

« L'échange de renseignements suivant les nouvelles conventions Suisse-France et Suisse-USA. Le changement que ces conventions représentent du point de vue suisse. »

Fabien LIEGEOIS*

Titulaire du brevet d'avocat, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Introduction

Réactions pressées, revirements inattendus, la politique suisse d'échange de renseignements en matière fiscale est apparue parfois incertaine ces derniers mois, dans le sillage notamment des affaires UBS (affaire initiée suite à la contestation civile aux USA « *John Doe Summons* ») et HSBC (affaire des données volées). La Suisse souhaite-t-elle conserver toute sa crédibilité sur la scène internationale, ainsi que son poids dans les négociations avec l'ensemble de ses partenaires, encore lui faudra-t-il se montrer plus cohérente dans sa volonté de s'appuyer sur son système juridique interne.

Dans un climat économique international résolument tendu, le droit doit certes revêtir sa fonction première d'instrument de mise en œuvre des mesures de réforme, mais il doit également servir de point d'ancrage solide à la réflexion. Tant il est vrai qu'il existe des principes clairs et des règles éprouvées sur lesquelles il est nécessaire de raisonner pour mener une politique efficace.

* L'auteur remercie vivement Nicolas Kuonen, Docteur en droit, LL.M. (Yale), avocat aux barreaux de Genève et New York, chargé de cours à l'Université de Fribourg pour sa précieuse relecture critique.

En matière fiscale, lorsque les mécanismes de récolte d'informations *ex ante* ont failli, reste l'acquisition d'informations *ex post*¹. L'autorité fiscale qui souhaite s'assurer de ce qu'un contribuable a correctement satisfait à ses obligations de déclarer l'ensemble de ses revenus, dispose d'une série de mesures, ainsi que de moyens de contrainte sur son territoire². En dehors, il lui faut solliciter l'assistance (ou entraide³) administrative internationale pour avoir accès aux documents susceptibles de faire la preuve que des revenus, ou des avoirs, lui ont été dissimulés.

Si la Suisse a étendu sa pratique en matière d'échanges de renseignements depuis de nombreuses années déjà⁴, la mouvance s'est accélérée en réaction aux pressions des Etats-Unis et de l'Union européenne, avant de prendre un tournant radical au mois de mars 2009⁵. Dans ce contexte, une analyse de la portée des modifications récentes, à la lumière des principes généraux en matière d'entraide judiciaire, pourrait servir de fondement à une réflexion plus globale. L'objectif de ce travail se limite toutefois à l'examen des changements apportés par la modification des clauses relatives à l'échange de renseignements dans les conventions en vue d'éviter les doubles impositions entre la Suisse et les Etats-Unis d'une part et la France d'autre part⁶.

Nous nous livrerons par conséquent à une interprétation des nouvelles clauses topiques, y compris des protocoles additionnels servant à en

¹ Pour un aperçu de l'étendue des méthodes d'acquisition d'informations fiscales *ex ante* et *ex post* à disposition de l'autorité fiscale américaine, voir DEAN, p. 619 et s.

² P.ex. en matière d'impôt fédéral direct sur le revenu, les art. 124 et 125 LIFD notamment prévoient les obligations du contribuable et des tiers en vue de permettre l'acquisition d'informations *ex ante*, alors que les art. 111, 112, 123 al. 2, 126, 128 et 130 LIFD constituent des moyens *ex post* pour permettre à l'autorité compétente de s'assurer que la taxation est complète et exacte.

³ Dans la mesure où un projet d'Ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre la double imposition (OACDI) est actuellement en consultation, lequel emploie de façon convaincante le terme d'« assistance » administrative au lieu d'« entraide » administrative, nous en ferons autant dans la suite de cette contribution.

⁴ Suite à la publication en avril 2000 du rapport du Comité des affaires fiscales de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) « Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales », la Suisse a, peu à peu, accepté de revoir plusieurs de ses Conventions en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu (CDI) dans le sens d'un élargissement de l'échange de renseignements aux cas de fraude (voir not. art. 27 al. let. b CDI avec l'Allemagne de 2003).

⁵ Le 13 mars 2009, le CONSEIL FÉDÉRAL a communiqué sa décision selon laquelle la Suisse reprendrait désormais les standards de l'OCDE en matière d'échange international de renseignements fiscaux. Il a ainsi décidé de retirer la réserve formulée par la Suisse à l'art. 26 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE dans sa version abrégée du 17 juillet 2008, Paris 2008 (MC OCDE).

⁶ La suisse a signé ou paraphé, au 1^{er} avril 2010, pas moins de dix-huit nouvelles CDI contenant une clause d'échange de renseignements calquée sur le MC OCDE (note 5).

préciser les contours. Il va de soi qu'une bonne appréhension des modifications apportées par ces clauses d'échanges de renseignements n'est envisageable qu'à condition de les replacer dans leur contexte historique immédiat. Nous observerons qu'il existait jusqu'alors, sous l'angle des limites opposables à l'échange de renseignements, un relatif parallélisme de traitement entre situations internes et situations comportant un élément d'extranéité, parallélisme qui risque d'être remis en cause à l'avenir.

Après avoir rappelé quelques principes généraux applicables en matière d'assistance administrative internationale (infra I.), nous procéderons à une analyse comparative de la teneur des clauses d'échange de renseignements jusqu'à leur révision (infra II.) et telle qu'elle résulte de leur récente modification (infra III.), avant de conclure sous forme d'essai de synthèse.

I. Généralités

1. *Notions et délimitations*

1) L'assistance internationale en matière administrative

L'assistance administrative peut se définir comme la collaboration entre autorités administratives, en dehors d'une procédure judiciaire, visant à prendre des mesures ayant des effets directs sur une personne physique ou morale⁷. Bien que non univoque, le critère généralement utilisé en doctrine pour distinguer l'entraide en matière judiciaire et l'assistance en matière administrative est celui de la nature des autorités en présence, et, plus précisément, de celle qui collabore⁸.

Si les autorités qui sollicitent l'échange de renseignements sont par ailleurs des autorités administratives ou fiscales de deux Etats différents, il s'agira d'assistance *internationale* en matière

⁷ BREITENMOSER, p. 930.

⁸ Voir not. BEHNISCH, p. 65; GRÜNINGER/KELLER, p. 129 ; parmi les autres critères figurent notamment le but visé par la norme dont l'exécution est requise, la nature de l'acte accompli (acte de procédure administrative ou judiciaire) ; Selon WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1093 et s., le critère de l'autorité chargée de la collaboration est toutefois prédominant : s'il s'agit d'une autorité administrative, il sera question d'[assistance] administrative.

administrative qui permet à l'Etat requérant, par la mise à disposition des moyens de contrainte de l'Etat requis, d'obtenir l'exécution d'un acte de souveraineté au-delà de son propre territoire et par conséquent de sa compétence⁹. Pour l'Etat qui sollicite le recours aux autorités administratives d'un autre Etat, on utilise parfois la locution *assistance internationale active*, alors qu'on aura recours à celle d'*assistance internationale passive* lorsque l'on s'intéressera à la situation de l'Etat qui fait l'objet d'une demande d'assistance¹⁰.

2) L'échange de renseignements en matière fiscale

L'échange de renseignements en matière fiscale suppose sans surprise que soient mises en œuvre *des autorités fiscales* d'une part et, d'autre part, que les renseignements sollicités soient utilisés à des *fins fiscales*. En suisse, c'est en principe au Directeur de l'Administration fédérale des contributions (AFC) ou, à tout représentant autorisé par délégation de compétence, qu'il convient d'adresser la requête et non à l'une ou l'autre des autorités fiscales cantonales¹¹.

2. *Quelques principes applicables à l'assistance internationale en matière administrative*

Même si cette contribution a une portée relativement restreinte, il nous paraît favorable à une bonne interprétation des clauses d'échange de renseignements de rappeler brièvement la portée des trois principes généraux dont la mise en œuvre est la plus significative dans le contexte de l'assistance internationale en matière fiscale.

1) Le principe de proportionnalité

A l'instar de chaque acte administratif, une demande d'assistance internationale en matière administrative doit être

⁹ Voir BREITENMOSER, p. 930.

¹⁰ KOSLAR/SCHMID, p. 768.

¹¹ LOCHER, p. 224 ; GRÜNINGER/KELLER, p. 129.

conforme au principe de proportionnalité¹². Celui-ci suppose qu'une mesure étatique soit (i) apte à atteindre le but visé, (ii) nécessaire et (iii) prime les intérêts publics/privés opposés¹³.

En matière d'assistance administrative internationale, il se traduit par le fait qu'une demande doit répondre non seulement à certaines exigences matérielles, mais également formelles sur lesquelles nous reviendrons ci-après¹⁴. A ce stade, il peut déjà être relevé que les renseignements à fournir dans le cadre de l'assistance internationale doivent être de nature à servir de moyens de preuves à l'état de fait décrit et présumé dans la requête d'assistance¹⁵. L'autorité requérante est ainsi tenue d'exposer aussi précisément que possible les éléments fondant sa demande et la personne contre laquelle elle est dirigée. La demande ne saurait s'apparenter à une simple pêche aux renseignements (*fishing expeditions*). Vu sous un aspect négatif, cette formule signifie que l'autorité requérante n'est pas autorisée à former une demande toute générale visant un certain type de contribuables, sans autres indications. KÄSTLI donne la définition suivante de l'interdiction des *fishing expeditions* et du traitement de ce type de requêtes :

« *Amtshilfeersuche, die ohne Vorhandensein konkreter Anhaltspunkte, die der Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Fälle dienen, [sind] nicht zulässig [...]* »¹⁶.

