 ; il n'a donc pas de portée juridique, mais une simple portée politique⁸⁸. La CDI Suisse-France aurait dû être modifiée en conséquence. Ce changement était prévu dans un avenant signé le 12 janvier 2009, dont la procédure de ratification a cependant été suspendue⁸⁹.

3.5.2 L'Avenant Suisse-France signé en 2009 : la « *grande entraide* »

En vertu de l'art. 7 de l'Avenant Suisse-France négocié en 2009, qui modifie l'art. 28 de la Convention, la Suisse s'engage désormais à accorder la « *grande entraide* » à la France en matière d'échange de renseignements fiscaux. Ainsi, elle devra échanger des renseignements non seulement pour l'application correcte de la Convention, mais également pour l'application de la législation interne française⁹⁰, conformément aux standards prônés par l'OCDE. La Suisse devra désormais accepter de fournir aux autorités françaises les renseignements destinés à l'application de leur loi interne, non seulement en cas de fraude fiscale, mais également en cas de simple soustraction fiscale au sens du droit suisse⁹¹. La Suisse, sur ce point, a donc effectué une concession essentielle, plus importante encore que celle qu'elle s'était engagée à effectuer dans le cadre du MOU.

⁸⁵ Art. 28 CDI Suisse-France.

⁸⁶ Commentaire OCDE, n° 24 *ad art.* 26.

⁸⁷ A propos de ce système, *cf. supra* p. 15. OBERSON, Refonte de la fiscalité, p. 3.

⁸⁸ FF 2004 5593, spéc. p. 5838 s. ; SCHELLING, p. 518.

⁸⁹ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1411 s.

⁹⁰ Art. 7 al. 1 de l'Avenant Suisse-France.

⁹¹ Sur ces notions, *cf. supra* p. 9 ss.

3.4 La CDI Suisse-USA

3.4.1 L'évolution de la situation jusqu'en 2009

3.4.1.1 La CDI Suisse-USA de 1951

La CDI Suisse-USA de 1951 prévoit que soient échangés les renseignements « nécessaires pour (...) empêcher les fraudes et délits semblables portant sur un impôt visé par cette convention »⁹². Il en découle que l'échange d'informations dans le but de permettre l'application du droit interne d'un Etat contractant est désormais possible, mais seulement dans les cas de « *tax fraud and the like* ». Les Etats-Unis ont obtenu lors des négociations que les données bancaires soient transmises aux autorités américaines en cas de soupçon fondé de fraude. A l'époque, il s'agit de la part de la Suisse d'une très grande concession par rapport à sa pratique usuelle concernant l'entraide administrative internationale. Elle accorde aux Etats-Unis une « *moyenne entraide* », qui se situe entre la « *petite entraide* » accordée traditionnellement et la « *grande entraide* » prônée par l'OCDE.

Suite à l'entrée en vigueur de cette Convention, il a été nécessaire de définir la notion de « *fraude et délits semblables* ». Dans un premier arrêt rendu en 1970, le TF précise que celle-ci doit être analysée au regard du droit fiscal suisse⁹³. Elle comprend tout au moins les cas de fraude fiscale au sens du droit suisse⁹⁴. Le TF ne juge cependant pas nécessaire de se prononcer sur la limite exacte entre les cas de fraude et délits semblables et ceux qui n'en font pas partie⁹⁵. Il souligne par ailleurs que la Suisse ne s'est pas engagée à échanger des données en cas de simple soustraction d'impôts⁹⁶.

Le TF ajoute dans cet arrêt une précision importante : la communication de renseignements n'est pas conditionnée à l'ouverture d'une procédure formelle pour fraude fiscale. Le seul critère à prendre en compte est l'existence d'un « *soupçon, objectivement fondé, qu'une fraude ou un délit semblable ait été commis ou projeté.* »⁹⁷. Il faut transmettre les informations requises si, au moment de statuer sur la demande, soit en principe après que l'autorité sollicitée a elle-même enquêté, les faits établis justifient suffisamment le soupçon en question. Un soupçon suffit, car c'est justement la transmission des informations qui doit permettre à l'Etat requérant de déterminer définitivement s'il y a ou non fraude fiscale.

⁹² Art. XVI al. 1 de la CDI Suisse-USA de 1951.

⁹³ Art. II al. 2 CDI Suisse-USA de 1951; par ailleurs, il y a lieu de respecter le principe de la double punissabilité : les renseignements ne peuvent être transmis que si les actes commis sont punissables aussi bien selon le droit Suisse que selon le droit américain : ATF 96 I 737 c. 4.

⁹⁴ Sur cette notion, cf. *supra* p. 11 s.

⁹⁵ ATF 96 I 737 c. 3d.

⁹⁶ ATF 96 I 737 c. 3e.

⁹⁷ ATF 96 I 737 c. 3c.

3.4.1.2 La CDI Suisse-USA de 1996

En 1996, une nouvelle CDI remplace celle conclue en 1951. Tout comme cette dernière, elle contient une clause d'échange de renseignements élargie⁹⁸.

La notion de « *fraude et délits semblables* » est définie à l'art. 10 du Protocole annexé à la CDI Suisse-USA de 1996. La fraude fiscale désigne une « *attitude frauduleuse qui a pour effet, ou qui vise, une soustraction illégale et importante d'un montant d'impôt dû à un Etat contractant* ». On se trouve en présence d'une telle attitude « *lorsqu'un contribuable utilise ou a l'intention d'utiliser dans le dessin de tromper les autorités fiscales des titres faux ou falsifiés (...) ou une construction mensongère* »⁹⁹.

Cette définition englobe en premier lieu la notion de fraude fiscale existant en droit suisse¹⁰⁰. Mais elle est encore plus large. La fraude fiscale au sens de la CDI Suisse-USA de 1996 inclut en effet aussi les cas de « *construction mensongère* » : il s'agit de comportements actifs visant à tromper le fisc par des mensonges astucieux ou manœuvres non transparentes, dans le but d'obtenir une diminution d'impôts illégale et importante. Une simple abstention ne suffit pas. Pour qu'il y ait un cas de fraude fiscale ou de délit semblable, il n'est donc pas nécessaire que la fraude fiscale soit réalisée au moyen de titres faux ou falsifiés¹⁰¹.

La notion de « *délits semblables* » à la fraude correspond, par conséquent, à la notion helvétique d'« *escroquerie fiscale* » au sens de la jurisprudence du TF rendue en matière d'entraide judiciaire dans le domaine pénal¹⁰². Cela découle du fait que le droit interne américain ne connaît pas de différence entre soustraction d'impôts et fraude fiscale¹⁰³. En droit suisse, il y a escroquerie fiscale lorsque, « *par son attitude astucieuse, l'auteur a eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important (...). Pour qu'il y ait tromperie, il faut des manœuvres, une mise en scène, des artifices (...)* »¹⁰⁴. L'élément caractéristique de l'escroquerie réside dans le comportement astucieux de son auteur¹⁰⁵. Il faut relever qu'en droit suisse, l'infraction d'escroquerie fiscale ne s'applique qu'aux impôts indirects¹⁰⁶, alors que dans la CDI Suisse-USA de 1996 elle concerne des impôts directs.

La notion de fraude fiscale est décrite de façon non exhaustive dans le Protocole¹⁰⁷. Elle peut également se modifier avec le temps¹⁰⁸ en fonction de l'évolution du droit interne, puisqu'elle comprend les comportements délictueux « *à l'égard desquels l'Etat (...)*

⁹⁸ Art. 26 CDI Suisse-USA de 1996.

⁹⁹ Art. 10 du Protocole annexé à la CDI Suisse-USA de 1996.

¹⁰⁰ Art. 186 LIFD et art. 59 LHID; cf. également *supra*, p. 11 ss.

¹⁰¹ Arrêt du TF 2A.551/2001 du 12 avril 2002 c. 4.

¹⁰² Arrêt du TF 2A.551/2001 du 12 avril 2002 c. 4 ; Message du Conseil fédéral du 10 mars 1997 concernant une convention de double imposition avec les Etats-Unis d'Amérique, FF 1997 II 997 l'art. 3 al. 3 EIMP, qui renvoie à l'art. 14 DPA, constitue la base légale de l'escroquerie fiscale.

¹⁰³ Arrêt du TF 2A.430/2005 du 12 avril 2006 c. 4.1.

¹⁰⁴ Arrêt du TF 2A.416/2001 du 12 mars 2002 c. 6.2.

¹⁰⁵ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 524 n° 79.

¹⁰⁶ Voir, sur ce point, l'art. 14 DPA, qui est notamment applicable en matière de droit de timbre par renvoi de l'art. 50 LT, et en matière de taxe sur la valeur ajoutée, par renvoi de l'art. 88 al. 1 LTVA.

¹⁰⁷ Art. 10 du Protocole annexé à la CDI Suisse-USA de 1996.

¹⁰⁸ OBERSON, Récents développements, p. 134.

requis peut obtenir des renseignements conformément à sa législation et à sa pratique administrative »¹⁰⁹.

Il n'est pas du ressort de l'autorité saisie d'une demande de renseignements de se substituer au juge pénal et de déterminer si on est en présence d'un cas avéré de fraude fiscale ou délits semblables. Il suffit que cette autorité reçoive une demande relative à un cas dans lequel les faits permettent de fonder le soupçon d'une infraction couverte par la notion de « *fraude fiscale ou délits semblables* » pour qu'elle ait l'obligation de transmettre les renseignements. C'est en effet l'échange de renseignements lui-même qui doit permettre de vérifier s'il y a eu ou non fraude fiscale¹¹⁰ : « *pour savoir s'il y a soupçon de tromperie astucieuse, il faut s'en tenir à l'exposé des faits mentionnés dans la requête d'entraide dans la mesure où il ne contient pas de fautes, de lacunes ou de contradictions manifestes* »¹¹¹.

3.4.1.3 L'Accord amiable du 23 janvier 2003

En 2003, les autorités suisses et américaines ont signé un accord amiable en vue de préciser la définition de la fraude fiscale¹¹² ; la notion d' « *autres délits semblables* » restait en effet encore vague, malgré la définition de l'art. 10 du Protocole¹¹³. L'accord dresse une liste exemplative de cas constitutifs de fraude, cette liste n'étant en aucun cas exhaustive.

Selon WALDBURGER, cet accord n'apporte aucune précision sur la notion de « *délits semblables* », car les exemples qu'il contient sont de toute façon tous des cas de fraude fiscale au sens du droit interne suisse¹¹⁴. OBERSON émet un avis différent : certains exemples cités dans l'accord tendent à donner une interprétation très extensive de la notion d'escroquerie fiscale. Ainsi, le simple fait d'omettre de produire des livres comptables n'est pas constitutif d'escroquerie au sens du droit suisse, alors qu'il est mentionné dans la liste de l'Accord¹¹⁵. Cet avis semble justifié, les cas hypothétiques 1 et 2 figurant dans l'Accord allant en effet dans ce sens.

3.4.2 Le Protocole Suisse-USA signé en 2009

La Convention telle que modifiée en 2009 s'adapte aux standards du Modèle OCDE, en ce sens que les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la législation interne des Etats contractants devront désormais être transmis¹¹⁶.

¹⁰⁹ Art. 10 du Protocole.

¹¹⁰ Arrêt du TF 2A.551/2001 du 12 avril 2002 c. 4.

