**La politique fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux : passé, présent et futur**

 **Philippe Kenel\*, Carla Python\*\***

\* Docteur en droit, avocat, Python & Peter, Pully et Bruxelles

\*\* Avocate-stagiaire, Python & Peter, Bruxelles

Table des matières

I. Introduction

II. Une lente érosion du secret bancaire

III. 13 mars 2009 : le passage à l'échange d'informations à la demande

IV. La stratégie de l'argent blanc

V. No future, no future at all?

**I. Introduction**

L'objectif de cette contribution est de présenter de manière synthétique l'évolution de la politique suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux et d'esquisser quelques considérations concernant le futur.

En guise d'introduction, il sied d'expliquer pour la bonne compréhension de ce qui suit qu'il existe quatre systèmes principaux pour taxer l'épargne transfrontalière, c'est-à-dire l'argent placé dans une banque se trouvant dans un Etat autre que celui de domicile du bénéficiaire économique.

a) L'échange automatique d'informations : la banque ou les autorités de l'Etat dans lequel se trouve la banque où les avoirs sont déposés informe automatiquement lors de l'ouverture du compte les autorités fiscales de l'Etat dans lequel l'épargnant est domicilié.

b) L'échange d'informations à la demande : l'Etat dans lequel se trouve la banque où les avoirs sont déposés transmet des informations concernant ce compte à l'Etat où l'épargnant est domicilié lorsque cet Etat, sur la base d'un certain nombre d'éléments, lui en fait la demande.

c) L'impôt à la source : l'Etat dans lequel se trouve la banque où les avoirs sont déposés prélève un impôt sur la totalité ou une partie des revenus dont il reverse la totalité ou une partie à l'Etat de domicile de l'épargnant sans lui transmettre l'identité de ce dernier.

d) L'impôt libératoire : l'Etat dans lequel se trouve la banque où les avoirs sont déposés prélève un impôt qu'il reverse partiellement ou totalement à l'Etat dans lequel l'épargnant est domicilié sans lui transmettre l'identité de l'épargnant. Le montant de l'impôt correspond en principe à l'impôt qui serait dû par l'épargnant s'il déclarait ses avoirs dans son Etat de domicile. Contrairement au système de l'impôt à la source mentionné sous la lettre c, le prélèvement de l'impôt libératoire légalise les avoirs et dispense leurs propriétaires de les déclarer dans son Etat de domicile.

**II. Une lente érosion du secret bancaire**

Jusqu'au 13 mars 2009, la politique suisse en matière d'entraide internationale dans le domaine fiscale reposait sur les principes suivants.

Tout d'abord, en matière pénale, la Suisse accordait l'entraide uniquement lors de la commission d'une escroquerie fiscale et non pas en cas d'évasion fiscale.

Sur le plan administratif, la Suisse considérait que l'échange d'informations en matière fiscale entrait en ligne de compte uniquement pour l'application des conventions de double imposition, la lutte contre l'évasion fiscale étant assurée par le prélèvement d'un impôt à la source, à l'origine appelé impôt anticipé, d'un taux de 35% sur tous les rendements de capitaux mobiliers.

Cette conception traditionnelle a subi une longue érosion qui a commencé en 1951 avec la conclusion de la convention de double imposition (CDI) entre la Suisse et les Etats-Unis. En effet, ce traité fut le premier à prévoir un échange d'information en matière fiscale en cas de « tax fraud and the like » (fraude fiscale ou délit semblable). En raison d'une jurisprudence du Tribunal fédéral limitant le type de document pouvant être transmis aux Etats-Unis, le principe de l'échange de renseignements en cas de « fraude fiscale ou de délit semblable » n'a réellement trouvé à s'appliquer que suite à la négociation d'une nouvelle convention de double imposition avec les Etats-Unis en 1996. Contrairement à la pratique admise par le Tribunal fédéral, les nouveaux termes de la convention prévoient l'envoi par la Suisse de copie originale.