Ces requêtes d'assistance administrative qui doivent servir à mettre à jour et instruire des cas méconnus sans être étayées par des éléments de faits concrets sont ainsi inadmissibles. Il en résulte que la personne ou le groupe de personnes doit, à tout le moins, être *identifiable* sur la base des indications fournies par l'autorité requérante. Les documents sollicités doivent par ailleurs apparaître comme utiles à l'enquête en cours¹⁷.

¹² *Arret du TF du 27 janvier 2004 (2A.185/2003)*, RDAF 2004 II p. 18 ; *ATF 128 II 407*, c. 5.2 p. 417 ; *ATF 125 II 65*, c. 6a p. 73.

¹³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, p. 110 et ss.

¹⁴ *Infra* III.1.6) et III.2.2).

¹⁵ *Arret du TF du 27 janvier 2004 (2A.185/2003)*, RDAF 2004 II p. 18.

¹⁶ KÄSTLI, p. 615 ; voir ég. AMADO/MOLO, p. 539.

¹⁷ Pour une explication de cette notion dans le cadre des dispositions calquées sur le MC OCDE (note 5), *infra* C.

2) Le principe de spécialité

Le principe de spécialité vise à limiter l'usage par l'Etat requérant des documents et renseignements reçus¹⁸. Comme l'entraide internationale repose sur un traité, l'Etat requérant est lié par les dispositions de la convention qu'il a signée (« *pacta sunt servanda* »)¹⁹. Le principe de spécialité implique que l'Etat requérant ne peut utiliser les informations demandées qu'en rapport avec les personnes ou les actes pour lesquels la demande d'entraide a été déposée, puis accordée.

Ce principe général en matière d'entraide judiciaire et administrative internationale, qui tend à protéger la souveraineté de l'Etat requis en limitant celle de l'Etat requérant, doit être concrétisé suivant le domaine dans lequel il se situe²⁰. Il se traduit généralement en matière fiscale par l'obligation, figurant dans la convention applicable, pour l'Etat requérant de ne communiquer les informations transmises qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernés par l'établissement ou le recouvrement des impôts visés par la convention²¹.

Les personnes ou autorités concernées sont encore tenues d'utiliser les informations transmises uniquement dans ce but et doivent les conserver secrètes de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation fiscale de l'Etat en cause²². Selon AMADO/MOLO, l'interdiction des *fishing expeditions* est également l'une des conséquences du principe de spécialité²³. Compris dans une logique inverse, il suppose en effet que l'autorité requérante précise suffisamment sa requête pour permettre à l'autorité requise de lui fournir uniquement les renseignements nécessaires à la poursuite de ses investigations fiscales.

¹⁸ ZIMMERMANN, p. 682 N 728.

¹⁹ Sur le principe voir HERDEGEN, p. 121 N 4 et les effets idem, p. 127 N 16.

²⁰ MOREILLON, Introduction générale, N 553.

²¹ Voir art. 26 MC OCDE (note 5).

²² Ibidem.

²³ AMADO/MOLO, p. 541.

3) Le principe de subsidiarité

Dans le cadre de l'échange de renseignements *sur demande*²⁴ qui constitue l'une des formes prévues par la clause type d'échange de renseignements du Modèle de Convention de double imposition sur le revenu et la fortune de l'OCDE (MC OCDE)²⁵ et qui est directement prévue par l'art. 5 du Modèle d'Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale de l'OCDE (MAER)²⁶, le principe de subsidiarité se manifeste à travers le fait que les Etats sont tenus d'utiliser, voir d'épuiser, en premier lieu, les sources habituelles de renseignements prévues par leur procédure fiscale interne, avant de présenter une demande de renseignements conforme à l'art. 26 MC OCDE²⁷.

II. Les clauses d'échange de renseignements dans les Conventions américano-suisse et franco-suisse avant révision

1. L'art. 26 CDI USA avant révision (CDI USA 1996)²⁸

1) L'obligation réciproque d'échanger des renseignements

Avant d'évoquer l'étendue de l'obligation réciproque des Etats contractants d'échanger des renseignements, il y a lieu de s'intéresser au mode d'échanger les renseignements dans le cadre de la CDI USA 1996. Les renseignements, sollicités essentiellement par l'autorité fiscale américaine compétente en matière d'impôt sur le revenu, à savoir l'*Internal Revenue Service (IRS)*²⁹, concernaient un contrôle, une enquête ou des investigations sur l'impôt dû par un contribuable au titre d'un

²⁴ Sur ce type particulier d'échange de renseignements, infra note 32.

²⁵ Art. 26 § 1 MC OCDE (note 5).

²⁶ OCDE, Modèle d'Accord en matière d'échange de renseignements (MAER), Paris 2002 ; pour des précisions sur les origines du MAER et les principes qui y sont mis en œuvre, voir OBERSON, Le nouveau modèle de convention, p. 424-431.

²⁷ OCDE, Commentaire du Modèle de convention de double imposition sur le revenu et la fortune, Paris 2008 (Commentaire OCDE), art. 26, p. 386 N 9.

²⁸ Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu du 2 octobre 1996 (RS 0.672.933.61) est entrée en vigueur le 19 décembre 2007, au moment de l'échange des instruments de ratification entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis.

²⁹ Pour quelques précisions sur l'organisation administrative de l'IRS, voir BAUEN/GANI, p. 54 et s.

ou plusieurs exercices précis. Par opposition à l'échange de renseignements automatique³⁰ ou spontané³¹, l'échange de renseignements prévu par la CDI USA 1996 n'était accordé que sur demande³².

Le droit suisse étant par ailleurs de tradition moniste³³, le droit international s'intègre immédiatement dans son ordre juridique, sans qu'aucune mesure de transposition soit nécessaire (Cst 190)³⁴. Par conséquent, à condition qu'une norme de droit international fût directement applicable (*self-executing*), elle pouvait être invoquée par un particulier qui souhaitait s'en prévaloir ou, sous un autre angle, fondait directement la compétence de l'autorité qui s'en prévalait. Il en allait ainsi de l'art. 26 CDI USA 1996 qui était une base légale suffisamment claire et précise pour servir de fondement à une demande d'assistance administrative.

a. *Les renseignements nécessaires*

La CDI USA 1996 prévoyait en son art. 26 § 1 que les Etats contractants échangeassent **les renseignements nécessaires** à l'application des dispositions de la convention, ou pour prévenir *les* « fraudes et autres délits semblables » portant sur un impôt visé par la convention.

³⁰ Selon le manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales approuvé par le Comité de Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module sur l'échange automatique de renseignements (que certains pays appellent également échange de renseignements de routine [« *routine exchange* »], « l'échange automatique correspond à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant des contribuables. Ils sont communiqués au pays de résidence par le pays de la source et concernent une ou plusieurs catégories de revenus (par exemple dividendes, intérêts, redevances, traitements, pensions, etc.). Ces renseignements sont obtenus de façon systématique dans le pays de la source, généralement lorsque le débiteur (institution financière, employeur, etc.) rapporte les paiements qu'il a effectués », p. 3 N 1.

³¹ Selon le manuel précité (note 30) dans son module sur l'échange spontané de renseignements, cette procédure « correspond à une transmission spontanée à une autre partie contractante de renseignements vraisemblablement pertinents pour celle-ci et n'ayant pas fait l'objet d'une demande préalable », p. 3 N 1.

³² Selon le manuel précité (note 30) dans son Module sur l'échange de renseignements sur demande, « l'échange de renseignements sur demande correspond à une situation dans laquelle une autorité compétente demande des renseignements particuliers auprès d'une autre autorité compétente. Normalement, les renseignements demandés concernent un contrôle, une enquête ou des investigations sur l'impôt dû par un contribuable au titre d'exercices précis. », p. 2 N 1.

³³ Voir HERDEGEN, p. 170 et s ; ég. RIVIER, p. 116.

³⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101, Cst).

L'adjectif « nécessaires » que l'on retrouvait dans le texte de la *CDI USA* figurait également dans le texte de l'art. 26 § 1 MC OCDE de l'époque et signifiait que l'échange de renseignements, s'il devait être le plus large possible, n'en était pas moins exclu en cas de tentative de l'autorité requérante d'aller à la pêche aux renseignements³⁵. La terminologie utilisée dans le modèle a par la suite évolué, comme nous le verrons encore, sans emporter de réelle modification sur le fond.

b. L'échange de renseignements en vue de l'application de la Convention

Au moment de la signature de la *CDI USA* 1996, la Suisse avait formulé une réserve, au sens de l'art. 2 § 1 let. d de la Convention de Vienne sur le droit des Traités (CV)³⁶, à l'art. 26 MC OCDE, de sorte qu'elle n'était pas tenue de reprendre telle quelle la clause d'échange de renseignements prévue par le MC OCDE.

La Suisse limitait en général l'échange de renseignements à l'application correcte de la convention concernée, sans reprendre en outre le § 5 de l'art. 26 MC OCDE qui limite l'invocation du secret bancaire pour faire obstacle à une demande d'échange de renseignements³⁷.

Dans le cadre de la *CDI USA* 1996 déjà, et à la différence de la pratique usuelle de la Suisse évoquée ci-dessus, l'échange de renseignements n'était pas limité à l'application correcte de la convention, mais s'étendait aux cas présumés de « fraudes et délits semblables »³⁸. Il convient de revenir brièvement sur cette notion.

³⁵ Sur cette notion, supra I.2.1).

³⁶ Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969 (RS 0.111, CV).

³⁷ BEHNISCH, p. 66 ; HUBER/DUSS/KUBALIE/WOLFF, p. 437; *Arrêt du TF du 6 février 2002 (2A.250/2001)*, c. 5a.

