
Récents développements dans le droit de l'assistance internationale en matière fiscale, notamment avec les Etats-Unis : sept leçons à tirer de « l'affaire UBS »

XAVIER OBERSON

Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction

La Suisse, traditionnellement très réservée en matière d'échange de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger¹, a dû modifier radicalement son approche en faveur d'une plus grande ouverture. Le vendredi 13 mars 2009 restera en effet gravé dans l'histoire fiscale de la Suisse. Dès cet instant, le Conseil fédéral annonce un changement majeur dans la politique fiscale internationale de notre pays. Désormais, les nouvelles conventions de double imposition (CDI) seront fondées sur l'article 26 du Modèle de l'OCDE, repris intégralement. La Suisse a ainsi ouvert, à l'égard des Etats étrangers qui auront conclu avec la Suisse une CDI basée sur ce Modèle, un échange de renseignements sur demande, dans un cas concret à délimiter².

En revanche, le droit interne demeure inchangé. En particulier, l'article 127, alinéa 2 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)³ continue à s'appliquer, de même que l'article 47 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB)⁴ (secret bancaire). Il en découle que le fisc suisse, pour les impôts directs, ne peut interroger directement la banque pour les contribuables assujettis en Suisse, à moins qu'un délit passible de l'emprisonnement n'ait été commis (fraude fiscale). En d'autres termes, la distinction entre fraude fiscale et soustraction d'impôt continue à s'appliquer en droit interne à l'égard de tous les contribuables assujettis en Suisse.

¹ OBERSON XAVIER, *Précis de droit fiscal international*, 3^{ème} éd., Berne, 2009, p. 300 ; GRÜNINGER HAROLD/KELLER ANDREAS, « Internationale Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch », *Archives* 60 (1991/92) p. 518 ; LÜTHI DANIEL, « Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz », in : HÖHN (éd.), *Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz*, Berne, 1993, p. 438.

² Pour plus de détails sur ce changement, voir OBERSON XAVIER, « La nouvelle politique fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements – Un an après », in : *Journée 2009 de droit bancaire et financier*, Bâle, 2010, p. 129 ss ; WALDBURGER ROBERT, « Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich », *RSDA* 2009 p. 480 ss.

³ RS 642.11.

⁴ RS 952.0.

Si la modification du 13 mars 2009 a surpris les observateurs par sa rapidité, elle n'est en réalité que l'aboutissement d'un lent processus. Avant cette date, la Suisse échangeait déjà des renseignements fiscaux, notamment avec les Etats-Unis. Les premières requêtes datent déjà de 1951 sur la base de la première CDI conclue avec cet Etat. L'entraide administrative en matière fiscale va toutefois véritablement prendre son essor en 1996, avec l'adoption d'une nouvelle CDI. Dans ce contexte, l'affaire UBS va mettre l'interprétation de l'article 26 de la CDI USA à rude épreuve. Pas moins de deux accords internationaux, une ratification parlementaire, sept arrêts de principe du Tribunal administratif fédéral et un arrêt du Tribunal fédéral seront nécessaires pour trouver une issue à l'imbroglio juridique posé par ce dossier. Cette affaire soulève en effet des questions trapues et met notre ordre juridique à rude épreuve.

Avec un peu de recul, il nous paraît intéressant de revenir, avec un œil critique, sur les grands principes qui ont été mis à jour par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral qui s'est prononcée aux diverses étapes, parfois rocambolesques, de cette affaire. Les divers arrêts soulèvent des questions fondamentales qui vont sans doute marquer les procédures d'assistance internationale dans les années à venir. Cela d'autant plus, qu'à ce jour, la ratification de la nouvelle CDI de 2009 avec les Etats-Unis, fondée sur l'article 26 du Modèle OCDE, bute encore sur des problèmes d'interprétation. Au surplus, d'autres établissements bancaires suisses sont dans le collimateur du fisc américain qui, se fondant notamment sur la CDI de 1996, entend obtenir à nouveau des noms de contribuables américains ayant fraudé le fisc.

En conséquence, après avoir rappelé le contenu essentiel de l'article 26 de la CDI avec les Etats-Unis de 1996 (CDI 1996) (II), nous procéderons à une analyse critique des arrêts fondamentaux rendus par le Tribunal administratif fédéral dans l'affaire UBS (III). Nous analyserons ensuite les modifications essentielles découlant de la CDI 2009 (IV). Cela fait, nous pourrions dégager quelques leçons fondamentales pour le droit de l'assistance internationale en matière fiscale (V), avant de conclure (VI).

II. L'assistance fiscale internationale selon l'article 26 de la CDI 1996

La clé de l'assistance repose sur une notion délicate, celle de « *tax fraud and the like* ». Cette notion, qui apparaît pour la première fois à l'article XV de la CDI de 1951⁵, est reprise à l'article 26 de la CDI de 1996⁶.

Cette disposition prévoit l'échange de renseignements (i) nécessaires à l'application de la convention et (ii) pour prévenir les fraudes fiscales et délits semblables en liaison avec des impôts visés par la convention (art. 26, par. 1, 1^{ère} phrase CDI). En outre, la clause relative à l'échange de renseignements ne saurait en aucun cas imposer à l'un des Etats contractants de prendre des mesures administratives dérogeant à sa propre réglementation, ou de transmettre des informations qui ne peuvent être obtenues, ni sur la base de sa propre législation, ni en vertu de celle de l'Etat qui les demande (art. 26, par. 3 CDI).

Le terme de fraude fiscale est défini, à l'article 10 du protocole de la CDI de 1996⁷, en ces termes : « Il est entendu que l'expression 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. Une attitude frauduleuse est réalisée lorsqu'un contribuable utilise ou a l'intention d'utiliser dans le dessein de tromper les autorités fiscales des titres faux ou falsifiés ou une construction mensongère. Il est entendu que cette énumération est exemplaire et non exhaustive. L'expression [fraude fiscale] peut également comprendre des agissements qui, au moment de la présentation de la demande, représentent des comportements délictueux à l'égard desquels l'Etat contractant requis peut obtenir des renseignements conformément à sa législation et à sa pratique administrative ».

Déjà avant l'affaire UBS, le Tribunal fédéral – autorité compétente de recours en la matière avant la réforme de la justice de 2007 – a dû se prononcer à diverses reprises⁸. La définition posée par cette nouvelle CDI est directement inspirée de la notion d'escroquerie fiscale de l'article 3, alinéa 3 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁹. Il en découle que le terme de « fraude fiscale » recouvre non seulement l'emploi de faux documents, mais aussi le comportement astucieux (« *scheme of lies* »)¹⁰. Une tromperie astucieuse ne peut toutefois être admise

suisse, vise en tous cas l'utilisation de documents inexacts aux fins d'inclure intentionnellement en erreur les autorités fiscales ; dans ce contexte, le secret bancaire ne peut faire obstacle à la fourniture de renseignements (ATF 96/1970 I 737, X). Toutefois, dans un second arrêt, notre Haute Cour précise que les renseignements à fournir au fisc américains ne doivent pas nécessairement revêtir la forme de documents originaux car l'envoi de « tax reports » est suffisant (ATF 101/1975 Ib 160, X, und Y-Bank).

⁶ Sur cette notion, voir entre autres, HUFSCHMID DANIEL, « "Tax fraud and the like" – Die Voraussetzungen der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten », *Archives* 72 (2003/04) p. 433 ; OBERSON XAVIER, « "Tax fraud and the like", Grandeur et décadence d'une notion controversée en matière d'assistance fiscale avec les Etats-Unis », in : FOËX/HIRSCH (éd.), *Liber Amicorum Vincent Jeanmeret*, Genève, 2010, p. 386 ss.

⁷ Protocole du 2 octobre 1996 à la CDI de 1996.

⁸ On compte pas moins de 9 arrêts du Tribunal fédéral à propos de l'art. 26 CDI de 1996, voir WALDBURGER (n. 2) p. 496, note 78.

⁹ RS 351.1.

¹⁰ Voir RDAF 2004 II 10 (TF, 27.01.2004) ; RDAF 2002 II 307 (TF, 12.04.2002).

⁵ Dans le premier arrêt rendu en la matière, le Tribunal fédéral a précisé que l'application de cet article supposait qu'il existe des soupçons, objectivement fondés qu'une fraude ou un délit ait été commis ou projeté ; l'expression « fraude et délits semblables », à interpréter à la lumière du droit

qu'en cas de machination spéciale, de stratagème ou de construction mensongère¹¹.

De surcroît, l'article 8a du *Memorandum of Understanding* (MOU) à la CDI de 1996 prévoit que la définition de la fraude fiscale à l'article 10 du protocole s'applique non seulement pour l'article 26 CDI, mais aussi pour l'EIMP. Il y a donc non seulement inspiration mais une parfaite coordination des deux définitions.

Enfin, conformément à l'article 10, paragraphe 2 du protocole, le sens à donner au terme de fraude fiscale peut évoluer dans le temps. En date du 23 janvier 2003, les autorités compétentes des deux Etats sont parvenues à un accord amiable sur leur compréhension à donner, notamment, aux termes « *tax fraud and the like* » visés aux articles 26 de la CDI, ainsi qu'à l'article 10 du protocole. Cet accord contient 3 exemples non limitatifs de comportements qualifiés d'escroquerie fiscale, suivis de 14 cas hypothétiques. A notre sens, certains exemples vont particulièrement loin et tendent déjà à donner une interprétation fort extensive à la notion d'escroquerie fiscale appliquée jusqu'ici¹².

Enfin, en cas de fraude fiscale, l'échange d'informations n'est pas limité aux règles sur le champ d'application personnel du traité (art. 26, par. 1, 2^{ème} phrase). Dans ce cas, sur demande expresse des autorités compétentes, l'Administration fédérale des contributions (AFC) est alors en droit de fournir aux autorités américaines des renseignements sur des personnes qui ne prétendent pas être au bénéfice du traité, notamment sur des non-résidents de la Suisse. De même, innovation importante, la CDI 1996 prévoit désormais l'envoi de *copies originales*. Désormais, des documents conformes aux exigences du droit américain en matière de preuve peuvent donc être fournis par l'AFC¹³.