Cette brèche consistant à accorder l'entraide administrative en cas de fraude fiscale ou de délit semblable a été élargie dans la mesure où cette forme d'entraide a été accordée à d'autres Etats. Dans un premier temps, elle a été octroyée en 2002 à l'Allemagne lors de la révision de la convention de double imposition. Après que la Suisse a fait de même avec un certain nombre d'Etats dont l'Espagne, elle s'est engagée dans l'Accord sur la fiscalité de l'épargne conclu le 26 octobre 2004 avec l'Union européenne, d'une part, à accorder l'échange d'informations en cas de fraude fiscale pour des faits couverts par cet accord, et, d'autre part, à modifier ses conventions de double imposition avec les Etats européens afin d'y incorporer, de manière plus générale, cette forme d'entraide.

Le réel coup de canif dans la philosophie traditionnelle de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux a été porté par la signature, le 24 octobre 2004, de l'Accord de coopération entre la Confédération helvétique et l'Union européenne pour lutter contre la fraude. Cet accord prévoit, en matière d'impôt indirect, non seulement une entraide administrative lors de la commission d'une fraude, mais également en cas d'évasion fiscale.

Par ailleurs, dans l'Accord sur la fiscalité de l'épargne, la Suisse s'est engagée à prélever un impôt à la source sur les revenus payés par des agents payeurs établis sur sol helvétique à des personnes domiciliées dans l'Union européenne. Cet impôt, dont le taux était à l'origine de 15% mais qui s'élèvera à 35% à partir du 1er juillet 2011, a un champ d'application limité dans le mesure où il ne vise que les intérêts et qu'il ne s'applique pas aux personnes morales.

En résumé, à l'aube du 13 mars 2009, dans un ciel embrumé par l'affaire UBS, la Suisse connaissait un système d'échange de renseignements fiscaux relativement restreint, bien qu'élargi à l'égard des Etats-Unis et des Etats membres de l'Union européenne, et un système de prélèvement d'impôt à la source non libératoire à l'égard de l'Union européenne.

**III. 13 mars 2009 : le passage à l'échange d'informations à la demande**

Dans un contexte de crise internationale où chaque Etat a essayé de tirer la couverture à soi sous le couvert de la moralité, la Suisse a été « contrainte » le 13 mars 2009, de renoncer à la distinction entre la fraude et l'évasion fiscale et d'accepter de passer à l'échange d'informations à la demande. Ce système ne s'appliquera qu'aux Etats avec lesquels la Suisse négociera une CDI le prévoyant. Cette décision correspond à l'application du standard de l'article 26 du Modèle OCDE.

En date du 30 septembre 2010, la Suisse avait signé une CDI prévoyant l'échange d'informations à la demande avec les Etats suivants : l'Autriche, le Danemark et les îles Féroé, les Etats-Unis, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, le Grand-duché de Luxembourg, l'Inde, le Japon, le Kazakhstan, le Mexique, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Qatar et la Turquie. Le lecteur trouvera en annexe un tableau comparatif de ces différentes CDI. Par ailleurs, l'Espagne pourra, en vertu, de la clause de la nation la plus favorisée en faveur des Etats membres de l'Union européenne accordée par la Suisse dans le Protocole du 29 juin 2006, se prévaloir, non seulement de l'échange d'information à la demande, mais également du système le plus favorable, vraisemblablement celui conclu avec la France, contenu dans une CDI signée par la Suisse avec un Etat européen. Le 1er septembre 2010, le Conseil fédéral a édicté l'Ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI) en vue de régler l'exécution de l'assistance administrative prévue par les conventions révisées.

De manière générale, les conventions de double imposition telles qu'elles ont été révisées, énoncent que l'Etat requérant qui demande des renseignements à la Suisse doit lui fournir les informations suivantes :

a) le nom et l'adresse de la ou les personnes visées par le contrôle ou l'enquête et, en cas de disponibilité, les autres éléments qui facilitent l'identification de cette ou ces personnes, tels que la date de naissance, l'état civil ou le numéro d'identification ;

b) la période visée par la demande ;

c) une description des renseignements demandés, y compris de leur nature et de la forme selon laquelle l'Etat requérant désire recevoir les renseignements de l'Etat requis ;

d) l'objectif fiscal qui fonde la demande ;

e) le nom et l'adresse de toute personne présumée être en possession des renseignements requis.