³⁸ OBERSON, *L'échange international de renseignements en matière fiscale*, p. 132 ; *Arrêt du TF du 22 décembre 2003 (2A.233/2003)*, c.3.2 ; sur la brèche ouverte dans la *CDI USA* de 1951 déjà, voir OBERSON, *L'échange international de renseignements en matière fiscale*, p. 131.

c. *L'échange de renseignements en cas de fraudes et délits semblables*

L'art. 26 § 1 CDI USA 1996 prévoyait que l'échange de renseignements était également ouvert lorsqu'un contribuable était soupçonné d'avoir commis un acte de « fraudes et autres délits semblables » envers les autorités fiscales de l'un ou l'autre des Etats contractants. Avant sa récente révision, l'art. 26 de cette convention contenait déjà une clause d'échange de renseignements élargie. Les contours de cette notion de « fraudes et autres délits semblables » devaient être précisés dans la mesure où il s'agissait d'une notion juridique indéterminée.

L'art. 10 du protocole annexé à la CDI USA 1996, lequel en faisait partie intégrante, avait précisément pour objectif d'en faciliter l'appréhension. Selon cette disposition, l'expression « fraude fiscale » désigne une attitude frauduleuse qui a pour effet, ou qui vise, une soustraction illégale et importante d'un montant d'impôt dû à un Etat contractant. Une attitude frauduleuse est réalisée lorsqu'un contribuable utilise ou a l'intention d'utiliser dans le dessein de tromper les autorités fiscales des titres faux ou falsifiés (p. ex. une double comptabilité, de fausses factures, un bilan ou un compte de pertes et profits au contenu incorrect, des commandes fictives ou, en règle générale, d'autres moyens de preuves falsifiés), ou une construction mensongère³⁹.

L'art. 6a du *Memorandum of understanding* indiquait encore que la définition de la fraude fiscale de l'art. 10 du Protocole s'appliquait, non seulement à l'art. 26 CDI USA, mais également à l'entraide internationale en matière pénale⁴⁰. Le Tribunal Fédéral eut l'occasion de trancher plusieurs affaires dans lesquelles il interpréta cette notion⁴¹. Ainsi, dans le cadre de la convention de 1996 et jusqu'à sa récente modification, les autorités américaines étaient-elles fondées

³⁹ OBERSON, L'échange international de renseignements en matière fiscale, p. 132.

⁴⁰ Art. 3 al. 3 de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1, EIMP) ; WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1103.

⁴¹ Pour davantage de précisions voir not. *Arrêt du TF du 12 mars 2002 (2A.416/2001)*, RDAF 2002 II, p. 307.

à réclamer à la Suisse tous les renseignements fiscaux nécessaires non seulement à l'application de la convention, mais également en présence de soupçons de « fraudes et de délits semblables », sans que les banques fussent fondées à opposer le secret bancaire.

En cas de fraude fiscale, l'échange de renseignements prévu par l'art. 26 § 1 CDI USA 1996 n'était par ailleurs pas limité aux personnes visées par la convention, si bien que les renseignements pouvaient également concerner des personnes non résidentes de l'un des Etats contractants⁴².

Cette extension aux tiers est également prévue par l'art. 26 MC OCDE et vise un nombre de cas plus important encore, puisque cette clause permet l'échange de renseignements utiles à l'application de la convention, mais également à l'application de la législation interne de l'un des Etats contractants⁴³.

d. *Le type de documents exigibles*

Le type de documents exigibles doit être examiné du point de vue de l'autorité requise dans un premier temps (i) et du point de vue de l'autorité requérante dans un second temps (ii).

(i) C'était l'autorité requise qui avait la responsabilité de sélectionner les documents à transmettre à l'autorité requérante. Cette dernière n'avait ainsi pas le monopole du choix des documents déterminants pour la procédure, même si l'autorité requise devait se tenir fidèlement aux indications figurant dans la requête⁴⁴.

(ii) Dans la mesure où l'autorité requérante était le fisc américain et en vue de satisfaire au droit de procédure américaine qui consacre largement le principe de l'immédiateté des preuves, l'art. 26 § 1 de la CDI USA 1996

⁴² Arrêt du TF du 22 décembre 2003 (2A.233/2003), c. 3.1 ; Sur la notion de résident au sens de la CDI USA 1996, voir ROCHAT/ECKERT/HULL, p. 3.

⁴³ Commentaire OCDE (note 27), art. 26, p. 383 N 5.1.

⁴⁴ Arrêt du TF du 27 janvier 2004 (2A.185/2003), RDAF 2004 II, p. 18.

désignait directement, - ce qui est inusuel dans le texte-même d'une convention -, le type de documents qui pouvait être exigé par les Etats contractants lors d'un échange de renseignements. Afin d'être utilisables dans une procédure judiciaire, les documents étaient ainsi exigibles sous forme de copies authentiques ou d'originaux non modifiés⁴⁵.

2) Le caractère confidentiel des renseignements échangés

Reprenant la clause de confidentialité prévue par l'art. 26 § 2 MC OCDE de l'époque, l'art. 26 § 1 CDI USA 1996 prévoyait également que les documents obtenus en application de cette disposition fussent gardés secrets par les parties⁴⁶.

Dans la mesure où le maintien du secret relève de la législation interne de chaque Etat, il s'agissait de garantir à l'autre partie que les renseignements obtenus seraient maintenus confidentiels au sein de l'Etat requérant. Cette disposition avait pour but de favoriser la confiance que devaient s'accorder les parties lors de la mise en œuvre de la convention. Il s'agissait d'une concrétisation du principe général de spécialité dans le domaine de l'assistance internationale en matière fiscale⁴⁷.

3) Les limites à l'échange de renseignements

Etant donné que l'aspect le plus problématique de l'échange de renseignements réside dans les limites qui lui sont opposables, nous développerons de façon plus significative cet aspect à l'aune de la CDI USA 1996 dans un premier temps, avant d'analyser la situation qui devrait prévaloir sous l'égide de la nouvelle convention aux points III.1.3) et III.1.5) ci-après.

L'art. 26 § 1 de la CDI USA 1996 prévoyait une première cautèle : « *Il ne pourra pas être échangé de renseignements qui dévoileraient un secret commercial, d'affaires, industriel ou professionnel ou un procédé commercial.* »

⁴⁵ Arrêt du TF du 6 février 2002 (2A.250/2001), c. 5a.

⁴⁶ Pour de plus amples précisions voir Commentaire OCDE (note 27), art. 26, p. 388 N 11.

⁴⁷ Supra I.2.2).

L'art. 26 § 3 de la CDI USA 1996 prévoyait une seconde cautèle en ce sens que la clause d'échange de renseignements ne devait en aucun cas imposer à l'un des Etats contractants de prendre des mesures administratives dérogeant à sa propre réglementation, ou de transmettre des informations qui ne pouvaient être obtenues, ni sur la base de sa propre législation, ni en vertu de celle de l'Etat qui en faisait la demande.

Inversant l'ordre systématique de la convention, nous commencerons par examiner brièvement les limites que pouvait poser la pratique administrative suisse (a ; b), avant de nous intéresser plus particulièrement au secret bancaire (c).

a. Le respect des garanties de procédure

Lorsqu'il s'agit d'assistance internationale en matière fiscale, ce sont les garanties de procédure administrative, moins étendues que dans une procédure à caractère pénale, qui doivent être respectées⁴⁸. Contrairement à la procédure pénale fiscale interne contre le contribuable (p.ex. en cas de soustraction) qui a été considérée comme une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH⁴⁹, le Tribunal fédéral a ainsi jugé dans un arrêt ancien que, quels que soient les enjeux, la procédure de coopération interne qui se déroule en Suisse, comme Etat requis ou comme Etat requérant, ne porte ni sur une accusation en matière pénale, ni sur une contestation de nature civile, au sens de l'art. 6 CEDH⁵⁰. Toutefois, la personne impliquée peut invoquer en particulier le droit d'être entendue (Cst 29 II), qui comprend le droit de consulter le dossier, le droit de participer à l'établissement des faits, comme de recevoir une décision motivée⁵¹.

⁴⁸ MOREILLON, Chap. 1 N 55.

⁴⁹ TORRIONE, Les infractions fiscales, p. 911 (et les références citées).

⁵⁰ ATF 118 Ib 436, c. 4a ; ég. ZIMMERMANN, p. 219 N 225.

⁵¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, p. 610.

b. Le secret fiscal

Le secret fiscal auquel sont astreints les collaborateurs de l'administration fiscale (LIFD 110 ; LHID 39 I⁵²) est un secret de fonction⁵³. Il ne fait pas obstacle à la transmission de renseignements dans le contexte d'une demande d'assistance internationale en matière fiscale, à condition qu'une base légale prévoie expressément l'obligation pour les autorités fiscales suisses de transmettre les renseignements.

Ainsi, non seulement l'art. 26 § 1 CDI USA 1996 autorisait-il l'échange de renseignements, mais encore faisait-il obligation aux autorités fiscales suisses de s'y prêter. Cette disposition garantissait aux autorités requises que les renseignements seraient maintenus secrets par les autorités récipiendaires ou utilisatrices au sein de l'Etat requérant. Ce n'était dès lors pas dans l'obligation de maintenir le secret fiscal, prévue par le droit interne, que résidait une quelconque limite à l'échange de renseignements. Il en allait autrement du secret bancaire, comme nous allons l'observer.

c. Le secret bancaire

L'art. 26 § 1 dernière phrase de la CDI USA 1996 contenait une limite à l'échange de renseignements dans l'hypothèse où de tels renseignements étaient susceptibles de dévoiler « un secret commercial, d'affaires, industriel ou professionnel ou un procédé commercial ». Le secret bancaire était considéré par la Suisse comme entrant dans l'une des catégories précitées, à savoir celle du secret professionnel⁵⁴. Il constituait le véritable motif de refus de l'assistance administrative internationale en matière fiscale. Il est dès lors inévitable, à ce stade, de rappeler brièvement en quoi il consiste, d'où il tire ses fondements en droit positif suisse, avant de détailler les effets qu'il produisait et

⁵² Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11, LIFD).

