

Le Conseil fédéral a pris la décision, le 13 mars 2009, d'engager la Suisse sur la voie du réexamen de sa collaboration internationale en matière fiscale, en reprenant les standards de OCDE relatifs à l'assistance administrative, conformément à son article 26 du MCOCDE. Ce revirement constitue une brèche dans le secret bancaire suisse, aux conséquences incalculables, et un changement de paradigme dans la conception traditionnelle de la Suisse en matière de lutte contre les délits fiscaux.

JEAN-LUC BOCHATAY

MONICA FAVRE

JEAN-MARC WASEM

L'ENTRAIDE ADMINISTRATIVE SELON LES STANDARDS DE L'OCDE

La nouvelle politique de la Suisse

1. CONTEXTE GÉNÉRAL ET RAPPEL DES FAITS

1.1 Réserve de la Suisse à l'égard de l'article 26 du MCOCDE. La position de la Suisse en matière d'entraide administrative et d'échange de renseignements fiscaux développée dans son droit international est traditionnellement très mesurée. La Suisse a émis une réserve à l'égard des paragraphes 1 et 5 de l'article 26 de la convention modèle de l'*Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)*, considérant que les conventions internationales doivent avant tout servir à lutter contre la double imposition et non contre la soustraction d'impôt. C'est ainsi que l'application de l'entraide administrative se limite aux renseignements nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la convention et non de la législation fiscale domestique de l'État requérant. La Suisse est disposée à assurer un échange de renseignements à des fins d'application de la législation nationale uniquement (en principe) dans «les cas faisant intervenir des actes de fraudes passibles d'emprisonnement en vertu de la loi des deux États contractants» [1]. Forte de ce principe de la double incrimination et de la distinction développée dans son droit national entre la soustraction d'impôt et la fraude fiscale, respectivement non passible et passible de peine d'emprisonnement, la Suisse refuse l'accès aux renseignements fiscaux pour les cas relevant de la soustraction d'impôt. Cette approche restrictive de l'échange de renseignements connaît quelques variations selon la convention de double imposition à laquelle il est fait appel. Ainsi, la notion de fraude fiscale s'est étendue dans son interprétation ces dernières années, au gré des négociations des nouvelles conventions. L'Accord sur la fiscalité de l'épargne conclu avec la

Communauté européenne, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005, comporte une disposition sur l'échange de renseignements [2] ainsi qu'un mémorandum d'entente. Ce mémorandum engageait la Suisse, à la signature de l'Accord au 26 octobre 2004, à renégocier ses conventions bilatérales en vue d'inclure une assistance administrative pour tous les cas administratifs, civils ou pénaux de fraude fiscale et à définir les cas qualifiés «d'infractions équivalentes» [3]. La stratégie suisse consistait alors non pas en l'abandon du principe de double incrimination, mais en une extension plus large de la reconnaissance de fraude fiscale selon les exigences de l'OCDE.

1.2 Opposabilité du secret bancaire. L'opposabilité du secret bancaire constitue le second pilier de l'approche traditionnelle suisse grâce à la réserve émise sur le paragraphe 5 de l'article 26 du *Modèle de convention (MCOCDE)*. Ce paragraphe, introduit en 2005 suite aux différents rapports de l'OCDE sur l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, stipule qu'un État requis ne peut pas refuser de communiquer des renseignements pour des motifs tenant uniquement au secret bancaire. La pression sur celui-ci ne date pas de la crise financière de 2008. En 2000 déjà, dans son rapport sur l'accès aux renseignements bancaires, l'OCDE avait énoncé une norme idéale, à savoir que

«[tous] les pays membres devraient autoriser les administrations fiscales à accéder, directement ou indirectement, aux renseignements bancaires à toutes fins fiscales afin qu'elles puissent s'acquitter totalement de leur mission de recouvrement des recettes fiscales et procéder à des échanges de renseignements efficaces avec leurs partenaires conventionnels» [4].