La CDI ne prévoit pas de règles précises quant au moment déterminant de l'état de fait susceptible de constituer une fraude fiscale. En d'autres termes, est-il concevable de solliciter l'assistance pour des escroqueries fiscales commises avant l'entrée en vigueur du traité ? Le Tribunal fédéral a répondu par l'affirmative¹⁴. Selon lui, l'article 26 CDI est une norme de *procédure* qui est donc applicable à toute demande déposée depuis l'entrée en vigueur de la CDI, même si les faits sont antérieurs à celle-ci.

III. L'affaire UBS

A. Premiers rebondissements

L'affaire UBS restera un cas emblématique des problèmes que pose l'assistance administrative internationale en matière fiscale. Cette procédure s'est déroulée en plusieurs étapes, toutes rythmées par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. La première étape se concentre sur la demande de l'*Internal Revenue Service* (IRS) à l'égard de la Suisse de remettre environ 300 noms de contribuables soupçonnés d'avoir commis des fraudes fiscales, au sens de l'article 26 CDI.

1. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2009 (« UBS I »)

a. L'analyse juridique

Dans un premier arrêt, daté du 5 mars 2009¹⁵, le Tribunal administratif fédéral se prononce sur la demande de l'IRS à l'égard de l'AFC, datée du 16 juillet 2008, concernant des sociétés *offshore* et leur ayant droit économique, ayant servi notamment à contourner la législation américaine sur les *Qualified Intermediary* (QI). Cet arrêt, fondamental à plus d'un titre, se prononce sur deux questions très controversées.

En premier lieu, la demande ne mentionne pas les noms des contribuables, mais elle décrit de manière concrète et détaillée les constructions utilisées de façon précise par les contribuables (« *pattern of facts* »). Le Tribunal administratif fédéral confirme que ce procédé est conforme aux règles sur l'assistance internationale et ne constitue pas une demande de pêche aux renseignements. Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal administratif fédéral suit le raisonnement suivant :

- Le point de départ de la réflexion consiste à vérifier si les renseignements requis auraient pu l'être dans le cadre d'une *procédure purement interne* suisse. Le Tribunal administratif fédéral confirme qu'en cas de procédure pénale fiscale en relation avec un délit, le secret bancaire n'est pas opposable. D'ailleurs, le nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP)¹⁶, qui vient

¹¹ Arrêt du TF 2A.430/2005, 12 avril 2006, consid. 4.4. ; RDAF 2004 II 10 (TF, 27.01.2004).

¹² OBERSON (n. 1) p. 308.

¹³ Cette innovation majeure ouvre dès lors la porte à l'assistance car l'envoi de « *tax reports* », seuls autorisés sous la CDI de 1951 ne suffit pas aux exigences du droit interne américain (voir *supra* note 5).

¹⁴ Voir notamment arrêt du TF 2A. 416/2001, 12 mars 2002, consid. 2.2, et RDAF 2002 II 303, 307 (TF, 12.04.2002, consid. 2).

¹⁵ Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (A-7342/2008 et A-7426/2008), *Archives* 77 (2008/09) p. 837 ss, RDAF 2009 II 293, 313 ss ; voir à ce propos, AMADO FLAVIO, MOLO GIOVANNI, « Das Verbot von "Fishing Expeditions" gemäss dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD Standards », *AJP/PJA* 2009 p. 539 ss ; BEHNISH Urs, « Amtshilfe der Schweiz in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA : Durchleinandertal », *Archives* 77 (2008/09) p. 737, not. 774 ss ; WALDURGER ROBERT, « Das Amtshilfeverfahren wegen "Steuerbetrugs und dergleichen" mit den USA », *FSR* 2009, p. 91 ss.

¹⁶ RS 312.0.

d'entrer en vigueur ne reconnaît pas le droit de refuser de témoigner aux employés de banques (art. 171 et 173, al. 2 CPP). De même, l'article 192, alinéa 2 LIFD qui réserve les règles de procédure doit être compris comme une *lex specialis* par rapport aux normes sur la soustraction et le secret bancaire n'est pas opposable.

- En outre, l'*entraide administrative en droit interne* (art. 112 LIFD) prévoit une large possibilité d'échanger des informations entre autorités fiscales et pénale. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a déjà jugé à de nombreuses reprises que la protection du secret bancaire tombe, lorsque des documents bancaires ont été obtenus dans le cadre d'une procédure obtenue en application de la procédure pénale. L'autorité fiscale peut prendre connaissance des actes de la procédure pénale, pour autant qu'elle dispose de soupçons concrets de l'existence d'une infraction fiscale. Dans ce contexte, l'autorité peut utiliser des faits même s'ils ne concernent pas les prévenus eux-mêmes, mais la taxation de tiers et cela, même si elle n'avait aucun soupçon dès le début. Il faut toutefois, pour pouvoir consulter le dossier, que l'autorité fiscale dispose d'indices concrets à la charge de contribuables déterminés. Les actions de recherche générales restent inadmissibles.
- Il y a indice, dans un cas déterminé, s'il existe des faits concrets et précis. L'indice est suffisant, sans qu'il soit nécessaire que le doute porte sur une personne précise. En matière d'*entraide administrative*, cela signifie que l'on ne saurait faire dépendre l'*entraide* du fait que l'autorité puisse déjà donner le nom des contribuables. Des soupçons concrets peuvent, selon la jurisprudence, résulter : d'un déséquilibre manifeste entre la situation financière d'une entreprise et ses revenus, ainsi que du mode d'organisation recourant à des sociétés *offshore*, voire de la mise en œuvre d'un placement hautement spéculatif.
- La CDI de 1996 ne contient aucune précision sur les exigences que doit respecter la demande d'*entraide*. Les principes en matière d'*entraide internationale* sont donc applicables. Les autorités s'en tiennent à la présentation dans la demande pour autant qu'elle ne comprenne pas d'erreurs, de lacunes ou de contradictions manifestes. Le principe de proportionnalité s'applique et les « *fishing expeditions* » sont prohibées. Il suffit toutefois que les faits énoncés dans la demande comprennent suffisamment d'éléments qui permettent de penser qu'une escroquerie ait pu être commise.
- Il s'ensuit que les principes applicables à l'*entraide* du droit interne suisse trouvent application, par analogie, à l'*entraide internationale*. Cela signifie en particulier que, pour octroyer l'*entraide administrative* selon la CDI, il n'est pas nécessaire que la demande

désigne nommément les personnes concrètes auxquelles il est reproché la commission d'une infraction. Un soupçon de commission d'une telle infraction suffit ; cela implique que des éléments concrets, qui vont dans ce sens, existent et soient décrits dans la demande d'*entraide*.

- Les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹⁷ ne sont d'aucun secours. Une demande d'*entraide* ne constitue pas une liste de renseignements. De plus, l'article 26 de la CDI constitue une base légale qui prévoit expressément le transfert de données.
- Dans la demande, l'IRS présente une construction fondée sur des faits concrets consistant en la constitution de sociétés *offshore* étrangères. Ces constructions sont utilisées pour faire apparaître ces sociétés comme les ayants droit économiques des valeurs déposées sur des comptes auprès de l'UBS, à la place de leur véritable ayant droit qui est assujéti illimité aux Etats-Unis. La demande est donc suffisamment concrète pour être admissible.

En second lieu, le Tribunal administratif fédéral se prononce sur les conditions matérielles de l'*entraide*, à savoir s'il existe un soupçon fondé de « fraude ou délit semblable ». Certes, un simple mensonge ne constitue pas à lui seul une astuce, mais tel peut être le cas si l'auteur retient le trompé d'effectuer les vérifications nécessaires ou prévoit qu'il ne va pas le faire sur la base d'un rapport de confiance spécial. Le tribunal examine ensuite la notion de fraude selon la CDI 1996 et confirme qu'elle correspond à la notion d'escroquerie fiscale de l'article 14, alinéa 2 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)¹⁸.

En conclusion, le Tribunal administratif fédéral admet l'existence d'une fraude fiscale, au sens de l'art 26 CDI (« *tax fraud and the like* »), notamment par le fait de l'utilisation abusive de structures *offshore* en violation du rapport de confiance spécial créé par le rapport juridique de QI. L'astuce consiste, dans le cadre de ce rapport de confiance, à utiliser des sociétés *offshore* en utilisant l'indépendance de ces structures de façon abusive, c'est-à-dire sans que l'ayant droit économique ne joue le « jeu de la société », niant, de la sorte, les différentes sphères juridiques existantes.

La fin est toutefois surprenante et paradoxale : le Tribunal administratif fédéral juge le recours sans objet car les noms ont, entretemps, déjà été communiqués aux USA par la FINMA !

¹⁷ RS 235.1.

¹⁸ RS 313.0.

b. Commentaire

Cet arrêt est certes discutable ; compte tenu des circonstances particulières de cette affaire, l'analyse juridique à laquelle le Tribunal administratif fédéral parvient, nous paraît admissible quant au résultat de fond.

Quant à la forme, on notera que le Tribunal administratif fédéral aurait pu se contenter de rendre simplement des conclusions de rejet, dès lors que le recours était devenu sans objet. Etant donné l'importance de l'enjeu et la nécessité de trancher le problème des conditions de l'assistance sur la base de l'article 26 CDI USA, on peut comprendre l'analyse détaillée du tribunal. La motivation de l'arrêt, qui ne sert pas au raisonnement sur la conclusion doit, cela dit, être comprise comme un *obiter dictum*.

Sur la première question de l'absence de « *fishing expedition* », le cas posé au Tribunal administratif fédéral est un cas limite. La demande porte en effet sur 300 contribuables, non identifiés, mais qui ont tous pour particularité d'avoir adopté, auprès du même établissement bancaire, un comportement semblable, systématique, en ayant recours à une structure *offshore* pour contourner les obstacles de la législation américaine, notamment sur les QI. La doctrine a critiqué cet arrêt en estimant que la demande constituait de la pêche aux renseignements¹⁹. Il est vrai que, même si la CDI ne pose nulle part l'exigence de mentionner l'identité du contribuable, la demande n'est pas admissible si elle est assimilable à une « *fishing expedition* ». Cette exigence demeure d'ailleurs applicable, même dans le cas des nouvelles CDI *post 2009* adoptées en conformité au standard de l'article 26 OCDE.