Par ailleurs, l'échange d'informations à la demande est régi par les principes suivants : il appartient à l'Etat requérant d'épuiser les sources habituelles de renseignements prévues par sa procédure fiscale interne avant de présenter une demande de renseignements ; la pêche aux renseignements, soit la demande d'assistance administrative visant à la simple obtention de preuves est exclue ; en aucun cas les Etats cocontractants s'engagent à un échange de renseignements spontané ou automatique ; les règles de procédures administratives suisses relatives au droit du contribuable demeurent applicables avant que l'information ne soit transmise à l'Etat requérant, étant entendu que cette exigence vise à garantir une procédure équitable au contribuable et non pas à éviter ou à retarder sans motif le processus d'échange de renseignements.

Même si l'on peut douter de la portée de cette disposition vu la primauté du droit international sur le droit interne, le Conseil fédéral a prévu à l'article 5 lit. c OACDI que toute demande fondée sur des renseignements qui ont été obtenus ou transmis par des actes punissables selon le droit suisse sera rejetée.

Trois conventions méritent une attention particulière. En premier lieu, contrairement au texte classique mentionné ci-dessus, l'article 10 lit. e de l'Avenant à la Convention de double imposition conclue avec la France et signé le 27 août 2009, stipule que la demande d'informations de l'Etat requérant doit contenir « 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 ». Les termes « dans la mesure où ils sont connus » ont suscité une forte réaction de la communauté financière et bancaire suisse romande lorsque le texte de l'avenant a été rendu public. Cependant, en se fondant notamment sur le fait que l'avenant exclut expressément la pêche aux renseignements, le Conseil fédéral a précisé ce qui suit dans son 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 (p. 8) : « une demande d'assistance doit donc permettre d'identifier clairement le contribuable visé et la banque concernée en cas de renseignements bancaires. Il n'est pas absolument indispensable ici de citer le nom de la banque, à condition que d'autres indications, par exemple un numéro de compte bancaire international (IBAN) permettent de relier avec certitude une relation bancaire à une banque déterminée. Il s'ensuit que l'échange de renseignements est limité à des cas de demandes concrètes d'échange de renseignements dans des cas spécifiques. Faute de la mention spécifique des éléments nécessaires permettant l'identification du détenteur des informations, il est clair qu'en tout cas du côté suisse, on ne sera pas en mesure de donner une suite concrète à une demande de renseignements. En particulier, à défaut des indications nécessaires permettant la désignation de la banque en sa qualité de détentrice des informations dans la demande de renseignements, il ne sera pas possible de transmettre les données bancaires ». La France se prévaudra sans doute du fait que le texte de la convention qui la lie à la Suisse diverge du texte de celles conclues avec les autres Etats. Il appartiendra aux autorités administratives et judiciaires de notre pays de rester très fermes.

En second lieu, les conventions modifiées et signées avec les Etats-Unis et les Pays-Bas dérogent, dans leur formulation, à la règle générale concernant l'identification du contribuable. Alors que la formulation classique exige le nom et l'adresse de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête, ces deux conventions commandent uniquement que l'Etat requérant fournisse des informations suffisantes pour identifier cette personne.

Néanmoins, dans son message du 27 novembre 2009 concernant l'approbation d'un protocole à la Convention contre les doubles impositions entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique (p. 8), le Conseil fédéral a précisé clairement ce qui suit : « L'identification claire du contribuable concerné est notamment requise. Elle se fait typiquement en communiquant le nom du contribuable concerné ainsi que d'autres éléments permettant d'identifier une personne sans ambiguïté si ceux-ci sont connus, tels que son adresse, son numéro de compte bancaire ou sa date de naissance. »

**IV. La stratégie de l'argent blanc**

Au courant de l'automne 2009, une idée a pris naissance selon laquelle les banques helvétiques ne devraient plus accepter d'argent non déclaré. Cette stratégie, issue notamment des milieux bancaires, est dite « de l'argent blanc ».

Sous le règne de cette nouvelle atmosphère, l'Association suisse des banques étrangères en Suisse a émis l'idée, appelée projet Rubik, que la Suisse devrait proposer à l'Union européenne ou, du moins, à certains de ses Etats membres, que notre pays prélève un impôt libératoire sur les avoirs et leurs revenus placés dans une banque helvétique équivalent à l'impôt qui serait dû par le détenteur du compte dans son Etat de domicile en échange de la non divulgation du propriétaire économique des avoirs. Reprise par l'Association suisse des banquiers et par le Conseil fédéral, cette stratégie s'inscrit dans la volonté de la Suisse d'éviter à tout prix de devoir passer avec l'Union européenne à l'échange automatique d'informations.