JEAN-LUC BOCHATAY,
AVOCAT AU BARREAU DE
GENÈVE, SPÉCIALISTE
EN DROIT FISCAL,
FBT AVOCATS, ASSOCIÉ,
GENÈVE



MONICA FAVRE,
AVOCATE AUX BARREAUX
DE GENÈVE ET NEW YORK,
EXPERTE FISCALE
DIPLOMÉE, FBT AVOCATS,
ASSOCIÉE, GENÈVE

La Suisse avait alors signifié à l'OCDE, dans le cadre de la consultation sur les rapports 2000, 2003 et 2007 sur l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, qu'elle n'avait guère, voire pas du tout la possibilité d'accéder à ces renseignements en raison du secret bancaire ancré dans sa législation domestique. L'implémentation de cette norme idéale s'est imposée à la Suisse sous la menace de la fameuse «liste noire» d'États jugés non coopératifs en matière fiscale dressée par l'OCDE. La réserve de la Suisse sur le modèle de convention de l'OCDE et les instruments développés jusqu'à présent (tels que la retenue à la source sur les capitaux d'épargne, largement contournée par la mise en place d'entités offshore) ne satisfont plus aux exigences internationales.

1.3 Mise en conformité aux standards de l'OCDE. La déclaration du G20 sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales a sonné le glas de la position traditionnelle suisse. En appelant les États à «mettre fin à des pratiques qui limitent ou entravent la capacité dont dispose un autre État d'appliquer le système d'imposition qu'il a choisi» [5], en stipulant clairement que les échanges de renseignements en matière fiscale ne doivent pas être limités par les principes de double incrimination en matière fiscale pénale ou par l'absence d'intérêt national en matière fiscale, le G20 a invité l'ensemble des États à appliquer sans réserve les normes contenues dans le Modèle d'Accord sur l'échange d'information en matière fiscale (MAER), diffusé par l'OCDE en avril 2002. La Suisse a largement répondu à cette demande, en paraphant au cours de l'année 2009 avec ses principaux partenaires économiques des textes bilatéraux répondant à ces normes élevées de transparence.

2. LES EXIGENCES DE LA SUISSE DANS SES NÉGOCIATIONS BILATÉRALES SUR LES NOUVELLES CONVENTIONS

Dans le cadre de sa mise en conformité aux standards de l'OCDE, la Suisse a souhaité obtenir le respect de certaines conditions-cadres et a fait usage des possibilités développées par l'OCDE pour aménager les nouvelles règles du jeu et négocier avec la plupart de ses partenaires des garanties sur les principaux points suivants:

2.1 Limitation de l'entraide administrative. Le paragraphe 1 de l'article 26 du MCOCDE a été amendé en 2005 afin de permettre un échange de renseignements à l'égard d'impôts qui ne sont pas visés par la convention [6], ce qui a pour effet d'étendre l'échange de renseignements aux impôts de

toute nature ou dénomination perçus pour le compte d'un État contractant. Cependant, ce champ d'application illimité en matière de types d'impôts n'est pas une exigence absolue de l'OCDE, certains États ayant expressément restreint la portée du paragraphe 1 de l'article 26 MCOCDE aux impôts visés par la convention.

2.2 Non rétroactivité de cette nouvelle politique d'entraide administrative. En l'absence de dispositions particulières réglant cette question, l'État requis ne dispose d'au-

«Le droit fiscal domestique de nombreux États de l'OCDE autorise leur autorité fiscale à taxer par appréciation.»

cune base juridique pour refuser une demande portant sur des renseignements antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention modifiée. Le commentaire du MCOCDE précise, «[la] convention n'empêche en aucune manière l'application des dispositions de l'article à des échanges de renseignements qui existaient avant l'entrée en vigueur de la convention dès lors que l'assistance concernant ces renseignements est fournie après l'entrée en vigueur de la convention et après que les dispositions de l'article soient devenues effectives.» [7]

Mais il est aussi indiqué que

«[toutefois] les États contractants peuvent juger utile de préciser dans quelle mesure les dispositions de cette convention entreront en vigueur en ce qui concerne des impôts dus ou prélevés à partir d'une certaine date» [8].