En l'espèce, toutefois, l'UBS elle-même avait collaboré avec les autorités américaines en vue de déterminer les comportements incriminés. De plus, l'article 26 CDI 1996, contrairement aux CDI *post 2009*, ne mentionnait pas l'exigence d'identification de la personne concernée. On peut donc suivre le TAF lorsqu'il conclut que la demande ne constitue pas encore une « *fishing expedition* » prohibée. En fait, il nous paraît que la CDI de 1996 est en réalité large quant à la détermination des personnes visées, mais restrictive sur le comportement incriminé qui doit constituer une « *tax fraud and the like* ». Les nouvelles CDI, *post 2009*, conformément au Modèle OCDE, sont en revanche plus strictes sur l'exigence d'identification de la personne visée, et par contre très large sur le comportement visé, dès lors qu'il suffit que la demande soit « vraisemblablement pertinente » à teneur de l'article 26, paragraphe 1 du Modèle OCDE de CDI. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous sommes d'avis que les considérants du Tribunal administratif fédéral, à propos de la limitation des « *fishing expeditions* » ne sont pas transposables dans la CDI de

2009 renégociée avec les USA, qui prévoit cette fois expressément l'exigence d'identification du contribuable concerné²⁰.

Une fois cet écueil franchi, nous partageons les considérants du Tribunal administratif fédéral qui confirment que les conditions d'une « *tax fraud and the like* » sont effectivement réalisées en l'espèce. Comme nous l'avons déjà relevé, cette exigence, selon le texte du protocole 10 et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, renvoie à la notion d'escroquerie fiscale de l'EIMP. On admet que l'utilisation de manœuvres frauduleuses, aux fins de tromper le fisc, remplit cette condition. Or, le fait d'utiliser sciemment un rapport de confiance particulier pour tromper le fisc constitue un comportement astucieux. En l'espèce, il ne faut pas oublier qu'en entrant dans un rapport de QI, l'UBS et le fisc américain se sont engagés à respecter des obligations réciproques et la banque à remplir son devoir de diligence en identifiant et, le cas échéant, percevant un impôt à la source sur les avoirs des clients américains. La mise en place artificielle de structures *offshore* (typiquement *British Virgin Islands* [BVI] ou fondations du Liechtenstein), en abusant de surcroît de l'indépendance formelle de la société pour faire croire à la titularité non américaine de comptes, alors que la banque dispose dans le formulaire A de l'identité de l'argent économique, contribuable américain, constitue effectivement une fraude fiscale, au sens de l'article 26 CDI de 1996.

2. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010 (« UBS II ») et ATF du 15 juillet 2011 (« FINMA »)

a. L'analyse juridique

Ce faisant, dans un deuxième arrêt²¹, le Tribunal administratif fédéral juge illégale la décision de la FINMA dans cette procédure. En effet, la FINMA avait donné l'ordre à l'UBS de remettre les identités et les informations bancaires aux autorités américaines sur près de 300 clients. Cette décision, on le rappelle, a été prise quelques jours avant le prononcé du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt de mars 2009 ...

Pour le Tribunal administratif fédéral, les articles 25 et 26 de la loi fédérale sur les banques ne constituent pas une base légale suffisante pour autoriser la FINMA à agir de la sorte. Ces dispositions prévoient des mesures à prendre en cas de risque d'insolvabilité d'une banque, sans permettre pour autant une restriction au secret bancaire et au droit constitutionnel au respect de la sphère privée.

²⁰ Du même avis, DONATSCH ANDREAS, HEIMGARTNER STEFAN, SIMONEK MADELEINE, *Internationale Rechtshilfe*, Zurich, 2011, p. 558.

²¹ Arrêt du TAF du 5 janvier 2010 (B-1092/2009).

¹⁹ En ce sens BEHNISCH (n. 15) p. 753 ss ; AMADO/MOLO, (n. 15) p. 545.

Saisi d'un recours contre ce jugement, le Tribunal fédéral admet le recours de la FINMA, en date du 15 juillet 2011²². Pour notre Haute Cour, la base légale des articles 25 et 26 LB n'est certes pas suffisante, mais l'autorité bancaire pouvait se fonder sur la clause générale de police afin de prendre une telle décision dans des circonstances extraordinaires.

b. Commentaire

Nous ne partageons pas l'avis de notre Haute Cour mais bien celui du Tribunal administratif fédéral. Il paraît en effet difficile de voir dans les articles 25 et 26 LB une norme d'assistance internationale en matière fiscale. Le Tribunal fédéral le reconnaît mais fonde son raisonnement sur la clause générale de police. Certes, il y avait sans doute péril en la demeure et l'UBS, et du même coup la place financière suisse, était sous une pression énorme. Mais la procédure d'assistance était régie par une base légale précise, à l'article 26 de la CDI. A peine dix jours après la décision de la FINMA, le Tribunal administratif fédéral donnait d'ailleurs raison à l'AFC et admettait que la demande visant les 300 contribuables était recevable car les conditions d'une « fraude fiscale et délit semblable » étaient réunies. Il nous paraît donc que le recours à la clause générale de police n'était pas justifié. En autorisant le recours à la clause générale de police, le Tribunal fédéral court-circuite en réalité toute la procédure d'assistance internationale en matière fiscale.

B. La saga de l'accord UBS

1. L'accord du 19 août 2009

La remise des 300 noms n'allait pas mettre un terme à cette affaire. Désormais, le fisc américain souhaite obtenir environ 52'000 noms de contribuables américains, disposant, auprès de la grande banque suisse, d'avoirs non déclarés. Le 19 août 2009, la Confédération et les Etats-Unis trouvent finalement un accord sur la demande d'assistance de l'IRS à l'égard de l'UBS (accord 2009)²³. L'annexe à cet accord, rendue publique en novembre 2009, est particulièrement controversée. Elle contient une définition spécifique, détaillée et nouvelle de la notion de « *tax fraud and the like* ». Les annexes fixent une série de critères qui, pour une partie, reprennent les notions reconnues jusqu'ici, à savoir une soustraction d'impôt faisant usage de documents faux ou inexacts

²² ATF 137 II 431.

²³ Accord entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Services des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS, du 19 août 2009, publié (en traduction française) in : *Archives* 78 (2009/10) p. 413 ; voir à ce propos, COTTIER THOMAS, MATTEOTTI RENÉ, « Das Abkommen über ein Amtshilfegesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staat von Amerika vom 19 August 2009 », *Archives* 78 (2009/10) p. 349 ; SCHAUB MARTIN, « Konflikt um Kundendaten : Die Situation der UBS vor dem Abkommen 90 », *RDS* 2011 I p. 209 ss.

ou d'édifices mensongers. En revanche, les annexes englobent également certains cas de *soustractions répétées de montants* importants (voir chiffre 2, A, let. b et B, let. b).

Pour arriver à cette conclusion, l'accord se fonde sur le chiffre 10, paragraphe 2, 3^{ème} phrase du protocole à la CDI. L'idée est d'assimiler à la fraude fiscale, des comportements frauduleux qui présentent un même degré de gravité. En effet, l'article 190 LIFD considère comme graves infractions fiscales, outre les délits fiscaux (art. 186 et 187 LIFD), la soustraction continue de montants importants. L'article 190 LIFD permet la mise en œuvre de mesures spéciales d'enquêtes de l'AFC et, en particulier, de mesures de contrainte pouvant faire échec au secret bancaire. Dans l'esprit des négociateurs de l'accord, on peut donc faire valoir un degré de gravité semblable entre la soustraction de montants importants et les délits fiscaux (passibles de l'emprisonnement), au sens des articles 186 et 187 LIFD.

2. ATAF du 21 janvier 2010 (« UBS III »)

a. Introduction

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral, du 21 janvier 2010²⁴, met un frein provisoire à la mise en œuvre complète de l'accord UBS du mois d'août 2009. En effet, dans cet arrêt retentissant, le Tribunal administratif fédéral ne partage pas l'opinion des négociateurs de l'accord. En substance, il juge que l'accord UBS est un accord amiable qui, en tant que tel, ne peut déroger à la CDI de 1996 et notamment ne peut prévoir des définitions contraires à des termes qui sont définis de façon contraignante dans cette CDI. En outre, la notion de « *tax fraud and the like* » ne saurait inclure la soustraction répétée de montants importants, telle que définie dans l'annexe à l'accord. Voici en résumé, le raisonnement suivi par le Tribunal administratif fédéral.

b. Les faits

On rappellera tout d'abord sommairement l'état de fait. Sur la base de l'accord du 19 août 2009, l'IRS dépose une demande d'assistance à l'AFC le 31 août 2009. Elle vise les comptes pour lesquels l'UBS (i) n'est pas en possession d'un formulaire W9 rempli par le contribuable et (ii) n'a pas communiqué au fisc américain le nom du contribuable concerné au moyen du formulaire 1099. Le 1^{er} septembre 2009, l'AFC rend une décision d'exécution à l'égard de l'UBS en lui sommant de lui remettre les informations sur les comptes visées dans l'annexe à l'accord 2009. L'UBS communique le dossier de A. à l'AFC le

²⁴ ATAF 2010/7 du 21 janvier 2010 (A-7789/2009) ; voir à ce propos, notamment, REICH MARKUS, « Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenzen der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats », *FSR* 2010 p. 111 ss ; COTTIER THOMAS, « *Tax fraud or the like* : Überlegungen und Lehren zum Legalitätsprinzip im Staatsvertragsrecht », *RDS* 2011 I p. 97 ss.

