

Pierre-Alain Marquet

Université Paris II – Panthéon Assas

Magistère de Juriste d'Affaires – DJCE, Master II Droit des affaires

2013 - 2014

**La loi FATCA et l'échange automatique
d'informations à des fins fiscales**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Guy Gest

L'Université Paris II – Panthéon Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOMMAIRE

PARTIE 1 – Le modèle américain d'échange automatique d'informations : la loi FATCA

SECTION 1 : Vers la consécration de l'échange automatique d'informations : la recherche d'un dispositif efficace contre l'évasion fiscale

SECTION 2 : La mise en œuvre de l'échange automatique d'informations avec les Etats-Unis : le dispositif FATCA

PARTIE 2 – L'impact de FATCA : la globalisation de l'échange automatique d'informations

SECTION 1 : La norme commune d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers

SECTION 2 : Les conséquences de l'échange automatique d'informations sur la situation des contribuables

LISTE DES ABREVIATIONS

AER : accord sur l'échange de renseignements
AIG : accord intergouvernemental
CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEPD : Contrôleur européen de la protection des données
CGI : Code général des impôts
CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
DCFFI : deemed compliant foreign financial institution
ENF : entité non financière
FBAR : foreign bank and financial accounts
FATCA : Foreign Account Tax Compliance Act
FFI : foreign financial institution
HIRE : Hiring Incentives to Restore Employment
IF : institution financière
IQ : intermédiaire qualifié
IRC : Internal revenue code
IRS : Internal Revenue Service
LPF : Livre des procédures fiscales
NCD : Norme Commune de Déclaration
NFFE : non financial foreign entity
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
SDN : Société des Nations
UBS : Union bancaire suisse
UE : Union européenne

INTRODUCTION

En 1789, dans sa lettre à Jean-Baptiste Leroy, Benjamin Franklin écrivait qu'« *En ce monde rien n'est certain, à part la mort et les impôts* ». Pourtant, rien ne semble moins certain que l'imposition des contribuables qui s'évadent fiscalement (i). Les traités fiscaux internationaux visent désormais à lutter contre cette évasion (ii) en privilégiant la collaboration entre les administrations fiscales, notamment par la voie de l'échange automatique de renseignements (iii).

i) **L'évasion fiscale internationale : un problème durable pour les finances publiques**

« L'Etat a un territoire propre et une souveraineté propre. Il jouit de la souveraineté territoriale. Jusqu'à l'extrême limite de ses frontières qu'il ferme par des barrières douanières, il est maître absolu en matière fiscale [...]. C'est dans sa souveraineté territoriale que l'Etat trouve l'unique source de son pouvoir d'imposition qui est ainsi illimité [...]. En matière d'impôts, l'Etat jouit d'un pouvoir absolu au-dedans de son territoire tandis qu'il ne jouit d'aucun pouvoir en dehors de son territoire – sous réserve, bien entendu des accords internationaux qu'il a contractés »¹.

Filant la comparaison proposée par le Professeur Robbez Masson², si la fiscalité est une prison, et l'Etat son maître absolu – ou son gardien –, certains contribuables cherchent cependant à s'évader vers des îles enchanteresses, sur des rivages ensoleillés à fiscalité privilégiée³. Ce faisant, ils allègent leur charge fiscale. Aussi, de nombreux pays doivent faire face à une érosion des bases d'imposition, c'est-à-dire à une diminution des recettes alors même que les coûts engagés pour faire respecter la discipline fiscale augmentent⁴. Cette érosion est difficile à quantifier avec précision mais comme l'indique le Professeur Castagnède : « *le rapport d'information n°1902 sur les paradis fiscaux déposé le 10 septembre 2009 par la commission des finances de l'Assemblée Nationale fournit des données établissant l'ampleur du phénomène. On peut y lire qu'au niveau mondial, la fraude fiscale a été évaluée entre 350 et 500 milliards de dollars selon une étude Banque mondiale/CNUCED,*

¹ CHRETIEN M., *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre divers Etats*, R.C.A.D.I, 1954-II, t. 86, p. 15

² ROBBEZ MASSON Charles, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Préf. M. Cozian, LGDJ 1990, p.56

³ AFSCHRIFT Thierry, *Peut-on définir les paradis fiscaux ?*, Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale (actes des journées d'études des 20-21 janvier 2000), éd. Bruylant, 2001, p. 3

⁴ OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires*, 2013

et que la Commission européenne estime qu'en Europe elle correspond à 2 à 2,5% du PIB européen. La perte de recettes pour la France résultant de pratiques de fraude ou d'évasion fiscale internationale se situerait entre 15 et 20 milliards »⁵.

La définition même de l'évasion fiscale n'est pas unifiée. En droit français, l'ambivalence de cette notion rend son appréhension délicate : dans un cadre international, l'évasion fiscale est caractérisée par une violation de la loi interne⁶. Le droit américain distingue pour sa part les concepts de « *Tax Avoidance* » et de « *Tax Evasion* »⁷. Dans le premier cas, la personne physique ou morale assujettie à la loi fiscale des Etats-Unis parvient à éluder partiellement la charge fiscale qui pèse sur elle en utilisant les possibilités que n'interdit pas la loi fiscale des Etats-Unis et qu'autorise la loi fiscale des Etats étrangers⁸. Il s'agit ici d'une optimisation fiscale licite sans fraude à la loi fiscale. Dans le second cas, la personne physique ou morale assujettie à la loi fiscale américaine parvient à se soustraire totalement à son application, qu'il s'agisse de l'établissement de l'impôt ou du recouvrement de l'impôt. Cette fois, l'évasion fiscale est répréhensible⁹.

L'évasion fiscale est un phénomène qui s'est esquissé à la fin du XX^e siècle dans le contexte de l'affaiblissement du pouvoir souverain des Etats et de l'affirmation d'une économie mondialisée. Elle a pour arrière plan une crise de la relation entre l'impôt, l'Etat et son territoire. Donnant des éléments de contexte, un rapport de l'OCDE révèle que la mondialisation croissante de l'économie mondiale rend plus facile pour tous les contribuables la réalisation, la gestion et la conservation de placements par le biais d'institutions financières situées hors de leur pays de résidence¹⁰. Partant, des sommes considérables sont détenues à l'étranger où elles échappent à l'impôt si les contribuables ne respectent pas leurs obligations fiscales dans leur pays d'origine¹¹. L'internationalisation de l'économie, de la finance et de la fiscalité avait pourtant initialement créé un risque de double imposition des contribuables.

En effet, comme l'observe le Professeur Castagnède : « *[Historiquement,] la révolution industrielle a généré une mutation des formes de la création de richesse et a favorisé*

5 CASTAGNEDE Bernard, *Lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale : la nouvelle donne*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010 n° 110, p. 3

6 TADDEI Dominique, *La Fraude Fiscale*, thèse multigraphiée, Paris 1974, p. 49

7 LEVINE Pierre, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ 1988, p. 15

8 Ibidem p. 17

9 Ibid. p. 17

10 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, p. 5

11 Ibidem, p. 11

l'apparition de nouvelles formes d'impôts notamment applicables à des catégories de revenus – bénéfices industriels et commerciaux ou revenus de valeurs et capitaux mobiliers – dont la source territoriale n'est pas toujours assurée, et qui, de ce fait, peuvent être le lieu de prétention concurrentes de juridictions fiscales distinctes. De ces transformations des systèmes fiscaux, intervenant dans un contexte de développement des échanges internationaux, ont surgi des phénomènes de double imposition internationale »¹².

Suivant une analyse classique, une double imposition internationale est constituée lorsqu'un même contribuable se trouve atteint, au titre d'une même base imposable et d'une même période, par des impôts de nature comparable appliqués par deux ou plusieurs Etats, dans des conditions telles que la charge globale qu'il supporte s'avère supérieure à celle qui résulterait de l'intervention, dans des conditions de droit commun, d'un seul pouvoir fiscal¹³. Il peut être noté que les éléments de cette définition caractérisent une double imposition juridique qui se distingue d'une double imposition économique qui n'a pas nécessairement de composante internationale mais désigne l'application à une même matière imposable d'impôts successifs atteignant des contribuables distincts. A quoi il faut ajouter que la double imposition juridique ne doit pas être appréhendée comme étant l'origine ou la justification de l'évasion fiscale de certains contribuables. En effet, la double imposition est évitée par la voie conventionnelle qui est également empruntée dans la lutte contre l'évasion fiscale.

ii) **Les conventions fiscales : de la non double imposition à la lutte contre l'évasion fiscale**

La conclusion de conventions fiscales n'est pas récente. Dès sa création, la Société des Nations (SDN) a rédigé des traités modèles non seulement pour la prévention des doubles impositions mais également pour la prévention de l'évasion fiscale. Le peu de succès rencontré par son modèle de convention multilatérale d'assistance mutuelle a conduit la SDN à mettre au point le projet de Mexico en 1943 et le projet de Londres en 1946. Ces derniers combinaient l'échange d'informations et le respect du secret, notamment bancaire¹⁴.

12 CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF 4^{ème} éd. 2013, p. 8

13 Ibidem, p. 8

14 Ce dernier constitue le « modèle de convention bilatérale pour l'établissement d'une assistance administrative réciproque en matière d'assiette et de recouvrement des impôts sur le revenu, la fortune et les successions », *S.D.N.C. 88 M. 88, 1946 II A* ». MELOT Nicolas, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences françaises et américaines*, Préf. P. Dibout, Dalloz 2004, p.175

Après la Seconde Guerre Mondiale, l'Organisation européenne de coopération économique (OECE, 1947) et son successeur l'Organisation économique de coopération et de développement (OCDE, 1961) prirent le relais¹⁵. Fut alors établi le premier traité modèle sur la répartition de l'impôt sur le revenu et la fortune (OCDE, 1963). Ce modèle visait prioritairement à éviter la double imposition des contribuables. Il contenait également un article 26 sur l'échange d'informations devant permettre à l'Etat de résidence d'imposer effectivement les revenus mondiaux de ses résidents.

En principe, les investissements réalisés par un contribuable à l'étranger peuvent être taxés par l'Etat où le revenu est créé ou par l'Etat où le revenu est versé au contribuable –il s'agit respectivement du pays de source et du pays de l'agent payeur du revenu-, ou par l'Etat dans lequel l'investisseur a sa résidence, ou encore par plusieurs de ces Etats¹⁶.

Dans le cadre du traité modèle de l'OCDE, l'Etat de résidence avait besoin de certaines informations devant être transmises par le pays de source afin d'imposer les revenus étrangers du contribuable résident et d'appliquer un mécanisme de crédit d'impôt. L'administration de l'Etat de résidence pouvait réclamer que de telles informations lui soient transmises. Mais, en pratique, elle ne parvenait toutefois pas toujours à obtenir les détails nécessaires ou un degré de précision suffisant pour appliquer correctement l'impôt. Une telle situation pouvait par exemple résulter de l'interdiction légale faite à l'administration du pays de source de révéler à l'Etat de résidence des informations portant sur les investisseurs étrangers¹⁷. Aussi, pour accroître l'efficacité de la lutte contre l'évasion fiscale, l'article 26 du traité modèle portant l'échange d'informations a été étendu à toutes les informations nécessaires pour appliquer la loi fiscale des Etats contractants (1977)¹⁸.

15 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

16 GERARD M. et GRANELLI M., *From the EU Savings Directive to the US FATCA, Taxing Cross Border Savings Income*, Institut de Recherches Economiques et Sociales de l'Université Catholique de Louvain, 25 mars 2013

17 Ibidem

18 Pour le détail de l'évolution de l'article 26 du traité modèle de l'OCDE : V. GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, PUF, 2^{ème} éd., 1990, p. 555

Initialement conçu comme un figurant concourant à la non double imposition, l'échange d'informations a par la suite incarné un rôle renouvelé et central. En 1998, à la demande du G7¹⁹, l'OCDE a publié un rapport intitulé « *Concurrence Fiscale dommageable – Un problème mondial* » analysant les effets nocifs des paradis fiscaux sur les finances publiques. Le manque de transparence – et donc d'informations – étant la cause principale de ces effets pervers, un Forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations à des fins fiscales fut établi en 2000. Doté d'un secrétariat dédié, le Forum veille à ce que tous les citoyens payent leurs impôts afin que les pouvoirs publics perçoivent les recettes nécessaires pour administrer leur pays et financer les services publics²⁰.

Ses travaux débouchèrent en 2002 sur la rédaction par l'OCDE d'un modèle d'accord sur l'échange d'informations en matière fiscale (AER)²¹. Ce modèle incorporait un « standard » d'échange d'informations sur demande qui fut incorporé dans l'article 26 du Traité modèle général ainsi que dans le traité modèle développé entre-temps par les Nations Unies en 2008²².

Evoquant la lutte contre les paradis fiscaux, Pascal Saint-Amans met en exergue l'enjeu de l'échange d'informations en matière fiscale : « *la lutte contre les juridictions non coopératives [et l'évasion fiscale] a un objectif simple et presque trivial : faire en sorte que chaque contribuable paie les impôts qu'il doit dans son État de résidence en assurant une meilleure coopération fiscale entre administrations. C'est là tout l'enjeu de l'échange de renseignements à des fins fiscales [...]. Il en va de la justice fiscale avant tout, afin d'éviter que les contribuables honnêtes n'aient à compenser l'impôt fraudé par ceux qui abusent du secret bancaire ou de l'absence de transparence de places financières off shore* »²³.

L'arsenal conventionnel des Etats poursuit désormais clairement des objectifs diversifiés en matière fiscale. Outre l'ajustement des souverainetés fiscales à travers les conventions de non double imposition visant à répartir l'imposition entre les Etats, les traités fiscaux permettent d'instaurer ou de renforcer la collaboration entre les administrations fiscales.

19 Groupe rassemblant les ministres des finances de sept pays développés : Etats-Unis, France, Royaume-Uni, Allemagne, Italie, Canada et Japon

20 Communiqué de l'OCDE du 26 octobre 2011

21 GEST Guy, *2009 année charnière pour l'échange de renseignements à des fins fiscales : le cas de la France*, *Revue française de Finances Publiques*, 01 avril 2010, n° 110, p. 23

22 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, *Revue de Droit Fiscal* n°3, 16 janvier 2014, p. 72

23 SAINT-AMANS Pascal, *La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale : la longue marche de l'OCDE*, *Droit Fiscal* n°14, 8 avril 2010, p. 257

iii) **La collaboration entre les administrations fiscales par l'échange automatique d'informations**

Les Etats-Unis et la France ont signé de nombreuses conventions fiscales. En droit français, cette expression, qui n'est pas définie par la loi, désigne, selon l'Administration²⁴ et sous réserve que les Etats se prêtent assistance sans restriction, non seulement les conventions fiscales d'élimination des doubles impositions mais également les accords d'échange de renseignements et la directive 2011/16/EU du 15 février 2011. Cette dernière mentionne la possibilité pour les Etats membres de réaliser des contrôles simultanés de la situation d'une entreprise effectuant des opérations dans plusieurs pays²⁵. Ainsi, l'échange d'informations n'est pas l'unique modalité de coopération entre administrations fiscales. Aux contrôles fiscaux simultanés vient encore s'ajouter l'assistance au recouvrement des créances fiscales qui permet à un Etat contractant, titulaire d'une créance fiscale, de requérir l'autre Etat, sur le territoire duquel le contribuable réside, ou possède des biens, aux fins de recouvrement²⁶.

Lorsqu'elle porte spécifiquement sur l'échange d'informations, une convention d'assistance administrative doit permettre l'échange de toute information nécessaire à la législation fiscale des parties et l'échange d'informations ne doit être restreint ni par la législation interne, ni par les pratiques administratives de l'Etat ou du territoire concerné, ni par le secret bancaire à des fins fiscales²⁷. L'échange de renseignements repose sur la volonté des États, parties à un traité, d'user de leurs prérogatives nationales, sous réserve de réciprocité, dans le but d'aider les administrations fiscales d'autres États à rétablir l'assiette d'impôts dus par un contribuable, assiette qui peut soit être minorée, soit être inexistante. Sur le fondement du traité qui les lie, les États consentent à communiquer à ces administrations les renseignements que leurs propres administrations pourraient détenir dans leurs dossiers fiscaux. L'échange de renseignements, dans la mesure où il concerne l'assiette des impôts, est donc une technique particulièrement importante de lutte contre la fraude fiscale. En réalité, il n'est rien d'autre qu'une extension conventionnelle du droit de communication dont disposent

24 BOI-INT-DG-20-50 n° 60

25 Mémento, *Impôt sur les sociétés*, éd. Francis Lefebvre, 2013-2014, n°4390

26 CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 4^{ème} éd., 2013, p. 432

27 Mémento, *Impôt sur les sociétés*, éd. Francis Lefebvre, 2013-2014, n°4355

la plupart des administrations, droit qui leur permet de demander à un tiers des renseignements sur un contribuable²⁸.

Pour favoriser le développement de l'échange de renseignements et évaluer son efficacité, le Forum mondial a réalisé un examen annuel des cadres juridique et administratif dans plus de 80 pays dans les domaines de la transparence et de l'échange de renseignements à des fins fiscales. Ses rapports, qui constituent le seul recueil complet et objectif de renseignements sur ces questions, permettent de mieux comprendre la capacité des pays à participer à la coopération internationale en matière fiscale²⁹. Le but de cette évaluation est d'aider les administrations à mettre effectivement en œuvre les standards internationaux en matière de transparence et d'échange de renseignements en matière de fiscale qui se présente sous la forme d'un triptyque.

Il peut tout d'abord s'agir d'*échange sur demande*, lorsque, à l'occasion d'un contrôle, une administration a besoin d'un renseignement précis ; par exemple, pour vérifier l'existence du bénéficiaire désigné d'un paiement quelconque, ou pour vérifier le montant d'une charge déduite dans les comptes d'une entreprise, ou encore pour savoir s'il existe des relations spéciales entre le débiteur et le bénéficiaire³⁰.