Dans un arrêt célèbre (arrêt Wyoming du 12 avril 2002) [9], le Tribunal fédéral a jugé conforme une demande d'entraide relative à des renseignements portant sur une période antérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle convention avec les États-Unis, reconnaissant ainsi qu'à défaut de dispositions conventionnelles contraires, l'effet rétroactif devait être admis. Les milieux bancaires suisses sont donc montés au front pour que, dans le cadre des négociations bilatérales, un principe de non rétroactivité sur les renseignements soit ancré dans les dispositions conventionnelles [10]. Il est à noter cependant qu'une absence de rétroactivité sur l'échange de renseignements en matière internationale ne protégera en rien le contribuable contre un effet que l'on pourrait nommer «rétroactif induit» en matière interne. Le droit fiscal domestique de nombreux États de l'OCDE autorise leur autorité fiscale à taxer par appréciation, selon des indices concluants, des contribuables pour lesquels ils n'ont pas tous les renseignements requis. Ainsi, sur cette base, rien n'empêchera l'État requérant qui aura obtenu des renseignements sur un compte bancaire au 1^{er} janvier 2010 appartenant à l'un de ses contribuables de taxer celui-ci sur les périodes fiscales antérieures, en présumant avec renversement du fardeau de la preuve que ce compte bancaire existait déjà au cours des années précédentes.

2.3 Limitation stricte à l'échange d'informations. Le standard actuel au sein de l'Union européenne se limite à



JEAN-MARC WASEM,
EXPERT FISCAL DIPLÔMÉ,
FBT AVOCATS,
COLLABORATEUR,
GENÈVE

l'échange sur demande, les États européens du Luxembourg et de l'Autriche s'opposant à l'échange automatique [11], pour lequel une unanimité des membres est requise. La Suisse n'a dès lors pas à offrir une entraide administrative allant au-delà de ce standard.

2.4 Droits de procédure en faveur du contribuable dans l'État requis. Le contribuable visé par une demande d'entraide administrative doit pouvoir bénéficier d'un droit de notification, d'un droit d'être entendu ainsi que d'un droit de recours. Lorsque la personne concernée est domiciliée à l'étranger, l'*Administration fédérale des contributions (AFC)* invite le détenteur des renseignements à faire désigner une personne en Suisse habilitée à recevoir des notifications. Seule la décision finale de l'AFC, avec conjointement toute décision antérieure, pourra faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral. Le détenteur des renseignements aura également un droit de prendre part à la procédure, et un droit de recours dans la mesure où il est matériellement touché par la procédure d'entraide administrative.

2.5 Interdiction des «fishing expeditions». Cette interdiction doit se comprendre au travers de la norme de «pertinence vraisemblable» contenue dans le paragraphe 1 de l'article 26 du MCOCDE, qui a pour but d'assurer un échange de renseignements en matière fiscale qui soit le plus large possible, tout en indiquant clairement aux États contractants qu'il n'est pas possible d'aller à la pêche aux renseignements. Une demande de renseignements, dont il est peu probable ou vraisemblable qu'ils soient pertinents pour élucider les affaires fiscales d'un contribuable déterminé, contrevient directement à cette possibilité offerte par la convention d'échange de renseignements vraisemblablement pertinents pour l'administration ou l'application de la législation interne.