9 novembre 2009 et par décision finale du 17 novembre 2009, l'AFC conclut que les conditions de l'assistance sont remplies. A. fait recours au TAF.

c. L'analyse juridique

Sous l'angle *formel*, le Conseil fédéral est effectivement compétent pour mettre en œuvre l'assistance administrative sur la base des CDI. Dans le contexte de la CDI avec les Etats-Unis, le Conseil fédéral a fait usage de cette compétence en édictant l'ordonnance. L'AFC, comme le confirme le Tribunal administratif fédéral, saisie d'une demande d'assistance, doit se borner d'abord à un examen préalable *prima facie* (art. 20c, al. 1). Ensuite, dans la décision finale, l'AFC doit alors se prononcer sur la question de savoir s'il y a un soupçon fondé de « fraude fiscale ou délit analogue ».

Quant au *fond*, les autorités doivent appliquer le droit international (art. 190 Cst.²⁵). Les CDI qui reprennent les normes du Modèle OCDE sont à interpréter à la lumière de celle-ci et de son commentaire. En droit fiscal international, les *accords amiables* jouent un grand rôle. L'article 25 CDI USA règle sous ce titre trois procédures. Est particulièrement concernée ici, la procédure amiable, selon laquelle les autorités peuvent s'entendre pour corriger des doutes sur l'interprétation ou l'application de la CDI. On admet que l'accord amiable est un accord de droit international public sous la forme d'un accord administratif. Même si la question est controversée, le Tribunal administratif fédéral confirme que de tels accords ne sauraient compléter ou modifier une CDI.

Le Tribunal administratif fédéral procède alors à une analyse détaillée des normes de la CDI 1996, de son protocole, de l'accord amiable du 23 janvier 2003 et de l'accord 2009. Il considère que, lorsqu'il y a plusieurs accords tombant sous le coup de l'article 190 Cst., il faut d'abord clarifier leur rapport entre eux. Selon l'article 3, paragraphe 2 CDI 96, lorsqu'un terme n'est pas défini dans la CDI, il a le sens que le droit de cet Etat lui attribue. Il faut donc voir si le terme « *tax fraud and the like* » est défini dans la CDI. Tel est le cas, notamment dans l'article 10 du protocole. Il faut ensuite vérifier si l'accord de 2009 doit être considéré comme un accord ultérieur, au sens de l'article 31, paragraphe 3, lettre a de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV)²⁶. Tant l'accord de 2003 que l'accord UBS de 2009 sont des accords amiables. En interprétant le texte et la volonté des parties, on ne peut admettre que l'accord 2009 soit du même rang que la CDI 96. En tant qu'accord amiable, il doit rester dans le cadre de l'article 26.

En conclusion, la demande doit être examinée à la lumière de l'article 26 CDI 1996 et les constellations de l'accord de 2009 ne trouvent application que

pour autant qu'elles se situent dans le cadre de celle-ci. Suivant cette logique, le Tribunal administratif fédéral analyse ensuite si le comportement décrit dans la demande constitue une « *tax fraud or the like* » au sens de l'article 26 CDI 1996 et du chiffre 10 du protocole. En l'espèce, il s'agit d'un contribuable domicilié aux USA qui tombe sous le coup des critères 2/A/b de l'accord 2009. Cette personne n'a ni mis en place un édifice mensonger, ni utilisé de faux documents. Il faut donc uniquement examiner si une infraction fiscale répétée et lourde constitue un comportement frauduleux, au sens de l'article 26 CDI, en liaison avec le chiffre 10 du protocole.

Le Tribunal administratif fédéral parvient alors à la conclusion que la simple soustraction d'impôt, même continue et au moyen de montants importants, ne saurait constituer une fraude fiscale ou délit semblable, au sens de l'article 26 CDI. Il se base notamment sur les éléments suivants :

- La notion de fraude, au sens de l'article 26 CDI, vise non seulement l'usage de faux de l'article 186 LIFD, mais aussi l'escroquerie fiscale selon l'article 14, alinéa 2 DPA.
- La deuxième phrase du chiffre 10 du protocole semble indiquer que cette notion n'est pas exhaustive et vise aussi des comportements qui sont frauduleux au moment de la demande. La jurisprudence tient toutefois au terme de « *frauduleux* » et a toujours admis qu'un simple mensonge n'était pas encore astucieux. Le silence peut l'être, mais seulement si le fraudeur compte sur le non-contrôle ou qu'il n'y en aura pas en raison d'un rapport de confiance particulier.
- Certes, l'article 190 LIFD érige au rang de « *graves infractions fiscales* » non seulement la fraude fiscale, mais aussi la soustraction répétée de montants importants. Mais cette norme n'est pas applicable et, par cette argumentation, on oublie que la grave soustraction reste une soustraction d'impôt. L'importance du montant de l'impôt n'est d'ailleurs par décisive pour appliquer l'article 190 LIFD.
- Les parties n'ont, de plus, pas fait valoir que les tribunaux américains auraient développé une notion conventionnelle du comportement frauduleux, au sens de l'article 26 CDI 96. Certes il faudrait alors prendre en compte un tel jugement mais il ne serait de toute façon pas déterminant pour le Tribunal administratif fédéral.

La CDI de 1996 exige donc un comportement frauduleux, terme qui peut viser diverses constellations. Il faut en tous cas un comportement qui va au-delà du laisser faire. Par exemple, l'usage d'une société *offshore* pour tromper le fisc américain lié à l'absence du « jeu de la SA » peut s'avérer frauduleux, conformément à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2009. Cela dit, tant que le contribuable n'a rien fait d'autre que de ne pas déclarer des

²⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

²⁶ RS 0.111.

avoirs ou un compte ou n'a pas envoyé le formulaire W9, il commet une soustraction d'impôt et n'agit pas frauduleusement, au sens de l'article 26 CDI.

Au surplus, il faut rappeler que, traditionnellement, les CDI ont pour but de lutter contre la double imposition et qu'avant la décision du 13 mars 2009, la position de la Suisse était très réservée en matière d'assistance. Déjà la solution de l'assistance en cas de fraude est un élargissement de la position traditionnelle. Un élargissement au sens de l'OCDE n'était pas visé à l'époque, ce que l'accord amiable de 2003 confirme d'ailleurs. La modification de la réserve de la Suisse en 2004 à l'article 26 du Modèle OCDE ne fait d'ailleurs que confirmer ce point de vue.

d. Commentaire

Le jugement du Tribunal administratif fédéral, plutôt courageux, a été un véritable coup de tonnerre. Il faut reconnaître qu'il donne une définition correcte de la notion de « *tax fraud and the like* ». Son approche donne en effet la préférence à l'interprétation admise jusqu'ici par la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, ce dernier a toujours reconnu que la notion de « *tax fraud and the like* » est reprise de celle d'escroquerie fiscale au sens de l'EIMP et suppose donc nécessairement l'usage de manœuvres, de machinations ou d'un édifice de mensonges (y compris l'usage de documents faux ou incomplets)²⁷.

L'article 10 du protocole 1996 donne d'ailleurs une définition de la notion de *tax fraud and the like* qui est en réalité une reprise de la jurisprudence du Tribunal fédéral. On y retrouve les deux éléments alternatifs traditionnels, à savoir l'usage de faux documents et de manœuvres ou d'une manière plus générale d'édifices mensongers. Le terme de « *scheme of lies* », que l'on retrouve dans le protocole n'est rien d'autres que la traduction anglaise de ce terme (en allemand « *Abgabebetrug* ») qui se trouve dans la jurisprudence de notre Haute Cour. On voit donc mal comment, de bonne foi, au sens de l'article 31 CV, on peut interpréter l'article 26 CDI comme englobant la soustraction d'impôt, même de montants importants, dès lors que l'élément subjectif de l'astuce fait défaut.

Certes, l'article 10 du protocole permet une interprétation évolutive de la notion de « *tax fraud and the like* », mais uniquement pour les « comportements délictueux [*fraudulent*] », donc nécessairement accompagnés d'actes astucieux. Le mot « comportement délictueux » (« *fraudulent conduct* »), dans le texte du protocole, ne saurait viser une soustraction – même pour un montant important – qui n'est pas considérée comme un délit fiscal en droit suisse. Le caractère délictueux se traduit d'ailleurs dans le texte anglais comme « *fraudulent* » qui fait donc bien référence à une attitude subjective de la personne concernée. Enfin, à notre avis, la référence à l'article 190 LIFD, qui

érige au rang de graves infractions fiscales également la soustraction de montants importants, n'est d'aucun secours. D'ailleurs, l'article 190 LIFD existait déjà au moment des négociations et de la conclusion de la CDI de 1996. Les parties à cet accord auraient donc pu en tenir compte, si elles l'avaient souhaité, et inclure dans la définition de « *tax fraud and the like* », la soustraction de montants importants.

En conséquence, il paraît évident que l'accord UBS 2009 va au-delà de la CDI car il élargit la définition conventionnelle de la notion de « *tax fraud and the like* ». Il restait donc à savoir si l'accord de 2009 devait l'emporter sur la CDI. Or les négociateurs eux-mêmes dans le texte de cet accord faisaient référence à l'article 28 de la CDI (procédure amiable). Comme le dit le Tribunal administratif fédéral à juste titre, un accord amiable, à l'instar de l'accord en question, ne peut qu'interpréter les normes de la CDI et non pas déroger à celle-ci. La notion de « *tax fraud and the like* » telle que définie dans la CDI de 1996, qui se réfère à la notion d'escroquerie fiscale, demeure donc déterminante et ne saurait englober la soustraction d'impôts, même importante.

3. Le protocole du 31 mars 2010

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010 place la Confédération et l'UBS devant une impasse. Pour trouver une solution à cet imbroglio juridique, et éviter notamment une renégociation de l'accord UBS, voire des mesures de rétorsion américaines, le Gouvernement suisse conclut alors un nouveau protocole avec les USA, en date du 31 mars 2010 (protocole 10). Ce texte, qui se fonde globalement sur l'accord UBS de 2009, est finalement ratifié par le Parlement fédéral, en date du 17 juin 2010, sans être soumis au référendum. On pense que l'affaire est désormais réglée. C'était sans compter sur la ténacité des plaideurs, notamment une certaine Madame A...