¹¹¹ Arrêt du TF 2A.430/2005 du 12 avril 2006 c. 4.4 ; arrêt du TF 2A.250/2001 du 6 février 2002 c. 6 ; voir également l'arrêt du TF 2A.416/2001 du 12 mars 2002.

¹¹² Accord amiable du 23 janvier 2003 relatif à l'application de l'article 26 («*Echange de renseignements*») de la Convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996.

¹¹³ NOËL, p. 72.

¹¹⁴ WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1108.

¹¹⁵ OBERSON, Récents développements, p. 134.

¹¹⁶ Art. 3 du Protocole Suisse-USA, qui modifie l'art. 26 al. 1 de la CDI Suisse-USA de 1996 ; Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222.

Cette évolution entraînera de profonds changements en pratique. Les autorités administratives n'examineront plus, dans un cas d'espèce, si un soupçon suffisant de fraude ou d'un délit semblable existe. Elles échangeront les informations vraisemblablement pertinentes pour élucider les affaires fiscales d'un contribuable déterminé, même en cas de simple soustraction d'impôt au sens du droit suisse. Cela présente tout au moins le mérite de clarifier la situation, la notion de « *fraude et délits semblables* » n'ayant jamais été très précise et restant sujette à diverses interprétations.

A titre d'exemple, contrairement à ce qui prévaut encore actuellement, lorsqu'une société suisse fournit des marchandises à une société américaine, la Suisse pourra demander aux autorités américaines le prix payé pour les marchandises, afin de pouvoir établir ou vérifier l'assiette de l'impôt sur le bénéfice prévu aux art. 57 ss LIFD.

Comme on le verra plus loin, quelques limites subsistent encore, l'assistance étant limitée à des cas concrets, la demande de renseignements devant respecter un certain nombre d'exigences telles que le fait de devoir énoncer le nom de la banque qui détient les données en question, et les droits procéduraux des contribuables devant en principe être respectés.

4. Le type d'impôt visé

4.1 Le Modèle OCDE

Dans le système du Modèle OCDE, pour pouvoir être transmis, les renseignements doivent concerner les impôts prévus par la législation de l'Etat requérant, pourvu que ceux-ci ne soient pas contraires à la Convention. Auparavant, seuls étaient concernés les impôts visés par la Convention au sens de son art. 2, soit les impôts sur le revenu et la fortune. Par conséquent, les Etats n'étaient pas tenus de transmettre des informations destinées à l'application, par exemple, d'un impôt sur les ventes¹¹⁷. Le champ d'application de cet article s'est récemment élargi : depuis 2000, il s'étend en principe aux impôts de toute nature ou dénomination prévus par les Etats contractants dans leur droit interne¹¹⁸.

Il faut toutefois noter que, si l'OCDE incite les Etats à étendre l'assistance administrative à tous les types d'impôts, il est tout de même admis que les Etats peuvent convenir, si un échange plus large se révèle impossible, de le limiter aux impôts visés par la Convention¹¹⁹.

4.2 La position de la Suisse par rapport au Modèle OCDE

Ces dernières années, la Suisse avait officiellement maintenu sa position consistant à limiter l'échange de renseignements aux impôts visés par la Convention¹²⁰. Cette position était cohérente, puisque la Suisse limitait en principe son assistance aux

¹¹⁷ Commentaire OCDE, n°10.1 *ad* art. 26.

¹¹⁸ Art. 26 al. 1 du Modèle OCDE ; OCDE, Manuel de mise en œuvre, p. 12.

¹¹⁹ Commentaire OCDE, n° 10.1 *ad* art. 26.

¹²⁰ WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1096.

situations visant l'application régulière de la Convention. La plupart des conventions auxquelles la Suisse est partie et qui ont été modifiées dans les années 2000 maintiennent cette restriction¹²¹.

Cette position de principe est encore valable à ce jour, malgré le retrait de la réserve helvétique en 2009¹²².

4.3 La CDI Suisse-France

Contrairement à la version encore en vigueur de l'art. 28 CDI Suisse-France, l'art. 7 de l'Avenant Suisse-France impose d'échanger des informations concernant les « (...) *impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des Etats contractants* (...) ». Sur ce point, la Suisse déroge à ce qui reste, aujourd'hui encore, sa ligne directrice officielle¹²³, et se conforme à l'art. 26 du Modèle OCDE. La teneur de l'art. 28 CDI Suisse-France tel que modifié par son avenant élargit considérablement l'assistance administrative pratiquée entre les deux Etats. Ainsi, il aura lieu non seulement en relation avec les impôts sur le revenu et sur la fortune, définis à l'art. 2 CDI Suisse-France, mais également en ce qui concerne les autres impôts, qu'ils soient directs ou indirects : on peut notamment citer les impôts successoraux et les impôts sur les donations¹²⁴.

La notion d'impôt n'étant pas définie expressément, elle doit s'interpréter en fonction de l'art. 3 al. 2 CDI Suisse-France : elle dépend du droit interne de l'Etat qui applique la Convention. Du point de vue suisse, l'impôt correspond en principe aux contributions dues à l'Etat sans contre-prestation de la part de ce dernier, et destinées à participer aux dépenses découlant des tâches générales en vue de réaliser le bien commun¹²⁵.

Le Conseil fédéral ajoute, dans son Message, qu'« *en tout état de cause, chaque accord qui pourrait être parallèlement applicable devra avant tout être examiné dans chaque cas selon son caractère spécifique et selon le principe de la *lex specialis** »¹²⁶. Ainsi, les dispositions sur l'assistance administrative qui figurent dans l'AFisE¹²⁷ et dans l'Accord sur la lutte contre la fraude devraient l'emporter, pour les impôts qu'ils concernent, sur

¹²¹ Voir à titre d'exemple : art. 25^{bis} al. 1 CDI Suisse-Espagne (modifié par le protocole du 29 juin 2006), art. 26 al. 1 CDI Suisse-Finlande (modifié par le protocole du 19 avril 2006), art. 26 al. 1 CDI Suisse-Norvège (modifié par le protocole du 12 avril 2005).

¹²² DFF, Communiqué 13.03.09 ; Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1414.

¹²³ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1414.

¹²⁴ OESTERHELT, p. 13.

¹²⁵ A propos de la notion d'impôt, pour davantage de détails, cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 4 ss n° 5 ss.

¹²⁶ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1414.

¹²⁷ Art. 10 AFisE, qui concerne la taxation des revenus de l'épargne (ou « *intérêts* »). Selon cet article, les renseignements sont échangés uniquement en cas de fraude fiscale ou infraction équivalente, cette dernière notion devant être définie dans le cadre de négociations bilatérales entre la Suisse et chaque Etat membre de l'UE individuellement. Pour les impôts qu'il concerne, l'AFisE prévoit par conséquent une assistance administrative plus restreinte que l'art. 7 al. 1 de l'Avenant Suisse-France. Il est cependant probable qu'au vu des circonstances l'Union Européenne tente d'élargir l'échange de renseignements également aux simples cas de soustraction fiscale au sens du droit suisse, voir d'obtenir l'échange automatique de renseignements.

l'art. 28 CDI Suisse-France¹²⁸. Il faut cependant noter que l'AFisE devrait être adapté en fonction de la nouvelle position de principe de la Suisse¹²⁹.

4.4 La CDI Suisse-USA

La position de principe de la Suisse, selon laquelle l'assistance administrative en matière fiscale est limitée aux impôts visés par la Convention, a pu être maintenue dans le Protocole Suisse-USA. Les Etats-Unis souhaitaient que l'échange de renseignements soit étendu aux impôts de toute nature ou dénomination ; cependant, à l'issue des négociations, la position plus restreinte défendue par la Suisse a pu être garantie¹³⁰.

5. Les contribuables pouvant faire l'objet d'un échange de renseignements

5.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse

Il est intéressant de remarquer que l'échange de renseignement, qu'il ait pour objectif la bonne application de la Convention ou l'application du droit interne d'un Etat partie, ne se limite pas aux informations qui concernent les résidents, mais s'étend à celles qui concernent les non-résidents¹³¹. Sur ce point, la Suisse se conforme au Modèle OCDE.

5.2 La CDI Suisse-France

Qu'il s'agisse de la CDI Suisse-France telle que conclue en 1966, ou de la CDI telle que modifiée par son Avenant négocié en 2009, l'assistance administrative doit être accordée même si le contribuable qu'elle concerne ne réside ni en Suisse, ni en France ; il suffit qu'il y ait un rattachement économique avec l'un des Etats contractants, en vertu duquel l'intéressé a la qualité de contribuable dans l'un de ces Etats¹³².

5.3 La CDI Suisse-USA

Conformément au Modèle OCDE, l'art. 26 al. 1 CDI Suisse-USA de 1996 précise qu'en cas de fraude fiscale, l'échange d'informations n'est pas restreint par les règles qui concernent le champ d'application de la Convention. Il s'étend à des personnes ou des objets qui ne sont soumis à un assujettissement illimité dans aucun des Etats contractants¹³³. Ainsi, le fisc suisse peut transmettre des renseignements qui portent sur

¹²⁸ OESTERHELT, p. 13 s.

¹²⁹ DFF, Communiqué 13.03.09.

¹³⁰ Message concernant l'approbation du protocole, p. 6. Selon le Message les parties ont convenu d'entreprendre, dans un délai de deux ans, la révision de leur Convention de double imposition concernant les successions et donations (RS 0.672.933.62) et d'y prévoir un échange de renseignements élargi pour les impôts qu'elle concerne.

¹³¹ Commentaire OCDE, n° 2 *ad* art. 26 ; OESTERHELT, p. 14 ; OCDE, Manuel de mise en oeuvre, p. 11 s.

¹³² OESTERHELT, p. 14.

¹³³ Arrêt du TF 2A.430/2005 du 12 avril 2006, c. 5.1.

des personnes ne résidant pas en Suisse. Peu importe à cet égard que ces personnes invoquent ou non la Convention.

Si par hypothèse un résident espagnol possède un compte bancaire en Suisse et que l'administration américaine a des raisons de penser que les extraits de ce compte sont nécessaires dans une affaire comportant une fraude fiscale, la Suisse doit donner suite à la demande¹³⁴. Cela reste valable même si l'infraction n'a pas de lien avec la Suisse, par exemple parce qu'elle a été commise à l'étranger, et que l'argent a été placé en Suisse seulement par la suite¹³⁵. La portée de la clause d'assistance administrative est donc particulièrement étendue.

Dans le Protocole signé en 2009, la situation est identique : il suffit, pour que la disposition sur l'échange de renseignements s'applique, qu'un rattachement économique avec la Suisse ou les Etats-Unis existe¹³⁶.

6. Les destinataires potentiels des renseignements

6.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse

L'art. 26 al. 2 du Modèle OCDE prévoit que les renseignements reçus doivent être tenus secrets de la même façon que ceux obtenus en application de la législation interne de l'Etat requérant. Ils ne peuvent être transmis qu'aux personnes et autorités (y compris administratives et judiciaires) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts en question, par les procédures de poursuites qui s'y rapportent, par les décisions sur les recours portant sur ces impôts, ou à celles qui procèdent au contrôle de ces différents éléments : il s'agit du principe de confidentialité¹³⁷. Ce principe reste valable même si les législations internes des Etats parties sont plus larges en ce qui concerne, par exemple, l'accès aux documents administratifs¹³⁸. Il faut préciser que les renseignements reçus ne peuvent pas être transmis aux autorités d'un Etat tiers (c'est-à-dire non contractant), sauf si la Convention le prévoit¹³⁹. En revanche, ils peuvent être communiqués au contribuable, à son représentant ou à des témoins¹⁴⁰.