⁵³ PAYCHÈRE, p. 40.

⁵⁴ Arrêt du TF du 22 décembre 2003 (2A.233/2003), c. 8 ; WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1100 et les références citées.

les moyens d'en obtenir la levée dans le contexte de la CDI USA 1996.

Le secret bancaire est une obligation de discrétion envers les tiers à laquelle la banque est tenue en relation avec les affaires personnelles et économiques de ses clients et des tiers⁵⁵. Par banque, il faut entendre non seulement ses organes bien entendu [CC 55], mais également ses auxiliaires au sens de l'art. 101 CO, ainsi que certaines personnes qui lui sont étroitement liées dans les relations commerciales entretenues avec ses clients⁵⁶.

Le secret bancaire est l'une des concrétisations en droit administratif du droit fondamental à la protection de la sphère privée garantie par la Constitution fédérale (Cst)⁵⁷. Il est par conséquent a priori opposable par les personnes concernées aux autorités fiscales suisses, de même qu'aux autorités fiscales étrangères. Du point de vue des banques, il s'agit de surcroît d'une obligation inscrite à l'art. 47 LB⁵⁸. Toutefois, si le secret bancaire découle d'un droit fondamental garanti par la Constitution, il est sujet à des restrictions conformément à son art. 36. S'il n'est pas porté atteinte au noyau intangible de cette liberté et que les conditions de (i) l'existence d'une base légale, (ii) de l'intérêt public et (iii) de la proportionnalité sont réunies, alors ce droit peut être restreint⁵⁹. L'individu n'est donc pas protégé de façon absolue. Du point de vue de la banque encore, l'on doit déduire de l'art. 321 al. 1 CP⁶⁰ que le secret bancaire n'est pas opposable dans le cadre d'une poursuite pénale, puisque **le secret bancaire ne figure pas** dans la liste **exhaustive** des secrets professionnels mentionnés par cette disposition⁶¹. L'obligation de la banque de maintenir le

⁵⁵ AUBERT/BÉGUIN/BERNASCONI/GRAZIANO VON BURG/SCHWOB/TREULLAD, p. 43.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ *Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010 (B-1090/2009), W. LTD et al. c. UBS AG et FINMA (UBS II)*, c. 4.1 p. 26.

⁵⁸ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0, LB) ; voir *Arrêt du TAF du 21 janvier 2010 (B-1092/2009)*, c. 5.1.

⁵⁹ Pour davantage de précisions à cet égard, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, p. 83 et ss.

⁶⁰ Art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311, CP).

⁶¹ MOLO, p. 561.

secret bancaire est dès lors également susceptible d'être infléchi.

Reste encore à déterminer quand le secret bancaire fait échec à l'échange de renseignements en matière fiscale en se fondant sur la nature de l'acte que le contribuable est soupçonné d'avoir commis. Le droit pénal fiscal suisse en matière d'impôts sur le revenu revêtant un caractère dualiste, il y a lieu de distinguer les comportements dont la **poursuite** ressortit à l'**autorité fiscale** et ceux dont la **poursuite** ressortit à l'**autorité pénale**⁶². Le pouvoir de l'autorité fiscale d'exiger d'un tiers qu'il produise des documents est en effet explicitement subordonné au secret bancaire, tandis que le secret bancaire ne résiste pas lorsqu'il est opposé aux autorités pénales⁶³.

Selon l'art. 127 al. 2 LIFD, les contraventions fiscales, parmi lesquelles figure la soustraction d'impôt (*Steuerhinterziehung*)⁶⁴, relèvent de la compétence des autorités fiscales⁶⁵. Celles-ci appliquent les dispositions procédurales en matière de taxation. En conséquence, la banque peut opposer avec succès le secret bancaire. En revanche, s'agissant de délits fiscaux, en particulier en cas de fraude fiscale (*Steuerbetrug*), les art. 188 al. 2 LIFD et 61 LHID prévoient la compétence des autorités cantonales de poursuite pénale. La procédure est alors régie par les dispositions de procédure pénale et conduite par les autorités de poursuite pénale, auxquelles la banque n'est pas fondée à opposer le secret bancaire⁶⁶.

En ce qui concernait l'assistance internationale en matière fiscale avec les Etats-Unis, le même raisonnement - ou presque - devait être suivi puisqu'à teneur de l'art. 26 § 3 CDI USA 1996, « *les dispositions du présent article ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à*

⁶² Ibidem.

⁶³ Voir art. 127 LIFD (note 52).

⁶⁴ Sur la soustraction en matière d'impôts directs (LHID 56 I et LIFD 175) voir not. TORRIONE, Les infractions fiscales, p. 922.

⁶⁵ TORRIONE, Les infractions fiscales, p. 923 ; MOLO, p. 562.

⁶⁶ HEUBERGER, p. 28 ; sur la distinction entre les contraventions fiscales et les délits fiscaux, voir TORRIONE, Les infractions fiscales, p. 920.

l'un des Etats contractants l'obligation de prendre des mesures administratives dérogeant à la réglementation propre ou à la pratique administrative de l'un des Etats contractants, ou qui sont contraires à sa souveraineté, à sa sécurité ou à l'ordre public, ou de transmettre des indications qui ne peuvent être obtenues ni sur la base de sa propre législation, ni de celle de l'Etat qui les demande. »

Le secret bancaire pouvait par conséquent être opposé à l'autorité fiscale suisse requise d'obtenir des renseignements dans la mesure où l'infraction n'était pas du ressort des autorités de poursuite pénale, puisque le droit fiscal suisse ne conférait pas le pouvoir aux autorités fiscales de contraindre les banques à révéler des informations. C'est uniquement lorsque l'on avait affaire à des soupçons de « fraudes et autres délits semblables » au sens de la convention, par opposition aux cas présumés de soustraction d'impôts⁶⁷, que l'autorité suisse requise pouvait se procurer les renseignements et les transmettre à l'autorité américaine.

Il est en dernier lieu nécessaire de mentionner l'art. 190 LIFD qui prévoit que le Chef du département fédéral des finances peut autoriser l'Administration fédérale des contributions (AFC) à mener une enquête en collaboration avec les autorités cantonales lorsqu'il existe un soupçon fondé de graves infractions fiscales, d'assistance ou d'incitation à de tels actes⁶⁸. Par graves infractions fiscales, il faut entendre notamment la **soustraction continue de montants importants d'impôts** et les délits fiscaux⁶⁹. Dans ce cadre, c'est le droit pénal administratif qui règle la procédure. Cette dernière loi renvoie (art. 41 al. 2 DPA) aux articles 74 à 85 de la loi de Procédure pénale fédérale s'agissant de l'audition de témoins. Dans la liste **exhaustive** des personnes qui ont le droit de refuser de témoigner dressée à l'article 77 PPF ne figure pas celles qui sont titulaires du secret bancaire⁷⁰. Il en découle que l'art. 190

⁶⁷ Pour des exemples de cas de fraude voir WALDBURGER, Assistance administrative, p. 1103-1108 (n.b. l'auteur intitule sa section délimitation entre évasion fiscale et fraude, mais délimite en réalité les cas de soustraction et de fraude fiscale au sens de la CDI USA 1996).

⁶⁸ DONATSCH, art. 190 LIFD, p. 897 N 26; TORRIONE, Les infractions fiscales, p. 1047.

⁶⁹ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 21 mai 2009 (BV-2008.1-3), c. 2.3.

⁷⁰ DONATSCH, art. 192 LIFD, p. 920 N 9.

LIFD ouvre une brèche au secret bancaire dans un cas strictement interne. En revanche, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le « TAF ») a jugé définitivement dans un arrêt du 21 janvier 2010 que les comportements visés par cette disposition ne devaient pas être assimilés à des « fraudes fiscales et autres délits semblables » au sens de la CDI USA 1996. Les autorités fiscales américaines avaient pourtant obtenu, préalablement à cette décision, que l'échange de renseignements leur soit octroyé dans le cadre d'un accord avec l'UBS sur lequel nous reviendrons ci-après⁷¹.

4) Les exigences formelles

a. *Le contenu de la demande*

Ni la Convention d'alors, ni ses protocoles ne contenaient de précisions sur les exigences formelles que devait respecter une demande d'assistance administrative déposée par l'IRS.

Les dispositions sur la procédure d'échange de renseignements de l'ordonnance concernant la convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996 ne précisait pas davantage la question (20c à 20k Ord. CDI USA 1996). C'était dès lors le Tribunal fédéral qui, se référant aux principes applicables en matière d'entraide judiciaire internationale, précisait dans sa jurisprudence les exigences de recevabilité⁷².

Dans la mesure où une décision sujette à recours devait être prise⁷³, l'autorité requérante était tenue de faire état dans sa demande de ce qu'une procédure avait été ouverte dans son pays (objet de l'examen) en indiquant aussi précisément que possible la personne concernée (sujet de l'examen). L'autorité requérante devait non seulement présenter les

⁷¹ Infra II.2.

⁷² Voir not. les Arrêts du TF du 6 février 2002 (2A.250/2001); du 12 mars 2002 (2A.416/2001); du 12 avril 2002 (2A.551/2001); du 22 décembre 2003 (2A.233/2003); du 27 janvier 2004 (2A.185/2003); du 6 juin 2006 (2A.352/2005); du 12 avril 2006 (2A.430/2005); du 10 août 2006 2A.608/2005).

⁷³ Art. 20j de l'Ordonnance concernant la convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996 (RS 672.933.61).

dispositions légales mais également l'état de fait qui fondait ses investigations, décrire de manière précise les renseignements et les documents dont l'obtention était souhaitée et énoncer le motif de la demande.