4. ATAF du 15 juillet 2010 (« UBS IV »)

a. Les faits

Cet arrêt²⁸, très intéressant²⁹, pose encore une fois la question de la validité de l'accord UBS, dans sa nouvelle version du protocole 10, postérieurement à sa ratification par le Parlement fédéral. Le Tribunal administratif fédéral, qui vient de déclarer invalide l'accord UBS de 2009, doit cette fois se pencher sur la nouvelle version de 2010.

²⁸ ATAF 2010/40 du 15 juillet 2010 (A-4013/2010).

²⁹ Voir à ce propos, notamment BONNARD YVES, GRISEL GUILLAUME, « L'Accord UBS : spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme », RDAF 2010 II p. 361 ss.

²⁷ Arrêt du TF 2A.185/2003, 27 janvier 2004, consid. 4.

Dans cette affaire, Madame A., résidente américaine, titulaire d'un compte auprès de l'UBS, contestait la remise par l'AFC de son dossier - et celui de son mari entretemps décédé - à l'IRS. Le 3 mai 2010, l'AFC avait en effet communiqué à son mandataire une décision finale du 20 avril 2010 confirmant que les conditions de l'assistance étaient remplies. Madame A. interjette alors un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, en date du 2 juin 2011. Le Tribunal administratif fédéral prend alors position sur la base des considérants suivants.

b. L'analyse juridique

ba. Méthodologie

Le tribunal rappelle tout d'abord que si les autorités doivent appliquer le droit international, en vertu de l'article 190 Cst., cette norme ne contient aucune règle sur les éventuels conflits entre différentes normes de droit international. Il faut donc d'abord régler par interprétation cet éventuel conflit en tenant toutefois compte du principe selon lequel le droit international l'emporte sur le droit interne. Le droit suisse applique de surcroît le système moniste. A moins que le législateur ait clairement voulu adopter une loi en violation du droit international (« *Schubert-Praxis* »), le droit international l'emporte sur le droit interne. Le Tribunal administratif fédéral, selon l'article 190 Cst., doit appliquer le droit international même si celui-ci viole la Constitution.

Le droit international s'interprète à la lumière de la convention de Vienne (CV) et notamment des articles 31 ss CV. L'application anticipée d'un accord international est possible, aux conditions de l'article 25, paragraphe 1 CV, à savoir par une volonté concordante des parties. Lorsqu'il y a plusieurs accords en vigueur sur le même objet, l'article 30 CV règle les critères pour juger des droits et obligations des deux Etats, à moins que ceux-ci n'aient fixé des règles différentes. L'article 30, paragraphe 3 CV prévoit notamment la règle *lex posterior*.

Afin de répondre à la question de savoir si l'AFC doit fournir l'assistance à l'IRS, le Tribunal administratif fédéral procède en deux temps. Il analyse tout d'abord toutes les normes internationales déterminantes, à savoir, outre les règles de la CV, les règles de la CDI US 96, l'accord UBS DE 2009 ainsi que le protocole 10, les règles de la CEDH et du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)³⁰ (ci-après bb). Enfin, le tribunal clarifie le rapport entre ces différentes règles internationales (ci-après bc).

bb. Les normes internationales pertinentes

Le protocole 10, conclu le 31 mars 2010, a remodelé l'accord UBS de 2009. Il a supprimé toutes références à l'article 25 CDI (procédure amiable) et le renvoi à l'article 10, paragraphe 2 du protocole à la CDI 1996. L'annexe au protocole 10 reprend les critères permettant l'octroi de l'assistance internationale. Cet accord, même s'il n'a pas été soumis au référendum facultatif, n'en contient pas moins des règles obligatoires de droit international public. Il en serait différent si la non-soumission au référendum violerait ouvertement des règles internes de compétence, au sens de l'article 46 CV. Cela n'est toutefois pas le cas. Déjà en Suisse, la soumission de cet accord au référendum est une question très controversée. On ne peut donc pas dire que pour les USA il y aurait eu une violation ouverte est reconnaissable des normes de compétence, selon le principe de la bonne foi, et cela même si la non-soumission au référendum aurait heurté le droit interne.

Il en va de même pour l'article 9, alinéa 2 de l'accord 10 qui prévoit l'application anticipée de l'accord. Pour une telle application on ne saurait non plus affirmer qu'il y a une violation ouverte et reconnaissable des normes internes de compétence. Le Conseil fédéral est en effet manifestement compétent pour prendre des mesures anticipées pour sauvegarder l'intérêt important de la Suisse.

La CEDH est un accord multilatéral de droit public international. Celle-ci peut s'appliquer mais pour autant qu'elle entre dans le champ de protection d'un des droits fondamentaux qu'elle garantit, dans le cadre de la question à examiner de l'admissibilité de l'assistance. Il convient d'examiner les articles 6, 7 et 8 CEDH.

En ce qui concerne l'article 6 CEDH, il protège uniquement dans le cadre de droits et obligations de nature civile ou pénale, étant entendu que ces notions sont à interpréter dans le sens que leur confère la CEDH. Selon la jurisprudence de la CEDH, toutefois, les demandes d'entraide ne sont ni l'un ni l'autre. La décision de livrer des données concerne exclusivement la mise en œuvre d'obligations convenues dans le cadre d'accords internationaux. Les garanties de l'article 6 ne sont donc pas applicables³¹. Ces considérants valent aussi pour la procédure d'assistance administrative. Ceci est valable même dans la procédure d'extradition, sauf si le risque existe que les droits fondamentaux soient violés. Ce qui n'est ici manifestement pas le cas.

L'article 7 CEDH (*principe de non rétroactivité*) ne s'applique également qu'à la procédure pénale. A l'instar de l'article 6, une procédure d'entraide se borne à décider si des données doivent être remises à un autre Etat. Il s'agit donc d'une procédure pour laquelle l'article 7 et notamment l'interdiction de

³⁰ RS 0.103.2.

³¹ Avec référence à l'ACEDH du 1 décembre 1986, *M. contre Suisse*, n° 11514/85, consid. 1.

rétroactivité ne s'applique pas. La poursuite de la procédure pénale, dans laquelle la partie recourante fait valoir ses droits selon la procédure de l'Etat requérant, est du ressort de cet Etat.

L'article 8 CEDH vise la protection de la sphère privée, dont la protection de données personnelles fait partie. Si un Etat prend connaissance de certains aspects de la vie privée, il lui est fondamentalement interdit d'enregistrer ces informations ou de les utiliser pour des buts différents que le but de leur obtention³². La situation financière d'une personne fait partie de sa sphère privée. L'échange d'information tombe ainsi dans la sphère de protection de l'article 8 CEDH. Pour protéger la sphère privée l'Etat, d'une part, a obligation négative d'empêcher les entraves à celle-ci. D'autre part, il a l'obligation positive de garantir cette sphère par la législation, la jurisprudence et l'administration. La Suisse remplit cette obligation par la loi sur la protection des données et de la sphère privée.

Quant à l'article 17 du Pacte ONU II, il prohibe les atteintes illégales ou arbitraires dans la vie privée. Cette disposition ne va pas au-delà de l'article 8 CEDH. De même, il est douteux que les données financières heurtent ce droit. La question peut toutefois demeurer ouverte.

Toutes les dispositions conventionnelles précitées sont *self executing*. On peut donc en tirer directement une décision.

bc. Hiérarchie entre normes internationales

Lorsqu'il y a plusieurs normes qui tombent sous l'article 190 Cst., pour juger de l'admissibilité de l'assistance internationale, il faut d'abord analyser leur relation. En droit international, à l'exception de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, il n'existe en principe aucune hiérarchie. On applique alors les principes *lex specialis* ainsi que *lex posterior*.

On admet toutefois que le droit international impératif (*jus cogens*) ne peut être restreint, même par des accords internationaux postérieurs (sanction de nullité). Le *jus cogens* comprend les droits de l'homme élémentaires, le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage, de la prison collective, de la responsabilité personnelle dans la procédure pénale et le non-refoulement. Même si la définition du droit international impératif est parfois controversée, le Tribunal administratif fédéral considère que d'autres droits fondamentaux, comme la garantie de la propriété, la liberté économique, le droit d'être entendu ou à une procédure équitable, selon l'article 6 CEDH, ou à un recours effectif, selon l'article 13 CEDH, ne font fondamentalement pas partie du *jus cogens*.

Lorsque plusieurs accords fiscaux sont en concurrence, à l'instar de la CDI de 1996 et du protocole 10, il faut d'abord trancher le rapport entre eux. Selon

son texte, le protocole 10 modifie l'accord de 2009. De plus, cet accord international n'est plus un accord amiable mais est du même rang que la CDI de 1996. Il s'agit donc d'un cas d'application de l'article 30, paragraphe 3 CV, selon lequel l'accord ancien ne trouve application que dans la mesure où il est compatible avec le plus récent. Enfin, ni l'article 8 CEDH, ni l'article 17 du Pacte ONU II, ne font partie du *jus cogens*. L'accord international 10 l'emporte ainsi sur la CEDH. Cela est également confirmé par les principes *lex posterior* et *lex specialis*.

Une question se pose encore. On peut en effet se demander si, à la suite de certains auteurs, la CEDH, certes en dehors du *jus cogens*, ne ferait pas partie d'une sorte d'ordre public européen, qui l'emporterait sur des accords spécifiques³³. Le Tribunal administratif fédéral se contente de laisser la question ouverte, car selon lui, même si tel devait être le cas, cela ne changerait pas le fait que le protocole 10 l'emporte sur la CDI de 1996. En effet, tous droits fondamentaux, notamment le respect de la sphère privée, peuvent être restreints, dans la mesure où les conditions traditionnelles sont remplies (base légale, intérêt public et proportionnalité).