On retrouve cette forme d'échange de renseignements à l'article 5 du modèle d'AER où les échanges doivent être vraisemblablement pertinents pour l'administration demanderesse en vue de l'application de sa législation fiscale interne³¹. Il convient ici de noter que la demande est soumise à un certain nombre de règles établies en vue d'éviter le risque de demandes abusives, l'État ne pouvant jamais « *aller à la pêche aux renseignements* »³². Il en résulte que l'État requérant doit formuler une demande expresse, qui peut être soit écrite, soit électronique. Cette demande doit en outre être précise, en ce sens qu'elle doit indiquer les renseignements recherchés et non obtenus dans et par l'État requérant, étant observé que cette demande doit être conforme à la législation interne et à la pratique administrative dudit État³³.

28 art. L.81 du LPF ; BUISSON Jacques, *L'échange de renseignements entre administrations fiscales en Europe*, Droit fiscal n°47, 22 novembre 2012, p. 527

29 OCDE, *Coopération fiscale 2009 : Vers l'établissement de règles du jeu équitables : Evaluation par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements*, 2009, p. 11

30 Mémento, *Impôt sur les sociétés*, éd. Francis Lefebvre, 2013-2014, n°4390

31 OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, version du 22 juillet 2010

32 Formule imagée retenue par l'OCDE : OCDE, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale, commentaire point 3 sur l'article 1*, 2002 ; <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/33977677.pdf>

33 BUISSON Jacques, *L'échange de renseignements entre administrations fiscales en Europe*, Droit fiscal n°47, 22 novembre 2012, p. 527

Il peut s'agir ensuite *d'échange spontané*, lorsqu'une administration a connaissance d'une information qui pourrait être utile à un autre Etat.

Enfin, il peut s'agir *d'échange d'office ou automatique*, en cas de transmission automatique, sans demande préalable, d'informations relatives à certaines catégories de revenus. Plus précisément, pour l'OCDE : « *On définit l'échange automatique de renseignements comme la transmission systématique et régulière d'un gros volume d'informations concernant des contribuables, qui sont communiquées au pays de résidence par le pays de la source et concernent diverses catégories de revenus (par exemple les dividendes, intérêts, redevances, salaires, pensions, etc.)* »³⁴.

En la matière, la Convention multilatérale – à laquelle la France et les Etats-Unis sont parties – concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale devrait être amenée à jouer un rôle important. Signée à Strasbourg le 25 janvier 1988 au sein de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, elle est progressivement tombée dans l'oubli et a semblé rester lettre morte avant d'être amendée en 2010 ; le texte amendé est entré en vigueur le 1^{er} juin 2011. Cette convention a une portée très large permettant toutes les formes de collaborations administratives pour tous types d'impôts. Elle pose des règles d'ordre pratique en ce qui concerne les documents accompagnant les demandes, les délais et la notification des documents³⁵. Mais elle contient surtout un article 6 portant sur l'échange automatique d'informations vraisemblablement pertinentes pour l'Administration ou l'application de sa législation fiscale³⁶.

De plus, au sein de l'Union européenne, la Directive « Epargne » 2003/48/CE du 3 juin 2003 instaure la transmission automatique d'informations entre les États membres (à l'exception de l'Autriche, du Luxembourg et de la Belgique). Elle a pour objectif l'imposition effective des revenus de l'épargne perçus sous forme de paiements d'intérêts, dans l'État membre où le bénéficiaire effectif a sa résidence fiscale et a été étendue à certains États tiers : Suisse, Liechtenstein, Saint-Marin, Monaco et Andorre. Comme l'explique Bernard Salvat : « *La communication des informations revêt un caractère automatique et doit avoir lieu au moins une fois par an, dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice fiscal de l'État membre*

34 OCDE, *Echange automatique de renseignements : Ce que recouvre l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir*, 2012 ; http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/Échange_automatique_de_renseignements_Manuel_Final_Website.pdf

35 GOUTHIERE Bruno, *Echanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ?* BF 3/14, éd. Francis Lefebvre, 2014

36 OCDE et Conseil de l'Europe, *La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le Protocole de 2010*, 2011

de l'agent payeur, pour tous les paiements d'intérêts effectués au cours de l'année. Les agents payeurs sont les garants du bon fonctionnement du mécanisme puisqu'ils identifient les bénéficiaires, leur pays de résidence et individualisent les intérêts versés »³⁷.

De même, la directive 2011/16/EU du 15 février 2011 sus citée fixe les règles et procédures selon lesquelles les Etats membres coopèrent entre eux dans le cadre de l'échange d'informations. Elle s'applique cette fois à tous les impôts et taxes (y compris locaux) à l'exception de la TVA, des droits de douane et droits d'accises, qui font l'objet d'autres actes législatifs de l'Union européenne³⁸. Au surplus elle interdit à un Etat membre de refuser de transmettre les informations pour des raisons tenant à l'absence d'intérêt fiscal national ou au secret bancaire. Le développement de ces différentes normes au cours de la dernière décennie révèle un glissement vers l'échange automatique de renseignements lorsqu'il est question de collaboration entre les administrations fiscales.

En tant qu'outil permettant de lutter contre l'indiscipline fiscale offshore, l'échange automatique offre plusieurs avantages. A cet égard, un rapport de l'OCDE précise : qu' « *Il peut livrer en temps utile des informations sur l'absence de déclaration fiscale d'un retour sur investissement ou du capital sous-jacent. Il a en outre une vertu dissuasive en incitant les contribuables à se plier volontairement à leurs obligations et à déclarer toutes les informations pertinentes. Il peut aussi leur apprendre à mieux s'acquitter de leurs obligations, avec à la clef des recettes supplémentaires et une plus grande équité car tous les contribuables paieront leur impôt en temps et en heure dans le pays où il est dû. Dans un petit nombre de cas, des pays sont parvenus à intégrer les renseignements reçus automatiquement dans leurs propres systèmes de telle sorte que les déclarations d'impôt soient pré remplies »³⁹. De manière évidente, l'échange automatique doit permettre aux administrations de vérifier que les obligations déclaratives sont bien effectuées par les contribuables.*

Cette présentation est illustrée par l'exemple suivant : « *Dans un cadre purement national, l'impact de la communication d'informations est manifeste quand on compare la discipline fiscale des salariés avec celle des travailleurs indépendants. Sachant que leur salaire sera*

³⁷ SALVAT Bernard, *La recherche du renseignement dans la lutte contre la fraude fiscale internationale*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010 n° 110, p. 103

³⁸ GOUTHIERE Bruno, *Echanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ?* BF 3/14, éd. Francis Lefebvre, 2014

³⁹ OCDE, *Echange automatique de renseignements : Ce que recouvre l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir*, 2012, p. 17 ; http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/Échange_automatique_de_renseignements_Manuel_Final_Website.pdf

déclaré à l'administration fiscale, les premiers sont moins enclins à minorer leurs revenus que les seconds, dont les revenus ne sont pas déclarés directement. Il en va de même dans un contexte international. Les contrôles sur l'application de la Directive de l'UE sur l'épargne tendraient à prouver qu'en l'absence d'échange automatique de renseignements plus de 75 % des contribuables se seraient dispensés de leurs obligations de déclaration vis-à-vis de leur pays de résidence »⁴⁰.

Fort de plusieurs avantages, l'échange automatique de renseignements semble pouvoir entamer la persistance de la fraude fiscale internationale. Si l'on ne dispose pas d'un recul suffisant pour constater son efficacité, on peut néanmoins présumer de cette dernière. L'échange automatique se présente désormais comme une arme redoutable contre l'évasion fiscale dans un contexte économique difficile où la crise financière de 2008 a conduit les Etats développés à dénoncer les paradis fiscaux et à redoubler leur lutte contre l'évasion fiscale⁴¹. Il fait l'objet d'une importante actualité de part et d'autre de l'Océan Atlantique et semble être en voie de standardisation.

Partant, l'ensemble de ces éléments conduit à s'interroger non pas sur l'efficacité mais sur la forme juridique que peut revêtir l'échange automatique d'informations à des fins fiscales et sur ses conséquences.

Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner précisément la législation américaine et son influence mondiale. En effet, aux Etats-Unis, la loi américaine FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act), du 18 mars 2010 qui s'appliquera effectivement à partir du 1^{er} juillet 2014 est destinée à renforcer le contrôle fiscal des Américains domiciliés hors des Etats-Unis et qui y sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison des règles de territorialité américaines qui font application d'un critère de nationalité. Cette loi instaure un échange automatique d'informations sur la base d'accords signés entre les Etats-Unis et les autres Etats du monde.

Elle a inspiré l'OCDE, le G8 et le G20 lesquels entendent également fonder la lutte contre l'évasion fiscale sur l'échange automatique de renseignements entre les administrations fiscales. Le 19 juin, les dirigeants du G8 ont salué le rapport du Secrétaire général de l'OCDE intitulé « *Un tournant pour la transparence fiscale* » exposant un modèle mondial d'échange

40 Ibidem, p. 18

41 JACKSON James K., Cong. Research Serv., R40114, *The OECD Initiative On Tax Havens 1*, 2009

automatique⁴². Les dirigeants du G8 se sont entendus pour coopérer avec l'OCDE et au sein du G20 en vue de mettre en œuvre de toute urgence les recommandations qui figurent dans ce rapport. Le 20 juillet, les ministres des Finances et gouverneurs de banque centrale des pays du G20 ont approuvé les propositions de l'OCDE tendant à instaurer un modèle mondial d'échange automatique au niveau multilatéral⁴³.

Ainsi, les chefs d'Etat et de gouvernement réunis au sommet du G20 de Saint-Petersbourg des 5 et 6 septembre 2013 ont annoncé la mise en œuvre d'un système d'échange automatique de données bancaires pour la fin de l'année 2015. La réunion des dirigeants des plus grandes économies du monde s'est concentrée sur un certain nombre de problèmes importants relatifs à l'économie mondiale, et notamment sur l'échange automatique d'informations en tant que nouveau standard global. De plus, le G20 s'est engagé à entamer l'échange automatique d'informations parmi ses membres avant la fin de 2015⁴⁴. Le 18 février 2014, l'OCDE a par ailleurs annoncé la présentation d'une nouvelle norme mondiale unique relative à l'échange automatique de renseignements détaillée dans un rapport publié le 4 avril 2014.

Ainsi, la loi américaine FATCA a catalysé le développement de l'échange automatique d'informations (PARTIE 1) lequel est désormais globalement consacré à travers une norme OCDE (PARTIE 2).

42 OCDE, *A step change in tax transparency*, 2013 ; www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency_G8report.pdf

43 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014

44 GOUTHIERE Bruno, *Echanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ?* BF 3/14, éd. Francis Lefebvre, 2014

PARTIE 1 – Le modèle américain d'échange automatique d'informations : la loi FATCA

L'Etat américain impose les citoyens américains sur leurs revenus mondiaux⁴⁵. L'Internal Revenue Service (IRS) – qui est l'agence du gouvernement des Etats-Unis, au sein du Département du Trésor, qui collecte l'impôt sur le revenu – veille à ce que les citoyens américains « déclarent leurs revenus quelle qu'en soit la source, à l'intérieur et à l'extérieur des Etats-Unis »⁴⁶. L'absence de déclaration des revenus perçus à l'étranger ou détenus dans un compte étranger constitue un crime⁴⁷. L'évasion fiscale est donc juridiquement stigmatisée par la législation américaine et plusieurs lois et conventions visent à la contrecarrer et à identifier ses auteurs.

L'évasion fiscale demeure cependant un problème durable auquel doit faire face l'administration américaine et qui coûterait plus de 100 milliards de dollars par an aux Etats-Unis⁴⁸. Le législateur américain et l'administration fiscale ont par conséquent cherché à développer plusieurs dispositifs de lutte contre l'évasion fiscale fondé sur la transparence (SECTION 1). Mais le peu de résultats produit en la matière par ces précédents législatifs a conduit le Congrès à opter pour un dispositif d'échange automatique d'informations avec les administrations fiscales étrangères (SECTION 2).

SECTION 1 : Vers la consécration de l'échange automatique d'informations : la recherche d'une loi efficace contre l'évasion fiscale

L'adoption d'une norme interne consacrant l'échange automatique d'informations n'est pas le fruit du hasard. Elle est en réalité un aboutissement législatif qui est apparu après plusieurs tentatives ayant rencontré un succès limité dans la lutte américaine contre l'évasion fiscale⁴⁹ (§1). Ce n'est qu'après plusieurs tentatives et en tirant les leçons et des échecs passés que l'échange automatique d'informations est apparu comme un outil à même de limiter voire d'éliminer efficacement l'évasion fiscale aux Etats-Unis (§2).

45 INTERNAL REVENUE SERV., <http://www.irs.gov/Businesses/Income-from-Abroad-is-Taxable>

46 Ibidem

47 Ibid.

48 WHEATER Jennifer, *FATCA and Funds : Where Are We Now?* Business Law International May, 2012

49 BERGER Michael A., *Not so safe haven : reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States*, 12 J. Int'l Bus. & L. 51, 2013

§1 Les tentatives de lutte contre l'évasion fiscale antérieures à l'adoption de la loi FATCA

Avant d'opter pour l'échange automatique d'informations, l'IRS et le législateur américain ont cherché à obtenir des informations de nature à identifier les contribuables détenant des comptes à l'étranger. Ainsi, en plus des anciennes obligations déclaratives des contribuables (A), dès 2001, le Programme des Intermédiaires Qualifiés avait été conçu pour réduire l'évasion fiscale (B). L'échec de ce dernier a conduit à la création d'une procédure de régularisation (C), laquelle était complétée par celle de dénonciation en matière fiscale (D).

A. La déclaration des comptes détenus à l'étranger : Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR)

Comme l'expliquent Me Antier et Me Milhac : « *Une personne physique ou morale, citoyen, résident américain ou exerçant une activité commerciale aux États-Unis, qui détient un intérêt financier ou un pouvoir de signature sur un ou plusieurs compte(s) financier(s) situé(s) à l'étranger doit faire état de ce(s) compte(s) annuellement à l'Internal Revenue Service si la valeur totale de ce(s) compte(s) excède(nt) 10 000 \$ à un moment quelconque de l'année civile. Une telle déclaration doit être effectuée avant le 30 juin de l'année suivante (et aucun délai supplémentaire ne peut être accordé). L'omission d'une telle déclaration peut entraîner l'application de sanctions civiles et/ou pénales lourdes* »⁵⁰.

Conformément au Bank Secrecy Act, un contribuable est non seulement tenu d'inclure le revenu de source étrangère dans son revenu brut et de payer l'impôt sur tout revenu de source étrangère, mais dès lors qu'il un intérêt ou une forme d'autorité sur tout compte financier étranger ayant une valeur globale de 10 000 \$ ou plus, il est également tenu de fournir une information sur ces comptes dans un formulaire TF F 90. 22. 1⁵¹. Il s'agit de l'équivalent américain du deuxième alinéa de l'article 1649 A du CGI qui prévoit que : « *Les personnes physiques, les associations, les sociétés n'ayant pas la forme commerciale, domiciliées ou établies en France, sont tenues de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus ou de résultats, les références des comptes ouverts, utilisés ou clos à l'étranger* ».

50 ANTIER Cécile et MILHAC Edouard, *Revue de l'actualité fiscale américaine en 2009*, Droit Fiscal n°8, 25 février 2010, p. 204

51 PACKMAN Kevin E. et WEINSTEIN Andrew H., [FBAR- Foreign Bank Account Reporting Obligations: A Primer for the Practitioner](#), 106 J. TAX'N 44, 2007

Ce dispositif introduit en 1970 et toiletté en 2004 devait aider l'IRS à identifier les contribuables ouvrant des comptes à l'étranger pour réduire leur base imposable⁵². Les banques étrangères n'étant pas soumises à la loi américaine ne sont pas tenues de réaliser les déclarations exigées par celle-ci. Aussi, le FBAR fait peser l'obligation de déclarer les comptes sur les citoyens américains. Or, la nature unilatérale – et hermétique – de la réglementation FBAR a fait obstacle à son efficacité. D'après une étude d'impact de 2002, l'IRS estimait que seul 20% des contribuables américains détenant un compte à l'étranger remplissaient leurs obligations déclaratives⁵³.

La plupart des législations fiscales des Etats de l'OCDE contient un dispositif comparable. L'absence de déclaration ne peut cependant pas être sanctionnée si elle n'est pas découverte. Certes, avant 2010, l'arsenal conventionnel permettait à l'administration américaine d'obtenir un certain nombre de renseignements par le biais de conventions d'assistance mutuelle. Cela étant, certaines interdictions contenues dans les législations des Etats parties ont limité l'utilité de ces conventions. L'IRS et le législateur américain ont alors pris d'autres initiatives.

B. Le Programme des Intermédiaires Qualifiés : un premier recours aux banques dans l'obtention d'informations sur les comptes ouverts à l'étranger

Le principe du Programme des Intermédiaires Qualifiés repose sur une prise de risque par l'IRS ayant investi sa confiance dans des banques (1) mais certaines d'entre elles ont en réalité cherché à utiliser ce programme pour favoriser l'évasion fiscale de leurs clients (2).

1) Le principe du Programme des Intermédiaires Qualifiés

Le Programme des Intermédiaires Qualifiés (« *Qualified Intermediary Program* » - le Programme IQ) avait été créé en 2001 par l'IRS afin de faciliter l'échange d'informations entre les banques étrangères et l'Etat américain⁵⁴. L'intermédiaire qualifié (IQ) y était défini comme « *une personne éligible qui conclut un accord IQ avec l'IRS* »⁵⁵. Cet accord devait en

52 SHEPPARD Hale E., [Evolution of the FBAR: Where We Were, Where We Are, and Why it Matters](#), 7 HOUS. BUS. & TAX. L. J. 1, 25, 2006

53 Ibidem

54 *Qualified Intermediary Program, v. SCHOTTENSTEIN* Jaclyn H., [Is Bank Secrecy Still Bankable?: A Critical Review of Bank Secrecy Law, Tax Evasion and UBS](#), ENTREPRENEURIAL BUS. L. J. 351, 364, 2010

55 *Qualified Intermediary Frequently Asked Questions*, INTERNAL REVENUE SERV., <http://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Qualified-Intermediary-Frequently-Asked-Questions>

principe permettre à un intermédiaire qualifié de se soumettre à un régime de déclarations obligatoires en devenant simultanément un agent de l'IRS devant procéder à certains prélèvements sur les revenus détenus par les contribuables américains dans des comptes ouverts à l'étranger⁵⁶. L'intermédiaire qualifié optant pour le statut de partie déclarante pouvait être par exemple une banque étrangère, une branche étrangère d'une institution financière américaine ou une société étrangère⁵⁷.