S'il s'agissait de statuer sur des cas de fraudes fiscales au sens commun pour les parties de la convention, le degré de preuve des faits exposés était néanmoins examiné sous l'angle de la vraisemblance par les autorités suisses, sous peine de rendre excessivement compliquée toute démarche⁷⁴. La jurisprudence n'exigeait pas que l'autorité requérante prouvât la commission de l'infraction pour laquelle l'assistance était requise, mais seulement qu'elle exposât de manière satisfaisante toutes les circonstances sur lesquelles elle fondait ses soupçons (présomption raisonnable)⁷⁵. La preuve rigoureuse ne s'imposait donc pas et les autorités suisses devaient collaborer de bonne foi.

b. La désignation du contribuable

Dans son arrêt du 5 mars 2009, rendu à la lumière de la CDI USA 1996, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a jugé qu'il n'est pas absolument impératif pour l'autorité requérante de désigner nommément le contribuable concerné⁷⁶.

Il a relevé que l'existence d'éléments suffisants pour soupçonner un délit dans un cas précis constitue une condition suffisante pour octroyer l'assistance administrative, car la fonction spéciale et en particulier préventive que revêt la poursuite et la répression des délits fiscaux sert également à la protection de l'ordre juridique en matière fiscale. Tout en rappelant également l'importance de la protection de la confiance que la collectivité, respectivement ses autorités, prêtent au caractère complet et conforme à la vérité des renseignements fournis par les

⁷⁴ Arrêt du TF du 12 avril 2006 (2A.430/2005), c. 4.

⁷⁵ Arrêt du TF du 22 décembre 2003 (2A.233/2003), c. 5, RDAF 2004 II, p. 6. ; ATF 125 II 250, c. 5b p. 257.

⁷⁶ Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (A-7342/2008 et A-7426/2008), c. 4.5, RDAF 2009 II, p. 313 (UBS I).

contribuables, il affirmait que l'absence de mention du nom et des données personnelles des contribuables concernés par la demande d'assistance administrative ne devait à elle seule entraîner son refus⁷⁷. Nous reviendrons plus en détails sur ce point dans le cadre de l'examen de la nouvelle clause d'échange de renseignements de la CDI USA⁷⁸.

c. *La désignation du tiers détenteur présumé*

La CDI USA 1996 ne contenait pas de précision à cet égard ; sa récente révision a apporté une clarification significative⁷⁹.

2. *L'affaire UBS : facteur déclenchant ?*

Le 27 août 2009, un avenant à la CDI USA 1996 modifiant l'article 26 de ladite convention fut conclu entre les deux Etats⁸⁰. L'insertion d'un point XI dans le protocole additionnel de cette convention fut également convenue.

L'IRS d'une part renonçait à recourir à une procédure judiciaire interne à l'encontre de l'UBS au profit d'une demande d'assistance administrative basée sur la convention de double imposition conclue entre la Suisse et les Etats-Unis⁸¹. L'UBS d'autre part acceptait de transmettre des informations sur environ 4'450 comptes non déclarés concernant des contribuables américains⁸².

Cet accord non soumis au référendum était applicable dès sa signature, soit le 19 août 2009⁸³. Les critères sur lesquels reposait la décision d'accorder l'assistance administrative à l'IRS furent publiés dans une annexe intitulée « Critères permettant d'accorder l'assistance administrative dans le cadre

⁷⁷ Idem, c. 4.5 p. 312.

⁷⁸ Infra III.1.6).a.

⁷⁹ Infra III.1.6).b.

⁸⁰ Accord du 19 août 2009 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA (*Accord UBS*), (RS 0.672.933.612).

⁸¹ *Accord UBS* (note 80), art. 3.

⁸² Idem, art. 1; pour les obligations d'UBS voir art. 4.

⁸³ Idem, art. 8.

de la demande de renseignements de l'IRS ». Sans entrer dans des détails dépassant le cadre de la présente contribution, il y a lieu de relever que les parties ont, par cet accord, dérogé partiellement au texte de l'art. 26 § 1 de la CDI USA 1996. En effet, parmi les critères sur la base desquels les noms de clients de l'UBS devaient être communiqués, figurait celui *des agissements représentant des comportements délictueux graves et durables à l'égard desquels la Confédération peut obtenir des renseignements conformément à sa législation et à sa pratique administrative*⁸⁴. Or, la notion de « fraudes et autres délits semblables » ne s'étendait pas aux comportements visés par l'art. 190 LIFD et ce sont pourtant précisément les comportements visés par cette disposition qui furent traduits dans ce critère et non des comportements atteignant le seuil de la notion de « fraudes et autres délits semblables » de l'art. 26 CDI USA 1996.

L'une des justifications à cette dérogation fut trouvée dans l'arrêt du TAF du 5 mars 2009⁸⁵, auquel l'annexe de l'accord se réfère directement. Le TAF s'était prononcé au sujet de l'utilisation de sociétés *offshores* et du rôle de leurs ayants droit économiques, contribuables américains, soupçonnés d'avoir contourné les effets voulus par le système de *Qualified Intermediary* (QI). Même si le recours fut déclaré sans objet dès lors que les documents avaient été remis aux autorités américaines avant son prononcé, le TAF a statué sur le fond : Il n'excluait pas l'existence possible d'une fraude fiscale, ou du moins, la présence de soupçons de fraude fiscale, au sens de l'art. 26 de la CDI USA⁸⁶, en raison notamment de l'utilisation abusive de structures *offshore* en violation du rapport de confiance spécial créé par le rapport juridique de QI⁸⁷.

Toutefois, dans un arrêt, rendu le 21 janvier 2010, le TAF a finalement jugé non seulement que (i) l'accord UBS était un *accord amiable* n'ayant pas un rang suffisant dans l'ordre juridique pour déroger à la CDI USA 1996 et prévoir des

⁸⁴ Voir notamment critères 2.A.b. et 2.B.b. de l'annexe à l'Accord du 19 août 2009.

⁸⁵ Arrêt du TAF *UBS I* (note 76).

⁸⁶ TORRIONE, Abus, p. 152.

⁸⁷ Arrêt du TAF *UBS I* (note 76), c. 5.5 p. 322-342.

définitions contraires aux termes qui y sont définis de façon contraignante⁸⁸, mais également que (ii) la notion de « fraudes et autres délits semblables » telle que définie dans l'annexe à l'accord n'incluait pas la soustraction répétée de montants importants d'impôts, au sens de l'art. 190 LIFD⁸⁹. Le critère mentionné ci-dessus était donc inadmissible.

Nous relèverons encore que dans l'intervalle, le TAF a jugé dans un arrêt non définitif (un recours est pendant au Tribunal fédéral) que la décision de la FINMA de transmettre les données dans cette procédure était contraire au droit⁹⁰. Les art. 25 et 26 LB ne constituaient pas une base légale suffisante pour autoriser la FINMA à agir de la sorte. Ces dispositions prévoyaient certes des mesures à prendre en cas de risque d'insolvabilité d'une banque, sans permettre pour autant une restriction du secret bancaire et du droit constitutionnel au respect de la sphère privée, au vu des circonstances de l'espèce⁹¹.

En définitive, contrairement à ce qui semblait se dégager du premier arrêt du TAF, et, à ce qui a été retenu dans l'accord du 27 août 2009, il y a lieu de considérer que l'article 26 de la CDI USA 1996 devait être compris comme visant des comportements frauduleux qui allaient au-delà de la soustraction continue de montants imposables au sens de l'art. 190 LIFD, fussent-ils conséquents. L'ensemble de ces développements a néanmoins conduit à une renégociation de la CDI avec les USA et à une extension de la clause relative à l'échange de renseignements⁹².

⁸⁸ Arrêt du TAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009), c. 5.5.2.

⁸⁹ *Idem*, c. 6.5.4.

⁹⁰ *Arrêt du TAF UBS II* (note 57).

⁹¹ OBERSON, Un an après.

⁹² *Infra* III.1.

3. *L'art. 28 de la CDI F avant révision (aCDI F)*⁹³

1) L'obligation réciproque d'échanger des renseignements

A la différence de la CDI USA 1996, l'art. 28 aCDI F indiquait expressément la volonté des Etats contractants de procéder à un échange de renseignements **sur demande**.

2) Les renseignements nécessaires

L'aCDI F prévoyait uniquement que les Etats contractants échangeassent **les renseignements nécessaires** à l'application des dispositions de la convention. L'adjectif « nécessaires » que l'on retrouvait également dans le texte de la CDI USA 1996 correspondait à la terminologie employée à l'art. 26 MC OCDE⁹⁴.

3) L'échange de renseignements en vue de l'application de la Convention

Dans le cadre de la CDI F avant révision, l'échange de renseignements était **limité à l'application de la convention**, à savoir aux informations permettant d'assurer qu'un contribuable remplisse les conditions concrètes lui permettant d'invoquer le bénéfice d'une convention⁹⁵. Contrairement à ce que nous avons observé dans le cadre de la CDI USA 1996, l'aCDI F n'ouvrait pas l'échange de renseignements en cas de « fraude fiscale ou délits semblables »⁹⁶.

L'essentiel de ce qui distinguait les clauses d'échange de renseignements des CDI USA et F avant révision résidait dans l'élargissement de l'application de celle-là aux cas de « fraudes et autres délits semblables », alors que celle-ci était limitée à l'application de la Convention. Nous ne développerons en

⁹³ Convention du 9 septembre 1966 entre la Confédération suisse et la République française en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (RS 0.672.934.91).

⁹⁴ Supra II.1.1).a.

⁹⁵ OBERSON, L'échange international de renseignements en matière fiscale, p. 128.