3. L'ACCÈS AUX RENSEIGNEMENTS BANCAIRES PAR L'AUTORITÉ COMPÉTENTE

La Suisse avait signifié qu'elle n'avait pas légalement la possibilité d'accéder aux renseignements bancaires pour les cas relevant de soustraction fiscale, en raison de son secret bancaire. Selon les normes de l'OCDE, l'État requis doit pouvoir obtenir et transmettre les renseignements demandés même lorsque ces renseignements ne sont pas disponibles en vertu de sa propre législation ou de sa pratique administrative. Par conséquent, le refus de communiquer des renseignements en invoquant uniquement le secret bancaire n'est pas admissible. La Suisse a dès lors solutionné cet accès aux renseignements bancaires en stipulant directement dans les conventions que l'État requis a le pouvoir d'obtenir ces renseignements nonobstant toute limitation du droit interne. Cette solution, inspirée de la convention entre la Belgique et les USA [12], a pour avantage de ne pas modifier le droit suisse relatif au secret bancaire. Les conventions internationales, de rang hiérarchique supérieur, déploient ainsi leur applicabilité directe sur la législation suisse. L'objectif principal est le maintien de la distinction en droit interne suisse entre fraude et soustraction fiscale, et ainsi la non accessibilité di-

recte des autorités fiscales suisses aux données bancaires pour les cas relevant de soustraction.

4. LES SPÉCIFICITÉS DE LA CONVENTION DE DOUBLE IMPOSITION FRANCO-SUISSE

À la lumière des exigences suisses en matière d'implémentation de la nouvelle politique d'assistance administrative, le cas de la France est particulièrement intéressant. Premièrement, la Suisse n'a pas obtenu une limitation de l'échange de renseignements aux seuls impôts visés par la convention, la portée de ces échanges n'étant pas restreinte par l'article 2 de la convention [13]. Deuxièmement, une date d'entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2010 pour l'entraide administrative est autonome et indépendante de l'entrée en vigueur de la convention [14]. Enfin et surtout, sujet qui a passablement consterné les défenseurs du secret bancaire, la France a étendu la norme de la pertinence vraisemblable et repoussé la limite des cas qualifiant de «pêche aux renseignements» en obtenant de la Suisse qu'elle accepte de limiter l'obligation faite à l'État requérant de fournir l'identité et les coordonnées du détenteur des renseignements à l'hypothèse où ces éléments sont connus de l'État requérant [15]. Face au tollé provoqué par ce qui est perçu comme une capitulation complète sur son secret bancaire, les autorités fédérales ont été contraintes de préciser leur position sur ce point du protocole additionnel [16].

4.1 Position des autorités fédérales du 14 septembre 2009. Les autorités fédérales précisent que le texte convenu avec la France provient du MAER, et que dans le cadre d'une demande d'assistance administrative de la France, il n'est donc pas absolument indispensable de citer le nom de la banque, à condition que d'autres indications, par exemple un numéro de compte bancaire international (IBAN), permettent de relier avec certitude une relation bancaire à une banque déterminée. Et de conclure que «L'Administration fédérale des contributions n'est pas en mesure de prêter son assistance administrative à une autorité fiscale étrangère si la demande d'assistance ne lui permet pas d'identifier clairement la banque concernée.»

4.2 Précisions de la France. La France, dont on s'imaginait bien qu'elle ne s'accommoderait pas de la position des autorités fédérales, a souhaité régler cette divergence d'interprétation. Par courrier du 11 février 2010 adressé à l'AFC, elle demande à la Suisse d'accepter sa position, basée sur le Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales, approuvé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006. Elle précise en particulier que «[dans] le cas exceptionnel où l'autorité requérante présumerait qu'un contribuable détient un compte bancaire dans l'État requis sans pour autant disposer d'informations lui ayant permis d'identifier avec certitude la banque concernée... l'État requis donnera suite à une telle demande à la condition que celle-ci soit conforme au nouvel article 28 de la convention, notamment au principe de proportionnalité, et au 2^{ème} paragraphe du point XI nouveau de son protocole...» Le manuel de l'OCDE sur lequel la

France s'appuie précise en effet que si les renseignements demandés comportent un paiement ou une transaction via un intermédiaire, il convient de mentionner le nom, les adresses et le numéro d'identification fiscale (s'ils sont connus) de l'intermédiaire, y compris, s'ils sont connus, le nom et l'adresse de la succursale bancaire ainsi que le numéro de compte bancaire lorsque des renseignements bancaires sont demandés [17].