Traditionnellement, la Suisse se conforme, sur ce point, au Modèle OCDE¹⁴¹.

6.2 La CDI Suisse-France

Dans sa version originelle, encore en vigueur aujourd'hui, l'art. 28 CDI Suisse-France correspond sur cette question, quant au fond, au Modèle OCDE, même si sa formulation est quelque peu différente : il indique que tout renseignement « *ne peut être révélé*

¹³⁴ Arrêt du TF 2A.430/2005 du 12 avril 2006 c. 5.1.

¹³⁵ Arrêt du TF 2A.430/2005 du 12 avril 2006 c. 5.2.

¹³⁶ Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222.

¹³⁷ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1415 ; OCDE, Manuel de mise en œuvre, p. 21 ss.

¹³⁸ Commentaire OCDE, n° 12 *ad* art. 26.

¹³⁹ Commentaire OCDE, n° 12.2 *ad* art. 26.

¹⁴⁰ Commentaire OCDE, n° 12 *ad* art. 26.

¹⁴¹ Voir, à titre d'exemple, l'art. 27 CDI Suisse-Allemagne.

qu'aux personnes qui s'occupent de la fixation ou de la perception des impôts auxquels se rapporte la présente convention ».

L'art. 7 de l'Avenant Suisse-France signé en 2009 ne change pas la situation. Quant à la forme, il correspond cependant désormais au texte du Modèle OCDE¹⁴².

Les personnes ou autorités qui ont accès aux renseignements ne peuvent les utiliser qu'aux fins citées dans la Convention, soit notamment l'établissement ou le recouvrement des impôts, et peuvent notamment les révéler lors d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements. Elles ont toutefois la possibilité de s'en servir dans d'autres buts, si deux conditions cumulatives sont remplies : les législations internes suisse et française doivent le prévoir, et l'Etat qui fournit les renseignements doit consentir à cette utilisation¹⁴³.

Cette disposition permet d'éviter la multiplication de demandes d'assistance administrative portant sur les mêmes informations, mais visant des objectifs différents. Ainsi, les renseignements obtenus pourront être utilisés par les autorités fiscales à des fins de taxation, et transmis à des autorités de sécurité sociale¹⁴⁴, telles que les caisses de compensation AVS, pour qu'elles puissent déterminer les revenus d'une activité indépendante dans l'objectif d'effectuer le calcul des cotisations dues¹⁴⁵. Les autorités fiscales suisses pourraient également, si la France donne son accord, transmettre les renseignements reçus aux caisses cantonales de compensation lorsqu'elles constatent que le revenu d'une activité lucrative salariée n'a fait l'objet d'aucune déclaration¹⁴⁶. De même, les données obtenues pourraient être utilisés dans le cadre d'une procédure pénale, dans la mesure où les droits de procédure de l'intéressé sont respectés. Le libellé de l'article ne le prévoyant pas expressément, les informations ne peuvent en revanche pas être communiquées à un Etat tiers.

6.3 La CDI Suisse-USA

Dans la CDI Suisse-USA de 1951, le cercle des destinataires des renseignements se limitait aux « *personnes qui s'occupent de la fixation ou de la perception des impôts auxquels se rapporte la présente convention* ».

L'art. 26 de la CDI Suisse-USA de 1996 a élargi ce cercle. Celui-ci regroupe les « *personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts visés par la Convention, par l'administration et la mise en exécution de ces impôts, ou par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts* ». Les renseignements nécessaires peuvent en outre être transmis à la Commission d'arbitrage instituée par l'art. 25 al. 6 de la CDI Suisse-USA de 1996¹⁴⁷.

¹⁴² Art. 7 de l'Avenant Suisse-France ; Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p 1415.

¹⁴³ Art. 7 de l'Avenant Suisse-France.

¹⁴⁴ Art. 7 de l'Avenant Suisse-France ; Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p 1415.

¹⁴⁵ Art. 9 al. 3 LAVS et art. 27 RAVS.

¹⁴⁶ Art. 12 al. 1 LTN et art. 5 OTN, qui prévoient, par renvoi à l'art. 34d al. 1 RAVS, que les revenus en question ne doivent être annoncés que s'ils dépassent 2'200 francs.

¹⁴⁷ Art. 26 al. 4 CDI Suisse-USA de 1996.

A teneur de l'art. 3 du Protocole Suisse-USA signé en 2009, le système reste identique ; on peut renvoyer, sur ce point, aux explications données concernant l'Avenant Suisse-France¹⁴⁸.

7. Les conditions et les modalités de l'échange de renseignements

7.1 La manière de procéder à l'échange d'informations

7.1.1 Le Modèle OCDE

L'entraide administrative prévue à l'art. 26 du Modèle OCDE peut s'effectuer de trois manières différentes. Premièrement, elle peut avoir lieu suite à la demande d'un Etat partie à l'autre Etat partie, à propos d'un cas déterminé. Deuxièmement, elle peut être accordée de façon automatique. Enfin, l'échange de renseignement peut avoir lieu spontanément de la part d'un Etat en faveur d'un autre, lorsque ce dernier pourrait y avoir un intérêt¹⁴⁹. En outre, d'autres méthodes encore sont envisageables, telles que celle des contrôles fiscaux simultanés¹⁵⁰. En cas de demande, il faut au préalable que l'Etat requérant ait épuisé les sources usuelles d'informations prévues par la procédure fiscale interne¹⁵¹.

7.1.2 La position de la Suisse par rapport au Modèle OCDE : l'échange de renseignements sur demande

La Suisse accorde son entraide administrative en matière fiscale uniquement à la suite d'une demande de la part d'une autorité étrangère compétente. Les clauses des Conventions conclues par la Suisse le précisent expressément. A cet égard, la Suisse se distingue clairement de la position de l'OCDE, qui admet aussi des échanges spontanés et automatiques¹⁵². Cela résulte de la position traditionnellement restrictive de la Suisse en matière d'échange de renseignements : le législateur n'a pas adopté les bases légales nécessaires pour effectuer de tels échanges¹⁵³.

La position de principe n'a pas changé sur ce point au moment du retrait de la réserve helvétique, en mars 2009. Dans son communiqué, le Département fédéral des finances précise que le Conseil fédéral rejette fermement l'échange automatique de renseignements¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Cf. *supra* p. 148 s.; voir aussi le Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. 222.

¹⁴⁹ Commentaire OCDE, n° 9 *ad art.* 26.

¹⁵⁰ Sur ce point, voir le Commentaire OCDE, n° 9.1 *ad art.* 26.

¹⁵¹ Commentaire OCDE, n° 9 lit. a *ad art.* 26.

¹⁵² Commentaire OCDE, n° 9 *ad art.* 26.

¹⁵³ WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1096.

¹⁵⁴ DFF, Communiqué 13.03.09.

7.1.3 La CDI Suisse-France

L'art. 28 al. 1 de la CDI Suisse-France précise que l'assistance administrative en matière fiscale ne peut avoir lieu que sur demande.

L'art. 10 de l'Avenant Suisse-France signé en 2009 prévoit le même système, indiquant expressément que « *les Etats contractants ne sont pas tenus (...) de procéder à un échange de renseignements spontané ou automatique* ».

Conformément à ce qu'indique le Modèle OCDE, l'Etat requérant doit respecter une condition préalable à toute demande de renseignements, qui consiste à avoir épuisé les sources d'informations prévues par sa législation interne. Il s'agit du principe de subsidiarité¹⁵⁵.

7.1.4 La CDI Suisse-USA

Comme c'était le cas auparavant, l'échange de renseignements pourra, sous l'empire du Protocole Suisse-USA signé en 2009, s'effectuer sur demande, dans des cas particuliers¹⁵⁶. Il est précisé que, si les Etats contractants ne seront aucunement obligés de procéder à un échange de renseignements spontané ou automatique, la possibilité de le faire n'est pas exclue, pour autant que la législation nationale de l'Etat concerné le prévoit¹⁵⁷, ce qui n'est à ce jour pas le cas en Suisse.

7.2 La forme et le contenu de la demande

7.2.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse

L'OCDE n'apporte pas de précision quant à la forme et au contenu de la demande d'assistance administrative, que ce soit dans le Modèle OCDE, dans le Commentaire OCDE ou dans le Manuel de mise en œuvre relatif à l'art. 26 du Modèle OCDE.

En revanche, l'art. 26 al. 1 du Modèle OCDE, qui spécifie que les Etats contractants échangeront les renseignements « *vraisemblablement pertinents* » a pour but d'éviter que les Etats aillent à la « *pêche aux renseignements* »¹⁵⁸.

En outre, l'art. 5 al. 5 MAER indique que la demande de renseignements doit notamment fournir les informations suivantes : l'identité de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête (a), les indications concernant les renseignements recherchés, notamment la nature et la forme sous laquelle la partie requérant souhaite recevoir les renseignements de la partie requérante (b), le but fiscal dans lequel les renseignements sont demandés (c), les raisons qui donnent à penser que les renseignements demandés sont détenus dans la partie requise ou sont en la possession ou sous le contrôle d'une personne relevant de la compétence de la partie requise (d) et,

¹⁵⁵ Art. 10 de l'Avenant Suisse-France ; Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1415 ; OESTERHELT, p. 16.

¹⁵⁶ Art. 3 du Protocole Suisse-USA ; Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222 et 224.

¹⁵⁷ Art. 4 du Protocole Suisse-USA, à propos de l'art. 10 lit. d de la Convention ; Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 224 ; OESTERHELT, p. 9.

¹⁵⁸ Commentaire OCDE, n° 5 ad art. 26 ; WALDBURGER, RSDA 2009, p. 484 ; OESTERHELT, p. 16.

dans la mesure où ils sont connus, les nom et adresse de toute personne dont il y a lieu de penser qu'elle est en possession des renseignements demandés (e)¹⁵⁹.

La Suisse a, quant à elle, toujours considéré que la demande devait se faire sous forme écrite, et que la pêche aux renseignements était exclue. Elle a par ailleurs réitéré cette position de principe le 13 mars 2009¹⁶⁰.

7.2.2 La CDI Suisse-France

La CDI Suisse-France, conformément à la pratique traditionnelle de la Suisse, envisage uniquement la possibilité d'une assistance administrative octroyée à la demande de l'Etat requérant.

Le fait que le texte de la Convention mentionne désormais le terme de renseignements « *vraisemblablement pertinents* »¹⁶¹ en lieu et place des renseignements « *nécessaires* » n'entraîne pas de modification quant au fond. En effet, le Commentaire OCDE précise que les Etat peuvent convenir d'utiliser l'un ou l'autre de ces termes sans qu'il en résulte des conséquences particulières¹⁶². Cela permet, dans les deux cas, d'exclure expressément la « *pêche aux renseignements* », c'est-à-dire les demandes formulées sans objet d'investigation précis dans l'espoir d'obtenir des informations fiscales intéressantes¹⁶³. L'Avenant précise que cela aura pour effet d'éviter les demandes portant sur des renseignements « *dont il est peu probable qu'il soient pertinents pour élucider les affaires fiscales d'un contribuable déterminé* »¹⁶⁴.