⁹⁶ N.b. l'art. 3 al. 3 let. b EIMP (note 40) n'excluait pas l'entraide judiciaire en cas d'escroquerie fiscale.

conséquence pas davantage ce point et abordons à présent l'étude des nouvelles clauses d'échange de renseignements.

III. Les nouvelles clauses d'échanges de renseignements

Les deux CDI sous examen étant calquées sur la clause de l'art. 26 MC OCDE, nous nous livrerons à une analyse détaillée de la nouvelle CDI avec les USA dans un premier temps (infra III.1.), puis nous nous limiterons à souligner les points de divergence que comporte la CDI avec la France dans un second temps (infra III.2.). Nous observerons dans ce contexte attentivement les protocoles additionnels de chacune de ces CDI, lesquels indiquent les exigences formelles auxquelles devront satisfaire les demandes d'échange de renseignements des Etats contractants.

Comme le relève le Tribunal fédéral, les commentaires formulés à propos du MC OCDE sont utiles pour l'interprétation et l'application de[s] CDI [pertinentes] lorsque des articles de ces deux conventions ont un contenu identique, nous recourrons par conséquent audit commentaire en tant que de besoin⁹⁷.

1. L'art. 26 CDI USA de 2009 (CDI USA)

La Suisse et les Etats-Unis ont signé en date du 23 septembre 2009 un protocole de révision de leur convention contre les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et la fortune. L'art. 26 CDI USA 1996 est abrogé et remplacé par une disposition dont la teneur est uniquement disponible en allemand et en anglais à l'heure de la rédaction de la présente contribution.

1) L'obligation réciproque d'échanger des renseignements

⁹⁷ Arrêt du TF du 8 octobre 2007 (2C_265/2007), c. 2.3 ; sur l'importance du Commentaire OCDE pour l'interprétation des CDI voir WALDBURGER, Die Auslegung, p. 59-62.

a. *Le type d'échange prévu*

L'art. 26 § 1 de la nouvelle CDI USA étant similaire à l'art. 26 § 1 MC OCDE, on pourrait a priori imaginer que l'échange de renseignements est susceptible d'intervenir sous différentes formes⁹⁸. En effet, l'art. 26 § 1 MC OCDE ne limite pas les options en faveur des Etats contractants à l'une ou l'autre des formes reconnues en la matière, contrairement à l'art. 5 MAER⁹⁹ qui prévoit expressément que l'échange de renseignements a lieu sur demande. Les Etats contractants peuvent par conséquent opter dans chacune de leur convention pour l'une ou l'autre des formes d'échange de renseignements reconnues par l'OCDE¹⁰⁰.

Comme nous allons l'observer et ainsi qu'il ressort de la volonté clairement affirmée des autorités politiques suisses lors de la signature de cette nouvelle convention, l'échange de renseignements aura lieu uniquement sur demande dans le cadre de la CDI USA¹⁰¹. Le mécanisme retenu n'est ni celui de l'échange automatique de renseignements tel qu'il existe au sein de l'Union Européenne avec la Directive 77/799¹⁰², ni l'échange spontané d'informations¹⁰³, en dépit de ce que l'on a pu lire, ça et là, dans les nombreuses réactions parues dans la presse.

A raison de l'application dans le temps des nouvelles clauses d'échange de renseignements, il y a lieu de mentionner que les dispositions sur l'assistance administrative et sur les obligations des privés auprès desquels des informations sont requises sont des prescriptions de nature procédurale qui selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral doivent être

⁹⁸ Commentaire OCDE (note , p. 285 N 9.

⁹⁹ OCDE, Modèle d'accord en matière d'échange de renseignements, Paris 2002.

¹⁰⁰ Voir notes 30 ; 31 ; 32.

¹⁰¹ Communiqué de presse du Département fédéral des finances du 23 septembre 2009 disponible sur le site www.admin.ch à l'adresse suivante :

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=29183>.

¹⁰² Directive 77/799 du Conseil du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance, JO L 336 du 27 décembre 1977. Voir KADDOUS, p. 68-71.

¹⁰³ Voir note 31.

prises en compte dès leur entrée en vigueur, même si les faits se sont déroulés antérieurement¹⁰⁴.

A l'instar de ce que prévoit l'art. 26 § 1 MC OCDE, l'art. 26 § 1 CDI USA prévoit dans sa nouvelle teneur que les deux Etats échangent les renseignements qui pourraient être pertinents pour appliquer les dispositions de la Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature perçus pour le compte des deux Etats, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention.

b. La notion de pertinence vraisemblable

La première phrase du paragraphe 1 de l'article contient des indications sur la nature des renseignements dont les Etats peuvent solliciter la transmission d'une part, et sur le but qui doit présider à la demande d'autre part. Seuls les renseignements qui *pourraient être pertinents* (*erheblich sein können* dans la version allemande ; *may be relevant* dans la version anglaise) sont ainsi susceptibles de faire l'objet d'un échange de renseignements.

La différence terminologique entre la convention modèle de l'OCDE qui utilise l'adverbe « vraisemblablement » et la nouvelle disposition de la CDI USA qui emploie la locution « pourraient être pertinents » n'a aucune incidence de fond¹⁰⁵. Le recours à la notion de « pertinence vraisemblable » des renseignements sollicités traduit en tous les cas une volonté d'assurer un échange de renseignements aussi large que possible, tout en postulant qu'**il n'est pas loisible aux Etats d'aller à la pêche aux renseignements**. Ce dernier élément a donc été réaffirmé dans la convention révisée¹⁰⁶. Il est ainsi proscrit de se lancer à l'aveuglette dans une investigation visant un certain type de

¹⁰⁴ Voir not. *Arrêt du TF du 22 décembre 2003* (2A.233/2003), c.1 ; *arrêt du TF du 6 février 2002* (2A.250/2001), c.3.

¹⁰⁵ Commentaire OCDE (note 27), art. 26, p. 382 N 4.1.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 383 N 5.

contribuables ou des tiers dont l'autorité requérante se limiterait à indiquer qu'ils sont clients de tel ou tel établissement bancaire. Ce type de requête serait inadmissible à un double titre : D'une part, parce que le contribuable ou le tiers faisant l'objet de la demande doit être à tout le moins **identifiable** pour l'autorité requise sur la base des indications fournies par l'autorité requérante, d'autre part, parce que le tiers, détenteur présumé de renseignements, doit être désigné nommément par l'autorité requérante, comme nous l'observerons ci-après¹⁰⁷.

Si la notion de « pertinence vraisemblable », sous quelque forme que ce soit, vise à prévenir les tentatives d'aller à la pêche aux renseignements, elle ne signifie pas pour autant que l'autorité requise soit en mesure de rejeter des demandes de documents susceptibles d'avoir une portée en matière fiscale, sous prétexte d'un jugement prématuré du bien-fondé de la situation. L'Etat requérant ne saurait être en mesure de procéder à une évaluation précise de la valeur de tel ou tel document au commencement de la procédure, il ne peut le faire qu'après avoir obtenu la transmission des informations. Le Tribunal fédéral l'avait rappelé à plusieurs reprises à l'aune de la CDI USA 1996 : « les autorités suisses chargées de statuer sur l'existence d'un soupçon de fraude fiscale doivent se fonder exclusivement sur la description des faits figurant dans la requête d'assistance administrative, pour autant que cette dernière ne comporte pas d'erreur manifeste, des lacunes ou des contradictions »¹⁰⁸. **L'autorité requise ne doit pas s'ériger en juge, mais seulement faire un examen sommaire** de la pertinence vraisemblable des documents. En conséquence, une preuve rigoureuse du bien-fondé de la requête ne s'impose pas.

En dépit de la modification de la clause d'échange de renseignements, la jurisprudence précitée demeure applicable et l'est *a fortiori*, dans le cadre de la nouvelle

¹⁰⁷ Infra III.1.6).b.

¹⁰⁸ Voir à cet égard not. *Arrêt du TF du 22 décembre 2003 (2A.233/2003)*, c. 5 ; *ATF 118 Ib 111*, c. 5b p. 121 ; *ATF 117 Ib 64*, c. 5c p. 88.

CDI USA puisque les clauses calquées sur l'art. 26 MC OCDE prévoient que l'échange de renseignements doit avoir lieu, non pas pour vérifier la présence de soupçons de fraude fiscale, mais déjà en vue de favoriser l'application de la législation interne des Etats. Or, l'Etat requis n'est pas davantage en mesure de procéder à une évaluation précise de la valeur des documents pour l'application de la législation de l'Etat requérant qu'il ne l'était pour évaluer l'existence de soupçons de fraude fiscale au sens de la convention.

c. *L'abandon de l'exigence de soupçons de commission d'une fraude fiscale et délits semblables*

La Suisse n'aura plus à vérifier le bien-fondé d'éventuels soupçons de fraude fiscale, mais se limitera à une évaluation de la valeur des documents pour l'application de la législation interne de l'Etat requérant. Le seuil est abaissé, puisqu'à l'avenir, des soupçons relatifs à l'omission par un contribuable américain de déclarer certains de ses revenus (soustraction ; *Steuerhinterziehung*) permettront déjà l'octroi de l'assistance.

2) La clause de confidentialité

La teneur du nouvel art. 26 § 2 rappelle également celle de l'art. 26 § 2 MC OCDE. Il s'agit, comme nous l'avons relevé, d'une disposition qui concrétise le principe de spécialité en faisant obligation à l'autorité requérante de tenir secrets les renseignements reçus, de la même manière que les renseignements obtenus en application de sa législation interne¹⁰⁹.

Par rapport à la CDI USA 1996, la modification que l'on observe est uniquement de nature systématique puisque l'obligation de tenir secrets les documents transmis figure à présent à l'art. 26 § 2, alors qu'elle figurait auparavant à l'art. 26 § 1.