En l'espèce, la demande repose sur le protocole 10, accord international qui constitue une base légale suffisante. Certes, cette norme vise un concept, celui de fraude fiscale et délit analogue, mais pour un cas concret de personnes, soit 4450 clients de l'UBS. Cet accord est donc général et concret (et non abstrait). Mais il faut examiner l'exigence de la *base légale* selon l'article 8, paragraphe 2 CEDH qui ne correspond pas nécessairement à celles du droit suisse. Le protocole 10, selon le Tribunal administratif fédéral, est ainsi une base légale suffisante au sens de la CEDH. Cela paraît d'autant plus vrai que les données sur le revenu et la fortune d'une personne ne sont pas des informations particulièrement sensibles. L'article 8, paragraphe 2 CEDH exige en outre que la restriction au droit fondamental se fonde sur un *intérêt public* admissible, parmi lequel le bien économique d'un pays. En l'espèce, le Conseil fédéral repose sa demande sur un tel objectif d'intérêt public. Pour l'UBS, il s'agit d'une banque dans la taille est systémique. Enfin, la restriction doit être nécessaire dans une société démocratique, c'est à dire respecter le principe de *proportionnalité*. Tel apparaît bien être le cas ici, au vu de l'ampleur du problème posé. Le même raisonnement est aussi valable pour l'article 17 du Pacte ONU II.

En l'espèce, selon la décision finale de l'AFC, le cas correspond à celui de la catégorie 2/A/b de l'annexe au protocole 10, à savoir la situation d'une résidente aux Etats-Unis qui détient un compte non déclaré portant sur une

³² Avec référence aux ACEDH, *Leander*, du 26 mars 1987, n° 9248/81, et *Marper*, du 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04.

³³ Le TAF s'appuie notamment sur l'ATF 126 II 324, consid. 5.4.1 et sur la doctrine, en particulier FROEHN, JOCHEN, PEUKERT, WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3^{ème} éd., Kehl am Rhein, 2009, n° 5-6 *zu* Einführung ; VILGER, MARK, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2^{ème} éd., Zurich, 1999, n° 16.

soustraction continue de montants importants. Ni la CDI de 1996, ni l'accord international 10, ni l'ordonnance d'application de la CDI, ne contiennent des normes sur les exigences à remplir pour la demande de l'IRS. L'article 1, paragraphe 6 du protocole 10 confirme qu'il n'est pas nécessaire de mentionner les noms des clients américains d'UBS dans la procédure d'entraide.

Les accords de droit international public doivent être interprétés selon la CV. En particulier, il faut rappeler ici que le but de l'accord 10 est de régler un conflit de souveraineté entre la Suisse et les USA. D'un côté, la Suisse accepte – contrairement à sa pratique – de livrer l'assistance également en cas de soustraction lourde, de l'autre, les USA acceptent de recourir à l'assistance et ne pas utiliser des mesures unilatérales. Cet accord permet également de réduire la demande initiale de l'IRS, portant sur 52 000 comptes, à environ 4450 comptes.

Dans la catégorie visée, sont concernées les personnes physiques domiciliées aux USA qui, durant 2001 à 2008, disposent de « *undisclosed (non W9) custody accounts* » et « *banking deposits* » auprès de l'UBS et sur lesquels durant cette période plus d'un million de francs se trouvent. Le terme « et » vise logiquement une alternative. Pour que l'assistance soit accordée, il faut en outre que durant une période minimale de trois ans, le compte ait généré un revenu de 100'000 francs. Au surplus, la notion de « revenu » est définie de façon spécifique dans l'accord. Le gain en capital notamment correspond à 50% du produit brut de la vente. Certes, on doit reconnaître que la définition du gain en capital n'est pas adéquate. Elle peut même conduire à ce qu'une personne sans revenu soit visée. Le Tribunal administratif fédéral est toutefois lié par les critères ainsi fixés dans l'annexe. Enfin, il convient de préciser que la limite ainsi fixée vise non pas le titulaire du compte ou son ayant droit économique, mais le compte lui-même.

bd. Conclusion

En l'espèce, la recourante était domiciliée aux USA et ayant droit économique du compte. Elle remplit également les critères de l'annexe. Le fait que son mari, entretemps décédé, était également titulaire du compte ne joue aucun rôle car les critères visent le compte lui-même. Enfin, les griefs sur l'absence de tribunal impartial, ou le non-respect du droit d'être entendu, n'ont été développés que sommairement, de telle sorte que dans cette constellation on ne voit pas en quoi ils auraient été violés. Le recours est donc intégralement rejeté.

c. Commentaire

Cet arrêt mériterait à lui seul une analyse détaillée qui dépasse le cadre de cette contribution. Quant au résultat, il paraît discutable sur de nombreux

points. Fondamentalement, le Tribunal administratif fédéral conclut que le protocole de 2010, contrairement à l'accord précédent de 2009, est devenu un véritable traité international et qu'il peut par conséquent, en vertu des principes *lex posterior* et *lex specialis*, déroger à la CDI de 1996. Même si les définitions qu'il prévoit (notamment la notion de fraude fiscale élargie à la soustraction de montants importants d'impôts, ou la définition du « *capital gain* »), sont parfois hautement discutables, le Tribunal administratif fédéral est lié par cet accord international.

On ne peut s'empêcher de sentir un certain malaise à la lecture de cet arrêt. Déjà, le principe du parallélisme des formes n'est pas vraiment respecté car le protocole de 2010, contrairement à la CDI de 1996, n'a pas été soumis au référendum. De plus, le texte de cet accord – et notamment les fameuses annexes – correspond à l'accord 2009 et ce n'est que sous l'angle formel, de par la procédure d'adoption et l'abandon de la référence à la procédure amiable, que le protocole a été érigé au rang de traité international. Pour autant, le raisonnement du Tribunal administratif fédéral nous paraît encore défendable. En effet, il semble indéniable que le protocole a été renégocié comme un traité international et ratifié par le Conseil fédéral après soumission au Parlement. De plus, le protocole 10 est général et concret et certainement pas de même portée que la CDI de 1996. Sa non-soumission au référendum paraît encore soutenable³⁴.

Plus problématiques nous paraissent en revanche certaines considérations sur la rétroactivité de l'accord, d'une part, et sur la non-application des règles de la CEDH, tels que les articles 6 ou 8, d'autre part.

En premier lieu, le rejet pur et simple de l'application du principe de *non-rétroactivité* (art. 7 CEDH) paraît contestable³⁵. Pour le Tribunal administratif fédéral, ce principe est inopérant car on se trouve dans la procédure d'entraide administrative et non dans la procédure pénale. Il faut pourtant bien voir que l'accord, datant de 2010, porte sur les années 2001 à 2008 et englobe des comportements (notamment la soustraction de montants importants) qui n'étaient jusqu'ici pas qualifiés de « fraude et délit semblable » et donc ne pouvaient faire l'objet d'une demande d'entraide auparavant. La procédure d'assistance vise ici une procédure qui est qualifiée de fraude fiscale aux États-Unis et peut aboutir à l'emprisonnement du contribuable visé. On rappellera également que la Cour européenne a déjà jugé que les infractions fiscales (fraude fiscale ou soustraction d'impôt) constituent, de par leur finalité à la fois préventive et répressive, des sanctions « pénales » au sens de l'article 6

³⁴ En ce sens également, REICH (n. 24) p. 111 ss.

³⁵ Voir à ce propos, UHLMANN FELIX, TRÜMLER RALPH, « "Das Rückwirkungsverbot ist im Bereich der Amtshilfe nicht von Bedeutung" – Überlegungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010 betreffend den UBS-Staatsvertrag », *RDS* 2011 I p. 139 ss.

CEDH³⁶. On ne voit donc pas pourquoi le principe de non-rétroactivité ne serait pas applicable en l'espèce³⁷. Comme le relèvent certains auteurs, en droit administratif, l'idée de l'application immédiate de normes de procédure, vise les procédures en cours, et non pas l'introduction de nouvelles procédures – pouvant déboucher sur une condamnation de droit pénal fiscal – portant sur des états de faits achevés³⁸.

En second lieu, il nous paraît nécessaire aujourd'hui de remettre en cause la jurisprudence tendant à dénier aux parties concernées le droit d'invoquer l'article 6 CEDH dans la procédure d'assistance internationale. L'accent a été focalisé sur l'efficacité de l'échange de renseignements et des modifications fondamentales se sont produites dans ce domaine ces cinq dernières années en faveur des Etats. Il paraît indispensable que ces changements s'accompagnent de la mise en œuvre de règles de procédure tendant à protéger les droits constitutionnels et de procédure des parties concernées³⁹. La Suisse est consciente de cette exigence par la mise en œuvre d'une ordonnance d'application (OACDI)⁴⁰, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2010, et suivie vraisemblablement prochainement par une loi fédérale en la matière⁴¹.

En droit suisse, en matière d'assistance internationale en matière fiscale, les *garanties de procédure* administrative doivent être respectées. Contrairement à la procédure pénale fiscale interne contre le contribuable (p. ex. en cas de soustraction), qui a été considérée comme une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH, le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt ancien, que, quels que soient les enjeux, la procédure de coopération (assistance) interne qui se déroule en Suisse, en tant qu'Etat requis ou requérant, ne porte ni sur une accusation en matière pénale, ni sur une contestation de nature civile, au sens de l'article 6 CEDH⁴². Cette jurisprudence est en quelque sorte confirmée par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt du 15 juillet 2010. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal administratif fédéral a toutefois laissé ouverte la

question de savoir si les normes de la CEDH (notamment l'art. 6 ou l'art. 8) ne faisaient pas partie d'une sorte « d'ordre public européen »⁴³.

Il n'est pas dans notre propos d'entrer en matière sur la qualification d'ordre public européen, dans le cadre restreint qui est ici le nôtre. Nous sommes toutefois d'avis que l'article 6 CEDH trouve application dans le cadre de la procédure d'assistance internationale, dans la mesure où elle porte sur une infraction fiscale qui tombe dans le champ d'application de cette norme en tant qu'« infraction pénale ». La procédure de soustraction d'impôt ou de fraude fiscale, selon la jurisprudence, est qualifiée de « pénale », au sens de l'article 6 CEDH⁴⁴. On ne voit guère pourquoi l'article 6 CEDH trouverait application dans le cadre de telles procédures purement internes et ne saurait ensuite plus être garanti dès que cette procédure dépasse la frontière d'un Etat⁴⁵.