Selon l'Avenant Suisse-France signé en 2009, afin d'obtenir l'assistance administrative, l'Etat requérant doit énoncer sa demande, nécessairement formulée par écrit¹⁶⁵, comme suit :

« (...) L'autorité compétente fournit les informations suivantes à l'autorité compétente de l'Etat requis :

- a) le nom et une adresse de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête et, si disponible, tout autre élément de nature à faciliter l'identification de la personne (date de naissance, état-civil,...) ;
- b) la période visée par la demande ;
- c) une description des renseignements recherchés, notamment leur nature et la forme sous laquelle l'Etat requérant souhaite recevoir les renseignements de l'Etat requis ;
- d) le but fiscal dans lequel les renseignements sont demandés ;

¹⁵⁹ Sur ce point, voir également AMADO/MOLO, p. 547.

¹⁶⁰ DFF, Communiqué 13.03.09.

¹⁶¹ Commentaire OCDE, n° 5 ad art. 26.

¹⁶² Commentaire OCDE, n° 5 ad art. 26.

¹⁶³ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1414 et 1416. Ces « *pêches aux renseignements* » sont communément désignées par le terme de « *fishing expeditions* », ou « *Beweisforschung* ».

¹⁶⁴ Art. 10 de l'Avenant Suisse-France.

¹⁶⁵ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1416.

e) *dans la mesure où ils sont connus, les nom et adresse de toute personne dont il y a lieu de penser qu'elle est en possession des renseignements demandés. (...) »*¹⁶⁶.

Un point en particulier reste sujet à controverse : le texte mentionne (lit. e) que l'Etat requérant doit donner les nom et adresse de toute personne dont il y a lieu de penser qu'elle est en possession des renseignements demandés, mais uniquement « *dans la mesure où ils sont connus* »¹⁶⁷. En principe, il s'agira de banques, qui détiennent les données bancaires de leurs clients. Les incidences que l'Avenant aura du point de vue suisse dépendent essentiellement de l'interprétation qui sera donnée à cette indication.

L'interprétation officiellement défendue par le gouvernement helvétique est restrictive : elle consiste à dire que toute demande d'informations doit permettre d'identifier clairement le contribuable visé et la banque concernée. Dans la mesure où des indications permettent de relier avec certitude une relation bancaire à une banque déterminée, il n'est pas indispensable de citer le nom de la banque. Ainsi, l'indication d'un numéro de compte bancaire international (IBAN) devrait suffire. Le Conseil fédéral affirme qu'en revanche, si l'identification du détenteur des données bancaires n'est pas possible, la Suisse ne donnera pas de suite à la demande¹⁶⁸. Le 12 mai 2010, les autorités suisses et françaises ont déclaré avoir clarifié leurs divergences d'interprétation sur ce point comme il suit : « *Dans tous les cas où l'Etat requérant, dans le cadre d'une demande d'échange de renseignements de nature bancaire, aura connaissance du nom de l'établissement bancaire tenant le compte du contribuable concerné, il communiquera cette information à l'Etat requis. Dans le cas, exceptionnel, où l'autorité requérante présumerait qu'un contribuable détient un compte bancaire dans l'Etat requis sans pour autant disposer d'informations lui ayant permis d'identifier avec certitude la banque concernée, elle fournira tout élément en sa possession de nature à permettre l'identification de cette banque. L'Etat requis donnera suite à une telle demande à la condition que celle-ci soit conforme au principe de la proportionnalité et ne constitue pas une pêche aux renseignements* »¹⁶⁹. Cette précision n'apporte cependant pas la sécurité juridique escomptée. En effet, les conséquences réelles qu'aura l'Avenant signé en 2009 dépendront essentiellement de l'interprétation de la notion de « *pêche aux renseignements* » qu'adopteront les autorités helvétiques. Par ailleurs, elles seront également conditionnées à l'application du principe de la proportionnalité, dont les contours exacts devraient être tracés par la jurisprudence.

L'interprétation selon laquelle la Suisse serait tenue de répondre à une demande concernant un contribuable français particulier, sans pour autant avoir connaissance du nom de la banque, semble défendable¹⁷⁰. La Suisse devrait alors notifier une telle requête à tous ses établissements bancaires, afin de déterminer si un compte existe au nom de cet individu et, le cas échéant, quel en est le montant.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'art. 10 de l'Avenant ne doit pas être interprété de façon isolée, mais en relation avec l'art. 7 de l'Avenant, qui stipule que

¹⁶⁶ Art. 10 de l'Avenant Suisse-France.

¹⁶⁷ Ce texte correspond à celui de l'art. 5 al. 5 lit. e MAER.

¹⁶⁸ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1416.

¹⁶⁹ DFF, Communiqué 12.02.10.

¹⁷⁰ Dans le même sens, voir BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010, p. 214.

seuls les renseignements « *vraisemblablement pertinents* (...) » seront échangés¹⁷¹. Il en découle que les autorités françaises doivent rendre crédible l'existence d'un soupçon d'infraction, qu'il s'agisse de fraude ou de simple soustraction fiscale. Elles doivent également rendre vraisemblable que le détenteur des données en cause est suisse, et donner suffisamment d'informations pour permettre de l'identifier clairement¹⁷². Par ailleurs, en pratique, la Suisse ne pourra que difficilement donner suite à une demande de renseignements ne mentionnant pas le nom de la banque¹⁷³. Cependant, il faudra admettre que, dans un cas où il est vraisemblable qu'une banque suisse est détentrice des documents bancaires en cause, mais où l'on peut hésiter entre deux établissements bancaires déterminés, la Suisse devra donner suite à la demande et déterminer auprès de laquelle de ces deux banques se trouve le compte concerné. Un tel cas de figure ne correspond en effet clairement pas à la définition des « *fishing expeditions* »¹⁷⁴.

En définitive, si la Suisse estime qu'en l'absence du nom de la banque dans laquelle le contribuable détient un compte, donner suite à la demande constituerait une pêche aux renseignements, la nouvelle convention ne provoquera pas de véritable révolution. Si une telle interprétation pourrait se justifier sur le plan purement juridique, elle sera difficile à défendre politiquement. La situation dépendra, par conséquent, du degré de précision exigé par la Suisse quant au nom du détenteur des données bancaires. En tout état de cause, il apparaît que le texte de l'Avenant Suisse-France est, sur ce point, bien plus large que celui du projet d'Ordonnance fédérale (OACDI)¹⁷⁵ qui, à son art. 5 al. 3 lit. a ch. 3, indique que la demande doit contenir l'identification « *indubitable* » du détenteur des renseignements.

7.2.3 La CDI Suisse-USA

Concernant la CDI Suisse-USA, sous l'empire du Protocole signé en 2009, la demande doit être formulée par écrit, comme c'était déjà le cas par le passé¹⁷⁶. Les renseignements « *vraisemblablement pertinents* » doivent être échangés¹⁷⁷.

Le Protocole prévient de cette façon la « *pêche aux renseignements* », qui est en outre expressément interdite à l'art. 10 lit. b du Protocole à la Convention, tel que modifié par l'art. 4 du Protocole Suisse-USA. L'assistance administrative en matière fiscale ne peut être accordée qu'en cas de demande concrète se rapportant à des cas particuliers¹⁷⁸.

Tout d'abord, la demande doit comporter suffisamment d'informations pour que l'Etat requis puisse identifier le contribuable concerné. Le Protocole précise que cela se fera, *typiquement*, en donnant le nom et, dans la mesure où ils sont connus, l'adresse, le

¹⁷¹ WALDBURGER, RSDA 2009, p. 492.

¹⁷² WALDBURGER, RSDA 2009, p. 493.

¹⁷³ OESTERHELT, p. 18.

¹⁷⁴ WALDBURGER, RSDA 2009, p. 493.

¹⁷⁵ BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010, p. 214.

¹⁷⁶ Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222.

¹⁷⁷ Art. 3 du Protocole Suisse-USA ; Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222 et 224; OESTERHELT, p. 14.

¹⁷⁸ Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 222.

numéro de compte ou d'autres informations semblables¹⁷⁹, telles que par exemple la date de naissance du contribuable¹⁸⁰. On pourrait déduire de l'adverbe « *typiquement* », sans doute à juste titre, que les autorités américaines seront habilitées à formuler une demande sans connaître le nom de la personne concernée¹⁸¹. Toutefois, en pratique, cette question ne devrait guère se poser : on peut en effet difficilement envisager une situation dans laquelle les autorités requérantes ont connaissance du numéro de compte bancaire du contribuable, sans pour autant connaître son nom¹⁸².

Par ailleurs, il faut que la requête indique le nom de la banque que l'Etat requérant présume être en possession des renseignements demandés¹⁸³. Contrairement au texte de l'Avenant Suisse-France, le Protocole Suisse-USA doit être interprété en ce sens que le nom de la banque doit impérativement être donné, ainsi que, seulement dans la mesure où elle est connue, son adresse¹⁸⁴.

7.3 La forme des renseignements donnés

7.3.1 La position de la Suisse face au Modèle OCDE

En pratique, traditionnellement, c'est sous forme de rapport officiel que la Suisse transmet les renseignements demandés aux autorités étrangères. Elle n'envoie en principe pas de documents originaux. Cette question s'était posée dans le cadre de la CDI Suisse-USA de 1951. Le Tribunal fédéral avait alors estimé que le texte de cette Convention n'obligeait pas la Suisse à transmettre le type de document correspondant aux exigences américaines en matière de preuve¹⁸⁵. Cette position n'entre pas fondamentalement en contradiction avec celle de l'OCDE. En effet, l'OCDE encourage les Etats à fournir des documents conformes aux conditions nécessaires légalement dans l'Etat requérant, par exemple pour pouvoir servir de preuve. Cela se révèle bien entendu souhaitable pour permettre l'entraide la plus efficace possible. Cependant, le Modèle OCDE ne le précise pas formellement. Les autorités sont donc libres de transmettre les informations sous n'importe quelle forme, notamment si, selon le droit interne de leur Etat, la forme demandée par l'Etat requérant n'est pas envisageable¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Art. 4 du Protocole Suisse-USA, qui modifie l'art. 10 lit. a (i) du Protocole à la CDI Suisse-USA. Le texte n'étant pas encore disponible en français, cette analyse se base sur les textes allemand (« *hinreichende Angaben zur Identifikation der in eine Überprüfung oder Untersuchung einbezogenen Person [typischerweise der Name und, soweit bekannt, die Adresse, Kontonummer oder ähnliche identifizierende Informationen]* ») et anglais (« *information sufficient to identify the person under examination or investigation [typically, name and, to the extent known, address, account number or similar identifying information]* »).

¹⁸⁰ Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 224.

¹⁸¹ D'un autre avis : WALDBURGER, RSDA 2009, p. 493 s. ; sur ce point, voir également OESTERHELT, p. 17 s., et OESTERHELT/GRÜNINGER, RSDA 2010, p. 57.

¹⁸² WALDBURGER, RSDA 2009, p. 494.

¹⁸³ Art. 4 du Protocole Suisse-USA, qui modifie l'art. 10 lit. a (v) du Protocole à la CDI Suisse-USA.

¹⁸⁴ OESTERHELT, p. 18.

¹⁸⁵ ATF 101 Ib 160.

¹⁸⁶ Commentaire OCDE, n° 10.2 *ad art.* 26.