Aux termes de l'accord IQ, l'intermédiaire qualifié devait se voir transmettre les formulaires W-9 ou W-8BEN de la part de tous ses clients, à charge pour lui de classer ces derniers dans deux catégories en fonction des informations transmises par les clients : clients américains ou clients non américains. L'intermédiaire qualifié devait ensuite faire parvenir la liste de ses clients identifiés comme américains à l'IRS⁵⁸. Le Programme IQ devait ainsi permettre à l'IRS de prendre connaissance des comptes de citoyens américains ouverts à l'étranger à des fins fiscales mais il était entaché d'un vice conceptuel.

2) **Le dévoiement du Programme des Investisseurs Qualifiés : le cas d'UBS**

Dès 2001, l'Union bancaire suisse (UBS) a conclu un accord IQ et est ainsi devenue un intermédiaire qualifié. En tant que tel, UBS a alors caché l'identité de ses clients américains à l'IRS en les incitant à ne pas remplir les formulaires W-9. La banque ne faisait simplement pas apparaître le nom de ses clients américains sur la liste qu'elle devait remettre à l'IRS. L'administration américaine ne pouvait donc pas avoir connaissance des revenus dissimulés à l'étranger par des contribuables américains alors même qu'elle faisait confiance aux intermédiaires qualifiés⁵⁹.

UBS et d'autres banques ont pu garder cette pratique frauduleuse secrète puisque dans le cadre du Programme, les investisseurs qualifiés ayant signé un accord ne pouvaient faire l'objet d'enquête ou d'audit diligentés par l'IRS – marque de confiance clairement déraisonnable a posteriori – dès lors qu'un enquêteur ou un auditeur extérieur était désigné pour le compte de l'IRS. L'IRS est néanmoins parvenu à démontrer que la banque conseillait

⁵⁶ LEE Lucy S. et SMILEY Stafford, [Focus on Offshore Bank Accounts: The Liechtenstein and UBS Agreements](#), 36 WGL-CTAX 34, 36, 2009

⁵⁷ *Qualified Intermediary Frequently Asked Questions*, INTERNAL REVENUE SERV., <http://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Qualified-Intermediary-Frequently-Asked-Questions>

⁵⁸ SHEPSMAN Marc D., Comment, *Buying FATCA Compliance: Overcoming Holdout Incentives to Prevent International Tax Arbitrage*, 36 Fordham Int'l L.J. 1769, 2013

⁵⁹ Ibidem

des schémas d'évasion fiscale à ses clients américains suite à un certain nombre de redressements ; UBS a alors été condamnée pour fraude fiscale. Mais ce n'est qu'après cette condamnation que le Bureau de la Comptabilité du gouvernement américain a mis en lumière la malfaçon des accords IQ. C'est le silence de ces accords quant à l'obligation ou à l'absence d'obligation pour les auditeurs extérieurs de rapporter à l'IRS la commission de fraudes ou d'actes contraires à la loi américaine qui a permis le développement de la fraude d'UBS⁶⁰.

Visant initialement à constituer un rempart efficace à l'érosion des bases d'imposition aux Etats-Unis, le Programme IQ a donc été instrumentalisé par des banquiers peu scrupuleux afin de faciliter la fraude fiscale internationale. Deux pas ont néanmoins été pris sur la voie de la législation ultérieure consacrant l'échange automatique d'informations. D'une part, c'était une tentative inédite pour l'IRS de se reposer sur les banques amenées à jouer le rôle d'intermédiaires devant déclarer les comptes ouverts à l'étranger par leurs clients américains. Il peut être relevé ici que ce n'est pas la confiance investie dans les banques qui a conduit à un échec pratique du Programme IQ mais plutôt le vice contenu dans les accords. D'autre part, c'est la révélation du scandale UBS et la condamnation de cette dernière qui vont forcer l'adoption d'un dispositif d'échange automatique de renseignements. D'autres initiatives ont néanmoins été entreprises entre-temps.

C. La demande de régularisation : Offshore Voluntary Disclosure Initiative

La demande de régularisation américaine a été créée pour inciter les citoyens américains à déclarer volontairement leurs comptes détenus à l'étranger avant qu'ils ne soient découverts par une enquête de l'IRS⁶¹. Elle est apparue suite à l'affaire UBS. La contrepartie de cette déclaration par le contribuable se trouve dans une réduction des pénalités de retard et des amendes ainsi que dans la possibilité d'éviter les poursuites civiles et pénales. Il s'agit en substance d'une forme d'amnistie fiscale. Elle ne permet pas d'empêcher l'évasion fiscale en amont mais cherche plutôt à ramener certains contribuables sur le droit chemin fiscal. La demande de régularisation est une garantie pour ces contribuables américains repentants. Elle n'offre pas une absolution complète puisque ces derniers paieront quand même des pénalités – certes diminuées – mais ils éviteront une peine de prison. Ces contribuables demandant la

60 HARVEY Richard J., *Offshore Accounts: Insider's Summary of FATCA and its Potential Future*, Villanova University Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series 12/2011

61 O'REILLY Cornelius J., *An Overview of the IRS's 2011 Offshore Voluntary Disclosure Initiative*, 13 NO

régularisation payent désormais leurs impôts sur l'intégralité de leurs revenus révélés et payeront également leurs impôts à l'avenir.

De l'autre côté de l'Atlantique, le pardon fiscal peut également être obtenu. Ainsi, en France, le 21 juin 2013, le ministre délégué chargé du budget a présenté par voie de circulaire la procédure permettant aux contribuables personnes physiques n'ayant pas déclaré les avoirs qu'ils détiennent à l'étranger (comptes bancaires, contrats d'assurance-vie, biens ou droits en trust) de régulariser leur situation spontanément moyennant le paiement de pénalités allégées⁶².

Aux Etats-Unis 14 000 demandes de régularisations furent enregistrées par l'IRS en 2009⁶³, en France un dispositif en tout point comparable a conduit à l'enregistrement de 4000 demandes par l'administration fiscale⁶⁴.

Malgré ces bons résultats, ce mécanisme de régularisation basé avant tout sur le volontariat de contribuables ne permet que le développement d'une transparence parcellaire. Par conséquent, il ne permettra pas d'éradiquer l'évasion fiscale. Les Etats-Unis ont donc élaboré d'autres mécanismes pour poursuivre la lutte contre l'évasion fiscale avant le vote de la loi FATCA.

D. La dénonciation des contribuables évadés par les « whistleblowers »

La procédure de dénonciation conduit en principe l'IRS à partager les recettes fiscales avec le dénonciateur (1) mais sa pratique a récemment évolué pour se concentrer sur la négociation de l'obtention d'informations par l'IRS contre une réduction de peine d'un contribuable faisant l'objet de poursuite (2).

1) Le principe de la dénonciation : le partage des recettes

Afin de limiter l'évasion fiscale des contribuables américains et de diversifier ses moyens d'actions, l'IRS encourage la dénonciation. Ainsi, aux termes de l'article 7623 de l'Internal

⁶² Pour les détails de la demande de régularisation en droit français v. FR 28/13

⁶³ BERGER Michael A., *Not so safe haven : reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States*, 12 J. Int'l Bus. & L. 51, 2013

⁶⁴http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/10/31/evasion-fiscale-4-000-demandes-de-regularisation-depuis-juin_3505738_3234.html

Revenue Code (IRC)⁶⁵, lorsqu'un contribuable qui ne paye pas les impôts dont il devrait normalement s'acquitter⁶⁶ est dénoncé, l'IRS attribue aux dénonciateurs – aux « *whistleblowers* » – 30% du montant de l'imposition collectée sur la base de l'information qu'ils lui ont fait parvenir⁶⁷. Il s'agit pour les dénonciateurs de remplir un formulaire 211 qu'ils doivent envoyer par courrier à l'administration fiscale américaine.

Il est apparu récemment que certains dénonciateurs pouvaient en réalité être des banquiers faisant l'objet de poursuites pour évasion fiscale. La procédure de dénonciation a alors fait l'objet d'une utilisation nouvelle par l'administration fiscale cherchant à obtenir des informations sur les comptes étrangers des contribuables américains.

2) Une pratique récente de négociation avec l'IRS : l'exemple de l'affaire UBS

La procédure de dénonciation a permis à l'IRS d'obtenir des informations de la part de banques soupçonnées d'avoir participé à un schéma d'évasion fiscale et faisant à ce titre l'objet de poursuites par l'Etat américain. Le cas échéant, les dénonciateurs cherchent à éviter la prison ou à négocier une peine de prison de courte durée ; il n'est alors nullement question d'obtenir 30% du montant d'impôt recouvré par l'IRS en contrepartie de la dénonciation.

Ainsi, lors de poursuites judiciaires exercées contre des banquiers d'UBS pour avoir conseillé l'évasion fiscale à leurs clients, l'approche de la dénonciation en matière fiscale du Département de la Justice américain (« *Department of Justice* ») a évolué⁶⁸. En 2009, Bradley Birkenfeld, un banquier d'UBS faisant l'objet de poursuites pour avoir aidé un client à échapper illégalement à un impôt de 7,2 millions de dollars, a proposé au Département de la Justice de lever le rideau sur les pratiques bancaires suisses d'évasion fiscale en révélant le nom de certains de ses clients. Le Département de la Justice refusa cependant toute négociation privant ainsi l'IRS de la possibilité d'identifier des contribuables détenant des comptes à l'étranger⁶⁹. Suite à la condamnation de Bradley Birkenfeld, l'IRS n'a pas semblé pouvoir compter sur le Département de la Justice dans sa lutte contre l'évasion fiscale. A

65 l'équivalent américain du CGI

66 *Whistleblower- Informant Award*, INTERNAL REVENUE SERV., <http://www.irs.gov/uac/WhistleblowerInformant-Award>

67 Ibidem

68 BERGER Michael A., *Not so safe haven : reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States*, 12 J. Int'l Bus. & L. 51, 2013

69 Les Echos n°20493 du 24 août 2009, p. 22 ; <http://www.lesechos.fr/24/08/2009/LesEchos/index.htm>

priori efficace en droit interne américain, la dénonciation aurait pu rester lettre morte en droit fiscal international. Tel ne fut pourtant pas le cas.

En effet, en 2010, un autre banquier d'UBS, Renzo Gadola, également poursuivi pour avoir participé à des schémas d'évasions fiscales pour ses clients passa pour sa part un accord transactionnel (« *plea bargaining* ») mettant un terme aux poursuites du Département de la Justice. Aux termes de cette transaction, l'Etat américain devait se voir remettre une liste conséquente de citoyens américains⁷⁰ dissimulant leurs revenus à l'étranger et d'établissements bancaires assistant leurs clients dans l'évasion fiscale. M. Gadola devait en outre témoigner contre UBS⁷¹.

S'il est juridiquement efficace, le dispositif de dénonciation semble néanmoins délicat à mettre en œuvre dans un cadre international. En effet, il a pu apparaître comme une source de tension dans les relations politiques entre les Etats-Unis et la Suisse. De plus, les dénonciateurs de nationalité suisse ayant collaboré avec l'IRS ont pu faire l'objet de poursuites en Suisse pour fourniture illégale de renseignements à un Etats tiers⁷².

Le système américain de dénonciation se concentre donc sur l'obtention d'informations transmises par des contribuables cherchant à obtenir une récompense ou faisant l'objet de poursuites. Bien qu'il soit encore en vigueur, l'intérêt du dispositif de dénonciation en matière de fiscalité internationale devrait être largement diminué avec l'entrée en vigueur de la loi FATCA consacrant l'échange automatique d'informations entre les administrations fiscales pour atteindre un degré de transparence suffisant pour lutter contre l'évasion fiscale.

70 4 450 noms de titulaires de comptes américains auprès d'UBS furent ainsi transmis à l'IRS ; Agreement between the Swiss Confederation and the United States of America on the Request for Information from the Internal Revenue Service of the United States of America Regarding UBS AG, a Corporation Established Under the Laws of the Swiss Confederation, 19 Aug. 2009 ; http://www.irs.gov/pub/irs-drop/us-swiss_government_agreement.pdf

71 Ibidem

72 Code pénal suisse, art. 273

§2 La consécration législative de l'échange automatique d'informations

La promulgation de FATCA (A) a conduit à la création unilatérale d'une retenue à la source de nature à inciter à l'échange automatique d'informations entre les administrations fiscales étrangères et l'IRS (B).

A. La promulgation de FATCA

Les différents dispositifs étudiés cherchaient tous à lutter contre l'évasion fiscale de certains contribuables américains. Il est important de relever que de nombreuses législations fiscales à travers le monde contiennent des mécanismes comparables ayant la même finalité. Les modalités retenues aux Etats-Unis étaient diverses mais individuellement insuffisantes ; elles ont cependant laissé une certaine empreinte dans l'environnement fiscal américain. Affectées de malfaçons ou mises en œuvre maladroitement, les lois antérieures ne sont pas parvenues à atteindre pleinement leur objectif d'endiguement de l'évasion fiscale mais la législation FATCA pourrait y parvenir.

Alors qu'un projet de loi dit *Stop the Haven Abuse Act* visant à combattre le secret bancaire et les paradis fiscaux a été déposé par le Sénateur Carl Levin au Congrès américain en 2005 sans avoir encore fait l'objet d'aucun vote, les rapports publics de l'action intentée par le Département de la Justice contre UBS ont concentré l'attention sur les comptes non déclarés de nombreux titulaires américains⁷³. Ainsi, le législateur américain a adopté le 18 mars 2010 le « Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act » créant notamment les articles 1471 à 1474 au sein de l'IRC. Ce sont ces articles qui fondent la législation dite FATCA devant combattre l'évasion fiscale des contribuables américains effectuée par la détention d'avoirs à l'étranger non déclarés⁷⁴. La désignation usuelle retenue pour ces articles trouve son origine dans le projet de Foreign Tax Compliance Act visant spécifiquement à créer les articles 1471 à 1474 dans l'Internal Revenue Code déposé à l'origine devant le

⁷³ TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

⁷⁴ JOLK Christophe et MILHAC Edouard, *Synthèse des évolutions de la fiscalité fédérale américaine en 2013*, Droit Fiscal, 6 mars 2014, p. 198

Congrès et ayant finalement été greffé dans le HIRE Act sans faire l'objet d'une loi propre ; l'expression est restée⁷⁵.

Le seul but de FATCA est de faire en sorte que tous les propriétaires américains directs et indirects de comptes financiers étrangers déclarent annuellement la valeur et le revenu de ces comptes à l'IRS⁷⁶. Autrement dit, c'est à la vérification du respect des obligations déclaratives et de l'exactitude des informations déclarées que s'attèle cette législation. La dose de transparence ainsi versée dans les déclarations devrait permettre à l'IRS de percevoir 8 714 milliards de dollars d'impôts supplémentaires sur les dix prochaines années⁷⁷. Cet objectif devrait être atteint par la création d'une retenue à la source contraignante et incitative pour les acteurs visés par la loi.

B. Une retenue à la source de 30% devant inciter à l'échange automatique

En substance, le dispositif repose sur un mécanisme très complet d'obligations déclaratives imposées aux institutions financières étrangères – non américaines – sous réserve de certaines exceptions⁷⁸. Ces institutions doivent s'enregistrer auprès de l'IRS – par le biais de l'administration fiscale de leur siège dans certaines hypothèses – et s'engager à fournir automatiquement des informations concernant leurs comptes américains, y compris ceux de certaines entités étrangères dans lesquelles des contribuables américains disposent d'une participation importante.

Les institutions qui ne s'enregistreront pas et qui ne s'engageront pas à déclarer les informations requises seront assujetties à un prélèvement à la source de 30% sur certains revenus de sources américaines : intérêts et dividendes à compter du 1^{er} juillet 2014 et plus-values de cession de valeurs mobilières ou de titres financiers à compter du 1^{er} janvier 2017⁷⁹.

75 BERGER Michael A., *Not so safe haven : reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States*, 12 J. Int'l Bus. & L. 51, 2013

76 Joint Comm. On Taxation, Technical Explanation of the Revenue Provisions Contained in Senate Amendment 3310, the « Hiring Incentives to Restore Employment Act » Under Consideration by Senate 39, 2010, pp. 22 s. ; <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3648>

77 Joint Comm. on Taxation, *Estimated Revenue Effects of the Revenue Provisions Contained in an Amendment to the Senate Amendment to the House Amendment to the Senate Amendment to H.R. 2847*, the « Hiring Incentives to Restore Employment Act » Scheduled for Consideration by the House Committee on Rules on 4 March 2010 ; <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3650>

78 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

79 Ibidem

A cet égard, Me Tello et Me Malherbe précisent que : « *le déclenchement de l'application de FATCA est le transfert d'un paiement sujet à retenue à la source par un agent américain responsable de retenue à une entité étrangère. Le terme « paiement sujet à retenue » couvre :*

- (i) *les revenus fixes déterminables annuels ou périodiques de source américaine qui sont normalement soumis à retenue à la source américaine quand ils sont payés à une personne étrangère ; et*
- (ii) *les produits bruts de la vente de tout bien [...] qui peut produire des intérêts ou des dividendes de source américaine »⁸⁰.*

Pour compléter le dispositif, la loi prévoit que quand bien même une institution financière souhaiterait exécuter ses obligations en participant au dispositif FATCA, elle devra retenir 30% sur les paiements faits à des titulaires de comptes dits récalcitrants. Comme l'expliquent Me Tello et Me Malherbe : « *le terme de « titulaire de compte récalcitrant » couvre [essentiellement] un titulaire de compte d'une [...] institution financière qui ne fournit pas de documentation d'identification »⁸¹. La loi désamorce donc tout blocage pouvant provenir d'un contribuable ayant un compte ouvert dans une institution qu'elle vise.*

Le dispositif issu de la législation FATCA repose donc sur plusieurs éléments clés. Tout d'abord la loi a une finalité précise et déclarée : obtenir des informations sur les comptes détenus à l'étranger par des citoyens américains. Pour ce faire, elle crée une pénalité fiscale puissante : si aucune information n'est obtenue, du fait d'une absence de collaboration de la part des institutions visées par le dispositif FATCA ou de la résistance de la part de son client, une retenue à la source de 30% sera pratiquée. Enfin, la mise en œuvre même de ce dispositif repose sur l'intermédiation d'institutions variées⁸².