L'article 6 CEDH inclut notamment la possibilité pour une personne de ne *pas témoigner contre soi-même*. Un Etat contractant pourrait ainsi refuser de fournir des renseignements dans la mesure où les règles internes sur la non-incrimination le lui empêcheraient. En principe, comme le relève le Commentaire OCDE, cette règle ne devrait avoir que peu d'incidence en matière d'assistance en matière fiscale, car le droit de ne pas témoigner contre soi-même (garanti notamment à l'art. 6 CEDH) ne s'applique qu'auprès d'une personne qui risque une poursuite pénale⁴⁶. Il nous paraît ainsi que la présomption d'innocence, qui inclut le droit de ne pas témoigner contre soi-même, devrait s'appliquer lorsque la procédure d'assistance porte sur des infractions fiscales (y compris la soustraction d'impôt).

Quoiqu'il en soit, la personne impliquée peut de toute manière invoquer en particulier le droit d'être entendu (en droit suisse, voir notamment l'art. 29, al. 2 de la Constitution fédérale), qui comprend le droit de consulter le dossier, le droit de participer à l'établissement des faits, comme de recevoir une décision motivée⁴⁷. Cet aspect sera d'ailleurs confirmé dans l'arrêt suivant du Tribunal administratif fédéral.

Enfin, on doit admettre également que le protocole 10 porte atteinte à l'article 8 CEDH. Le Tribunal administratif fédéral reconnaît d'ailleurs que les informations financières d'une personne font partie de sa sphère privée. L'application du droit à la protection de la sphère privée, garanti par la CEDH, à l'égard d'un accord international postérieur est toutefois laissée ouverte par le tribunal, dès lors que les conditions de restriction à ce droit sont remplies.

³⁶ Voir, notamment, les ACEDH, *Benedouin c. France*, du 24 février 1994, n° 12547/86 ; et *J. B. c. Suisse*, du 3 mai 2001, n° 31827/96.

³⁷ Voir aussi les critiques de BONNARD/GRISEL (n. 29) p. 397 ; BEHNISH (n. 15) p. 745.

³⁸ UHLMANN/TRÜMLER, (n. 35) p. 154.

³⁹ Voir à ce propos OBERSON XAVIER, « Le modèle OCDE d'accord en matière d'échange de renseignements – un tournant », *STR* 2003 p. 423 ss ; GANGEMI BRUNO, « International Mutual Assistance Through Exchange of Information », IFA General Report, LXXVb *Cahiers de droit fiscal international*, The Netherlands, 1990, p. 74 ss.

⁴⁰ Ordonnance du Conseil fédéral du 1^{er} septembre 2010 relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI ; RS 672.204).

⁴¹ Voir le projet de loi fédérale sur l'assistance internationale en matière fiscale (LAAF) dont la procédure de consultation vient de s'achever.

⁴² Voir, notamment, les ACEDH *Benedouin c. France*, du 24 février 1994, n° 12547/86 ; et *J. B. c. Suisse*, du 3 mai 2001, n° 31827/96 ; en droit suisse, voir ATF 118/1992 Ib 436, *B. et C. Corp.*, consid. 4a.

⁴³ ATAF 2010/40 du 15 juillet 2010 (A-4013/2010), consid. 6.4.

⁴⁴ Voir *supra* note 42.

⁴⁵ Dans le même sens, BONNARD/GRISEL (n. 29) p. 398 ss.

⁴⁶ Commentaire OCDE de convention de double imposition, ad art. 26.

⁴⁷ AUER ANDREAS, MALINVERNIGI GIORGIO, HOTTELLER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 2 « Les droits fondamentaux », 2^{ème} éd., Berne, 2006, p. 610.

La doctrine est de toute manière d'avis que, même si les droits de l'homme ne font pas partie du *ius cogens*, ils se caractérisent par une certaine permanence ou intangibilité⁴⁸. L'Etat, lorsqu'il a ratifié la CEDH, s'est donc engagé à respecter ces droits par la suite. Le Tribunal administratif fédéral a donc eu raison d'examiner si les conditions de restriction à l'article 8 étaient ou non remplies.

5. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 septembre 2010 (A-4936/2010) (« UBS V »).

La saga, que l'on croyait définitivement enterrée par l'arrêt de juin 2010, n'est pourtant pas encore achevée. Nombreuses sont les personnes concernées qui n'ont en réalité pas été entendues dans le cadre de la décision d'accorder l'assistance. Le Tribunal administratif fédéral, dans un nouvel arrêt de principe, doit ainsi examiner la validité de cette problématique.

a. Les faits

Dans cette affaire, le dossier de Monsieur X., visé par la procédure UBS, a été transmis par l'UBS à l'AFC en date du 19 janvier 2010. Dans une décision finale du 7 juin 2010, l'AFC conclut que les conditions de l'assistance administrative sont remplies. Elle a transmis cette décision au mandataire de X. le 7 juin 2010. Celui-ci interjette recours le 7 juillet 2010. Monsieur X. fait alors notamment valoir qu'il n'a pas été au courant de la procédure d'entraide contre lui et ne pas pu faire valoir ses arguments devant l'AFC. En particulier, il n'a pas eu l'occasion d'informer celle-ci du fait qu'il n'était pas le bénéficiaire économique du compte litigieux.

b. L'argumentation juridique

L'AFC admet ne pas pouvoir prouver que l'UBS avait informé le contribuable que son dossier avait été transmis à l'AFC. Elle invoque que la publication dans des articles de presse devrait largement suffire.

Le Tribunal administratif fédéral n'est pas de cet avis. En l'occurrence, le droit d'être entendu n'a été respecté à aucun stade de la procédure devant l'AFC, dont l'intéressé ignorait même l'existence. L'AFC doit donc rendre une nouvelle décision après lui avoir donné l'occasion d'exercer son droit d'être entendu. Au passage, le Tribunal administratif fédéral confirme que les publications dans les journaux américains ne sont pas suffisantes pour informer le contribuable de l'ouverture de la procédure d'entraide

administrative contre lui. Le Tribunal administratif fédéral a donc annulé la décision, tout en rappelant le caractère formel du droit d'être entendu⁴⁹.

Suite à cette affaire, le Tribunal administratif fédéral a admis diverses procédures pour violation du droit d'être entendu. A chaque fois, il a enjoint l'AFC à rendre une nouvelle décision suite aux arguments du recourant.

c. Commentaire

Cet arrêt n'appelle pas de commentaire particulier. La solution paraît évidente car le droit d'être entendu n'a manifestement pas été respecté. La publication dans des journaux ne saurait en effet remplacer ce droit fondamental. Cela dit, le Tribunal administratif fédéral n'a pas tranché le fond dans ces arrêts et simplement enjoint l'AFC à respecter le droit d'être entendu. Ensuite, dans la mesure où l'AFC confirme que les conditions de l'assistance sont remplies, la personne concernée peut encore recourir au Tribunal administratif fédéral. La transmission de son nom aux Etats-Unis est alors possible si les conditions matérielles de l'assistance sont réalisées.

6. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 mars 2011 (« trust discrétionnaire »)

a. L'analyse juridique

Dans cet arrêt⁵⁰, le Tribunal administratif fédéral était confronté au bénéficiaire d'un trust discrétionnaire qui estimait ne pas être visé par une procédure d'assistance internationale concernant un compte UBS, ouvert au nom du trust par le trustee.

Le Tribunal administratif fédéral s'est penché sur le sens à donner aux termes « *beneficial owner* » d'un trust. Selon ce jugement, la notion « *beneficially owned* », contenue dans le protocole 10 et ses annexes, se trouve dans un contexte différent de celle de « *beneficial owner* » (bénéficiaire effectif), utilisée dans la CDI. Cela résulte des buts différents poursuivis par ces deux accords. Le premier vise la transmission de renseignements relatifs à d'éventuelles infractions fiscales (« *tax fraud and the like* »), tandis que le deuxième cherche à éviter les doubles impositions. Ainsi, l'accord UBS sert à appréhender des situations où la société *offshore* (notion qui inclut les trusts et les fondations) ne sert qu'à contourner l'obligation de déclarer, ou respectivement si cette dernière a été utilisée à des fins de soustractions fiscales à l'égard des Etats-Unis. A la lumière de ces réflexions, le Tribunal administratif fédéral juge que les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire et irrévocable ne sont pas des « *beneficial owners* » selon le protocole 10, étant donné qu'ils ne disposent

⁴⁸ BONNARD/GRISEL (n. 29) p. 385, avec référence à DE FROUVILLE OLIVIER, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, 2004.

⁴⁹ Arrêt du TAF du 21 septembre 2010 (A-4936/2010).

⁵⁰ Arrêt du TAF du 23 mars 2011 (A-6903/2010).

d'aucun pouvoir sur les avoirs dudit trust. Le nom de ces bénéficiaires ne peut dès lors pas être communiqué à l'IRS.

b. Commentaire

Cet arrêt nous paraît juste dans son résultat. Les bénéficiaires d'un trust irrévocable et discrétionnaire n'ont en effet qu'une expectative aux rendements de celui-ci. Ils ne sauraient être qualifiés d'ayants droit économique. Encore faut-il que, sur la base des documents du trust, les bénéficiaires soient réellement dans l'expectative et ne disposent pas de droit de contrôle ou de direction sur l'utilisation de la fortune de celui-ci.

7. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 décembre 2011

Cet arrêt (A-2866/2011), rendu après la rédaction de cette contribution, confirme que la soustraction d'impôt n'ouvre pas la porte à l'échange de renseignements. Il s'agissait de l'actionnaire américain d'une BVI détentrice d'un compte non déclaré à qui l'on ne pouvait reprocher, aux dires du Tribunal administratif fédéral, de ne pas avoir « joué le jeu de la société »⁵¹. Il faut préciser que l'accord UBS de 2010 n'était, dans cette constellation, pas applicable.