7.3.2 La CDI Suisse-France

L'art. 7 de l'Avenant Suisse-France, signé en 2009, précise que la demande doit mentionner la forme sous laquelle l'Etat requérant souhaite recevoir les renseignements de la part de l'Etat requis. Cette formulation suggère que l'Etat requis doit fournir les informations conformément à la demande, c'est-à-dire, potentiellement, ne pas transmettre de simples attestations ou copies, mais bien les documents originaux. La Suisse, qui procède traditionnellement à l'échange d'informations en transmettant un rapport officiel aux autorités requérantes, pourrait donc être appelée à modifier sa pratique en la matière dans le cadre de ses relations avec la France.

7.3.3 La CDI Suisse-USA

Bien que l'art. XVI de la CDI Suisse-USA de 1951 prévoyait l'octroi de l'assistance administrative pour l'application du droit interne en cas de fraude ou délit semblable, il n'a pas donné lieu, en pratique, à une profusion d'échanges de renseignements de la part du fisc suisse en direction des autorités américaines¹⁸⁷. Sous l'empire de cette Convention, dans les années septante, les Etats-Unis ont invoqué le fait qu'un simple rapport ne pouvait pas servir de preuve, les règles de procédure internes américaines imposant de produire les documents originaux et authentiques. La CDI Suisse-USA de 1951 obligeait-elle à échanger les renseignements sous la forme exigée par l'Etat requérant ? Le TF ayant répondu à cette question par la négative¹⁸⁸, l'efficacité de la clause conventionnelle de la clause sur l'échange de renseignements en a été considérablement limitée.

L'art. 26 al. 1 de la CDI Suisse-USA de 1996 tient compte du fait qu'en vertu du principe de l'immédiateté que connaît le droit de procédure américain, un simple rapport officiel n'a pas valeur de preuve¹⁸⁹. La nouvelle Convention stipule dès lors que, sur demande expresse de l'autorité compétente d'un Etat contractant, il faut fournir les informations sous forme de « *copie authentique des données ou documents originaux non modifiés* »¹⁹⁰. Il s'agit de l'une des grandes nouveautés apportée par cette CDI, qui était véritablement indispensable du point de vue des Etats-Unis¹⁹¹.

En vertu de l'art. 4 (lit. c) du Protocole Suisse-USA signé en 2009, à la demande de l'Etat requérant, l'Etat requis doit fournir les informations sous forme de copie authentique des données ou documents originaux non modifiés. Cette précision n'apporte rien de nouveau à la situation existant depuis 1996¹⁹².

¹⁸⁷ OBERSON, Récents développements, p. 131.

¹⁸⁸ ATF 106 Ib 160.

¹⁸⁹ Message du Conseil fédéral du 10 mars 1997 concernant une convention de double imposition avec les Etats-Unis d'Amérique, FF 1997 II 977, spéc. p. 991 ; Arrêt du TF 2A.416/2001 du 12 mars 2002 c. 4.1.

¹⁹⁰ Art. 26 al. 1 CDI Suisse-USA de 1996.

¹⁹¹ Arrêt du TF 2A.551/2001 du 12 avril 2002 c. 3.

¹⁹² Sur ce point, voir également le Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 224 ; OESTERHELT, p. 19 s.

8. Les limites posées à l'échange de renseignements

8.1 Le Modèle OCDE et la position de la Suisse

Les renseignements transmis ne peuvent être utilisés qu'aux fins prévues à l'art. 26 al. 1 du Modèle OCDE, c'est-à-dire dans le but d'appliquer la convention ou le droit interne des Etats parties, sauf si la Convention prévoit la possibilité de les utiliser plus largement : par exemple, il est envisageable d'autoriser leur utilisation pour lutter contre la corruption ou le financement du terrorisme¹⁹³. Selon l'art. 26 al. 2 *in fine* du Modèle OCDE, ils peuvent toutefois être révélés lors d'audiences publiques de tribunaux ou dans le cadre de jugements. Dans ce cas, il est possible de les utiliser dans un autre but que ceux prévus à l'art. 26 al. 2 du Modèle OCDE, entre autres pour l'établissement d'une preuve¹⁹⁴.

L'art. 26 al. 3 du Modèle OCDE limite lui aussi l'échange de renseignements : selon cet article, les Etats contractants ne sont pas contraints de prendre des mesures administratives contraires à leur législation et à leur pratique ou à celle de l'autre Etat partie à la Convention. Ils ne sont pas non plus obligés de fournir des informations qui ne pourraient être obtenues selon leur législation ou pratique administrative usuelle ou selon celle de l'autre Etat contractant. Enfin, ils n'ont pas à fournir des renseignements qui livreraient un secret de nature commerciale, industrielle ou professionnelle ou un procédé commercial. La notion de « *secret* » s'interprète restrictivement¹⁹⁵ ; à titre d'exemple, le terme de « *secret commercial ou industriel* » se rapporte aux « *faits ou circonstances qui sont d'une importance économique considérable, qui peuvent être exploités dans la pratique et dont l'utilisation non autorisée peut conduire à un grave préjudice* »¹⁹⁶.

Des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public ne doivent pas non plus être transmis. Cependant, en pratique, l'OCDE estime que ce genre de limitation ne devrait pouvoir être invoqué que très rarement, et seulement dans des cas extraordinaires, comme par exemple lorsque les renseignements concernent des secrets d'Etat touchant les intérêts vitaux de l'Etat requis¹⁹⁷.

En outre, en vertu de l'art. 26 al. 4 du Modèle OCDE, l'Etat requis doit transmettre les renseignements, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. Cet alinéa a été ajouté en 2005 dans le but de clarifier la situation et n'a qu'une portée déclarative¹⁹⁸ ; le principe qu'il renferme était auparavant déjà largement adopté en pratique¹⁹⁹.

La Suisse reprend en principe ces différents points dans les conventions qu'elle conclut. L'interprétation de la notion d' « *ordre public* » est toutefois sujette à controverse, une

¹⁹³ Commentaire OCDE, n° 12.3 *ad art.* 26; OESTERHELT, p. 23.

¹⁹⁴ Commentaire OCDE, n°13 *ad art.* 26.

¹⁹⁵ Commentaire OCDE, n°19-19.4 *ad art.* 26.

¹⁹⁶ Commentaire OCDE, n° 19.2 *ad art.* 26 ; OESTERHELT, p. 15.

¹⁹⁷ Commentaire OCDE, n°19.5 *ad art.* 26.

¹⁹⁸ OESTERHELT, p. 20.

¹⁹⁹ Commentaire OCDE, n° 19.6 *ad art.* 26.

partie de la doctrine adoptant une acception moins restrictive que celle défendue par l'OCDE²⁰⁰.

8.2 La CDI Suisse-France

La CDI Suisse-France telle qu'en vigueur à ce jour intègre déjà des limites identiques à celles de l'art. 26 al. 3 du Modèle OCDE²⁰¹. Il en découle notamment, pour la Suisse, que le droit d'être entendu du contribuable ainsi que ses droits de recours prévus en droit interne sont garantis²⁰².

Ce point est repris tel quel dans l'Avenant Suisse-France signé en 2009, à son art. 7. Les quelques divergences de formulation qu'il contient n'entraînent pas de modifications quant au fond. Ainsi, le contribuable concerné peut recourir dans un délai de trente jours²⁰³ contre la décision finale de l'AFC, portant sur la transmission des données bancaires, auprès du Tribunal administratif fédéral²⁰⁴. Le recours a un effet suspensif et la transmission des documents n'a lieu, par conséquent, qu'une fois le rejet du recours entré en force²⁰⁵. La décision du Tribunal administratif fédéral n'est pas susceptible de recours devant le Tribunal fédéral²⁰⁶.

Le quatrième paragraphe de l'art. 28 CDI Suisse-France, introduit par l'art. 7 de l'Avenant Suisse-France, indique désormais, conformément aux standards de l'OCDE, que l'échange de renseignements n'est pas limité aux seuls renseignements qui présentent un intérêt pour les autorités fiscales de l'Etat requis²⁰⁷.

8.3 La CDI Suisse-USA

L'art. 26 al. 3 de la CDI Suisse-USA de 1996 se conforme déjà aux standards de l'OCDE en ce qui concerne les limites posées à l'échange de renseignements.

Dans le Protocole Suisse-USA signé en 2009, la situation reste inchangée. De même que dans la CDI Suisse-France, les droits de procédure du contribuable sont protégés. En outre, il est également dorénavant précisé que les renseignements doivent être transmis par l'Etat requis même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales²⁰⁸.

²⁰⁰ OESTERHELT, p. 15, qui estime que le simple fait que l'Etat requérant ne respecte pas son devoir de conserver le secret constitue une violation de l'ordre public au sens de l'art. 26 al. 3 lit. c du Modèle OCDE.

²⁰¹ Art. 28 al. 2 CDI Suisse-France.

²⁰² Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1415 ; OESTERHELT, p. 15.

²⁰³ Art. 50 PA.

²⁰⁴ Art. 31 LTAF, et art. 32 LTAF *a contrario*.

²⁰⁵ Art. 10 de l'Avenant Suisse-France ; Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1417.

²⁰⁶ Art. 83 lit. f LTF ; OESTERHELT, p. 20.

²⁰⁷ Voir également le Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1415.

²⁰⁸ Art. 3 du Protocole Suisse-USA, relatif à la modification de l'art. 26 al. 4 de la Convention ; voir également, sur ces points, le Message concernant la modification du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 223.

9. Le secret bancaire

9.1 Le Modèle OCDE

L'al. 5 de l'art. 26 du Modèle OCDE a été introduit en 2005, dans le but de clarifier l'interprétation de la Convention modèle et de se conformer aux pratiques existantes des Etats. Il a pour fonction d'éviter les excès pouvant résulter d'une interprétation trop littérale de l'art. 26 al. 3 du Modèle OCDE²⁰⁹.

L'art. 26 al. 5 constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 26 al. 3 du Modèle OCDE. Il précise que, dans tous les cas, un Etat ne peut refuser de transmettre une information au seul motif que celle-ci est détenue « *par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne* ». Ainsi, un Etat ne peut notamment pas invoquer le secret bancaire existant dans son droit national pour refuser de communiquer un renseignement : lorsqu'un contribuable d'un Etat détient un compte bancaire dans un autre Etat, ce dernier doit informer, sur demande, le premier Etat du montant déposé dans la banque concernée²¹⁰. De la même façon, le fait qu'une information soit considérée en droit interne comme étant couverte par le secret professionnel, par exemple parce qu'elle serait détenue par un avocat, ne suffit pas pour pouvoir refuser un renseignement à l'Etat requérant.

9.2 La position de la Suisse par rapport au Modèle OCDE

Pendant de nombreuses années, la Suisse a émis une réserve importante à l'art. 26 al. 5 du Modèle OCDE, considérant que le secret bancaire constituait une exception au principe de l'échange de renseignements pour la bonne application de la Convention. La Suisse justifiait notamment cette position en incluant le secret bancaire dans la notion de « *secret professionnel ou commercial* » de l'art. 26 al. 3 lit. c du Modèle OCDE²¹¹. Sur ce point, la Suisse adoptait une interprétation radicalement différente de celle défendue par l'OCDE²¹². D'autres Etats avaient émis une réserve semblable : il s'agit de l'Autriche, de la Belgique et du Luxembourg²¹³.

Conformément à la modification de sa réserve en 2004, la Suisse a par la suite accepté le principe de la transmission des renseignements bancaires en cas de fraude passible d'emprisonnement selon la législation des deux Etats contractants²¹⁴. Lorsque la Suisse insérait ce type de clause dans une convention, elle n'affaiblissait pas le secret bancaire, celui-ci n'étant levé qu'en cas de soupçon d'infraction pénale au sens du droit suisse. Elle n'accordait donc en principe pas davantage de moyens procéduraux aux autorités étrangères que n'en a le fisc helvétique.