4.3 Ralliement de la Suisse à la position française. La Suisse, par retour de lettre du même jour [18] (sic), a accepté sans réserve la position française, dont il apparaît pourtant qu'elle n'est pas réellement conforme à la position initiale des autorités fédérales du 14 septembre 2009 et, qui plus est, n'est pas conforme au projet d'ordonnance relative à l'entraide administrative que la Suisse souhaite adopter. La Suisse aurait été bien inspirée, à l'instar des conventions paraphées avec ses autres partenaires, d'insérer dans l'accord avec la France l'obligation de désigner impérativement le détenteur des renseignements.

5. PROJET D'ORDONNANCE RELATIVE À L'ASSISTANCE ADMINISTRATIVE

Le projet d'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI), actuellement en consultation et dont le contenu devrait être rapidement transposé dans une loi fédérale [19], a pour but d'assurer la sécurité juridique de la procédure et de fixer une ligne de conduite aux autorités chargées de l'exécution de l'entraide administrative. Elle reprend avec logique les exigences de la Suisse négociées dans ses conventions bilatérales.

5.1 Forme de la requête. En particulier, l'ordonnance règle l'examen préliminaire de la demande d'entraide de l'État requérant, en fixant un certain nombre de conditions et d'informations indispensables à sa recevabilité. Par conséquent, celle-ci doit contenir «l'identification indubitable du détenteur des renseignements» [20], en indiquant des caractéristiques distinctives personnelles ou individuelles telles que le nom ou l'IBAN.

5.2 Interdiction des «fishing expeditions». La requête ne doit pas consister en une recherche de preuves non autorisée et doit entrer dans le champ d'application de la convention [21] (impôts visés, restreints ou non à ceux de la convention et années visées sur la base du principe de non rétroactivité).

5.3 Accès aux données bancaires. L'autorité compétente (en l'occurrence l'AFC) pourra obtenir les renseignements demandés sans déroger à la législation nationale ou à la pratique administrative, sous réserve que la convention le permette expressément [22]. Référence est ainsi faite à la solution de la Suisse pour l'obtention de renseignements couverts par le secret bancaire.

5.4 Garantie de procédure. Les garanties d'accès aux droits et procédures de l'État requis pour la personne visée

par une demande d'entraide administrative sont précisées [23] et le principe du refus d'une demande d'entraide portant sur des renseignements obtenus en violation du droit pénal suisse est exprimé [24].

5.5 Non réciprocité en matière de renseignements bancaires. Ce projet d'ordonnance consacre la conséquence logique du maintien de la distinction entre la fraude et la soustraction fiscale en droit interne, à savoir la renonciation à la réciprocité pour l'échange de renseignements bancaires détenus à l'étranger. Les demandes d'assistance administrative de la Suisse à l'étranger concernant des renseignements bancaires ne pourront être déposées que si ceux-ci peuvent être obtenus sur la base de la législation suisse [25], c'est-à-dire dans les cas relevant de fraude fiscale ou dans les cas graves de soustraction fiscale tombant sous le coup des mesures spéciales d'enquête de l'AFC au sens des dispositions 190 et suivantes de la loi sur l'impôt fédéral direct.

6. ET DEMAIN ?

À ce jour, la Suisse n'a certainement pas mesuré toutes les conséquences de l'adoption des nouvelles dispositions conventionnelles en matière d'entraide administrative. Elle le constate à ses dépens lorsque la France lui rappelle que son avenant, et en particulier le point XI de son protocole additionnel, doit s'interpréter selon le manuel édité par l'OCDE et non selon la position des autorités fédérales. À défaut de dispositions expresses contenues dans la convention, il semble bien que l'État requérant ne sera pas tenu d'identifier de manière indubitable le détenteur des renseignements dans sa demande d'entraide, comme le voudrait l'ordonnance fédérale, et que l'État requis ne pourra pas refuser cette demande pour ce seul motif.