80 Ibid.

81 Ibid.

82 PEDIADITAKI Tonia, *FATCA and Tax Treaties : Does It Really take two to Tango ? : European Taxation*, vol. 53, 2013, p. 426

SECTION 2 : La mise en œuvre de l'échange automatique d'informations avec les Etats-Unis : le dispositif FATCA

L'échange automatique d'informations repose sur la médiation de certaines institutions (§1) à la charge desquelles FATCA crée des obligations (§2).

§1 Le champ d'application : les institutions visées par FATCA

Aux termes des nouvelles règles FATCA contenues dans les articles 1471 à 1474 de l'Internal Revenue Code, les entités étrangères sont divisées en deux catégories : les institutions financières étrangères (« *Foreign Financial Institutions* » - FFI) (A) et les entités étrangères non financières (« *Non Financial Foreign Entities* » - NFFE) (B).

A. Les institutions financières étrangères (FFI)

S'agissant des FFI, la loi prévoit plusieurs cas généraux (1) et spéciaux (2). Ils s'articulent avec l'exonération des bénéficiaires effectifs (3) et les catégories ajoutées par les règlements de l'IRS (4).

1) Les FFI légales : les cas généraux

Comme noté précédemment, le régime fiscal de la législation FATCA est conçu pour lutter contre l'évasion fiscale. Il vise à vérifier si les dépôts effectués dans des comptes étrangers proviennent de revenus après que les impôts dus à l'IRS aient été payés par le contribuable américain. Afin de réaliser ce but, les institutions financières étrangères sont soumises à des procédures de déclarations ou de certifications américaines⁸³.

L'article 1471 (d) de l'Internal Revenue Code définit les FFI. Aux termes des 4° et 5° de cet article, les FFI sont :

- (i) *les entités qui acceptent les dépôts – reçoivent les fonds du public – dans le cadre d'une activité bancaire ou d'une activité similaire ;*
- (ii) *les entités dont une partie substantielle de leur activité consiste en la détention d'actifs financiers pour le compte d'autrui ;*

⁸³ Internal Revenue Code § 1471 et 1472

- (iii) *les entités dont l'activité principale est l'investissement, le réinvestissement ou l'achat et la vente de titres financiers, de parts dans des sociétés de personnes ou la conclusion de contrats à terme.*

Par conséquent, les institutions financières étrangères visées par la loi américaine sont : les banques de dépôt, les banques d'investissement, ainsi que les fonds de placement. Le législateur américain cherche en réalité à atteindre les contribuables ayant des comptes étrangers ouverts dans ces institutions et ayant jusqu'à présent échappé illégalement au Trésor. D'autres FFI sont réputées conformes à la législation FATCA et font l'objet d'un régime spécial.

2) Les FFI légales présumées conformes à FATCA : les cas spéciaux

L'article 1471 (b) 2° de l'Internal Revenue Code prévoit que certaines FFI sont présumées remplir les exigences de FATCA (« *Deemed-Compliant FFI* » – DCFFI). Cette catégorie comprend des FFI qui présentent un risque faible d'évasion fiscale au regard de leurs titulaires de comptes⁸⁴. D'après Me Tello et Me Malherbe, ce sont surtout les « FFI locales » qui sont ici visées par la présomption instaurée par le législateur américain. Ils illustrent leur propos avec l'exemple suivant : « [...] *une FFI qui ne fait de commerce que dans le pays dans lequel elle est organisée et qui ne s'adresse pas à des non résidents de ce pays peut être qualifiée de « FFI locale » supposée en conformité. Parce que la FFI locale ne s'adresse pas à des clients situés en dehors du pays de sa création, elle ne s'adresserait pas à des clients américains qui sont des non résidents de ce pays* ».

S'agissant de leur régime juridique, les DCFFI ne seront jamais soumises à la retenue à la source prévue par la loi FATCA. Dans la mesure où elles ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'une instrumentalisation à des fins d'évasion fiscale, le législateur sépare les DCFFI des autres intermédiaires visés dans les cas généraux (qui recouvrent notamment les banques de dépôt étrangères accessibles aux contribuables de nationalité américaine). Il offre également un traitement juridique particulier aux bénéficiaires effectifs exonérés.

⁸⁴ Ibidem ; V. IRS Notice 2011-34 décrivant le but des règles de présomption de conformité

3) Les bénéficiaires effectifs exonérés

Les bénéficiaires effectifs exonérés constituent la dernière catégorie légale de FATCA. Comme les DCFFI, ils ont pour particularité de ne jamais être soumis à la retenue à la source de 30%⁸⁵.

De façon exhaustive, les bénéficiaires effectifs exonérés sont ;

- (i) les gouvernements étrangers, ainsi qu'une agence ou un instrument d'un gouvernement étranger ou une partie d'une agence ou d'un instrument détenue à 100% par un gouvernement étranger ;
- (ii) les organisations internationales, ainsi qu'une agence ou un instrument d'une organisation internationale ou une partie d'une agence ou d'un instrument détenu à 100% par une agence internationale ;
- (iii) une banque centrale étrangère ;
- (iv) les gouvernements de territoires américains ;
- (v) certains fonds de retraite décrits dans les règlements FATCA publiés par l'IRS ;
- (vi) toute autre personne traitée comme les bénéficiaires précédemment cités aux termes d'un accord intergouvernemental⁸⁶.

Le législateur américain ne se lance donc pas dans une inquisition aveugle et sépare le bon grain de l'ivraie sur un plan institutionnel. Si les bénéficiaires sont exonérés des obligations de déclaration, les FFI dites réglementées y sont en revanche soumises.

4) Les FFI réglementées

Le règlement d'application de la loi FATCA publié le 28 janvier 2013⁸⁷ par l'IRS ajoute deux catégories de FFI. Il s'agit tout d'abord de compagnies d'assurance « particulières » ou « spécifiées » (« *specified insurance company* ») qui en plus de leur activité assurantielle exercent une activité de dépôt ou d'investissement. Sont ainsi visées les compagnies d'assurance dès lors qu'elles émettent des contrats d'assurance-vie pouvant faire l'objet de rachat par les assurés ou stipulent le versement d'annuités à ces derniers⁸⁸. L'IRS a ici cherché à anticiper les possibilités de détournement offertes par la multiplicité des activités exercées

85 IRC § 1471 (f)

86 Treas. Reg. § 1. 1471-6 (a)

87 Regulations on Certain Payments, 78 Fed. Reg. 5866, 28 janv. 2013

88 Treas. Reg. § I. 1471-I (e)

par certaines institutions financières ou assurantielles. Comme le remarque Me Tello et Me Malherbe, si elles n'y étaient pas incluses, les compagnies d'assurance « particulières » pourraient potentiellement constituer un abri pour des comptes non déclarés. Par exemple, si les sociétés étrangères d'assurance qui émettent des contrats sur la vie susceptibles de rachat ou reçoivent des dépôts étaient exclues du dispositif, les contribuables américains pourraient déplacer leurs actifs financiers détenus dans une banque vers de telles compagnies d'assurance⁸⁹. L'administration fiscale américaine a évité cet écueil.

Le champ d'application de FATCA est encore élargi par les sociétés holding membres d'un groupe comprenant une FFI ou dont la constitution viserait essentiellement à éviter la mise en conformité avec FATCA⁹⁰. Il convient de préciser que l'IRS veille ainsi à désamorcer tout abus par le biais de cette dernière catégorie de FFI. Dans le même esprit, les paiements étrangers « *pass-thru* » devront faire l'objet d'une retenue à la source de 30%⁹¹. Cette disposition vise à éviter qu'une FFI ne souhaitant pas se conformer aux exigences posées par FATCA puisse recevoir des paiements par l'intermédiaire d'une FFI s'y conformant. En d'autres termes, la notion de paiement *pass-thru* étranger signifie qu'il y aura une retenue sur un paiement d'une entité étrangère à une entité étrangère de façon à ce qu'une FFI non participante ne puisse éviter FATCA en investissant sur les marchés de capitaux américains par l'intermédiaire d'une FFI participante⁹². FATCA vise par ailleurs les entités étrangères non financières.

B. Les entités étrangères non financières (NFFE)

Aux termes de l'article 1472 (d) de l'IRC, une entité étrangère non financière (« *Non Financial Foreign Entity* ») est définie négativement : il s'agit d'une entité qui n'est pas une FFI. Comme l'observent Me Tello et Me Malherbe : « *Bien que l'article 1472 (a) de l'Internal Revenue Code exige la retenue à la source sur le transfert d'un paiement soumis à retenue à la source à une NFFE à moins que la NFFE n'identifie ses propriétaires américains substantiels, la plupart des NFFE, toutefois, ne sera pas soumise à retenue et à exigence de*

⁸⁹ TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ Treas. Reg. § 1.1473-1(d)

⁹² TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

déclarer tout propriétaire américain. Les paiements soumis à retenue à la source faits à une « NFFE exemptée » ne sont pas soumis à retenue à la source »⁹³. Ils notent qu' « en effet, la plupart des NFFE seront l'objet d'exemptions soit comme « entités actives », c'est-à-dire entités qui ont une activité d'affaires non financière [dont les revenus passifs (intérêts, dividendes ou équivalents) sont inférieurs à 50% des revenus annuels], soit comme société [dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé] s'il s'agit de NFFE passives »⁹⁴. Leur approche semble tout à fait exacte.

En effet, le règlement de FATCA précise que sont ainsi traités comme étant des bénéficiaires effectifs exonérés, les NFFE qui sont :

- (i) des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ;
- (ii) des filiales d'une telle société ;
- (iii) certaines entités territoriales définies comme des entités relevant d'une législation d'un Etat américain directement ou indirectement détenues par un ou plusieurs résidents américains de bonne foi ;
- (iv) des NFFE actives⁹⁵.

Par conséquent, il ressort des textes étudiés que la plupart des NFFE ne devrait pas être soumises aux dispositions de FATCA en raison de leur activité ou de leur forme. Elles devront néanmoins confirmer leur statut de NFFE, objet d'une exception, à un agent de retenue à la source⁹⁶. Les autres institutions – essentiellement les banques et certaines compagnies d'assurance – seront en revanche soumises à d'autres obligations dont la finalité est l'identification des contribuables ne procédant pas aux déclarations requises par la loi fiscale américaine.

93 Ibidem ; IRC § 1472 (c), Treas. Reg. §1.1472-1(c)

94 Ibid.

95 Treas. Reg. §1-1472-1 (c)

96 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72 ; Treas. Reg. §1-1472-1 (d)

§2 Les obligations mises à la charge des institutions visées par FATCA

FATCA requiert certaines diligences de la part des FFI (A) dont la mise en œuvre repose sur la conclusion d'AGI (B).

A. Les diligences requises : l'identification du compte

Afin de se conformer aux exigences de la loi FATCA, les FFI doivent conclure un accord avec l'IRS par lequel elles s'obligent à déterminer quels titulaires de comptes sont des contribuables américains personnes physiques. Cette identification réalisée, les FFI s'engagent également à fournir à l'IRS des informations de nature à identifier le compte et son titulaire⁹⁷.

C'est une transparence complète sur les comptes de ses contribuables que cherche à atteindre le législateur américain. Aux termes de l'article 1471 (b) (1) de l'IRC, « *les FFI des pays tiers communiquent à l'IRS des informations d'identité sur les titulaires américains de comptes ainsi que la valeur et le revenu du compte* ». Cette communication est annuelle et automatique. Elle porte plus précisément sur le nom du titulaire américain du compte, son adresse, son numéro d'identification fiscale, le plus haut solde du compte pendant l'année, le numéro du compte et les revenus annuels y figurant⁹⁸.

Il est important de relever qu'aux termes de l'article 1471 (d) (1) (b) les comptes de dépôt de 50 000\$ ou moins qui sont détenus par un individu ne sont pas inclus dans le champ d'application du dispositif FATCA et ne feront à ce titre pas l'objet d'une obligation de déclaration des FFI.

Les banques non américaines ayant adhéré au Programme IQ sont déjà familiarisées avec le système américain de déclaration sur lequel FATCA est basé. Cependant, Me Tello et Me Malherbe identifient une double difficulté dans l'exécution de l'obligation de déclaration : « *l'une des charges essentielles de toute FFI est l'exigence d'identifier les titulaires de comptes dont les comptes ont été ouverts avant le vote de FATCA car la loi américaine n'exigeait pas précédemment des FFI d'identifier les titulaires de comptes américains. Dès lors, les FFI ne recueillaient pas cette information. Pour les FFI qui ne sont pas des banques [...] les dispositions [...] de FATCA sont difficiles à appliquer à leurs modèles d'affaires* »⁹⁹. Ainsi, en premier lieu, l'identification des titulaires de comptes ouverts avant l'entrée en

⁹⁷ IRC § 1471-4

⁹⁸ Ibidem

vigueur de la loi va s'accompagner de frais importants pour les banques. En second lieu, le législateur américain a retenu un modèle centré sur les banques qui se traduit par des pratiques nouvelles pour les autres institutions visées par FATCA. Au-delà des difficultés que pourraient rencontrer les compagnies d'assurance tenues désormais de transmettre automatiquement les informations portant sur leurs clients américains, la mise en œuvre de FATCA ne peut passer que par la signature d'accords intergouvernementaux.

B. La mise en œuvre des diligences requises par le biais des accords intergouvernementaux (AIG)

A priori, les FFI ne peuvent exécuter l'obligation de déclaration que FATCA crée à leur charge qu'en violant les dispositions de droit interne auxquelles elles sont soumises (1), l'échange automatique d'informations doit alors s'envisager dans le cadre d'AIG (2).

1) Le problème : le conflit de FATCA avec les lois internes sur le caractère privé des données

Comme l'ont souligné Me Tello et Me Malherbe : « *Un obstacle majeur à la mise en application de FATCA est le conflit entre les exigences de FATCA et les législations fiscales nationales sur la vie privée ainsi que, dans certains cas, les codes pénaux qui interdisent le rassemblement et la communication de données personnelles sauf à certaines conditions* ».

L'échange automatique d'informations porté par FATCA a pu sembler incompatible avec les législations internes des Etats au sein desquels sont implantées les FFI devant collaborer avec l'IRS. Certes, les Etats-Unis n'ont pas introduit de législation sur la vie privée applicable au secteur privé mais d'autres pays l'ont fait. Plus encore, au sein de l'Union européenne, la directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données oblige chaque Etat à introduire une législation conforme avec la directive¹⁰⁰. Or, si la question de l'échange d'informations bancaires n'est pas traitée par la directive, une lecture raisonnable de ses articles 7 et 8 semble établir l'impossibilité de collecter des données révélant par exemple que le titulaire de compte serait un citoyen américain.

99 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

100 IRC § 1471-4

Détaillant la difficulté de cette situation avant d'en aborder la solution Me Tello et Me Malherbe indiquent que « [...] si une FFI ne rassemble pas et ne révèle pas les renseignements exigés par l'IRS, elle sera soumise à une retenue à la source de 30% conformément à FATCA. Bien que FATCA tienne compte de ces lois sur le caractère privé des données en exigeant des titulaires de comptes américains de renoncer à l'application de toute loi étrangère sur la protection des données privées qui empêcherait la déclaration du compte, aux termes de certaines lois étrangères, l'exigence de renonciation peut être vue comme coercitive et dès lors interdite. Aucune FFI ne peut servir deux maîtres »¹⁰¹.

2) **La solution : la signature d'accords intergouvernementaux**

L'AIG est destiné à résoudre le conflit de législations en imposant aux FFI de fournir les données requises par le dispositif FATCA à l'administration fiscale de leur pays plutôt qu'à l'IRS. Le concept d'AIG été développé par les Etats-Unis en liaison avec les administrations fiscales du Royaume-Uni, de l'Allemagne, de la France, de l'Italie et de l'Espagne. La parade trouvée suite à ce dialogue est ingénieuse : « dès lors que la déclaration à une autorité gouvernementale locale est généralement permise aux termes de la directive sur la protection de données, la FFI ne [...] sera pas en violation des lois locales sur la protection des données privées »¹⁰².

A ce jour, toutes les difficultés à la mise en œuvre de FATCA ne semblent pourtant pas levées. En effet, les AIG apportent une solution pour les FFI mais ne traitent pas des NFFE dont certaines, bien que peu nombreuses, non traitées comme des bénéficiaires effectifs exonérés au sens de la législation FATCA devront communiquer des informations portant sur leurs clients de nationalité américaine alors même que les lois internes y font généralement obstacle. Les règlements finaux ne palliant pas aux insuffisances des AIG en la matière, des précisions devront être apportées avant l'entrée en vigueur du dispositif¹⁰³. Différents modèles d'AIG ont été retenus.