²⁰⁹ Commentaire OCDE, n° 19.10 *ad* art. 26.

²¹⁰ Commentaire OCDE, n° 19.15 lit. a *ad* art. 26 ; WALDBURGER, RSDA 2009, p. 486.

²¹¹ OBERSON, Récents développements, p. 131 ; LÜTHI, p. 442 s. n° 23.4 ; WALDBURGER, RSDA 2009, p. 487.

²¹² Commentaire OCDE, n° 19.11 *ad* art. 26 ; WALDBURGER, RSDA 2009, p. 484.

²¹³ Commentaire OCDE, n° 23 et 25 *ad* art. 26 ; OBERSON, Revenus de l'épargne, p. 865.

²¹⁴ Commentaire OCDE, n° 24 *ad* art. 26.

Le 13 mars 2009, la Suisse a totalement retiré sa réserve formulée à l'égard de l'art. 26 du Modèle OCDE. Ce faisant, sa position de principe est radicalement modifiée²¹⁵. Une fois que les conventions de double imposition signées par la Suisse intégreront cette modification, les autorités helvétiques devront transmettre tous types de documents, y compris les données bancaires²¹⁶, à l'Etat requérant dès que ceux-ci sont susceptibles de servir à l'application de la convention ou du droit interne de l'Etat requis, même en l'absence de délit fiscal, et peu importe à quel stade se trouve la procédure²¹⁷. La Belgique, l'Autriche et le Luxembourg ont à ce jour également retiré leur réserve

Pour la Suisse, cela signifie principalement que le secret bancaire ne pourra plus être opposé pour refuser l'échange de renseignements, ce même en cas de simple soustraction fiscale ; les autorités fiscales étrangères bénéficieront donc désormais d'une situation plus avantageuse que les autorités fiscales helvétiques, ces dernières n'ayant pas la faculté d'obtenir des données bancaires en cas de contravention fiscale²¹⁸. Les textes négociés en 2009 constituent la base légale nécessaire aux autorités helvétiques pour obtenir de tels renseignements en cas de demande des autorités étrangères. Ces dispositions sont directement applicables (« *self executing* ») et, les conventions internationales étant de rang hiérarchique supérieur par rapport au droit interne, aucune modification du droit suisse n'est exigée²¹⁹.

9.3 La CDI Suisse-France

9.3.1 La situation jusqu'en 2009

Dans la CDI Suisse-France, telle qu'elle est encore en vigueur à ce jour, les renseignements ne peuvent être échangés que s'ils sont nécessaires à l'application régulière de la Convention. La Suisse se limite donc à n'octroyer que la « *petite entraide* » à la France. Les renseignements ne pouvant pas être demandés pour l'application du droit interne français, qu'il y ait ou non un soupçon d'infraction fiscale, la question de la transmission de documents bancaires ne pose, actuellement, pas véritablement de problème.

9.3.2 L'Avenant Suisse-France signé en 2009

Les standards développés à l'art. 26 al. 5 du Modèle OCDE sont intégralement repris dans l'Avenant Suisse-France²²⁰. Il est précisé que les autorités fiscales de l'Etat requis disposent des pouvoirs de procédure qui leur permettent d'obtenir les renseignements, nonobstant l'art. 7 (al. 3) de l'Avenant et les éventuelles dispositions contraires de droit

²¹⁵ DFF, Communiqué 13.03.09.

²¹⁶ BEHNISCH, ECS 2010, p. 67.

²¹⁷ Manuel de mise en œuvre, p. 6 n° 12 ; OESTERHELT, p. 13.

²¹⁸ Cf. *supra* p. 10 ; WALDBURGER, RSDA 2009, p. 489.

²¹⁹ WALDBURGER, RSDA 2009, p. 488-490 ; BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010, p. 213.

²²⁰ Art. 7 Avenant Suisse-France, à propos de l'art. 28 al. 5 de la CDI Suisse-France, qui reprend l'art. 26 al. 5 du Modèle OCDE.

interne²²¹. Il en découle que la Suisse ne peut pas refuser de communiquer des renseignements en invoquant le secret bancaire suisse²²².

On l'a vu, la Suisse dispose déjà, dans sa législation interne, des moyens nécessaires pour obtenir les données bancaires en cas de fraude fiscale ou de soustraction continue de montants importants d'impôt²²³. Toutefois, l'échange de renseignement tel que prévu dans l'Avenant Suisse-France ne posant pas comme condition l'existence d'une fraude, il fallait créer une base légale pour permettre aux autorités d'obtenir les documents bancaires nécessaires dans les cas où la législation suisse s'y oppose, autrement dit même en cas de simple soustraction d'impôt. L'art. 7 de l'Avenant Suisse-France, en tant qu'il introduit un nouvel al. 5 à l'art. 28 de la CDI, constitue cette base légale²²⁴: l'Etat requis doit pouvoir obtenir et transmettre les renseignements demandés même si ces derniers ne seraient pas disponibles en vertu de sa propre législation ou de sa pratique administrative.

Si, à terme, l'exécution de l'assistance administrative découlant des Conventions de double imposition devrait se faire au niveau fédéral par la voie législative²²⁵, elle sera réglée, dans un premier temps, par le biais d'une ordonnance²²⁶, qui en est à ce jour encore au stade du projet. Il s'agit de l'Ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI).

9.4 La CDI Suisse-USA

9.4.1 L'évolution jusqu'en 2009

Dans l'ATF 96 I 737, le TF précise la portée du secret bancaire suisse sous l'empire de la CDI Suisse-USA de 1951. Le secret bancaire n'est pas opposable en cas de « *tax fraud and the like* ». Le TF fait un long raisonnement pour parvenir à cette conclusion : selon l'art. XVI al. 1 de la CDI Suisse-USA de 1951, on peut échanger uniquement les renseignements que la loi fiscale des deux Etats contractants permettent d'obtenir. Pour savoir si la Suisse doit transmettre des informations bancaires aux Etats-Unis, il est nécessaire d'examiner si ces informations auraient pu être obtenues par le fisc suisse dans un cas semblable, c'est-à-dire si le recourant avait commis une fraude fiscale envers les autorités suisses. A l'époque à laquelle cet arrêt a été rendu, aucune norme fédérale ne prévoyait d'obliger les banques à fournir des renseignements : chaque droit cantonal avait sa position sur ce point. Le TF a considéré que les autorités américaines,

²²¹ Art. 7 (al. 5) Avenant Suisse-France.

²²² Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1415 s.. Le Message donne à cet égard l'exemple suivant: « *certaines renseignements concernant le propriétaire d'actions au porteur d'une société ne peuvent être transmis que si les autorités de l'Etat requis peuvent par le biais d'enquêtes trouver de telles informations. Des demandes concernant les droits de propriété dans des sociétés sous forme d'actions à porteur ne peuvent et ne doivent par conséquent être satisfaites que si ces informations peuvent être obtenues effectivement par les autorités de l'Etat requis, nonobstant d'éventuelles restrictions de droit interne* ».

²²³ Cf. *supra* p. 13.

²²⁴ Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1416.

²²⁵ BEHNISCH, ECS 2010, p. 75.

²²⁶ DFF, Communiqué 20.01.10 ; voir également le Message complémentaire Suisse-France, FF 2010 1409, spéc. p. 1416.

au moment des négociations, avaient normalement dû se référer aux trois plus importantes places bancaires suisses : Zurich, Bâle et Genève. Or, dans ces trois cantons, les banques étaient obligées de fournir des renseignements si une procédure pénale était ouverte pour fraude fiscale. Le TF en conclut que, selon les règles de la bonne foi, les Etats-Unis pouvaient admettre que la Suisse s'était obligée, en signant la Convention, à transmettre des informations bancaires dans les cas de fraude fiscale²²⁷ ; en outre, bien que le secret bancaire soit un secret professionnel, il ressort du but et du sens de la Convention ainsi que de la volonté reconnaissable des parties contractantes que le secret bancaire n'est pas opposable en cas de fraude fiscale²²⁸.

Cet arrêt a suscité de nombreuses réactions en Suisse²²⁹. Cela se comprend aisément, dans la mesure où il a eu pour effet, pour la première fois, de limiter la portée du secret bancaire suisse en matière d'échange international de renseignements. L'interprétation développée par le TF a en effet eu pour conséquence de placer les autorités américaines dans une situation plus favorable que celle des autorités de certains cantons²³⁰ : ces dernières ne pouvaient en effet pas toutes obtenir les renseignements accordés aux autorités américaines.

Dans la Convention Suisse-USA de 1996, en cas de fraude fiscale ou autres délits semblables, le secret bancaire n'est pas opposable : il faut transmettre des documents bancaires aux Etats-Unis²³¹. Le second Protocole d'Accord annexé à la CDI Suisse-USA de 1996 le mentionne d'ailleurs expressément. Son art. 8 lit. d indique que « *le secret bancaire suisse n'empêche pas dans les cas de fraude fiscale de recueillir des moyens de preuve documentés auprès de banques et de les transmettre (...) à l'autorité compétente des Etats-Unis d'Amérique* ». *A contrario*, cela signifie que dans tous les autres cas, par exemple en cas de soustraction fiscale au sens du droit suisse, le secret bancaire reste garanti.

La CDI Suisse-USA de 1996 contient une particularité importante. Selon cette Convention, on l'a vu, la Suisse est tenue de lever le secret bancaire en cas d'escroquerie fiscale portant sur des impôts directs. En revanche, elle ne peut pas le faire dans les cas purement internes, l'infraction d'escroquerie n'existant pas pour les impôts directs : on ne connaît en droit suisse que l'usage de faux, notion moins large que celle d'escroquerie. Sous l'empire de la CDI conclue en 1996, la Suisse transmet par conséquent déjà davantage d'informations au fisc américain qu'au fisc suisse.

9.4.2 Le Protocole Suisse-USA signé en 2009

Lorsque le Protocole signé en 2009 entrera en vigueur, les autorités fiscales américaines se verront octroyer encore davantage de moyens. La situation sera identique à celle prévue dans l'Avenant Suisse-France²³², la Suisse ne pouvant plus invoquer le secret bancaire pour refuser son assistance administrative. Ainsi, lorsqu'un citoyen américain sera soupçonné de soustraction fiscale au sens du droit suisse, par exemple parce qu'il a

²²⁷ ATF 96 I 737 c. 6.

²²⁸ ATF 96 I 737 c. 6 et 8.

²²⁹ Cf. à ce propos MÜLLER, p. 155 ss. ; AUBERT ET AL., p. 649.

²³⁰ AUBERT ET AL., p. 651.

²³¹ Le TF a ainsi confirmé sa jurisprudence rendue sous l'empire de la CDI Suisse-USA de 1951 : arrêt du TF 2A.250/2001 du 6 février 2002 c. 5b ; arrêt du TF 2A.416/2001 du 12 mars 2001 c. 5.2.

²³² Cf. sur ce point *supra* p. 40 s.

omis de déclarer une partie de sa fortune placée dans une banque helvétique, les autorités suisses devront, sur demande, transmettre les données bancaires le concernant.