¹⁰⁹ Supra I.2.3).

3) Les limites

Sans tenir compte de sa relation avec l'art. 26 § 5 dans un premier temps, il y a lieu de relever que l'art. 26 § 3 de cette nouvelle CDI (entièrement identique à la clause du MC OCDE) énonce les limites à l'échange de renseignements, sans emporter de modification par rapport à la disposition qui figurait dans la CDI USA 1996. Nous ne reviendrons pas sur les limites posées par la pratique administrative suisse, lesquelles demeurent identiques et renvoyons aux développements présentés plus haut (II.1.3). Nous nous limiterons donc à une analyse prospective des limites que pourrait poser le droit interne suisse à l'échange de renseignements dans le contexte de la nouvelle CDI USA.

a. La protection des données

Le droit fondamental à l'autodétermination en matière d'informations privées est garanti par l'art. 13 al. 2 Cst. La loi fédérale sur la protection des données¹¹⁰ concrétise ce droit fondamental en régissant le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées d'une part, et des organes fédéraux d'autre part. Il est légitime de se demander si la clause d'échange de renseignements sera une base légale suffisamment claire et précise pour justifier cette atteinte¹¹¹. Dans le cadre de la mise en œuvre de l'assistance administrative internationale, l'AFC sera en effet amenée à se procurer des données personnelles sur des contribuables impliqués dans une procédure, de même que sur des tiers. Selon l'art. 17 al. 1 LPD, une base légale est exigée pour qu'un organe fédéral puisse traiter de telles données. La collecte des données personnelles doit en outre être "reconnaissable" pour la personne concernée, sauf dérogations dans certaines circonstances. Les principes de la proportionnalité et de la bonne foi trouvent application et

¹¹⁰ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1, LPD).

¹¹¹ KOSLAR/SCHMID, p. 770.

limitent la marche de manœuvre des autorités dans chaque cas particulier.

En relation avec la clause d'échange de renseignements de la CDI USA 1996, le TAF a récemment statué sur le grief de violation de la LPD : *« Les recourants perdent de vue que l'art. 26 al. 2 CDI-USA constitue une base légale qui prévoit expressément le transfert de données, c'est-à-dire une autorisation respectivement une obligation de divulgation de données personnelles. Du moment que l'autorité fiscale requise est obligée en vertu de cette convention internationale de divulguer des données personnelles respectivement d'accorder l'entraide administrative, elle doit respecter cette obligation dans la mesure où les conditions prévues de l'art. 26 CDI USA sont remplies »*¹¹².

Il y a donc fort à parier que la nouvelle clause d'échange de renseignements sera également considérée comme une base légale suffisante pour procéder à un tel échange et qu'aucune différence notable n'interviendra à cet égard à l'avenir. Nous soulignerons cependant qu'à l'heure actuelle, en matière d'assistance internationale, le moment exact où l'existence d'une procédure doit être communiquée à l'intéressé n'est pas explicitement établi. Il pourrait dès lors s'avérer nécessaire de préciser l'étendue du devoir d'information des autorités fiscales dans des dispositions de procédure applicables à l'entier du domaine de l'assistance administrative internationale. Dans la mesure où les renseignements visés dans le cadre d'une demande d'assistance internationale en matière fiscale ne doivent pas être qualifiés de données sensibles au sens de l'art. 17 al. 2 LPD, une ordonnance d'exécution précisant l'ensemble de ces éléments devrait être conforme aux exigences de la LPD elle-même, puisque cette dernière prévoit que seul le traitement des données sensibles exige une loi au sens formel¹¹³.

¹¹² Arrêt *UBS I* (note 76), c. 4.5 p. 313.

¹¹³ Voir KOSLAR/SCHMID, p. 770 et s.

b. *Le secret bancaire en droit interne*

Le droit interne suisse n'a pas été modifié suite à la décision du Conseil fédéral de reprendre les standards de l'OCDE en matière d'échange de renseignements. Il prévoit, comme nous l'avons observé, la compétence de l'autorité de poursuite pénale d'obtenir la levée du secret bancaire en cas de fraude fiscale, ainsi que dans le cadre limité de l'art. 190 LIFD. En revanche, le secret bancaire fait obstacle à la remise de documents bancaires lorsqu'il s'agit d'une procédure ordinaire de taxation ou d'une procédure relative à une infraction fiscale simple (comme la soustraction ; *Steurhinterziehung*). Il en va de même dans les cas où l'impôt est éludé en raison de la mise en place par un contribuable d'une structure insolite (évasion fiscale ; *Steuerumgehung*)¹¹⁴. Il est donc **inhérent** à l'ordre juridique suisse de traiter **différemment l'opposabilité** du secret bancaire en présence de **contraventions fiscales** et en présence de **délits fiscaux**.

4) L'échange de renseignements en l'absence d'intérêt fiscal propre

L'art. 26 § 4 CDI USA - qui a la même teneur que l'art. 26 § 4 MC OCDE -, formule *expressis verbis* l'obligation pour les parties contractantes de répondre à une demande d'échange de renseignements, même si les informations visées ne présentent aucun intérêt fiscal pour l'Etat requis¹¹⁵. L'idée est de lever toute incertitude quant à la portée de l'obligation réciproque des Etats contractants d'échanger les renseignements inscrite au paragraphe 1 : L'Etat requis est toujours tenu de mettre en œuvre l'ensemble de son appareil coercitif pour permettre la transmission d'informations fiscales quand bien même il n'y trouverait aucun intérêt fiscal propre. Même si elle n'y figurait pas expressément, cette obligation existait déjà dans le cadre de la CDI USA 1996.

¹¹⁴ Sur la distinction terminologique entre l'évasion fiscale, la soustraction et la fraude fiscale, voir TORRIONE, L'abus, p. 157 et s (et les références citées).

¹¹⁵ Dans ce sens voir ENGELSCHALK, art. 26, p. 1926 N 120.

5) La limite aux limites

La plus importante modification qu'apporte cette nouvelle convention par rapport à la CDI USA 1996 réside dans le fait qu'aucun des deux États contractants ne peut refuser de communiquer des renseignements au motif qu'ils seraient détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne (CDI USA 26 § 5). En d'autres termes, le secret bancaire ne devrait plus être opposable aux demandes de renseignements formulées par les parties à la Convention. S'il est encore délicat de prédire exactement l'ampleur du changement qu'impliquera cette modification, nous pouvons d'ores et déjà affirmer ce qui suit.

Le paragraphe 5 de la CDI USA est à lire en parallèle avec le paragraphe 3 puisque cette disposition a été conçue pour en restreindre la portée¹¹⁶. Il s'agit dès lors d'une restriction aux limites que peuvent opposer les États contractants à l'échange de renseignements¹¹⁷.

Le paragraphe 5 interdit à un État contractant de faire obstacle à la transmission de renseignements en se prévalant du statut juridique particulier dont bénéficie en droit interne le tiers détenteur des renseignements¹¹⁸. Il en va ainsi notamment des banques et autres établissements financiers pour la Suisse qui ne pourront plus invoquer la préservation du secret bancaire pour refuser de transmettre les documents en leur possession.

Certains auteurs semblent émettre l'hypothèse selon laquelle le paragraphe 5 ne s'appliquerait qu'à l'invocation du statut particulier de celui qui détient les documents au sens de la lettre c du paragraphe 3 (p.ex. les banques)¹¹⁹, avec cette conséquence que dans la mesure où c'est le droit fiscal suisse qui prévoit une impossibilité pour les autorités fiscales d'obtenir

¹¹⁶ ENGELSCHALK, art. 26, p. 1927 N 126.

¹¹⁷ Commentaire OCDE (note 27), art. 26, p. 395 N 19.10.

¹¹⁸ Idem, N 19.11.

¹¹⁹ WALDBURGER, Aktuelle Entwicklungen p. 486.

les documents en cas de soustraction (et non uniquement le secret bancaire), ce dernier serait toujours opposable, en raison du droit interne suisse¹²⁰. Toutefois, en dépit de cette subtile réflexion, le texte de l'art. 26 § 5 CDI USA - identique sur ce point à l'art. 26 § 5 MC OCDE - indique que ce sont **les dispositions** du paragraphe 3 qui ne peuvent limiter l'échange de renseignements, savoir les lettres a, b et c du paragraphe en question.

Le paragraphe 5 limite par conséquent l'invocation de **l'une ou l'autre** des différentes lettres du paragraphe 3. La mise en œuvre de l'obligation d'échanger les renseignements prévue au paragraphe 1 prime ainsi tout éventuel obstacle lié au détenteur des informations.

En application de l'art. 190 Constitution, le droit international l'emporte sur le droit suisse qui ne permet pas à l'autorité fiscale de se procurer des renseignements détenus par des banques en cas de contravention fiscale. Il en découle que lorsque les renseignements à fournir seront détenus par une banque, l'autorité fiscale suisse devra y avoir accès indépendamment de la nature des faits reprochés au contribuable concerné. Le caractère dualiste du droit fiscal suisse sera par conséquent remis en cause en présence d'une demande d'assistance internationale, puisque la distinction de traitement qu'opère le droit suisse entre les contribuables soupçonnés d'évasion fiscale ou de soustraction d'une part et de fraude fiscale d'autre part n'aura plus lieu d'être.