3) **Les différents modèles d'AIG**

101 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72 ; Treas. Reg. §1-1472-1 (d) ; IRC § 1471

102 Ibidem

103 Ibid.

Comme l'indique clairement Me Gouthière : « Deux modèles d'AIG ont été proposés par les Etats-Unis. Selon le modèle 1, l'institution financière doit identifier les comptes américains et fournir les informations requises par FATCA à son administration nationale qui la transmet ensuite automatiquement à l'IRS selon un mécanisme qui peut, ou non, être réciproque. Ainsi, le modèle 1A –notamment choisi par la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne– est réciproque alors que le modèle 1B ne l'est pas »¹⁰⁴. Le modèle 1 d'AIG aménage donc une double médiation : du client à l'institution d'une part, de l'institution à l'administration fiscale d'autre part. Il garantit un échange automatique d'informations entre les administrations fiscales. Pour le cas où les Etats-Unis signeraient un modèle 1A –assurant une réciprocité– les informations à transmettre seront réunies par les agents payeurs américains tenus à retenue à la source qui font des paiements transfrontaliers à des personnes non américaines¹⁰⁵. Aux termes des articles 1441 et 1442 de l'IRC, ces informations comprennent notamment le nom du bénéficiaire du paiement, son adresse, le montant du paiement, le type de revenu et tout impôt retenu.

Selon le modèle 2, l'Etat partenaire autorise les institutions financières concernées à fournir les informations nécessaires directement à l'IRS. C'est le modèle qui a été retenu par la Suisse et le Japon¹⁰⁶. Ce modèle semble moins à même de garantir une pleine transparence puisqu'il permet de contourner les administrations fiscales dans l'échange d'informations.

Enfin, le département du Trésor américain a annoncé qu'il conclurait des AIG de rédaction libre avec les pays qui n'ont pas de partage d'informations fiscales avec les Etats-Unis¹⁰⁷. Les AIG en rédaction libre s'inspireront des actuels AER en présentant l'avantage d'être élaborés et signés plus rapidement qu'un AER stricto sensu qui ferait l'objet de longues négociations. En revanche, ils ne pourront pas être réciproques¹⁰⁸.

La France a aménagé les obligations issues de FATCA en les inscrivant dans un cadre bilatéral résultant d'un accord intergouvernemental de type modèle 1 avec les Etats-Unis signé le 14 novembre 2013. L'examen du droit français permet de cerner précisément la mise en œuvre de la loi FATCA.

104 GOUTHIERE Bruno, *Echanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ?* BF 3/14, éd. Francis Lefebvre, 2014

105 IRC §1461

106 Ibidem

107 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

108 Ibidem

4) L'exemple de la France

L'AIG se place dans le cadre de l'article 27 de la convention fiscale franco-américaine. Aux termes de cet accord, comme il a été indiqué précédemment, c'est l'administration fiscale française qui recueille l'information nécessaire auprès des FFI françaises et la fournit ensuite à l'administration américaine¹⁰⁹. Il y a donc un système de double médiation. Symétriquement, les institutions financières américaines transmettent des informations à l'IRS lesquelles sont ensuite envoyées à la Direction Générale des Finances Publiques. L'échange de ces informations se fait de façon automatique tous les ans.

Malgré l'absence de ratification de l'AIG conclu entre la France et les Etats-Unis par le Parlement français, l'IRS accepte de considérer que les FFI françaises sont régies par l'AIG depuis sa date de signature –et donc sans attendre sa ratification–, ce qui leur permet de s'enregistrer sur le site de l'IRS en qualité de DCFFI¹¹⁰. De plus, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires n°2013-672 du 26 juillet 2013 a transposé en droit interne français les obligations résultant de cet AIG¹¹¹. Ainsi, le nouvel article 1649 AC du CGI prévoit que « *les teneurs de compte, les organismes d'assurance et assimilés et toute autre institution financière mentionnent, sur la déclaration visée à l'article 242 ter, les informations requises pour l'application des conventions conclues par la France organisant un échange automatique d'informations à des fins fiscales. Ces informations peuvent notamment concerner tout revenu de capitaux mobiliers ainsi que les soldes des comptes et la valeur de rachat des bons ou contrats de capitalisation et placements de même nature* ». Partant, les institutions françaises ne devraient pas faire l'objet du prélèvement à la source de 30% dès lors qu'elles respectent leurs obligations déclaratives. Au-delà de la question des effets de l'AIG en l'absence de ratification par le Parlement français se pose celle, plus générale, de la nature des AIG.

5) La nature des AIG fondant l'échange automatique d'informations

109 <http://www.sjberwin.com/fr/insights/2014/03/17/fatca-rappel-des-consequences-pour-les-fonds-d-investissement-francais>

110 Ibidem

111 LASSERE CAPEDEVILLE Jérôme, *Evolutions en matière de lutte contre les paradis fiscaux et le blanchiment des capitaux*, Petites affiches, 27 septembre 2013 n°194, p. 21

FATCA est-il un colosse aux pieds d'argile ? Afin de répondre à cette question, il est intéressant de souligner à nouveau que l'efficacité de FATCA et, partant, de l'échange automatique d'informations entre les administrations fiscales repose sur la conclusion d'AIG et sur la collaboration des FFI et des NFFE. Certes, cette collaboration semble a priori acquise, la méthode de « *la carotte et du bâton en matière fiscale* »¹¹² adoptée par le législateur américain contraignant largement les administrations fiscales étrangères ainsi que les FFI et les NFFE qui ne souhaitent pas subir une retenue à la source de 30%.

Nous l'avons vu, alors que FATCA n'est qu'une loi interne, un acte unilatéral adopté par le Congrès, ses effets dépassent largement les frontières américaines. Or, en droit américain, les AIG conclus afin de mettre en œuvre la loi américaine semblent devoir être considérés comme des accords exécutifs simples (« *sole executive agreements* ») et non comme des traités¹¹³. En effet, comme le notent Me Tello et Me Malherbe : « *Bien que le Département du Trésor n'ait fait aucune déclaration officielle, il n'a soumis aucun AIG au Comité des Relations étrangères du Sénat pour examen, ce qui constitue la première étape de la procédure d'approbation des traités* ». En effet, « *un traité requiert l'avis et le consentement du Sénat aux termes de l'article II, section 2, clause 2 de la Constitution américaine* »¹¹⁴. N'étant donc pas des traités, les AIG ne peuvent être que des accords exécutifs simples. Cette qualification n'est pas sans conséquence.

La distinction de droit américain entre les traités et les accords exécutifs simples pourrait avoir une certaine importance en matière d'échange automatique de renseignements. En effet, une controverse doctrinale séculaire existe quant au caractère contraignant ou non contraignant pour l'Etat américain d'un accord exécutif¹¹⁵. Le caractère généralement contraignant d'un traité ne peut être mis en cause pas plus que le caractère contraignant des accords exécutifs sur les Etats fédérés. Cela étant, si la Cour Suprême américaine venait à établir au terme d'un litige porté devant elle que les AIG étaient dépourvus de valeur contraignante sur l'Etat américain, les AIG n'auraient pas plus de valeur que s'ils n'avaient jamais été conclus. Or, les effets d'une telle décision ne pèseraient pas tant sur l'Etat

112 CAVELTI Luzius U., *Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation*, World Tax Journal, June 2013

113 CHRISTIANS Allison, *The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and Why it matters)*, Tax Notes International, 11 février 2013, p. 565

114 TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72

115 CHRISTIANS Allison, *The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and Why it matters)*, Tax Notes International, 11 février 2013, p. 565

américain que sur les FFI et les NFFE situés à l'étranger qui, comme il a été établi, ne peuvent généralement transmettre les informations portant sur les comptes détenus par des contribuables américains sans violer le droit de leur pays. La conséquence directe d'une telle situation serait alors l'application systématique d'une retenue à la source de 30%.

Cette solution serait évidemment peu pragmatique et source de tensions diplomatiques, mais elle n'a rien d'invraisemblable pour au moins deux raisons. Tout d'abord, l'on peut aisément imaginer que la loi FATCA ait été la source de peu d'enthousiasme de la part des contribuables américains s'évadant fiscalement. Certes, aux yeux de la loi américaine ces derniers sont des criminels. Cela étant, les AIG pourraient être vus comme étant conclus et signés en violation du principe de consentement à l'impôt établi en 1214 dans la Magna Carta (« No Taxation without Representation ») qui irrigue le droit anglo-américain et protège chaque citoyen¹¹⁶, y compris les évadés fiscaux qui pourraient l'invoquer.

Ensuite, les AIG conclus en vue de mettre en œuvre la législation FATCA pourraient également soulever des difficultés au regard de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969. A cet égard, l'analyse de Tonia PEDIADITAKI sur l'articulation entre FATCA et les traités fiscaux en vigueur est éclairante¹¹⁷. Avant FATCA, les traités internationaux avaient pour but d'éviter les doubles impositions – en appliquant des retenues à la source par les Etats parties – et d'organiser un échange des renseignements détenus par les administrations fiscales. Ces deux finalités n'étaient pas corrélées¹¹⁸.

Or FATCA semble imposer une nouvelle condition à l'application des retenues à la source dans les traités conclus avec les Etats-Unis. En effet, si les institutions financières ne remplissent pas leurs obligations d'informations automatiques auprès de l'IRS, le contribuable devra payer une retenue à la source de 30% sans pouvoir bénéficier d'un taux plus avantageux négocié avant la promulgation de FATCA¹¹⁹. L'apparition de cette condition peut s'analyser en une forme de modification unilatérale des conventions conclues antérieurement mais encore en vigueur sans l'accord de l'un des Etats parties. Cette considération pourrait également être prise en compte lors d'un éventuel examen de la constitutionnalité de la loi FATCA.

116 PEDIADITAKI Tonia, *FATCA and Tax Treaties : Does It Really take two to Tango : European Taxation*, vol. 53, 2013, p. 426

117 Ibidem, p. 429

118 Ibid. p. 428

119 Ibid., p. 428

Il peut encore être relevé que l'initiative suisse de développement d'un mécanisme alternatif au système de l'échange automatique de renseignements, par le modèle d'accord bilatéral dit Rubik – consistant à prélever un impôt libératoire à la source, aux fins d'assurer les recettes fiscales de l'État contractant, tout en préservant la confidentialité du contribuable concerné, résident de cet État¹²⁰ – est visiblement écarté par la loi américaine FATCA¹²¹. Cette dernière a en effet eu un impact mondial et une influence déterminante sur la consécration d'une norme globale d'échange automatique d'informations.

120 OBERSON Xavier, *L'évolution en Suisse de l'échange international de renseignements fiscaux : de l'arbalète au « big bang »*, Droit fiscal n° 24, 13 Juin 2013, p. 327

121 JEHL Joseph, *Accord FATCA : les effets en Suisse de la loi fiscale américaine*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 14 Janvier 2013, p. 61

PARTIE 2 – L’impact de FATCA : la globalisation de l’échange automatique d’informations

L’adoption de FATCA par le législateur américain a conduit l’OCDE à consacrer concomitamment une norme commune d’échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (SECTION 1). Si l’échange automatique d’informations semble opportun dans la lutte contre l’évasion fiscale, il s’accompagne néanmoins d’un certain nombre de conséquences sur les droits des contribuables (SECTION 2).

SECTION 1 : La norme commune d’échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers

La loi américaine a servi de catalyseur et de modèle à l’adoption de la norme commune de l’OCDE (§1) et a inspiré le dispositif et le régime déclaratif retenus (§2).

§1 Une norme puisée dans la source américaine

L’échange de renseignements en matière fiscale n’est pas une innovation de la loi américaine FATCA. Nous l’avons observé, la coopération entre les administrations fiscales était déjà apparue comme essentielle pour lutter contre la fraude fiscale et protéger l’intégrité des systèmes fiscaux et l’échange de renseignements était un aspect déterminant de cette coopération.

Le rapport sur la norme commune d’échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers le rappelle dans son introduction : « *L’OCDE travaille depuis longtemps sur toutes les formes d’échange de renseignements – sur demande, spontané et automatique – et la Convention multilatérale concernant l’assistance administrative mutuelle en matière fiscale ainsi que l’article 26 du Modèle de Convention fiscale de l’OCDE forment la base de toutes les formes d’échange de renseignements. Ces dernières années, l’OCDE, l’UE et le Forum mondial sur la transparence et l’échange de renseignements à des fins fiscales ont beaucoup progressé pour améliorer la transparence et l’échange de renseignements sur demande* »¹²². L’échange d’informations a d’ores et déjà fait l’objet de travaux de la part de

122 OCDE, *Norme d’échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, p. 5

l'OCDE mais c'est indéniablement l'adoption de la loi FATCA qui a renforcé l'intérêt des Etats pour l'échange automatique.

Le même rapport indique en effet que « *les responsables politiques se sont intéressés aux possibilités offertes par l'échange automatique de renseignements. Le 19 avril 2013, les ministres des Finances et gouverneurs de banque centrale du G20 ont approuvé l'échange automatique en tant que nouvelle norme attendue. La décision du G20 faisait suite à l'annonce antérieure, par un certain nombre de pays européens, de leur volonté de développer et de tester l'échange multilatéral de renseignements fiscaux en s'appuyant sur le Modèle d'accord intergouvernemental en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), élaboré entre ces pays et les Etats-Unis* »¹²³.

De plus, « *Le 9 avril 2013, les ministres des Finances de l'Allemagne, de l'Espagne, de la France, de l'Italie et du Royaume-Uni ont annoncé leur intention d'échanger entre eux des informations de même nature que celles visées dans la loi, en plus de leurs échanges de renseignements avec les États-Unis. Le 13 avril, la Belgique, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque et la Roumanie ont également fait savoir qu'ils étaient intéressés par cette approche, et, le 14, mai 17 pays l'avaient déjà approuvée, rejoints par le Mexique et la Norvège début juin et par l'Australie en juillet* »¹²⁴.

L'enjeu pour les pays de l'OCDE autres que les Etats-Unis est de bénéficier d'un mécanisme commun de transparence. Il s'agit en réalité pour l'OCDE de se mettre dans la roue du législateur américain et de profiter de son aspiration en étendant l'échange automatique d'informations. Si la norme OCDE s'inspire du modèle américain, elle doit également être compatible avec ce dernier. Sensible à ces considérations, l'OCDE décrit la nouvelle Norme Commune de Déclaration (« NCD ») en soulignant qu'elle vise à optimiser l'efficacité et à réduire les coûts pour les institutions financières et qu'elle s'inspire beaucoup de l'approche intergouvernementale suivie pour la mise en œuvre de la loi FATCA¹²⁵.

Ainsi, « *bien que l'approche [américaine] diffère de la NCD sur certains aspects, les différences tiennent à la nature multilatérale du système NCD et à d'autres facteurs spécifiques aux États-Unis, en particulier le concept d'imposition fondée sur la citoyenneté et*

123 Ibidem, p. 5

124 Ibid., p. 5

125 Ibid, p. 5

*l'existence d'une retenue d'impôt à la source importante et finale au titre de la loi FATCA »¹²⁶. Il peut ici être rappelé que le prélèvement à la source de 30% envisagé sur certains paiements de source américaine lorsque l'IRS n'obtiendra pas les informations requises par la loi américaine se combine avec l'article premier de l'IRC qui prévoit la compétence fiscale des Etats-Unis sur l'ensemble des revenus mondiaux des résidents des Etats-Unis et des citoyens américains¹²⁷. Enfin, le rapport précise que : « *Compte tenu de ces caractéristiques, du fait que l'approche intergouvernementale pour l'application de la loi FATCA est un système préexistant qui présente d'étroites similitudes avec la NCD, et des progrès escomptés vers une large adhésion à la NCD, la démarche des États-Unis qui consiste à ne pas requérir de regarder à travers les entités d'investissement implantées dans des juridictions non partenaires est compatible et en accord avec la NCD* »¹²⁸.*

Le dispositif retenu par l'OCDE n'est donc pas une copie conforme de son modèle américain. Il s'en distingue sur au moins deux points. En premier lieu, aucune retenue à la source n'est envisagée pour contraindre les intermédiaires visés par la NCD. En second lieu, c'est certainement un support multilatéral unique plutôt qu'une multiplicité d'accords bilatéraux – sous forme d'AIG – qui sera retenu par l'OCDE. Il convient de présenter plus avant la norme de l'OCDE.

§2 Le dispositif retenu par l'OCDE

Le rapport publié par l'OCDE présente le champ d'application de la NCD (A) ainsi que les informations financières à communiquer (B) et les titulaires de comptes visés par le dispositif (C). Il suggère en outre l'utilisation de bases juridiques existantes pour sa mise en œuvre (D).

A. Le champ d'application

La fraude fiscale internationale ne pouvant être efficacement combattue que par une collaboration ouverte entre les administrations, c'est un régime déclaratif large qu'a retenu l'OCDE. Comme son modèle américain, il inclut certaines institutions financières (1) et en exclut d'autres (2).

126 Ibid., p. 8

127 LEVINE Pierre, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ 1988, p. 18

128 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, p. 7

1) Les institutions financières soumises à l'obligation déclarative

C'est à une approche large qu'a procédé l'OCDE. En effet, dans la présentation de la NCD, le rapport révèle que : « *Les institutions financières (IF) couvertes par la norme incluent les établissements gérant des titres, les établissements de dépôt, les entités d'investissement et les organismes d'assurance particuliers, sauf s'ils présentent un faible risque d'être utilisés à des fins de fraude fiscale et sont dispensés des obligations déclaratives* »¹²⁹. A cet égard, la norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers reproduit le dispositif américain qui s'applique principalement aux institutions financières étrangères (FFI) alors que les institutions non financières (NFFE) échappent le plus souvent au dispositif en raison de leur activité qui présente un risque très faible au regard de l'évasion fiscale.

Ainsi, comme le rapport le souligne dès sa préface : « *Les institutions financières soumises à l'obligation déclarative en vertu de la NCD comprennent non seulement les banques et établissements gérant [...] des titres, mais également d'autres institutions financières telles que les courtiers, certains organismes de placement collectif et certaines sociétés d'assurance* »¹³⁰. Les institutions visées par la NCD sont donc exactement les mêmes que celles visées dans les cas généraux des FFI prévues par la loi FATCA et des FFI réglementées ajoutées par l'IRS. Le dispositif retenu par l'OCDE repose lui aussi sur des intermédiaires financiers tenus de procéder à la déclaration d'un certain nombre d'informations afin de vérifier que les contribuables ont bien réalisé les déclarations fiscales auxquelles ils sont légalement tenus.