La Suisse pourra bien sceller son interprétation de l'entraide administrative dans une loi fédérale, il n'en restera pas moins que la pression pour une mise en œuvre selon les normes autonomes édictées par l'OCDE sera forte, au risque, en cas de non respect de celles-ci, de se voir juger d'État non coopératif, avec toutes les conséquences que cela suppose [26]. Il est rappelé que l'introduction de restrictions aux obligations que la Suisse a contractées sur le plan international dans une loi fédérale n'est pas envisageable.

Les pressions sur le secret bancaire ne sont plus seulement étrangères. La Conférence des directeurs cantonaux des finances s'est prononcée la première pour l'abandon de ce «traitement de faveur» à l'égard des contribuables suisses faisant l'objet d'une demande d'entraide administrative à l'étranger. Une conseillère fédérale du camp bourgeois lui a emboité le pas, profitant de constater que la distinction entre fraude et soustraction fiscale, et en conséquence le maintien du secret bancaire pour les contribuables suisses qui se rendent coupables d'une simple soustraction d'impôt, apparaît de moins en moins légitime. La contamination du droit interne suisse par ces normes de transparence en matière d'obtention de renseignements bancaires ne semble plus qu'une question de temps.

Force est de constater également que le solide verrou apposé par la Suisse sur son secret bancaire ne se révèle pas toujours

un allié. Il semblerait que la solution du cas UBS suite à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010 [27] ne pourra passer que par une douloureuse entorse au principe de non-rétroactivité, tant il a été rappelé que le droit actuellement en vigueur ne permet en aucun cas la transmission des 4450 noms à l'autorité requérante américaine.

Les différentes affaires de données bancaires volées (et recelées) ainsi que leur utilisation par des États étrangers ont provoqué une indignation quasi générale. La réaction suisse,

par son refus d'accorder l'entraide administrative portant sur des renseignements obtenus en violation du droit pénal suisse, paraît toutefois dérisoire lorsque les données volées sont suffisantes et qu'elles ne nécessitent aucun complément d'information pour l'État requérant.

De la décision politique suisse du 13 mars 2009 aux premières requêtes étrangères, il est certain que les pressions sur le secret bancaire et les difficultés d'implémentation de l'entraide administrative seront encore nombreuses. ■

Notes: 1) Réserve de la Suisse sur l'article 26 du Modèle de convention de l'OCDE. 2) Article 10 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (RS o.641.926.81). 3) Point 2 du mémorandum d'entente qui prévoit que «[dès] que l'accord est signé, la Suisse et chaque État membre de l'Union européenne engagent des négociations bilatérales en vue: - d'inclure dans leurs conventions respectives de double imposition concernant le revenu et la fortune des dispositions sur l'assistance administrative sous la forme d'un échange de renseignements sur demande concernant tous les cas administratifs, civils ou pénaux de fraude fiscale au regard de la législation de l'État requis, ou les in-

fractions équivalentes portant sur des éléments de revenu ne relevant pas de l'accord mais couvert par leurs conventions respectives; - de définir les catégories de cas constituant des «infractions équivalentes» au regard de la procédure d'imposition appliquée par ces États.» 4) Rapport OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, avril 2000. 5) Déclaration du G20 à l'occasion du sommet tenu à Londres en avril 2009, contenu dans le rapport de l'OCDE du 19 janvier 2010 «Promoting transparency and exchange of information for tax purposes». 6) L'article 26 paragraphe 1 du MCOCDE stipule à sa dernière phrase que «[l'échange] de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2». 7) Commentaire MCOCDE 10.3. 8) Commentaire MCOCDE 10.3. 9) ATF 2A.551/2001/BIE, in RDAF 2002 II 303. 10) Voir la prise de position de l'Association suisse