IV. Un nouveau départ. L'article 26 de la nouvelle CDI de septembre 2009 avec les Etats-Unis

La nouvelle CDI, signée le 23 septembre 2009, est désormais fondée sur le Modèle OCDE. La notion de « *tax fraud or the like* » passe à la trappe. Selon le nouvel article 26, paragraphe 1, les Etats échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la CDI ou pour l'administration ou l'application de la législation interne des Etats contractants. Cette disposition est l'émanation d'un principe général en matière d'échange de renseignements, ancré à l'article 26, paragraphe 1 du Modèle OCDE. Le texte diffère quelque peu du Modèle OCDE car il parle de « *may be relevant* » plutôt que de « *foreseeably relevant* (vraisemblablement pertinent) ». Toutefois, cette légère divergence, inspirée du droit américain, ne modifie en rien la portée de l'exigence de la pertinence des renseignements demandés⁵². Ce principe général exclut en soi les demandes de renseignements non fondées sur des éléments concrets qui ne visent qu'à aller à la pêche aux renseignements.

Pour le surplus, la nouvelle CDI correspond à la pratique suivie par la Suisse pour les autres CDI. Elle se distingue de celle-ci dans la définition de la personne objet de l'enquête. En effet, l'article 4, lettre a (i) du protocole prévoit que, lors d'une demande de renseignements, les autorités compétentes fourniront, notamment, des informations suffisantes pour *identifier la personne* faisant l'objet de l'enquête (typiquement le nom et, dans la mesure où il est connu, l'adresse, le numéro de compte ou des informations similaires). Cette formulation, qui s'écarte du Modèle OCDE, s'inspire en réalité du modèle américain de l'article 26. Sans entrer dans l'exégèse de l'interprétation de cette norme⁵³, elle exige à notre avis que l'information soit suffisante pour identifier une personne *précise*, à savoir celle qui fait l'objet de la requête⁵⁴. Le Message conforte cette opinion en précisant que : « 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. En outre, l'indication du nom du détenteur de renseignements demandés est absolument nécessaire, contrairement aux autres éléments détaillés, qui ne sont donnés que s'ils sont connus. Il s'ensuit que l'échange de renseignements est limité aux demandes concrètes dans des cas particuliers »⁵⁵.

La CDI a été approuvée le 18 juin 2010 par les Chambres fédérales mais n'est pas encore en vigueur. En effet, le 15 février 2011, la Suisse a décidé d'assouplir les conditions d'identification des contribuables et adapter les CDI déjà conclues. Selon cette nouvelle approche, les conventions devront être interprétées de telle manière qu'une demande d'assistance administrative émanant de l'étranger et ne constituant pas une pêche aux renseignements (« *fishing expedition* ») soit acceptée si l'identité de la personne concernée est établie non pas à l'aide du nom et de l'adresse, mais par d'autres moyens et même si l'Etat requérant ne connaît pas le nom et l'adresse du détenteur de l'information (en vertu des principes de la proportionnalité et de la praticabilité). Les conventions déjà approuvées par le Conseil national et le Conseil des Etats le 18 juin 2010, notamment celle avec les Etats-Unis, seront complétées par une clause interprétative. A mentionner qu'une fois ratifié par les deux Etats, l'article 26 de la CDI avec les Etats-Unis déploiera des effets à partir de la signature de la convention, soit à partir de 23 septembre 2009.

Des discussions ont été entreprises avec les Etats-Unis en vue de s'entendre sur la portée précise de l'article 26 de la CDI de 2009 aux cas de demandes portant sur des comportements systématiques et groupes de

⁵¹ Voir l'arrêt du TAF du 12 décembre 2011 (A-2866/2011, consid. 10.5.4.2., page 50).

⁵² Du même avis : WALDBURGER ROBERT, « Neue Amtshilfeb Bestimmungen in schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen », *IFF Forum* 2009 p. 275 ss, 281.

⁵³ Voir OBERSON (n. 2) p. 146 ss.

⁵⁴ Du même avis, OESTERHELT STEFAN, « Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz », *Jusletter* 12 octobre 2009, n° 3.2, p. 21.

⁵⁵ Message CDI, p. 217 ss, 224.

contribuables (« *pattern of facts* »). A notre avis, comme déjà relevé, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (« UBS I ») précité n'est pas transposable dans le cadre de cette nouvelle CDI qui exige expressément l'identification du contribuable. Dans l'arrêt du 3 mars 2009 le Tribunal administratif fédéral a certes admis des demandes groupées de la part de l'IRS, mais sur la base de l'article 26 de la CDI de 1996 qui ne mentionnait pas une telle exigence. Le Parlement fédéral vient toutefois d'approuver, le 16 mars 2012, un arrêté concernant un complément à la CDI de 2009 qui admet les demandes d'assistance basées sur un modèle de comportement.

V. Sept leçons à tirer de l'affaire UBS

Sept leçons principales se dégagent de l'abondante jurisprudence développée dans la saga UBS. Nous ajouterons une conclusion.

1. Selon la CDI de 1996, il n'est pas nécessaire de donner *les noms* des personnes soupçonnées d'avoir commis le délit fiscal en cause. En revanche, les demandes tendant à aller à la *pêche aux renseignements* sont prohibées. Il en découle que la demande doit en tous cas décrire un état de fait précis (« *pattern of facts* ») d'où l'on peut déduire avec vraisemblance qu'une fraude fiscale ou un délit analogue ait été commis. Tel n'est pas le cas de la nouvelle CDI de 2009 qui, à notre avis, prévoit indiscutablement l'exigence de l'identification du contribuable et, dans la mesure du possible, du détenteur de l'information. L'arrêt du 3 mars 2009 n'est donc pas transposable sur ce point pour interpréter la nouvelle CDI.

2. La notion de « *tax fraud and the like* » est une notion conventionnelle qui est définie dans la CDI de 1996. Elle correspond à celle d'escroquerie fiscale, inspirée de l'article 14, alinéa 2 DPA. Il y a notamment fraude fiscale, au sens de la CDI, lorsque des contribuables américains ouvrent des comptes auprès de l'UBS et abusent du rapport de confiance spécial créé par l'accord de « *Qualified Intermediary* » (QI) entre cette banque et l'IRS, en utilisant des structures *offshore* (sans jouer le « jeu de la société » pour dissimuler leur identité). Il est en tous cas nécessaire qu'un comportement frauduleux ait été commis et une simple soustraction d'impôt, même portant sur des montants importants n'est pas suffisante, à moins qu'un accord international, de même rang que la CDI de 1996, prévienne expressément une règle spéciale permettant d'élargir cette notion.

3. L'accord UBS d'août 2009, qui prévoit une notion élargie de « *tax fraud and the like* », est un *accord amiable* qui ne peut déroger à la CDI de 1996. En revanche, le nouveau protocole, de mars 2010, entre la Confédération et les Etats-Unis, ratifié par le Parlement fédéral en juin 2010 est un véritable *accord international* qui, en tant que *lex posterior et specialis*, l'emporte sur la CDI de 1996 et ne peut donc être revu par les tribunaux suisses.

4. Le droit international l'emporte sur le droit interne. Pour connaître le contenu du droit international déterminant en droit suisse, au sens de l'article 190 Cst., il faut d'abord clarifier la hiérarchie entre les différentes normes de droit international applicables. A cet égard, en l'absence de normes spécifiques, on peut appliquer les principes généraux (*lex specialis, lex posterior*). Les règles de droit international impératif (*jus cogens*) l'emportent en tous les cas.

5. Il est reconnu à ce stade que les articles 6, 7 et 8 de la CEDH ne constituent pas du *jus cogens*. D'ailleurs, selon le Tribunal administratif fédéral ni l'article 6, ni l'article 7 (non-rétroactivité) de la CEDH ne s'appliquent dans le cadre de la procédure d'assistance internationale en matière fiscale. On peut certes se demander si certaines règles de la CEDH (protection de la sphère privée, droits garantis à l'art. 6 CEDH, notamment) ne font pas partie d'un « ordre public européen ». La question est laissée ouverte et de toute façon les conditions pour restreindre un tel droit seraient remplies dans le cadre du protocole 10.

6. En revanche, il est nécessaire de respecter le droit d'être entendu dans la procédure d'assistance internationale en matière fiscale. Si tel n'est pas le cas, l'AFC doit rendre une nouvelle décision finale, susceptible de recours, en laissant au contribuable visé la possibilité de faire valoir ses arguments.

7. Les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire et irrévocable ne sont pas des « *beneficial owners* », selon le protocole 10 à l'accord UBS. Partant, dès lors qu'ils ne disposent que d'une expectative sur les rendements du trust, leur identité ne doit pas être communiquée dans le cadre de la procédure d'assistance internationale.

VI. Conclusion

En moins de deux ans et demi, la Confédération, le Parlement, et les tribunaux suisses ont dû se prononcer sur des problèmes fiscaux trapus et parfois inédits. A ce jour, nonobstant la jurisprudence rendue par le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral, ainsi que les nombreuses négociations tendant à régler le cas UBS ou à modifier la CDI de 1996, le problème n'est pas résolu. D'une part, d'autres établissements, non couverts par l'accord UBS, sont actuellement dans le collimateur du fisc américain. D'autre part, la nouvelle CDI de 2009 n'est toujours pas entrée en vigueur et bute sur des questions d'interprétation encore ouvertes. Le fisc américain souhaite notamment pouvoir effectuer des « demandes groupées » admises, dans le cadre de la CDI de 1996, sous certaines conditions énumérées par l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 9 mars 2009, mais pas possibles, à notre avis dans le cadre de la nouvelle CDI de 2009. Les tribunaux pourraient donc à nouveau devoir se prononcer sur ces questions dans le futur.

Une chose est sûre. Le droit de l'assistance internationale en matière fiscale est en train de s'écrire sous nos yeux. La rapidité du changement ne doit pas nous faire oublier que, après l'accent mis sur l'efficacité de l'échange, il est temps d'améliorer les droits de la défense à l'égard des personnes concernées. L'application des articles 6 et 7 CEDH doit être réexaminée par la jurisprudence. Le principe selon lequel ces droits ne s'appliquent pas dans la procédure d'assistance administrative nous paraît totalement dépassé aujourd'hui.