A ceci près que les institutions financières devront faire l'objet de contraintes imaginées par chaque Etat partie. En effet, contrairement au dispositif américain ayant opté pour une retenue à la source très incitative, l'OCDE laisse une large marge de manœuvre aux Etats. Aucune incitation ou contrainte n'est envisagée par l'OCDE. Le deuxième considérant du modèle d'accord concernant l'échange automatique opère un renvoi aux législations internes : « *Considérant que les lois de leurs juridictions respectives [doivent imposer]/[imposent]/[imposent ou doivent imposer] aux institutions financières de communiquer des informations concernant certains comptes et de suivre des procédures de diligence raisonnable qui s'y rattachent* »¹³¹.

129 Ibid., p. 11

130 Ibid., p. 2

131 Ibid., p. 13

Plusieurs législations devraient par conséquent contenir prochainement des dispositions comparables à celles existantes depuis la loi du 26 juillet 2013 ayant introduit un article 1649 AC dans le CGI qui dispose, rappelons-le : « *les teneurs de compte, les organismes d'assurance et assimilés et toute autre institution financière mentionnent, sur la déclaration visée à l'article 242 ter, les informations requises pour l'application des conventions conclues par la France organisant un échange automatique d'informations à des fins fiscales* ». Conçu par le législateur en vue de se conformer à la loi FATCA et à l'AIG du 14 novembre 2013, cet article est en revanche insuffisant pour permettre à la France de signer des accords d'échange d'informations selon le modèle OCDE. La France devra donc modifier sa législation interne. Elle pourra par exemple assortir les dispositions sus citées d'une sanction. A défaut, il est peu vraisemblable que la France puisse être considérée comme imposant aux IF de suivre une procédure de diligence raisonnable en vue de réaliser les déclarations requises. Cela étant, toutes les IF ne sont pas soumises à une obligation déclarative.

2) **Les entités non financières non soumises à l'obligation déclarative**

Le Point L de la section VIII « *Définitions* » de la Section II « *Obligations générales de diligence* » de l'Annexe au modèle d'accord concernant l'échange automatique de renseignements définit l'entité non financière (« ENF ») comme : « *une Entité qui n'est pas une Institution financière* ». Or, il ressort par ailleurs de la définition de l'expression « compte déclarable » que cette dernière inclut le compte détenu par une ENF passive dont une ou plusieurs personnes qui la contrôlent doivent faire l'objet d'une déclaration. A cet égard, la section II de cette Annexe contient une procédure permettant d'identifier ces personnes sur la base des informations recueillies lors de l'identification des titulaires des comptes¹³².

Partant, l'Annexe définit l'ENF passive comme :

- (i) une ENF qui n'est pas une ENF active ; ou
- (ii) une Entité d'investissement qui n'est pas une Institution financière d'une Juridiction partenaire.

Cette définition négative est complétée par celle de l'ENF active qui désigne « *toute ENF qui satisfait à l'un des critères figurant dans la liste non exhaustive ci-après* :

132 cf. C. Les titulaires de comptes visés par le dispositif, pp. 45-47

- (i) *[au cours de l'année civile précédente] moins de 50% des revenus bruts de l'ENF [...] sont des revenus passifs et moins de 50 % des actifs détenus par l'ENF sont des actifs qui produisent ou qui sont détenus pour obtenir des revenus passifs ;*
- (ii) *les actions de l'ENF font l'objet de transactions régulières sur un marché boursier réglementé ou l'ENF est une Entité liée à une Entité dont les actions font l'objet de transactions régulières sur un marché boursier réglementé ;*
- (iii) *l'ENF est une Entité publique, une Organisation internationale, une Banque centrale, ou une Entité détenue à 100 % par une ou plusieurs des structures précitées ; etc. »¹³³.*

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'OCDE partage le souci américain de ne pas créer d'obligation à la charge d'entités pour lesquelles le risque d'évasion fiscale est faible. Les ENF actives – qui comprennent également les organismes de placement – regroupent les mêmes entités et institutions que les NFFE et les bénéficiaires effectifs exonérés dans le cadre de FATCA. Leur nature institutionnelle – pour les Organisations internationales ou les Banques centrales – ou leur activité économique sont exclusives d'une quelconque évasion fiscale pour leurs clients. Ces ENF ne servent donc pas d'intermédiaires dans le cadre de la NCD. Le dispositif présenté par le rapport de l'OCDE précise par ailleurs quelles sont les informations qui doivent être communiquées.

B. Les informations financières communiquées

Le régime déclaratif mis en place dans le cadre de la NCD a vocation à être complet. Ainsi, il couvre différentes catégories de revenus d'investissement, y compris les intérêts, dividendes et types analogues de revenus¹³⁴. Il prévoit également le cas de figure dans lequel un contribuable cherche à dissimuler des capitaux qui représentent un revenu ou des actifs sur lesquels l'impôt a été éludé.

Partant la section 2 du modèle d'accord concernant l'échange automatique d'informations intitulé « *Echange de renseignements concernant les comptes déclarables* » donne une liste exhaustive des renseignements devant être échangés. En plus du nom, de l'adresse, de la date et du lieu de naissance, devront être fournis :

- (i) *le numéro de compte ;*
- (ii) *Le nom et le numéro d'identification de l'Institution financière déclarante ;*

133 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, pp. 44-45

134 Ibid. p. 2

(iii) *Le solde du compte (y compris, dans le cas d'un Contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un Contrat de rente, la Valeur de rachat) à la fin de l'année civile considérée ou d'une autre période de référence adéquate ou, si le compte a été clos au cours de l'année ou de la période en question, à la clôture du compte »*¹³⁵. Reste à préciser quels sont les titulaires de comptes visés par le dispositif.

C. Les titulaires de comptes visés par le dispositif

Aux termes du rapport de l'OCDE présentant la NDC : « *Les comptes déclarables comprennent les comptes des personnes physiques, et des entités (ce qui inclut les fiducies et les fondations) et la norme requiert de regarder à travers les entités passives afin de déclarer les personnes physiques qui en ont le contrôle ultime »*¹³⁶. De façon synthétique, le modèle d'accord distingue selon les comptes et leurs titulaires en traitant des comptes de personnes physiques préexistants (1) ou nouveaux (2) et des comptes d'entité préexistants (3) ou nouveaux (4).

1) Les comptes de personnes physiques préexistants

Pour les comptes de personnes physiques préexistants, les IF sont tenues d'examiner les comptes sans appliquer de seuil de minimis. Les règles distinguent les comptes de valeur élevée, dont le solde au 31 décembre de l'année antérieure excède 1 000 000 \$, et les comptes de faible valeur, dont le solde au 31 décembre de l'année antérieure est inférieur à 1 000 000 \$¹³⁷. Pour ces derniers, la norme OCDE crée une procédure sui generis non envisagée par la loi américaine. Ainsi, l'IF devra réaliser un test fondé sur l'adresse de résidence permanente du titulaire du compte au moyen de pièces justificatives. A défaut de réaliser ce test, elle devra déterminer la résidence du titulaire en procédant à une recherche d'indices. Une auto certification – c'est-à-dire la confirmation de la résidence du titulaire du compte par l'IF qui engage sa responsabilité – est nécessaire si les indices s'avèrent contradictoires¹³⁸. Cette procédure est en réalité conçue pour déceler quels contribuables ne remplissent pas, à leur niveau, leurs obligations fiscales et s'évadent fiscalement.

135 Ibid., p. 16

136 Ibid., p. 2

137 Ibid., p. 11

138 Ibid. p. 12

Pour les comptes de valeur élevée, une procédure de diligence raisonnable renforcée s'applique. Elle comporte l'examen de dossiers papier et un test de connaissance effective par le chargé de clientèle qui permet de déterminer l'adresse ou les adresses du titulaire de compte¹³⁹. La procédure est en revanche simplifiée lorsqu'il est question de l'ouverture d'un compte.

2) **Les nouveaux comptes de personnes physiques**

Il convient de relever qu'il est moins difficile et onéreux pour les institutions financières de se procurer des informations au moment de l'ouverture du compte qu'auprès de titulaires de comptes existants. Aussi, pour les nouveaux comptes de personnes physiques, la NCD envisage l'auto certification quel que soit le solde du compte¹⁴⁰. L'approche retenue par le modèle d'accord est sensiblement différente s'agissant des comptes détenus par des personnes morales.

3) **Les comptes d'entité préexistants**

Pour les comptes d'entité préexistants, les IF sont tenues de déterminer si l'entité proprement dite est une personne soumise à déclaration, ce qu'elles peuvent généralement faire en étudiant les informations disponibles par le biais des législations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de connaissance de la clientèle. Dans le cas contraire, une auto certification est requise¹⁴¹.

Les IF devront également déterminer si l'entité est une ENF passive. Dans l'affirmative, puisque cette ENF relève du dispositif créé par l'OCDE, l'IF doit également déterminer la résidence des personnes qui en détiennent le contrôle. Pour un certain nombre de titulaires de comptes, l'évaluation du caractère actif ou passif est assez simple, et peut être réalisée à partir des informations disponibles sus citées. A défaut, une auto certification peut s'avérer nécessaire¹⁴². Les comptes d'entité préexistants présentant un solde inférieur à 250 000 \$ (ou l'équivalent en monnaie locale) ne font pas l'objet d'un examen¹⁴³.

139 Ibid., p. 12

140 Ibid., p. 12

141 Ibid., p. 12

142 Ibid., p. 12

143 Ibid., p. 12

4) Les nouveaux comptes d'entité

Comme l'indique le rapport de l'OCDE portant sur le NCD : « *Pour les nouveaux comptes d'entité, les évaluations à effectuer sont les mêmes que pour les comptes préexistants. Toutefois, compte tenu de la plus grande facilité d'obtenir des auto certifications pour de nouveaux comptes, le seuil de 250 000 \$ (ou l'équivalent en monnaie locale) ne s'applique pas* »¹⁴⁴. De même que pour les comptes nouvellement ouverts détenus par des personnes physiques, il n'y a ici aucun seuil de minimis.

Ces distinctions ne sont pas envisagées par FATCA. Elles sont propres à la NCD et sont de nature à faciliter sa mise en œuvre. Les obligations de déclaration mises à la charge des IF concernant les comptes de personnes physiques et de personnes morales peuvent par ailleurs être mises en œuvre par le biais de supports juridiques en vigueur.

D. La mise en œuvre de la Norme Commune de Déclaration

Nous l'avons vu, différentes normes portant sur l'échange automatique de renseignements sont déjà en vigueur à l'échelle mondiale. Comme le précise le rapport de l'OCDE portant sur la NCD : « *Même si les conventions bilatérales telles que celles fondées sur l'article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE autorisent un tel échange*¹⁴⁵, *il peut être plus efficace de fonder les relations d'échange automatique sur un instrument multilatéral. La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, telle qu'amendée en 2010, est un tel instrument. Elle prévoit toutes les formes de coopération administrative, contient des règles strictes relatives à la confidentialité et au bon usage des informations, et permet l'échange automatique* ». L'un des principaux avantages de la Convention multilatérale est sa portée mondiale. En effet, en mai 2014, la plupart des Etats parties initiales à la Convention avait signé le protocole d'amendement¹⁴⁶.

Aux termes de la Convention, l'échange automatique nécessite la conclusion d'un accord spécifique entre les autorités compétentes des parties, qui peut être souscrit par deux parties ou plus, de sorte qu'un accord unique peut régir l'échange automatique entre deux parties ou plus. Cet accord entre autorités compétentes active et rend opérationnel l'échange

¹⁴⁴ Ibid., p. 10

¹⁴⁵ OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, version du 22 juillet 2010

¹⁴⁶ Pour des informations sur les juridictions couvertes par la Convention, les signataires et les ratifications, voir www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

automatique entre les participants¹⁴⁷. A défaut, un AER ou l'article 26 du modèle de convention de non double imposition pourrait jouer le même rôle.

L'OCDE préconise donc le recours à la Convention multilatérale récemment amendée et de portée mondiale. L'application concrète de son article portant sur l'échange automatique suppose la conclusion d'accords entre les administrations des Etats parties de la même façon que dans la mise en œuvre de la loi américaine qui se réfère aux AIG. In fine, même en cas de recours à la Convention multilatérale, l'échange automatique proprement dit aura toujours lieu sur une base bilatérale¹⁴⁸. Il peut avoir par ailleurs certaines conséquences sur les droits des contribuables.

SECTION 2 : Les conséquences de la généralisation de l'échange automatique d'informations sur les droits des contribuables

147 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, p. 10

148 Ibid., p. 10

L'effet de l'échange automatique d'informations n'est pas ignoré par l'OCDE qui l'envisage sous le prisme de la confidentialité des informations (§1) mais les droits des contribuables risquent d'être réduits à d'autres égards (§2).

§1 La confidentialité des informations portant sur le contribuable

La confidentialité est nécessaire à l'efficacité de l'échange automatique d'informations (A) et semble d'ores et déjà portée par des normes en vigueur devant servir de base à la NCD (B).

A. La confidentialité : un pré requis à l'efficacité de l'échange automatique d'informations

L'échange automatique ne doit pas faire disparaître la confidentialité des informations portant sur le contribuable qui est la première garantie des droits de ce dernier. Ainsi, comme le suggère le guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales : « *Pour que l'assistance mutuelle entre autorités compétentes soit efficace, chacune d'elles doit avoir l'assurance que l'autre partie traite avec toute la confidentialité voulue les renseignements obtenus dans le cadre de leur coopération. C'est pourquoi toutes les conventions fiscales et tous les instruments d'échange de renseignements comportent des dispositions à ce sujet et prévoient l'obligation que les données échangées restent secrètes ou confidentielles* »¹⁴⁹.

Le modèle d'accord concernant l'échange automatique de renseignements met en avant leur nécessaire confidentialité : « *Considérant que la [Juridiction A] et la [Juridiction B] ont mis en place (i) les protections adéquates pour faire en sorte que les renseignements reçus conformément à cet Accord restent confidentiels et soient utilisés uniquement aux fins prévues par la [Convention]/l' [Instrument], et (ii) les infrastructures nécessaires à un échange effectif [...]* »¹⁵⁰. Par conséquent, comme le précise le rapport : « *Avant de conclure un accord prévoyant l'échange automatique de renseignements avec une autre juridiction, la juridiction destinataire doit impérativement disposer du cadre juridique et des capacités et procédures*

149 OCDE, *Garantir la confidentialité, Le guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales*, 2012, p. 7

150 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, p. 13

administratives nécessaires pour garantir la confidentialité des informations reçues et s'assurer qu'elles seront utilisées uniquement aux fins prévues dans l'instrument »¹⁵¹. A cet égard, il semble que les bases juridiques devant servir à mettre en œuvre la NCD contiennent d'ores et déjà des standards suffisants de confidentialité.

B. La confidentialité : une règle d'ores et déjà portée par les bases juridiques de la Norme Commune de Déclaration

Comme nous l'avons précédemment souligné, l'OCDE préconise le recours à la Convention multilatérale. Aux termes de son article 22 (« Secret ») :

« 1. Les renseignements obtenus par une Partie en application de la présente Convention sont tenus secrets et protégés dans les mêmes conditions que celles prévues pour les renseignements obtenus en application de la législation de cette Partie et, en tant que de besoin pour assurer le niveau nécessaire de protection des données à caractère personnel, conformément aux garanties qui peuvent être spécifiées par cette Partie.

2. Ces renseignements ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités concernées par l'établissement, la perception ou le recouvrement des impôts de cette Partie, par les procédures ou les poursuites pénales concernant ces impôts, ou par les décisions sur les recours se rapportant à ces impôts ou par le contrôle de ce qui précède. Seules lesdites personnes ou autorités peuvent utiliser ces renseignements et uniquement aux fins indiquées ci-dessus [...] ».

L'article 26 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune sur lequel la norme commune pourrait également se fonder contient une formulation comparable. Aux termes de son deuxième alinéa : *« Les renseignements reçus par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements ».*

Aussi, comme le précise le guide : *« À l'instar du Modèle de Convention fiscale et du modèle d'Accord sur l'échange de renseignements fiscaux, la Convention multilatérale exige*

151 Ibidem, p. 9

de protéger la confidentialité des renseignements. Comme le Modèle de Convention, elle fait explicitement référence au droit national. Le Modèle de Convention aussi bien que la Convention multilatérale autorisent la divulgation aux organes de surveillance. La Convention multilatérale se distingue en faisant explicitement référence à la protection des données personnelles. Cependant, comme tous les instruments précisent que les renseignements doivent rester confidentiels et qu'ils ne peuvent être dévoilés qu'à certaines personnes et utilisés qu'à certaines fins, les différences seront sans doute minces en pratique »¹⁵².

En outre, chaque pays est doté d'un système fiscal national dont certaines dispositions législatives garantissent la confidentialité des renseignements fiscaux. A cet égard, en droit français, l'article L. 103 du LPF dispose : *« L'obligation du secret professionnel, telle qu'elle est définie [à l'article] 226-13 du code pénal¹⁵³, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au code général des impôts. Le secret s'étend à toutes les informations recueillies à l'occasion de ces opérations ».*

L'examen des supports visant à la mettre en œuvre la NCD tend à conclure à la protection du caractère confidentiel des informations communiquées. De même que dans le cadre de la loi FATCA, les accords signés entre les administrations des Etats parties permettent de respecter les législations nationales et de protéger les droits des contribuables. Ces derniers pourraient cependant être amoindris par la globalisation de l'échange automatique de renseignements.