des banquiers relative à l'audition publique à Berlin le 25 mars 2009, qui précise que, dans un premier temps, les conventions de double imposition conclues par la Suisse avec d'autres pays devront être révisées. Ce n'est qu'ensuite que le contenu de l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE deviendra applicable et que des demandes d'informations pourront être présentées. L'ASB refuse l'idée d'une application rétroactive. Avec l'adoption du Modèle de convention de l'OCDE, l'entraide administrative reste soumise à des conditions à la fois strictes et claires. 11) Voir notamment compte rendu du Conseil des affaires économique et financières du 19 janvier 2010. 12) Voir l'article 25 al. 4 de la de la convention de double imposition entre la Belgique et les USA du 17.11.2006, qui précise que «En vue d'obtenir ces renseignements, l'administration fiscale de l'État contractant re-

Préavis

NUMÉRO SPÉCIAL LTVA - EC 2010/05

Le numéro de mai de l'«Expert-comptable suisse» est entièrement consacré à la TVA.

Le nouveau concept de la loi sur la TVA concerne tout les assujettis et apporte des allègements aux entreprises. Celles-ci doivent toutefois se préoccuper régulièrement de la pratique de la TVA. Le numéro spécial de l'«Expert-comptable suisse» est un outil important pour l'application dans la pratique.

quis a le pouvoir de demander la communication de renseignements et de procéder à des investigations et à des auditions, nonobstant toute disposition contraire de sa législation fiscale interne.» 13) Article 7 de l'avenant du 27 août 2009 à la convention de double imposition entre la Suisse et la France du 9 septembre 1966. 14) Article 11 de l'avenant du 27 août 2009 à la convention de double imposition entre la Suisse et la France du 9 septembre 1966, qui prévoit que «[nonobstant] les dispositions du paragraphe 2, le présent Avenant est applicable aux demandes d'échange de renseignements concernant toute année civile ou tout exercice commençant à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit immédiatement la date de signature du présent Avenant.» 15) Point XI lettre e du protocole additionnel de l'avenant du 27 août 2009 à la convention de double imposition entre la Suisse

et la France du 9 septembre 1966 qui stipule que «[l'autorité] compétente requérante fournit les informations suivantes à l'autorité compétente de l'État requis: dans la mesure où ils sont connus, les nom et adresse de toute personne dont il y a lieu de penser qu'elle est en possession des renseignements demandés». 16) Voir la position complète des autorités fédérales du 14 septembre 2009. 17) Module 1 paragraphe 5 point 6 du Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales, du 23 janvier 2006. 18) Lettre de l'AFC du 11 février 2010 adressée au Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie français. http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/attachments/31623/65773/18247/o_02-12-Briefwechsel.pdf. 19) Voir le rapport explicatif de l'AFC «audition sur l'OACDI» en page 4 qui indique que «[dans] un second temps,

il est proposé de régler l'exécution nationale des nouvelles clauses en matière d'assistance administrative dans la loi». 20) Article 5 al. 3 lettre b chiffre 3 du projet de l'OACDI. 21) Article 4 al. 3 lettres d et e du projet de l'OACDI. 22) Article 6 al. 4 du projet de l'OACDI. 23) Articles 9 à 13 du projet de l'OACDI. 24) Article 5 al. 2 du projet de l'OACDI. 25) Article 14 al. 5 du projet de l'OACDI. 26) Voir en particulier la France et sa liste autonome d'États jugés non-coopératifs en matière d'entraide administrative, pour lesquels des pénalités sur les échanges sont mises en place, par une taxation à 50% des dividendes, intérêts et redevances versés par des entités françaises à des destinataires domiciliés dans ces États non coopératifs. 27) ATAF A-7789/2009.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Amtshilfe nach OECD-Standards

Am 13. März 2009 hat sich die Schweiz für eine Revision ihrer Amtshilfepolitik unter Übernahme der Kriterien aus Art. 26 des *OECD-Musterabkommens (OECD-MA)* entschieden. Die traditionelle Haltung der Schweiz in Sachen Informationsaustausch, welche auf einer Beschränkung der Amtshilfe auf Fälle von Steuerbetrug und der Geltendmachung ihres Bankgeheimnisses beruhte, entspricht nicht mehr den internationalen Belangen.