10. Le droit transitoire

10.1 La situation de principe

A défaut de disposition contraire réglant la question du droit transitoire, le système du Modèle OCDE prévoit que les demandes d'assistance administrative peuvent porter sur les renseignements qui existaient avant l'entrée en vigueur de la Convention²³³. Le TF a d'ailleurs pu confirmer ce principe sous l'empire de la CDI Suisse-USA de 1996, qui ne prévoyait pas de disposition spécifique de non-rétroactivité concernant la clause d'assistance administrative. Or, selon la jurisprudence fédérale, une telle disposition est de nature procédurale et non matérielle, ce qui a pour conséquence qu'elle est applicable dès son entrée en vigueur. Des renseignements ont donc dû être échangés, alors qu'ils portaient sur une période antérieure à l'entrée en vigueur de la CDI Suisse-USA de 1996²³⁴.

Depuis lors, sous la pression des milieux bancaires helvétique, les conventions prévoient fréquemment que seules les informations se rapportant aux années fiscales qui suivent l'entrée en vigueur de la nouvelle clause peuvent être transmises²³⁵. Malgré ce type de clause, le contribuable n'est cependant pas à l'abri d'être taxé par appréciation par son Etat de résidence, ce dernier découvrant qu'il est titulaire d'un compte bancaire en Suisse au 1^{er} janvier 2010 ; cela sera possible si le droit interne de cet Etat le permet et que ce dernier peut présumer que le compte bancaire existait déjà au cours de périodes fiscales antérieures²³⁶.

10.2 La CDI Suisse-France

En vertu de l'art. 11 al. 3 de l'Avenant Suisse-France, la nouvelle disposition sur l'échange de renseignements est applicable aux demandes d'assistance administrative concernant toute année civile ou tout exercice commençant à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit immédiatement la date de signature de l'Avenant. Il en découle que, l'Avenant Suisse-France ayant été signé le 27 août 2009, la « *grande entraide* » sera applicable rétroactivement à la période fiscale commençant le 1^{er} janvier 2010²³⁷. Il faudra toutefois attendre que la convention soit ratifiée et qu'elle entre en vigueur pour pouvoir obtenir des réponses à de telles demandes de renseignements.

10.3 La CDI Suisse-USA

Lors des récentes négociations, les Etats-Unis ont en vain tenté d'obtenir que le Protocole soit doté d'un effet rétroactif illimité ou, tout au moins, qu'il ait un effet

²³³ Commentaire OCDE, n° 10.3 *ad art.* 26.

²³⁴ Arrêt du TF 2A.551/2001 du 12 avril 2002 c. 2a ; BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010, p. 212.

²³⁵ OESTERHELT, p. 24.

²³⁶ BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010, p. 212.

²³⁷ OESTERHELT/GRÜNINGER, p. 57 ; OESTERHELT, p. 25.

rétroactif au 1^{er} janvier 2009²³⁸. Les parties ont tout de même dérogé au principe général de non-rétroactivité. L'art. 5 du Protocole Suisse-USA signé en 2009, relatif à son entrée en vigueur, prévoit que, pour les renseignements au sens de l'art. 26 al. 6 (notamment les informations bancaires), la « *grande entraide* » s'appliquera pour les demandes fondées sur des faits qui existaient ou ont été réalisés le jour de la signature du Protocole, soit à partir du 23 septembre 2009. En revanche, pour tous les autres renseignements, soit ceux qui ne se trouvent pas en possession d'une banque, le jour fixé pour l'applicabilité est le 1^{er} janvier de l'année civile suivant la signature du Protocole d'amendement, soit le 1^{er} janvier 2010²³⁹. Ce système ne sera bien entendu effectif qu'une fois la convention formellement ratifiée.

IV. Le pouvoir d'investigation des autorités fiscales suisses

1. La situation au niveau purement interne

L'entrée en vigueur des conventions de double imposition modifiées n'entraînera pas de conséquences au niveau du droit interne helvétique. Ainsi, la distinction entre fraude et soustraction fiscale, ancrée dans la LIFD, subsiste.

Il en découle que les autorités helvétiques ne pourront pas obtenir de renseignements bancaires en cas de soupçon de simple soustraction d'impôt portant sur l'un de ses contribuables, seules les infractions soumises à la compétence du juge pénal permettant de lever le secret bancaire.

2. Les demandes de renseignements formulées par l'AFC en direction des autorités fiscales étrangères

En vertu des nouvelles conventions franco-suisse et américano-suisse, les autorités suisses seraient habilitées à demander des données bancaires portant sur des contribuables suisses aux autorités françaises et américaines, ce même en cas de soupçon de simple soustraction fiscale. Ce serait envisageable s'il est vraisemblable qu'un contribuable suisse détienne un compte bancaire dans l'un de ces Etats, et qu'il omet de le mentionner dans sa déclaration d'impôts.

Toutefois, le projet d'Ordonnance fédérale (OACDI), qui devrait à court terme être repris dans une Loi fédérale²⁴⁰, consacre le principe de non-réciprocité en la matière. Ainsi, dans le chapitre 3 de l'Ordonnance, intitulé « *demandes d'assistance administrative de la Suisse* », il est prévu que « *les demandes d'assistance administrative concernant des renseignements bancaires ne peuvent être déposées que si ceux-ci peuvent être obtenus sur la base de la législation suisse* ». Il en découle que la Suisse ne pourra demander de documentation bancaire qu'en cas de soupçon de fraude

²³⁸ Message concernant l'approbation du protocole, FF 2010 217, spéc. p. 224.

²³⁹ Sur ce point, voir également OESTERHELT, p. 24 s.

²⁴⁰ DFF, Audition sur l'OACDI, p. 4.

fiscale ou de grave soustraction fiscale²⁴¹, et non dans les situations de simple soustraction fiscale²⁴².

Les autorités fiscales suisses sont par conséquent lourdement désavantagées par rapport aux autorités fiscales étrangères, bénéficiant d'un arsenal de mesures bien plus restreint que ces dernières lorsqu'il s'agit de traquer l'évasion fiscale.

Toutefois, eu égard à la formulation de l'ordonnance, cette situation est appelée à évoluer en cas de modification de la législation suisse ; ainsi, si la Suisse décidait de réprimer la soustraction fiscale en tant qu'infraction soumise à la compétence du juge pénal, les données bancaires pourraient être obtenues sans qu'une modification du texte de l'OACDI – ou de la future Loi fédérale – ne soit nécessaire.

V. Conclusion

La politique suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux, longtemps restée figée, a beaucoup évolué ces dernières années. Les changements en question se sont effectués de façon toujours plus rapide.

Traditionnellement, la Suisse accordait son assistance administrative uniquement lorsque celle-ci avait pour but l'application régulière des CDI. Le secret bancaire était toujours préservé : les renseignements bancaires n'étaient jamais transmis aux autorités étrangères. La CDI Suisse-France, dans sa teneur encore en vigueur à ce jour, correspond à cette position traditionnelle. En 1951, la Suisse fait une première concession importante dans le cadre des négociations avec les Etats-Unis : elle accorde son entraide pour l'application correcte du droit interne en cas de « *tax fraud and the like* », notion qui comprend tout au moins l'infraction d'usage de faux au sens du droit suisse. Le TF pose le principe selon lequel le secret n'est pas opposable en cas de fraude. En 1996, la révision totale de la CDI Suisse-USA permet de préciser qu'il faut échanger des informations dans tous les cas correspondant à l'usage de faux ou à l'escroquerie au sens du droit interne helvétique ; les documents bancaires seront échangés dans de tels cas. Ainsi, la Suisse accepte de lever le secret bancaire dans les situations d'escroquerie en matière d'impôts directs, ce qu'elle refuse toujours au niveau purement interne.

En 2004, la Suisse a modifié le texte de sa réserve au Modèle OCDE, acceptant désormais d'échanger des informations pour l'application du droit interne de l'Etat cocontractant dans tous les cas de fraude fiscale passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux Etats contractants. Par ailleurs, dans le cadre des travaux de l'OCDE sur la concurrence fiscale dommageable, elle introduit progressivement dans les CDI un échange de renseignements dans les cas impliquant des sociétés holding.

Suite aux Accords bilatéraux II signés avec l'UE, la Suisse accélère l'évolution de sa politique. Elle accepte de renégocier avec tous les Etats européens afin d'introduire dans les CDI une clause d'assistance administrative dans les cas de fraude et délits équivalents.

²⁴¹ Sur ces notions, *cf. supra* p. 13.

²⁴² BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010, p. 214.

Le véritable tournant, pour la Suisse, a eu lieu le 13 mars 2009, date à laquelle le Conseil fédéral a annoncé la nouvelle position de principe de la Suisse. Désormais, les autorités suisses devront transmettre aux autorités étrangères les données bancaires de contribuables possédant un compte en Suisse, que ce soit dans le but d'appliquer la convention ou le droit interne de l'Etat requérant. Peu importe, à cet égard, le type d'infraction dont ce contribuable est soupçonné : il peut même s'agir d'un cas de simple soustraction fiscale au sens du droit suisse. Ce système est prévu dans les nouvelles conventions franco-suisse et américano-suisse, signées en 2009, qui devraient être ratifiées prochainement.

En revanche, dans le cas de contribuables suisses titulaires de comptes à l'étranger, l'AFC ne pourra formuler de demande à l'attention des autorités étrangères qu'en cas de soupçon fondé de fraude fiscale ou de soustraction continue de montants importants d'impôt, ceci du moins tant que la distinction entre ces deux infractions demeurera ancrée dans la législation suisse.

Face à ces nouveautés, la présente analyse permet de constater, tout d'abord, l'incertitude qui demeure quant à la portée exacte des clauses d'échange de renseignements figurant dans les nouvelles conventions franco-suisse et américano-suisse. Concernant la CDI Suisse-France, on observe que l'assistance administrative s'est considérablement élargie, portant désormais sur tous les types d'impôt, et non pas seulement sur les impôts sur le revenu et la fortune. La Suisse ayant accepté de faire une telle concession, il est vraisemblable qu'elle le fera également avec d'autres Etats.

Parmi les principaux points sujets à controverse, on peut citer le fait que, dans le cadre de l'Avenant Suisse-France, la Suisse pourrait être amenée à échanger des données même si le détenteur des renseignements, soit en principe la banque, n'est pas indubitablement identifié. On songera également au fait qu'en vertu du Protocole Suisse-USA, les autorités helvétiques pourraient être contraintes de fournir des informations même en l'absence du nom exact du contribuable concerné. Ces questions seront tranchées par la pratique, et le jeu des pressions politiques devrait avoir une influence certaine.

Il est en tous les cas vraisemblable que, si la Suisse veut maintenir sa position consistant à refuser l'échange automatique de renseignements, elle serait bien inspirée d'interpréter les nouvelles clauses qu'elle a conclues conformément aux standards développés par l'OCDE.

La Suisse a fort heureusement pu limiter quelque peu l'application rétroactive des nouvelles clauses : ainsi, la grande entraide ne pourra porter, concernant la France, que sur la période fiscale commençant le 1^{er} janvier 2010 et, pour les Etats-Unis, dès le 23 septembre 2009.

Au niveau de la législation interne, certains courants politiques en Suisse ont proposé de supprimer la distinction entre fraude et soustraction fiscale, autrement dit de considérer que la simple soustraction constitue un délit fiscal passible d'emprisonnement. Si une telle idée était mise en œuvre, le secret bancaire ne serait plus opposable en cas de soustraction fiscale, y compris pour les contribuables suisses. Si cette conception paraissait irréaliste encore récemment, ses défenseurs sont de plus en plus nombreux, et disposent désormais d'un argument supplémentaire : le fisc helvétique disposera, dès l'entrée en vigueur des conventions modifiées, de moyens bien plus limités que les autorités fiscales étrangères, notamment françaises et américaines.