§2 Le risque d'une atteinte aux droits des contribuables dans le cadre l'échange automatique d'informations entre les administrations fiscales

Le resserrement de la coopération entre les administrations a pour objectif légitime de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales internationales. Un certain nombre d'éléments sont

¹⁵² OCDE, *Garantir la confidentialité, Le guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales*, 2012, p. 11

¹⁵³ « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »

cependant susceptibles de porter atteinte aux droits des contribuables : ainsi de l'accès par ces derniers aux informations transmises par une administration étrangère (A) et de la protection de ces informations (B).

A. **L'accès par le contribuable aux informations transmises par une administration étrangère le concernant**

Le contribuable peut rencontrer des difficultés de nature à amoindrir ses droits lorsqu'il cherche à avoir accès aux informations échangées entre les administrations en matière extra contentieuse (1) et en matière contentieuse (2).

1) **En matière extra contentieuse**

Tout d'abord, comme l'observait Me Le Mentec en 2010 lors d'un colloque portant sur « La nouvelle coopération fiscale internationale »¹⁵⁴ : « *un grand nombre de conventions signées par la France est [...] proche de la convention-modèle OCDE de 1963 en ce qu'elles prévoient que les renseignements obtenus ne peuvent être communiqués qu'aux personnes chargées de l'établissement de l'impôt, même si les conventions récemment signées tendent à reprendre le modèle OCDE*¹⁵⁵ ». Or, dans ce cas, l'administration ne s'estime pas compétente pour transmettre au contribuable les renseignements qu'elle pourrait utiliser à son encontre.

Dans un arrêt du 5 mars 1993, le Conseil d'Etat a établi qu'un contribuable ne peut se fonder ni sur le droit d'accès aux documents administratifs introduit par la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 ni sur le principe du contradictoire pour se faire communiquer les documents émanant de l'administration fiscale des Etats-Unis et comportant les renseignements le concernant dont il a été fait état par le vérificateur dans la notification de redressement qui lui a été adressée¹⁵⁶. Cette solution peut tout à fait s'étendre à une hypothèse d'échange automatique d'informations.

Par conséquent, en matière extra contentieuse, le contribuable ne peut obtenir les informations le concernant qui sont détenues par l'administration. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ne semble être ici

154 *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010, p. 531

155 V. notamment les Conventions récemment signées avec l'Australie ou le Royaume-Uni

156 CE, 8e et 9e ss.-sect., 5 mars 1993, n° 105069, Mlle Rohart : Dr. fisc. 1993, n° 45, comm. 2127 ; RJF 5/1993, n° 674

d'aucun secours puisqu'en matière de contentieux fiscal non répressif et en dehors des procédures de saisies et de perquisitions, l'article 6, §1 portant le droit à un procès équitable est inapplicable. Il a en effet été jugé par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire Vidacar SA et Opergrup SL c/ Espagne que : « l'article 6, §1 de la CEDH n'est pas applicable aux contestations ressortissant exclusivement au domaine du droit public et notamment aux procédures fiscales en tant que telles, puisque celles-ci n'ont pas trait à des contestations sur les droits et obligations à caractère civil »¹⁵⁷. Cette impossibilité d'accéder aux informations détenues par les administrations – au rang desquelles se trouvent celles automatiquement transmises par les administrations étrangères – est peu protectrice des intérêts des contribuables au regard du principe du contradictoire. Elle devrait néanmoins inciter les contribuables à procéder aux déclarations requises, notamment dans le cadre de la NCD.

Au surplus, lorsque la France est le pays requis, il conviendrait que le contribuable en soit averti au préalable pour qu'il soit éventuellement en mesure de saisir une juridiction de son désaccord sur le principe de la transmission de telle ou telle information. Tel n'est pas le cas. D'autre pays, tels les Pays-Bas ou l'Allemagne, ont introduit quant à eux un processus d'information obligatoire¹⁵⁸. Le traitement des informations et l'accès à ces dernières diffèrent cependant en matière contentieuse.

2) **En matière contentieuse : le respect du principe du contradictoire**

L'état de la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la loi américaine et de la norme OCDE est une source précieuse permettant de déterminer comment vont s'articuler l'échange automatique avec la protection des droits des contribuables en matière contentieuse. En droit français, en cas de litige, il convient de relever que l'administration ne peut invoquer devant le juge de l'impôt des renseignements obtenus d'une administration étrangère que si elle les verse au dossier contentieux et accepte, par suite, que le contribuable y ait accès. Partant, les restrictions tenant au secret doivent donc être levées en cas de procédure juridictionnelle¹⁵⁹. La solution n'allait pourtant pas de soi.

¹⁵⁷ CEDH 20 avril 1999, Vidacar SA et Opergrup SL c/ Espagne, §1 : req. N°41601/98, confirmé par : CEDH, 12 juillet 2001, Ferrazzini c/ Italie §25 : JDI 2001.261 obs. Guillot

¹⁵⁸ *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010, p. 531

¹⁵⁹ Mémento, *Impôt sur les sociétés*, éd. Francis Lefebvre, 2013-2014, n°4365

En effet, comme l'explique Me Le Mentec : « *L'Administration peut ne pas communiquer les renseignements recueillis au contribuable lorsque ceux-ci sont couverts par le secret. En revanche, elle peut choisir de les verser au dossier soumis au juge. L'Administration et le juge sont alors confrontés à une situation de « conflit de normes » : en s'en tenant à la lettre des conventions, elle risque la nullité de sa procédure ; à l'inverse, si elle communique des éléments considérés comme secrets, elle s'expose à se voir reprocher une violation du secret professionnel, qui est constitutive d'une infraction pénale¹⁶⁰ pour les agents en cause* »¹⁶¹.

Depuis 1999, il a ainsi été jugé plusieurs fois que le principe du contradictoire s'oppose à ce que le juge de l'impôt se fonde sur des éléments provenant de l'assistance administrative internationale si le contribuable n'en a pas eu la disposition¹⁶². L'administration est donc face à un choix : soit elle décide de verser les pièces au dossier, auquel cas celles-ci doivent être communiquées au contribuable pour qu'il puisse présenter ses observations en réponse ; soit elles ne sont pas versées au dossier et le juge de l'impôt doit fonder son appréciation sur d'autres éléments¹⁶³. L'examen de l'accès aux données conduit naturellement à s'interroger sur leur protection dans le cadre de l'échange automatique.

B. La protection des données faisant l'objet d'un échange automatique d'informations

La protection des données relatives aux contribuables transmises entre les administrations n'est actuellement pas prévue par l'OCDE, ni par le législateur américain. Le dispositif retenu par cette dernière devra pourtant garantir les droits des contribuables en établissant des règles quant au traitement et à la conservation de ces données. Il pourra s'inspirer des précédents français (1) et européen (2).

1) Les enseignements français

160 C. pén., art. 226-13

161 *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010, p. 531

162 CE, 8e et 9e ss.-sect., 13 oct. 1999, n° 191191, Diebold Courtage : JurisData n° 1999-051277 ; Dr. fisc. 1999, n° 52, comm. 948, concl. G. Bachelier, note C. Acard ; RJF 12/1999, n° 1492. - V. également, CE, 8e et 3e ss.-sect., 4 juin 2008, n° 301776, Sté Sparflex n° 301777, M. Soutiran, n° 304523, M. et Mme Chaudron : JurisData n° 2008-0811346 ; Dr. fisc. 2008, n° 29, comm. 418, concl. N. Escaut ; JCP E 2008, n° 36, comm. 2078, note F. Dieu ; RJF 2008, n° 1055 ; BDCF 2008, n° 119, concl. N. Escaut. - CE, 8e et 3e ss.-sect., 24 juill. 2009, n° 309278, Sté Fis-Vopart

163 *Mémento, Impôt sur les sociétés*, éd. Francis Lefebvre, 2013-2014, n°4365

La promulgation de la loi FATCA et l'adoption de la norme commune d'échange automatique d'informations l'ayant suivi ont conduit à l'ouverture du débat sur la compatibilité des procédures d'échanges d'informations avec les règles applicables en matière de protection des données¹⁶⁴. Les interrogations soulevées dans le cadre de l'assistance mutuelle simple conservent toute leur pertinence en matière d'échange informatique : « *la constitution de bases de données, contenant des informations qui ont vocation à être échangées entre administrations fiscales, est-elle en accord avec les principes régissant la protection des données personnelles ? De manière plus large, les procédures d'échange d'informations internationales respectent-elles ces principes ?* »¹⁶⁵.

Un avis très intéressant a été rendu par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) le 12 novembre 2009 concernant la création de la base française EVAFISC¹⁶⁶. À titre de rappel, a été créée en France, par la Direction générale des finances publiques, la base dénommée EVAFISC, dont les conditions de mise en œuvre ont été précisées par un arrêté du 25 novembre 2009¹⁶⁷. Cette base a pour objet de recenser les informations laissant présumer la détention de comptes bancaires hors de France par des personnes physiques ou morales. Cet avis s'apparente à un rappel à l'ordre à l'intention des autorités fiscales ne veillant pas forcément à se conformer aux règles de protection des données personnelles¹⁶⁸.

Les avancées récentes en matière d'échange automatique d'informations peuvent tout à fait être analysées à la lumière de cet avis. En effet, la CNIL s'est prononcée sur un dispositif s'inscrivant dans le cadre de la politique de lutte contre la fraude fiscale conduite par les pouvoirs publics¹⁶⁹. L'avis rappelle que « *[le dispositif] permet de recenser et de traiter les informations laissant présumer la détention de comptes bancaires hors de France par des personnes physiques ou morales et sur cette base de mener des actions de prévention, de recherche, de constatation ou de poursuite de manquements fiscaux et d'infractions pénales* »¹⁷⁰. Il poursuit donc la même finalité que l'échange automatique d'informations

164 Ibidem

165 *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010, p. 531

166 Délibération n° 2009-588 du 12 novembre 2009, portant avis sur un projet d'arrêté du ministère du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat portant création par la direction générale des finances publiques d'un fichier de comptes bancaires détenus hors de France par des personnes physiques ou morales

167 A. 25 nov. 2009 : JO n° 0282 5 déc. 2009, texte n° 21

168 *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010, p. 531

169 Délibération n° 2009-588 du 12 novembre 2009, portant avis sur un projet d'arrêté du ministère du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat portant création par la direction générale des finances publiques d'un fichier de comptes bancaires détenus hors de France par des personnes physiques ou morales

170 Ibidem

introduit en droit américain par FATCA et généralisé à l'échelle mondiale par l'OCDE. Or l'échange de renseignements concernant des comptes déclarables tel que présenté à la section 2 du traité modèle de l'OCDE¹⁷¹ devrait s'accompagner de la création d'une base de données dédiée. Les renseignements échangés dans le cadre de la norme commune de déclaration sont du même type que celles étudiées dans l'avis de la CNIL :

- (i) L'identité de la personne : nom, prénoms, date et lieu de naissance, numéro fiscal (SPI) pour une personne physique et raison sociale, catégorie juridique, SIREN/SIRET, activité pour une personne morale ;
- (ii) l'adresse ;
- (iii) l'établissement de crédit ;
- (iv) le numéro du ou des comptes ;
- (v) la date d'ouverture de ceux-ci ;
- (vi) le montant des soldes et virements¹⁷².

A l'égard de ces informations, la CNIL a relevé que le dispositif prévoyait une durée de conservation des données de dix ans ; « [elle] a [pris] acte du fait que les données relatives aux comptes bancaires détenus qui seraient inexactes à l'issue de travaux de validation seront supprimées. Elle observe toutefois qu'aucune purge automatique n'est prévue à l'issue du délai de conservation de dix ans et demande qu'un tel dispositif soit mis en place par la DGFIP. De même, la commission considère que des vérifications régulières sur la base du nom, du lieu et de la date de naissance, ainsi que du numéro fiscal (SI), devraient être opérées systématiquement pour éviter notamment des erreurs d'homonymie »¹⁷³.

Aucune durée de conservation n'est mentionnée dans le dernier rapport de l'OCDE présentant la NCD ; son modèle américain est également silencieux sur ce point. La mise en place de la NCD devra pourtant vraisemblablement s'accompagner de règles précises de traitement et de conservation des informations échangées de manière automatique. A l'image des recommandations de la CNIL examinant le droit français, une durée de conservation maximale de dix ans et des vérifications régulières devraient vraisemblablement être établies.

Enfin, il peut encore être relevé que la CNIL est vigilante s'agissant du degré de confidentialité à atteindre lors du transfert de données. Cette préoccupation veille à protéger les droits des contribuables et devrait également se retrouver en matière d'échange

171 OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014, p. 16

172 Délibération n° 2009-588 du 12 novembre 2009, portant avis sur un projet d'arrêté du ministère du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat portant création par la direction générale des finances publiques d'un fichier de comptes bancaires détenus hors de France par des personnes physiques ou morales

173 Ibidem

automatique d'informations. Ainsi la CNIL indique que : « *si le principe de ces transferts est prévu par différents traités bilatéraux conclus et ratifiés par la France avec les pays concernés, aucune disposition spécifique relative à la protection des données à caractère personnel n'est prévue dans ces conventions* »¹⁷⁴. Il y a lieu dès lors de s'assurer que les transferts de données s'effectueront conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 68 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, qui dispose que « *le caractère suffisant du niveau de protection assuré par un État s'apprécie en fonction notamment des dispositions en vigueur dans cet État, des mesures de sécurité qui y sont appliquées, des caractéristiques propres du traitement, telles que ses fins et sa durée, ainsi que de la nature, de l'origine et de la destination des données traitées* »¹⁷⁵. L'actuelle pratique européenne fournit également des indices utiles en la matière.

2) **Les enseignements européens**

Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) – organisme veillant à la bonne application des règles européennes en matière de traitement des données personnelles, telles que fixées notamment par la directive n° 95/46 du 24 octobre 1995¹⁷⁶ – a émis deux avis, comportant de fortes réserves sur les nouveaux outils de coopération mis en place avant la loi FATCA et l'adoption de la NCD¹⁷⁷. Un premier avis, en date du 30 octobre 2009¹⁷⁸, concerne les nouvelles mesures d'échange d'informations qui vont être prises en matière de TVA et la création de la base EUROFISC. Le CEPD retient notamment qu' « *il n'est fait mention d'aucune exigence en matière de protection des données. Le CEPD tient à insister sur le fait qu'il conviendrait de préciser le type d'informations à caractère personnel utilisées, de définir clairement les finalités pour lesquelles des données à caractère personnel seront examinées et échangées, et de donner l'assurance que le principe de nécessité est respecté* »¹⁷⁹.

La préoccupation du CEPD afférente à une définition précise des informations échangées et de la finalité de cet échange rejoint une protection des droits du contribuable déjà prise en compte par l'OCDE dans le cadre des AER. L'OCDE veille en effet à circonscrire l'échange

174 Ibid.

175 Ibid.

176 *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010, p. 531

177 Ibidem

178 Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Conseil concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée (refonte) du 30 octobre 2009, *JOUE n° C 66/01, 2010*

179 Ibidem §28

d'informations de façon à empêcher la « *pêche aux renseignements* »¹⁸⁰. Bien que la section 5 « *Confidentialité et protection de données* » du « *Modèle d'accord concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales internationales* » contienne un texte vague : « *Tous les renseignements échangés sont soumis aux obligations de confidentialité et autres protections prévues par la [Convention]/l'[Instrument], y compris aux dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés et, dans la mesure où cela est nécessaire pour garantir le degré requis de protection des données personnelles, conformément aux protections qui peuvent être exigées par l'Autorité compétente qui communique les données en vertu de son droit interne* », la pratique d'échange entre les administrations se fera selon toute vraisemblance dans des mêmes limites comparables à celles existant avant la NCD. Aussi, il ne s'agira évidemment plus de retenir les informations vraisemblablement pertinentes pour l'administration demanderesse en vue de l'application de sa législation fiscale interne¹⁸¹ puisque les informations requises sont définies. Quant à sa finalité, l'échange automatique globalement consacré devrait porter sur des informations vraisemblablement pertinentes afin d'identifier les comptes ouverts à l'étranger et non déclarés par les contribuables afin de lutter contre l'évasion fiscale.

Le second avis, rendu le 6 avril 2010¹⁸² concerne la proposition de Directive du Conseil du 2 février 2009 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, et comporte des réserves encore plus marquées que le premier avis. Le CEPD « *invite instamment le législateur, en ce qui concerne l'échange de données entre les autorités compétentes sur demande ou spontanément, à préciser le type d'informations à caractère personnel qui peuvent être échangées, afin de mieux définir la finalité pour laquelle des données à caractère personnel peuvent être échangées et d'évaluer la nécessité du transfert ou, au moins, de garantir le respect du principe de nécessité* »¹⁸³. Et de conclure, « *le CEPD a remarqué que la proposition ne contient aucune disposition sur le principe de transparence, par exemple sur la manière dont l'échange d'informations est communiqué au grand public ou dont les personnes concernées seront informées du traitement des données. Le CEPD invite dès lors instamment le législateur à adopter une disposition concernant la transparence*

180 Voir note 32

181 Voir note 31

182 Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Conseil concernant la proposition de Directive du Conseil du 2 février 2009 relative à la coopération dans le domaine fiscal du 6 avril 2010, *JOUE n° C 101/1, 2010*, §3

183 Ibidem, §24

de l'échange d'informations »¹⁸⁴. Or, le traité modèle concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers ne contient aucune mesure de transparence permettant aux contribuables de vérifier le respect par les administrations des procédures mises en œuvre. Cette absence est donc de nature à caractériser un risque sérieux d'atteinte aux droits des contribuables. En droit français, la pratique à venir de l'échange automatique de renseignements à des fins fiscales pourra toutefois s'accompagner de protections issues de la Constitution – par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité –, de la CEDH ou de normes européennes.

CONCLUSION

En 2010, évoquant les avancées réalisées au cours de la décennie en matière de transparence fiscale, le Directeur du Centre de Politique et d'administrations fiscales de l'OCDE Jeffrey Owens écrivait que les résultats atteints étaient encore inimaginables il y a un an¹⁸⁵. C'est le législateur américain qui a servi de moteur à l'accélération de l'adoption d'une norme d'échange automatique de renseignements entre les administrations fiscales à une échelle mondiale.