Les 25 et 27 octobre 2010, la Suisse a conclu respectivement avec le Royaume-Uni et l'Allemagne une déclaration relative à l'ouverture de négociations en vue de l'instauration avec ces deux Etats d'un système d'impôt libératoire. Outre l'instauration de cette forme d'imposition pour les futurs rendements, l'objectif de ces négociations sera de régulariser le passé, d'octroyer aux autorités allemandes et britanniques une assistance administrative élargie et de garantir aux banques de chaque Etat un accès réciproque au marché national pour leur établissement financier. Ces préaccords ne contiennent aucun chiffre ni pour la régularisation des avoirs se trouvant déjà dans une banque helvétique, ni concernant le taux du futur impôt.

**V. No future, no future at all?**

Les Sex Pistols, groupe emblématique du mouvement punk, chantaient au début des années 80, « No future, no future at all ! ». En est-il de même pour le secret bancaire ?

Nous pensons que tel n'est pas le cas à condition que la Suisse se montre très ferme dans les négociations qu'elle mène avec ses partenaires et fasse une distinction claire entre ses relations avec l'Union européenne et celles qu'elle entretient avec les Etats tiers.

S'il est compréhensible que notre pays fasse des concessions à l'égard de l'Union européenne et de ses Etats membres dans la mesure où il entretient des rapports privilégiés avec eux et qu'il est demandeur de la libre circulation des services financiers, ce dont le Liechtenstein et le Grand-duché de Luxembourg disposent déjà, il n'est pas admissible que la Suisse adopte à l'égard du reste du monde la stratégie de l'argent blanc. Ceci aurait comme conséquence de pénaliser gravement nos établissements bancaires et nos gérants indépendants par rapport à nos concurrents directs, tel Singapour, qui sont à des lieux d'accepter de telles conditions cadre.

Les négociations entamées avec la Grande-Bretagne et l'Allemagne permettront-elles à long terme à la Suisse d'échapper au passage à l'échange automatique d'infor-mations avec l'Union européenne ou serait-il préférable de négocier rapidement sur cette question avec l'Union européenne en retardant le plus possible son entrée en vigueur, en limitant au mieux son champ d'application et en obtenant le maximum en retour ? La question reste ouverte. Néanmoins, le Conseil fédéral doit être conscient que plus le temps passe, moins d'argent non déclaré se trouve dans nos banques, et, par conséquent, moins notre secret bancaire aura de poids dans nos discussions avec l'Union européenne.

A ce jour, pour employer une terminologie sportive, la Suisse essaie de faire l'extérieur en tentant de conclure des accords sur l'introduction d'un impôt libératoire avec certains Etats importants de l'Union européenne. Elle espère ainsi que la Commission accepte un jour la généralisation de ce système ou qu'il soit considéré comme un équivalent à l'échange automatique d'informations. Dans l'état actuel des négociations, les questions suivantes doivent être résolues : quel montant devra être payé par le client pour légaliser le passé ? Une fois ce montant payé, les avoirs seront-ils également considérés comme fiscalement et pénalement légalisés en cas de rapatriement dans l'Etat de domicile du bénéficiaire économique ? Quel sera le taux de l'impôt libératoire ? Les actifs se trouvant en Suisse et légalisés par l'impôt libératoire seront-ils soumis à un impôt en cas de succession ou de donation ? Quelle garantie pourra être fournie au client ayant accepté de payer un montant important pour légaliser les actifs concernant le non passage de la Suisse à l'échange automatique d'informations avec l'Union européenne ?

Il est important que notre pays réponde à toutes ces questions et tienne compte du fait que le secret bancaire est non seulement un concept juridique, mais, peut-être surtout, un outil économique. La Suisse ne doit pas en arriver à sauver la face en conservant un secret bancaire purement théorique n'ayant plus aucun attrait pour le client. Car, comme chacun le sait, le client est roi, et lui seul décidera si les nouvelles conditions cadre négociées par la Suisse lui fourniront suffisamment d'avantages et de garanties pour qu'il décide de conserver ses avoirs dans les établissements financiers helvétiques.