Bibliographie

- AMADO Flavio/MOLO Giovanni, Das Verbot von « Fishing expeditions » gemäss der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD-Standards, AJP/PJA 2009 p. 539-550 (cité: AMADO/MOLO).
- AUBERT Maurice/BEGUIN Pierre-André/BERNASCONI Paolo/ GRAZIANO-VON BURG Johanna/SCHWOB Renate/TREULLAND Raphaël, Le secret bancaire suisse, 3^{ème} édition, Berne 1995 (cité: AUBERT ET AL.)
- BEHNISCH Urs, Amtshilfe der Schweiz in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, ASA 77 (2009), p. 737-788 (cité: BEHNISCH, ASA 2009).
- BEHNISCH Urs, Neue Entwicklungen der internationalen Amtshilfe im Bereich der Direkten Steuern: Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne substantielle Zugeständnisse des Auslandes?, ECS 2010, p. 65-75 (cité: BEHNISCH, ECS 2010).
- BERNASCONI Mario, L'assistenza fiscale amministrativa : La politica della Svizzera dal 1951 in poi e prospettive future, in : Dritto senza devianza (studi in onore di Marco Borghi), Bellinzona 2006, p. 107-127.
- BOCHATAY Jean-Luc/FAVRE Monica/WASEM Jean-Marc, L'entraide administrative selon les standards de l'OCDE: la nouvelle politique de la Suisse, ECS 2010, p. 211-216 (cité: BOCHATAY/FAVRE/WASEM, ECS 2010).
- CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, volume II, Berne 2002.
- COTTIER Thomas/MATTEOTTI René, Das Abkommen über ein Amtshilfegesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 19. August 2009 : Grundlagen und innerstaatliche Anwendbarkeit, ASA 78 (2009), p. 349-432.
- DÄPPEN Adriano, l'Accord entre la Suisse et l'UE sur la fiscalité de l'épargne, La Vie économique 9-2004, p. 8-10.
- DÉROBERT Michel Yves, La fiscalité de l'épargne en Europe, Employeur suisse 18, p. 926-931.
- DFF, Etude de faisabilité d'un impôt à l'agent payeur, du 31 janvier 2003.
- DFF, Secret bancaire et questions fiscales internationales : position de la Suisse, Berne, juin 2009 (cité : DFF, Secret bancaire).
- DFF, La Suisse entend reprendre les standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale, Communiqué de presse du 13 mars 2009 (cité : DFF, Communiqué 13.03.09).
- DFF, Secret bancaire suisse maintenu, Communiqué de presse du 14 mars 2009 (cité : DFF, Communiqué 14.03.09).
- DFF, La Suisse ne figure plus sur la « liste grise » de l'OCDE, Communiqué de presse du 24 septembre 2009 (cité : DFF, Communiqué 24.09.09).

- DFF, Le Département fédéral des finances prépare une loi sur l'assistance administrative, Communiqué de presse du 20 janvier 2010 (cité : DFF, Communiqué 20.01.10).
- DFF, La Suisse et la France ont clarifié les questions fiscales restées ouvertes, Communiqué de presse du 12 février 2010 (cité : DFF, Communiqué 12.02.10).
- DFF, Audition sur l'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI), Rapport explicatif (cité : DFF, Audition sur l'OACDI).
- GETAZ Henri, Les effets économiques des Accords bilatéraux II, *in* : Kaddous/Jametti Greiner (édit.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Genève – Bâle – Munich 2006, p. 23-30.
- GRÜNINGER Harold/KELLER Andreas, Internationale Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch, ASA 60 (1991/1992), p. 513 ss.
- HANHARDT REDONDO Sandrine/BRAILLARD Philippe/SCHWAMM Henri/ARTIGOT Florencio, Secret bancaire et place financière: le combat de la Suisse, Etudes&Enquêtes n° 39, juin 2009.
- KAPPALE Urs, Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen nach den Bilateralen II, StR 2005, p. 418-428.
- KOSLAR Frano/SCHMID Jean-Daniel, Aktive internationale Amtshilfe der Schweiz in Steuersachen: Grundrechte und Datenschutz, ECS 2009, p. 768-771.
- KUNZ Peter V., La Suisse et le modèle de convention de l'OCDE: comment abandonner une réserve?, La Vie économique 6/2009, p. 4-7.
- Kunz Peter V., Tax War(s) against Switzerland ?, Jusletter du 19 avril 2010.
- LAMBELET Jean-Christian, Secret bancaire: quelle importance pour la Suisse et pour le monde?, *in* : Place financière suisse, évasion fiscale et intégration européenne, Genève 2002, p. 111-116.
- LOMBARDINI Carlo, Droit bancaire suisse, Zurich – Bâle – Genève 2002.
- LÜTHI Daniel, Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz, *in*: Höhn (édit.), Handbuch des Internationalen Steuerrecht der Schweiz, 2^{ème} éd., Berne – Stuttgart – Vienne 1993, p. 438-451.
- MOLO Giovanni, Le secret bancaire suisse en matière de fiscalité directe et les Accords bilatéraux II, RSDIE 2006, p. 559-584 (cité : MOLO, RSDIE 2006).
- MONTI Diane, Les contraventions fiscales en droit fiscal harmonisé, Thèse, Lausanne 2001.
- MÜLLER Georges, L'imposition des sociétés suisses à raison de leurs investissements et de leurs activités aux Etats-Unis d'Amérique, Thèse, Montreux 1973.
- NOËL Yves, Double imposition intercantonale et internationale, ASA 73 (2004), p. 55 s.
- OBERSON Xavier, L'échange de renseignements sur la base de la nouvelle convention entre les Etats-Unis et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu, RDAF (partie II : droit fiscal) 1998 p. 235-247 (cité : OBERSON, RDAF 1998).

- OBERSON Xavier, Infractions fiscales et secret bancaire, RDAF (partie II : droit fiscal) 1999, p. 71-85 (cité : OBERSON, RDAF 1999).
- OBERSON Xavier, Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne, *in* : Journée 2001 de droit bancaire et financier, Berne 2002, p. 47-63 (cité : OBERSON, Coordination).
- OBERSON Xavier, Le nouveau Modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale – Un tournant en faveur de l'Etat requérant, StR 2003, p. 423-431 (cité : OBERSON, StR 2003).
- OBERSON Xavier, Précis de droit fiscal international, 2^{ème} éd., Berne 2004 (cité : OBERSON, Précis).
- OBERSON Xavier, L'échange international de renseignements en matière fiscale: récents développements et perspectives pour la Suisse, *in*: Bellanger/Tanquerel (édit.), L'entraide administrative, Genève – Zurich – Bâle 2005, p. 127-150 (cité : OBERSON, Récents développements).
- OBERSON Xavier, Assistance internationale en matière fiscale: les accords bilatéraux bis entre la Suisse et l'UE, ECS 2006, p. 179-184 (cité : OBERSON, ECS 2006).
- OBERSON Xavier, Le secret bancaire et l'Accord entre l'Union européenne et la Suisse sur la fiscalité de l'épargne, *in* : Kaddous/Jametti Greiner (édit.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, Genève – Bâle – Munich 2006, p. 557-576 (cité : OBERSON, Secret bancaire).
- OBERSON Xavier, L'échange de renseignements sur la base de l'Accord entre l'Union européenne et la Suisse sur l'imposition des revenus de l'épargne, *in* : Liber Amicorum Jacques Malherbe, Bruxelles 2006, p. 855-865 (cité : OBERSON, Revenus de l'épargne).
- OBERSON Xavier, Droit fiscal suisse, 3^{ème} éd., Bâle 2007 (cité : OBERSON, Droit fiscal suisse).
- OBERSON Xavier, Refonte de la fiscalité: Une boîte de Pandore, La Lettre du Groupement des Banquiers Privés Genevois, n° 34 mai 2008, p. 1-8 (cité : OBERSON, Refonte de la fiscalité).
- OCDE : Comité des affaires fiscales, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, Rapport d'étapes 2007 (cité : OCDE : Améliorer l'accès).
- OCDE : Comité des affaires fiscales, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : version abrégée du 17 juillet 2008, 7^{ème} édition, Paris 2008, p. 382-397: Commentaire *ad* art. 26 (cité : Commentaire OCDE).
- OCDE, Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial, Rapport 1998 (Cité : OCDE, Concurrence fiscale dommageable)
- OCDE, Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales, approuvé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006 (cité : OCDE, Manuel de mise en œuvre).
- OESTERHELT Stefan, Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Jusletter du 12 octobre 2009 (cité: OESTERHELT).

- OESTERHELT Stefan/GRÜNINGER Harold, Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2009), RSDA 2010, p. 37-58 (cité: OESTERHELT/GRÜNINGER, RSDA 2010).
- REICHEN Nicolas, Evasion, soustraction et fraude fiscales et blanchiment de capitaux, ECS 8/2002, p. 705-710 (cité : REICHEN).
- RIVIER Jean-Marc, Droit fiscal suisse : l'imposition du revenu et de la fortune, 2^{ème} éd., Lausanne 1998 (cité : RIVIER).
- RYSER Walter/ROLLI Bernard, Précis de droit fiscal suisse (impôts indirects), 4^{ème} éd., Berne 2002 (cité : RYSER/ROLLI).
- SCHELLING Christoph, Grundzüge des Abkommens über die Zinsbesteuerung, *in*: Kaddous/Jametti Greiner (édit.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Genève – Bâle – Munich 2006, p. 501-528 (cité : SCHELLING).
- SCHREIBER René/TSCHIRREN Klemens, Informationsaustausch nach Art. 26 des OECD-Musterabkommens : Überblick Über die neusten Entwicklungen, ECS 9/2009, p. 664-668.
- TORRIONE Henri, Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA, *in* : Les procédures en droit fiscal, 2^{ème} éd., Berne 2005, p. 907-1089 (cité : TORRIONE).
- WALDBURGER Robert, Assistance administrative et entraide judiciaire internationales en matière fiscale, *in*: Les procédures en droit fiscal, 2^{ème} éd., Berne 2005, p. 1091-1172 (cité : WALDBURGER, Assistance administrative).
- WALDBURGER Robert, Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich, RSDA 2009, p. 480-503 (cité: WALDBURGER, RSDA 2009).
- WALDBURGER Robert, Das Amtshilfverfahren wegen « Steuerbetrugs und dergleichen » mit den USA : Formell- und materiell-rechliche Aspekte des Verfahrens betreffend Bankinformationen über gewisse Kunden der UBS AG, IFF Forum für Steuerrecht 2009, p. 91-114.
- WINZELER Christoph, Rechtsentwicklungen um das Bankkundengeheimnis: Standortbestimmung 2009, AJP/PJA 2/2010, p. 158-166 (cité: WINZELER).
- YERSIN Danielle /NOËL Yves (édit.), Commentaire Romand de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008 (cité: AUTEUR, *in*: Yersin/Noël [édit.], Commentaire Romand de la LIFD).
- ZUFFEREY Jean-Baptiste/CASA Stefano/GRISEL Clémence, Secret bancaire et obligation administrative de collaborer : une rivalité traditionnelle sous un jour changeant, *in* : Zen-Ruffinen (édit.), Les secrets et le droit, Genève – Zurich – Bâle 2004, p. 209-246.