

L'invité mardi 18 juin 2013

Les demandes groupées, les pêches aux renseignements et la Lex USA

Par Dominique Christin et Fabrice Kuhn*

On peut s'interroger sur le modèle de comportement incriminé qui permettra aux autorités américaines de déposer une demande d'entraide groupée en relation avec telle ou telle banque suisse

* Avocats fiscalistes auprès de BCCC Avocats, spécialistes de l'entraide fiscale internationale.

Alors que le parlement débat de la Lex USA, il n'est pas inutile de se pencher quelques instants sur la notion de demandes groupées dans le cadre de l'entraide fiscale internationale. Le Conseil fédéral suggère en effet que les autorités américaines pourront former une demande groupée grâce aux informations statistiques qu'elles auront obtenues dans le cadre du programme de régularisation du DoJ.

Qu'est-ce qu'une demande groupée? Sur quels critères les groupes peuvent-ils être valablement formés? Comment établir la limite entre une demande groupée et une pêche aux informations interdite?

Un bref retour historique sur l'origine des demandes groupées s'impose. La notion apparaît pour la première fois dans «l'affaire UBS», lorsque l'IRS dépose, le 16 juillet 2008, une demande groupée concernant les clients d'UBS. Le TAF admet alors (arrêt du 5 mars 2009) le principe d'une demande groupée, la Convention contre la double imposition avec les Etats-Unis de 1996 («CDI-US 96») n'exigeant pas la désignation nominative des personnes concernées. Cette notion est par la suite reprise par l'OCDE, qui l'intègre dans son commentaire relatif à l'article 26 de la convention modèle OCDE («CM OCDE»). Les demandes groupées deviennent alors un standard international OCDE, auquel la Suisse déclare se soumettre le 18 juillet 2012. Le principe est par la suite intégré dans la loi fédérale sur l'assistance administrative fiscale («LAAF»), adoptée par le parlement fédéral en septembre 2012 et entrée en vigueur en février 2013.

La LAAF ne mentionne pas expressément les demandes groupées. Elle prévoit qu'une demande d'entraide doit comprendre, notamment, «l'identité de la personne concernée, cette identification pouvant aussi s'effectuer autrement que par la simple indication du nom et de l'adresse». Elle ajoute que «les autorités suisses ne doivent pas entrer en matière lorsque la demande est déposée à des fins de recherches de preuves» (interdiction des «fishing expeditions»).

Le Conseil fédéral a émis le 16 janvier 2013 une ordonnance relative à l'assistance administrative en cas de demandes groupées, définies comme des demandes qui visent les personnes concernées sur la base d'un modèle de comportement. Le communiqué de presse précise que les demandes groupées nécessitent une

description du procédé appliqué par les clients des banques pour éviter l'imposition et doivent se distinguer clairement des pêches aux renseignements, c'est-à-dire des demandes non fondées sur des indices concrets».

Selon le commentaire de l'article 26 CM OCDE, l'Etat requérant doit fournir une description détaillée du groupe, ainsi que les raisons de penser que les contribuables du groupe faisant l'objet de la demande n'ont pas respecté la loi. Une demande groupée qui se contente d'indiquer que des services financiers ont été fournis à des non-résidents et de mentionner la possibilité que ces derniers n'aient pas respecté leurs obligations fiscales ne suffit pas.

Il est ainsi exclu, au regard du droit suisse et des standards OCDE, qu'une demande groupée vise tous les résidents de l'Etat requérant qui posséderaient des biens auprès de telle ou telle banque suisse. Pareille requête constituerait une pêche aux informations interdite et devrait être rejetée. Pour qu'une demande groupée soit valable, il faut qu'elle décrive un modèle de comportement ou une description d'un procédé utilisé qui constituerait un soupçon fondé de soustraction ou de fraude fiscale.

La demande de l'IRS du 16 juillet 2008 dans «l'affaire UBS» contenait bien un modèle de comportement, une description du procédé incriminé et des indices concrets d'une fraude ou d'un délit semblable au sens de l'article 26 CDI-US. Il s'agissait en l'occurrence de l'utilisation de sociétés-écrans offshore, présentées comme ayants droit économiques dans le formulaire W-8BEN, alors que le véritable ayant droit économique était une personne soumise aux impôts américains indiquée d'ailleurs comme bénéficiaire économique sur le Formulaire A.

Pour en revenir à la Lex USA et au programme de résolution du passé mis en place par le DoJ, on peut s'interroger sur le modèle de comportement incriminé qui permettra aux autorités américaines de déposer une demande d'entraide groupée en relation avec telle ou telle banque suisse. Le simple fait de détenir un compte auprès de cette banque-là ne sera pas un critère possible pour former un groupe valable. Car il s'agirait, comme nous l'avons vu, d'une pêche aux informations interdite. Le fait d'avoir été au préalable client d'UBS ou d'une autre banque visée par les procédures intentées aux Etats-Unis ne sera pas suffisant non plus.

De toute manière, l'échange d'informations entre la Suisse et les Etats-Unis demeure pour l'instant régi par la CDI-US de 1996, laquelle ne permet l'entraide qu'en cas de «Tax fraud or the like» mais pas en cas de simple soustraction fiscale. Une modification de cette CDI a bien été ratifiée par la Suisse mais pas encore par les Etats-Unis. Cette modification prévoit une entraide également en cas de soustraction fiscale, avec un effet rétroactif au 23 septembre 2009. Les demandes groupées ont été intégrées dans ce projet de CDI modifiée, l'identification des contribuables pouvant s'effectuer par la description d'un modèle de comportement laissant supposer qu'ils n'ont pas rempli leurs obligations légales, à la condition que le détenteur des renseignements ou ses collaborateurs aient contribué notablement à un tel comportement. Ce projet pose donc des conditions plus strictes que la LAAF pour admettre des demandes groupées.

La Suisse va devoir, à brève échéance, accorder une entraide fiscale internationale plus étendue, la transparence fiscale étant désormais érigée en standard de vertu international. L'échange automatique semble se dessiner comme une conclusion inéluctable avec un certain nombre de pays. Mais nous n'en sommes pas encore là. Dans l'intervalle, il convient d'appliquer le droit actuel avec rigueur et de ne pas accepter des demandes d'entraide groupées qui équivaldraient, en quelque sorte, à un échange automatique d'informations par anticipation.

LE TEMPS© 2013 Le Temps SA