184 Ibid., §27

185 OWENS Jeffrey, *Améliorer la transparence fiscale : état des lieux des travaux menés par l'OCDE*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010 n° 110, p. 91

Evolution ou révolution dans la lutte dans l'évasion fiscale internationale et la quête consubstantielle d'une transparence, l'adoption de la norme de déclaration commune va vraisemblablement entraîner la disparition du secret bancaire. Plus encore, elle va nécessairement affecter la situation de tous les contribuables dont les droits vont être sensiblement amoindris et entraîner des frais auprès des institutions financières qui sont les courroies de transmission de l'échange automatique. La loi FATCA présageait de ces conséquences sur les banques dont certaines envisageaient de s'extraire de l'échange automatique en refusant d'ouvrir des comptes à des clients américains pour limiter les coûts entraînés par les procédures d'identification et de déclaration¹⁸⁶. Il semble désormais difficile tant pour les banques que pour les contribuables d'échapper à la mise en œuvre de l'échange automatique d'informations. Ce d'autant plus que les législations nationales s'adaptent aux nouveaux dispositifs afin de permettre aux administrations fiscales d'utiliser efficacement les informations qui leur sont communiquées. Ainsi, par exemple, en droit français, la loi du 6 décembre 2013 a modifié l'article 188 A du CGI. Désormais, dès lors que le contribuable concerné est informé de la demande et de la réponse de l'administration étrangère, les omissions ou insuffisances d'imposition afférentes aux informations demandées par l'administration peuvent être réparées, même si le délai initial de reprise est écoulé, jusqu'à la fin de l'année qui suit celle de la réponse et au plus tard jusqu'à la fin de la cinquième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due.

S'agissant par ailleurs de l'adaptation de l'administration américaine aux avancées de l'OCDE, la comparaison de la NCD et du dispositif FATCA révèle qu'il est possible voire probable que la norme OCDE -que les Etats-Unis ont largement inspiré- leur soit indifférente dans la mesure où elle recoupe presque entièrement la loi américaine qui présente l'avantage de prévoir un mécanisme contraignant de prélèvement à la source. Il est en outre vraisemblable que l'IRS soit tentée de chercher à s'appuyer davantage sur une norme américaine.

En tout état de cause, le 6 mai 2014, sur son site internet l'OCDE rendait publique l'approbation de la [Déclaration relative à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale](#)¹⁸⁷ au cours de la réunion annuelle du Conseil de l'Organisation au niveau des

186 <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0203311674679-les-banques-tentees-de-tourner-le-dos-aux-clients-americains-650415.php>

187 <http://www.oecd.org/fr/rcm/RCM-2014-Declaration-Echange-Automatique-Renseignements-Matiere-Fiscale.pdf>

Ministres à Paris par les 34 pays membres de l'OCDE et les pays suivants : Argentine, Brésil, Chine, Colombie, Costa Rica, Inde, Indonésie, Lettonie, Lituanie, Malaisie, Arabie Saoudite, Singapour et Afrique du Sud. L'évasion fiscale pourrait donc cesser de profiter à certains contribuables et devrait être efficacement combattue dans un cadre multilatéral.

« La fraude et l'évasion fiscale sont des délits qui font des victimes : elles privent les pouvoirs publics des recettes nécessaires pour rétablir la croissance et sapent la confiance des citoyens dans l'équité et l'intégrité du système fiscal », a déclaré le Secrétaire général de l'OCDE, Angel Gurría. « Le fait qu'un si grand nombre de pays s'engagent aujourd'hui à mettre en œuvre la nouvelle norme mondiale, et à le faire aussi rapidement, marque une étape supplémentaire décisive pour faire en sorte que les fraudeurs n'aient plus aucun endroit où se cacher »¹⁸⁸.

188 <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/les-pays-s-engagent-en-faveur-de-l-echange-automatique-de-renseignements-en-matiere-fiscale.htm>

BIBLIOGRAPHIE*

Ouvrages

- CASTAGNEDE BERNARD, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 4^{ème} éd., 2013
- CHRETIEN M., *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre divers Etats*, R.C.A.D.I, 1954-II, t. 86
- GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, PUF, 2^{ème} éd., 1990
- Mémento, *Impôt sur les sociétés*, éd. Francis Lefebvre, 2013-2014

Articles et notes

* Les extraits d'articles en langue anglaise ont été traduits par l'auteur.

- ANTIER Cécile et MILHAC Edouard, *Revue de l'actualité fiscale américaine en 2009*, Droit Fiscal n°8, 25 février 2010, p. 204
- BERGER Michael A., *Not so safe haven : reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States*, 12 J. Int'l Bus. & L. 51, 2013
- BUISSON Jacques, *L'échange de renseignements entre administrations fiscales en Europe*, Droit fiscal n°47, 22 novembre 2012, p. 527
- CASTAGNEDE Bernard, *Lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale : la nouvelle donne*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010 n° 110, p. 3
- CAVELTI Luzius U., *Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation*, World Tax Journal, June 2013
- CHRISTIANS Allison, *The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and Why it matters)*, Tax Notes International, 11 février 2013, p. 565
- GERARD M. et GRANELLI M., *From the EU Savings Directive to the US FATCA, Taxing Cross Border Savings Income*, Institut de Recherches Economiques et Sociales de l'Université Catholique de Louvain, 25 mars 2013
- GEST Guy, *2009 année charnière pour l'échange de renseignements à des fins fiscales : le cas de la France*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010, n°110, p. 23
- GOUTHIERE Bruno, *Echanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ?* BF 3/14, éd. Francis Lefebvre, 2014
- HARVEY Richard J., *Offshore Accounts: Insider's Summary of FATCA and its Potential Future*, Villanova University Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series 12/2011
- JACKSON James K., Cong. Research Serv., R40114, *The OECD Initiative On Tax Havens 1*, 2009
- JEHL Joseph, *Accord FATCA : les effets en Suisse de la loi fiscale américaine*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 14 Janvier 2013, p. 61
- JOLK Christophe et MILHAC Edouard, *Synthèse des évolutions de la fiscalité fédérale américaine en 2013*, Droit Fiscal, 6 mars 2014, p. 198
- LASSERE CAPEDEVILLE Jérôme, *Evolutions en matière de lutte contre les paradis fiscaux et le blanchiment des capitaux*, Petites affiches, 27 septembre 2013 n°194, p. 21
- LEE Lucy S. et SMILEY Stafford, [Focus on Offshore Bank Accounts: The](#)

- [Liechtenstein and UBS Agreements](#), 36 WGL-CTAX 34, 36, 2009
- OBERSON Xavier, *L'évolution en Suisse de l'échange international de renseignements fiscaux : de l'arbalète au « big bang »*, Droit fiscal n° 24, 13 Juin 2013, p. 327
 - O'REILLY Cornelius J., *An Overview of the IRS's 2011 Offshore Voluntary Disclosure Initiative*, 13 NO
 - OWENS Jeffrey, *Améliorer la transparence fiscale : état des lieux des travaux menés par l'OCDE*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010 n° 110, p. 91
 - PACKMAN Kevin E. et WEINSTEIN Andrew H., [FBAR- Foreign Bank Account Reporting Obligations: A Primer for the Practitioner](#), 106 J. TAX'N 44, 2007
 - PEDIADITAKI Tonia, *FATCA and Tax Treaties : Does It Really take two to Tango : European Taxation*, vol. 53, 2013, p. 426
 - SAINT-AMANS Pascal, *La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale : la longue marche de l'OCDE*, Droit Fiscal n°14, 8 avril 2010, p. 257
 - SALVAT Bernard, *La recherche du renseignement dans la lutte contre la fraude fiscale internationale*, Revue française de Finances Publiques, 01 avril 2010 n° 110, p. 103
 - SCHOTTENSTEIN Jaclyn H., [Is Bank Secrecy Still Bankable?: A Critical Review of Bank Secrecy Law, Tax Evasion and UBS](#), ENTREPRENEURIAL BUS. L. J. 351, 364, 2010
 - SHEPPARD Hale E., [Evolution of the FBAR: Where We Were, Where We Are, and Why it Matters](#), 7 HOUS. BUS. & TAX. L. J. 1, 25, 2006
 - SHEPSMAN Marc D., Comment, *Buying FATCA Compliance: Overcoming Holdout Incentives to Prevent International Tax Arbitrage*, 36 Fordham Int'l L.J. 1769, 2013
 - TELLO Carol P. et MALHERBE Jacques, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Droit Fiscal n°3, 16 janvier 2014, p. 72
 - WHEATER Jennifer, *FATCA and Funds : Where Are We Now?*, Business Law International May, 2012

Thèses

- LEVINE Pierre, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ 1988
- MELOT Nicolas, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences françaises et américaines*, Préf. P. Dibout, Dalloz 2004
- ROBBEZ MASSON Charles, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Préf. M. Cozian, LGDJ 1990
- TADDEI Dominique, *La Fraude Fiscale*, thèse multigraphiée, Paris 1974

Actes de colloque

- AFSCHRIFT Thierry, *Peut-on définir les paradis fiscaux ?*, Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale (actes des journées d'études des 20-21 janvier 2000), éd. Bruylant, 2001
- *La nouvelle coopération fiscale internationale*, Droit fiscal n°42, 21 octobre 2010 p. 531 (colloque organisé le 15 juin 2010 par l'Ecole de droit de la Sorbonne sous la direction des professeurs Castagnède et Gutmann)

Documents officiels

- A. 25 nov. 2009 : JO n° 0282 5 déc. 2009, texte n° 21
- Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Conseil concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée (refonte) du 30 octobre 2009, *JOUE n° C 66/01, 2010*
- Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Conseil concernant la proposition de Directive du Conseil du 2 février 2009 relative à la coopération dans le domaine fiscal du 6 avril 2010, *JOUE n° C 101/1, 2010*
- BOI-INT-DG-20-50 n° 60
- Délibération n° 2009-588 du 12 novembre 2009, portant avis sur un projet d'arrêté du ministère du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat portant création par la direction générale des finances publiques

d'un fichier de comptes bancaires détenus hors de France par des personnes physiques ou morales

- Joint Comm. On Taxation, Technical Explanation of the Revenue Provisions Contained in Senate Amendment 3310, the « Hiring Incentives to Restore Employment Act » Under Consideration by Senate 39, 2010
- Joint Comm. on Taxation, *Estimated Revenue Effects of the Revenue Provisions Contained in an Amendment to the Senate Amendment to the House Amendment to the Senate Amendment to H.R. 2847*, the “Hiring Incentives to Restore Employment Act” Scheduled for Consideration by the House Committee on Rules on 4 March 2010
- Communiqué de l’OCDE du 26 octobre 2011

OCDE

- OCDE, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale, commentaire point 3 sur l'article 1*, 2002
- OCDE, *Coopération fiscale 2009 : Vers l'établissement de règles du jeu équitables : Evaluation par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements*, 2009
- OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, version du 22 juillet 2010
- OCDE et Conseil de l’Europe, *La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le Protocole de 2010*, 2011
- OCDE, *Echange automatique de renseignements : Ce que recouvre l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir*, 2012
- OCDE, *Garantir la confidentialité, Le guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales*, 2012
- OCDE, *A step change in tax transparency*, 2013

- OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 2013
- OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, 2014

Jurisprudence

- C.E. 8° et 9° ss.-sect., 5 mars 1993, n° 105069, Mlle Rohart
- CEDH 20 avril 1999, Vidacar SA et Opergrup SL c/ Espagne
- C.E., 8e et 9e ss.-sect., 13 oct. 1999, n° 191191, Diebold Courtage
- CEDH, 12 juillet 2001, Ferrazzini c/ Italie
- C.E. 4 juin 2008 8° et 3° ss.-sect., n° 301776, Sté Sparflex
- C.E., 8e et 3e ss.-sect., 24 juill. 2009, n° 309278, Sté Fis-Vopart
- Agreement between the Swiss Confederation and the United States of America on the Request for Information from the Internal Revenue Service of the United States of America Regarding UBS AG, a Corporation Established Under the Laws of the Swiss Confederation, 19 Aug. 2009

Documentation électronique

- http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/10/31/evasion-fiscale-4-000-demandes-de-regularisation-depuis-juin_3505738_3234.html
- <http://www.lesechos.fr/24/08/2009/LesEchos/index.htm>
- <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0203311674679-les-banques-tentees-de-tourner-le-dos-aux-clients-americains-650415.php>
- <http://www.sjberwin.com/fr/insights/2014/03/17/fatca-rappel-des-consequences-pour-les-fonds-d-investissement-francais>
- <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/33977677.pdf>
- http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/Échange_automatique_de_renseignements_Manuel_Final_Website.pdf
- <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/les-pays-s-engagent-en-faveur-de-l-echange-automatique-de-renseignements-en-matiere-fiscale.htm>
- http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

- http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency_G8report.pdf
- <http://www.oecd.org/fr/rcm/RCM-2014-Declaration-Echange-Automatique-Renseignements-Matiere-Fiscale.pdf>
- <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/les-pays-s-engagent-en-faveur-de-l-echange-automatique-de-renseignements-en-matiere-fiscale.htm>
- <http://www.irs.gov/Businesses/Income-fromAbroad-is-Taxable>
- <http://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Qualified-Intermediary-Frequently-Asked-Questions>
- <http://www.irs.gov/uac/WhistleblowerInformant-Award>
- http://www.irs.gov/pub/irs-drop/us-swiss_government_agreement.pdf
- <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3648>
- <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3650>

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	5
LISTE DES ABREVIATIONS.....	6
INTRODUCTION.....	7
i) L'évasion fiscale internationale : un problème durable pour les finances publiques.....	7
ii) Les conventions fiscales : des outils de lutte contre l'évasion fiscale.....	9
iii) La collaboration entre les administrations fiscales : vers une généralisation de l'échange automatique d'informations.....	12
PARTIE 1 – Le modèle américain d'échange automatique d'informations : la loi FATCA.....	18
SECTION 1 : Vers la consécration de l'échange automatique d'informations : La recherche d'une loi efficace contre l'évasion fiscale	18

§1 Les tentatives de lutte contre l'évasion fiscale antérieures à l'adoption de la loi FATCA.....	19
A. La déclaration des comptes détenus à l'étranger : Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR).....	19
B. Le Programme des Intermédiaires Qualifiés : un premier recours aux banques dans l'obtention d'informations sur les comptes ouverts à l'étranger.....	20
1) Le principe du Programme des Intermédiaires Qualifiés.....	20
2) Le dévoiement du Programme des Investisseurs Qualifiés : le cas d'UBS.....	21
C. La demande de régularisation : Offshore Voluntary Disclosure Initiative.....	22
D. La dénonciation des contribuables évadés par les « whistleblowers ».....	23
1) Le principe de la dénonciation : le partage des recettes.....	23
2) Une pratique récente de négociation avec l'IRS : l'exemple de l'affaire UBS.....	24
§2 La consécration législative de l'échange automatique d'informations.....	26
A. La promulgation de FATCA.....	26
B. Une retenue à la source de 30% devant inciter à l'échange automatique.....	27
SECTION 2 : La mise en œuvre de l'échange automatique d'informations avec les Etats-Unis : le dispositif FATCA.....	29
§1 Le champ d'application : les institutions visées par FATCA.....	29
A. Les institutions financières étrangères (FFI).....	29
1) Les FFI légales : les cas généraux.....	29
2) Les FFI légales présumées conformes à FATCA : les cas spéciaux.....	30
3) Les bénéficiaires effectifs exonérés.....	31
4) Les FFI réglementées.....	31
B. Les entités étrangères non financières (NFFE).....	32
§2 Les obligations mises à la charge des institutions visées par FATCA.....	34
A. Les diligences requises : l'identification du compte.....	34

B. La mise en œuvre des diligences requises par le biais des accords intergouvernementaux (AIG).....	35
1) Le problème : le conflit de FATCA avec les lois internes sur le caractère privé des données.....	35
2) La solution : la signature d'accords intergouvernementaux.....	36
3) Les différents modèles d'AIG.....	37
4) L'exemple de la France.....	38
5) La nature des AIG fondant l'échange automatique d'informations.....	39

PARTIE 2 – L'impact de FATCA : la globalisation de l'échange automatique d'informations.....	42
--	----

SECTION 1 : La norme commune d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers.....	42
---	----

§1 Une norme puisée dans la source américaine.....	42
§2 Le dispositif retenu par l'OCDE.....	44
A. Le champ d'application de la Norme Commune de Déclaration.....	44
1) Les institutions financières soumises à l'obligation déclarative.....	45
2) Les entités non financières non soumises à l'obligation déclarative.....	46
B. Les informations financières communiquées.....	47
C. Les titulaires de comptes visés par le dispositif.....	48
1) Les comptes de personnes physiques préexistants.....	48
2) Les nouveaux comptes de personnes physiques.....	49
3) Les comptes d'entité préexistants.....	49
4) Les nouveaux comptes d'entité.....	50
D. La mise en œuvre de la Norme Commune de Déclaration.....	50

SECTION 2 : Les conséquences de l'échange automatique d'informations sur la situation des contribuables.....	52
§1 La confidentialité des informations portant sur le contribuable.....	52
A. La confidentialité des informations : un pré requis à l'efficacité de l'échange automatique.....	52
B. La confidentialité : une règle d'ores et déjà portée par les bases juridiques de la Norme Commune de Déclaration.....	53
§2 Le risque d'une atteinte aux droits des contribuables dans le cadre l'échange automatique d'informations entre les administrations fiscales.....	55
A. L'accès par le contribuable aux informations transmises par une administration étrangère contre lui.....	55
1) En matière extra contentieuse.....	55
2) En matière contentieuse : le respect du principe du contradictoire.....	56
B. La protection des données faisant l'objet d'un échange automatique d'informations.....	57
1) Les enseignements français.....	58
2) Les enseignements européens.....	60
CONCLUSION.....	63
BIBLIOGRAPHIE.....	66