Im Rahmen der Anpassung an die OECD-Standards besteht die Schweiz allerdings auf der Einhaltung gewisser Bedingungen:

- einer Beschränkung der Amtshilfe auf im Abkommen vereinbarte Steuern; → dem Ausschluss der Rückwirkung;
- dem ausschliesslich auf Anfrage erfolgenden Informationsaustausch; → einer Rechtsanwendung zugunsten der Verfahren des angefragten Staates; → einem Verbot von sogenannten Fishing Expeditions.

Die Schweiz hat zudem die Frage des Zugriffs auf Bankdaten gelöst, indem sie in ihren Abkommen unmissverständlich regelt, dass sich der angefragte Staat diese Informationen ungeachtet der Beschränkungen im Landesrecht beschaffen darf. Diese Lösung zielt auf die Beibehaltung des geltenden Schweizer Rechts zum Bankgeheimnis ab, welches in Fällen von Steuerhinterziehung nicht angetastet werden soll.

Angesichts der von der Schweiz in den Verhandlungen angemeldeten Forderungen erscheint das *Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)* mit Frankreich widersprüchlich. Die Beschränkung auf die im Abkommen vereinbarten Steuern wurde nicht erreicht und der Beginn des Informationsaustauschs wurde vom Datum des Inkrafttretens des DBA abgekoppelt. Vor allem wird auch das Verbot der Fishing Expeditions erheblich abgeschwächt, da in gewissen Fällen keine Pflicht zur Identifizierung des Dateninhabers besteht.

Frankreich muss tatsächlich in manchen Fällen die Identität des Dateninhabers nur dann liefern, wenn dieser be-

kannt ist, was sich wiederum auf die Konformität eines solchen Ersuchens mit den OECD-Standards beruft. Die Schweiz hat trotz ihrer Forderungen und ihrer ursprünglichen Auslegung des OECD-MA die französische Position anerkannt und bestätigt.

Der Entwurf einer Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV) übernimmt die schweizerischen Anforderungen und besagt, dass das Amtshilfeersuchen den Dateninhaber zweifelsfrei identifizieren muss. Die Umsetzung einer solchen Bestimmung in einem Bundesgesetz – die im Widerspruch zu den Frankreich gegenüber eingegangenen Verpflichtungen stünde – könnte sich als problematisch erweisen.

Der Verzicht auf Gegenseitigkeit beim Zugriff auf Bankdaten für schweizerische Amtshilfeersuchen ist – in seiner im Verordnungsentwurf vorgesehenen Form – die Konsequenz der Beibehaltung der Unterscheidung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung im Landesrecht.

Die Übernahme der OECD-Standards hat zahlreiche Auswirkungen auf das Bankgeheimnis. Frankreich macht aber der Schweiz gegenüber geltend, dass die Auslegung der Amtshilfe nach OECD-Normen zu erfolgen habe und nicht gemäss den Standpunkten der Bundesbehörden.

Der Druck auf das Bankgeheimnis bei Steuerdelikten kommt nicht mehr nur von aussen, sondern man hört inzwischen auch in der Schweiz Stimmen, die für eine Abschaffung der Unterscheidung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung plädieren. Die Beibehaltung des Bankgeheimnisses für Fälle von Steuerhinterziehung scheint ihre Legitimität nach und nach einzubüssen.

Seit dem politischen Entscheid vom 13. März 2009 bis zu den ersten ausländischen Ersuchen ist der Druck auf das Bankgeheimnis und die zahlreichen Umsetzungsprobleme bei der Amtshilfe stetig gestiegen. JLB/MF/JMW/CHW