Ainsi le changement majeur qu'apportera le paragraphe 5 résidera dans le traitement réservé aux contribuables étrangers disposant d'actifs bancaires en Suisse, ainsi qu'aux résidents suisses également contribuables étrangers (p.ex. les citoyens américains vivant en Suisse). Ces derniers bénéficieront à l'avenir d'une protection amoindrie sous l'angle du secret bancaire par rapport aux contribuables suisses. En effet, seuls les contribuables suisses, sans autre assujettissement illimité, pourront continuer à se prévaloir du secret bancaire en cas de

¹²⁰ Ces développements valent *mutatis mutandis* pour la nouvelle CDI F qui, tout comme la CDI USA, est identique sur ces points au MC OCDE.

soupçons d'évasion fiscale, ou de soustraction d'impôts. La question d'une éventuelle violation du principe constitutionnel de l'égalité de traitement (Cst 8) en l'absence d'une adaptation du droit interne suisse mériterait de faire l'objet d'un examen approfondi, lequel sortirait toutefois du cadre de la présente contribution.

6) Les exigences formelles

a. *La désignation du contribuable*

En ce qui concerne les exigences formelles que doit satisfaire l'autorité requérante, la nouvelle CDI USA peut a priori apparaître plus souple que les autres CDI récemment renégociées par la Suisse dans la désignation de la personne faisant l'objet de l'enquête¹²¹. Le nouveau paragraphe 10 lettre a (i) de son Protocole additionnel prévoit en effet que lors d'une demande de renseignements, les autorités compétentes fourniront des indications suffisantes à l'identification de la personne faisant l'objet de l'enquête. Toutefois cette disposition, à la différence de celles figurant dans les autres CDI conclues par la Suisse, contient l'adverbe *normalement*¹²² (*typically* dans la version anglaise ; *typischerweise* dans la version allemande) qui précède l'énumération des divers éléments servant à cette identification, à savoir le nom et, dans la mesure où ils sont connus, l'adresse, le numéro de compte ou des informations similaires. Cette formulation s'écarte par ailleurs de ce que prévoit l'art. 5 § 5 MAER¹²³ qui fait figure de standard dans la mise en œuvre de l'échange de renseignements, pour trouver son origine dans le modèle américain de clause d'échange de renseignements¹²⁴. En dépit de cette divergence de texte, les principes appliqués jusqu'ici relatifs à l'identification de la personne concernée par la demande

¹²¹ Là-dessus ég. WALDBURGER, *Neue Amtshilfebestimmungen*, p. 280.

¹²² Traduction libre de l'auteur.

¹²³ *Supra* note 26.

¹²⁴ DEAN, p. 644.

d'assistance ne devraient pas être remis en cause, ainsi que nous allons l'exposer.

Lorsqu'elle n'est pas absolument claire, la portée d'une norme doit être appréhendée au moyen des méthodes d'interprétation généralement reconnues. Même le sens d'un texte apparemment clair n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale peut devoir être écartée, lorsqu'il résulte d'autres dispositions, de son but ou d'autres circonstances que le texte de la disposition ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu¹²⁵. En l'occurrence, il s'agit d'une disposition figurant dans une convention de lutte contre la double imposition conclue entre deux Etats. La norme est de nature conventionnelle. Ce sont donc les principes généralement admis en droit international public et codifiés aux art. 31 à 33 de la CV¹²⁶ qui trouvent application¹²⁷.

L'art. 31 de la CV dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but¹²⁸. Cette méthode d'interprétation d'abord littérale, puis téléo-systématique est reprise par le Tribunal fédéral.

Suivant cette démarche, nous observerons ainsi en premier lieu que le nouveau paragraphe 10 lettre a (i) du Protocole à la CDI USA exige que l'information soit suffisante pour identifier la personne qui fait l'objet de l'enquête. Ensuite, comme nous l'avons relevé, si l'autorité requérante doit fournir, entre autres, le nom du contribuable concerné ; l'énumération des éléments à mentionner par l'autorité requérante est précédée de l'adverbe « *normalement* » [*typically*, dans la version anglaise; *typischerweise* dans la version allemande)], lequel pourrait également signifier « habituellement ». On doit en déduire que l'exigence de désignation du contribuable par son nom n'est pas absolue.

¹²⁵ Dans ce sens LOCHER, p. 116.

¹²⁶ Voir note 36.

¹²⁷ Voir not. LOCHER, p. 111 et s.; OBERSON, Précis, p. 30 et s. Eg. WALDBURGER, Neue Amtshilfebestimmungen, p. 281 ; RIVIER, p. 114.

¹²⁸ RIVIER, p. 121.

Puis, s'agissant de la communication de l'adresse, du numéro de compte et de toute autre information de nature à permettre l'identification de la personne concernée, le texte de la disposition prévoit encore que l'autorité requérante doit les fournir **dans la mesure de ce qu'elle sait**. Une certaine latitude en faveur de l'autorité requérante se dégage de cette disposition et l'examen de l'utilisation de cette latitude devrait se faire au cas par cas. Il n'y a donc a priori pas d'exigence de désigner nommément le contribuable concerné, celui-ci doit uniquement être **identifiable pour l'autorité requise**.

L'analyse littérale n'étant pas exclusive, ce d'autant que le texte contient plusieurs notions juridiques indéterminées, il y a lieu de se livrer également à une interprétation systématique¹²⁹, afin de mieux comprendre à quel moment l'autorité requise rejettera une requête insuffisamment délimitée.

Selon l'art. 26 § 1 toute requête doit porter sur un échange de renseignements « vraisemblablement pertinents » pour assurer l'application de la convention ou la législation d'un des Etats contractant. La demande doit viser un cas concret et une personne précise. Ce que confirme l'entier du nouveau paragraphe 10 let. a du Protocole en indiquant l'ensemble des éléments qui doivent figurer dans la demande pour permettre à l'autorité de s'assurer de la pertinence vraisemblable des renseignements (p.ex. la période fiscale concernée, le but fiscal recherché)¹³⁰.

En troisième lieu, il ressort de la volonté exprimée des Parties contractantes qu'une requête doit porter sur un cas concret et donc sur un contribuable identifiable, puisque l'article 4 lettre b du protocole dispose que « l'objectif de se référer à l'exigence d'un renseignement pertinent [dans le texte de la CDI]¹³¹ est de prévoir un échange de renseignements en matière fiscale le plus large possible sans

¹²⁹ L'art. 31 § 2 CV emploie la terminologie d'interprétation « contextuelle », nous recourons ici à la terminologie d'interprétation « systématique », sans incidence de fond.

¹³⁰ OBERSON, Un an après.

¹³¹ Précisé par l'auteur.

autoriser les Etats contractants, soit à s'engager dans des *fishing expeditions*, soit à obtenir une information dont il n'est pas vraisemblable qu'elle concerne la situation fiscale d'un contribuable donné »¹³².

La nouvelle CDI n'apportera **pas de changement notable dans la désignation du contribuable** faisant l'objet de la demande, celui-ci devra être clairement **identifiable**, au moyen du contenu de la demande d'assistance¹³³. Comme par le passé, il n'aura pas à être nommément désigné. Dans le cadre de la CDI USA 1996, les Etats contractants n'avaient en effet pas l'obligation de désigner nommément le contribuable concerné comme l'a rappelé le TAF dans son arrêt de mars 2009 : « Dans la mesure où la demande remplit les autres conditions d'octroi, le simple défaut de désignation des noms et des données personnelles ne saurait faire l'objet d'un grief dénonçant une liste de renseignements inadmissible »¹³⁴. Il en ira toutefois autrement dans la nouvelle CDI F.

b. La désignation du tiers détenteur présumé

Au vu du texte du nouveau paragraphe 10 let. a (v) du protocole de la CDI USA, l'Etat requérant devra fournir à l'Etat requis, à l'occasion d'une demande spécifique, le nom de tout tiers supposé détenir les renseignements. Les autres éléments d'identification ne seront en revanche fournis que s'ils sont connus. Il s'ensuit que l'Etat requérant devra par exemple indiquer le nom de l'établissement bancaire dans lequel le contribuable concerné est supposé disposer d'une relation bancaire, sans avoir pour autant l'obligation de fournir des indications précises sur le compte visé. Nous verrons ci-après qu'il en va autrement dans la nouvelle CDI F¹³⁵.

¹³² Traduction libre de l'auteur.

¹³³ Dans ce sens, WALDBURGER, *Neue Amtshilfebestimmungen*, p. 282.

¹³⁴ *Arrêt du TAF UBS I* (note 76), c. 4.5 p. 313.

¹³⁵ *Infra* III.2.2).b.

2. L'art. 28 de la CDI F d'août 2009 (CDI F)

1) La clause élargie d'échange de renseignements

L'Avenant à la CDI F signé le 27 août 2009 par les Etats contractants abroge l'ancien art. 28 de la CDI F sur l'échange de renseignements et le remplace par une nouvelle disposition substantiellement différente. La disposition sera désormais identique à l'art. 26 MC OCDE. S'agissant des exigences formelles une particularité a néanmoins été introduite par le point 11 du protocole additionnel au sujet de la désignation du tiers détenteur. Nous observerons, à cet égard, que le point 11 al. 3 let. e du nouveau protocole s'écarte des standards de l'OCDE en la matière.

Avant cela, s'agissant du texte de l'art. 28 § 1 CDI F, on notera que la disposition ne prévoit plus un échange de renseignements limité à l'application de la convention, mais s'étend désormais aux renseignements pertinents pour l'application de la législation interne des Etats. Toutefois, ici encore, le recours à l'expression « vraisemblablement pertinents » eu égard aux renseignements sollicités vise à ôter toute ambiguïté sur d'éventuelles tentatives d'obtenir des renseignements en l'absence d'éléments concrets dans un cas précis. L'interdiction des *fishing expeditions* est également réaffirmée¹³⁶.

En ce qui concerne l'utilisation de l'expression *vraisemblablement pertinents* qui remplace l'adjectif *nécessaires*, le commentaire OCDE précise que le recours à cette nouvelle formulation n'emporte pas de réelle différence de fond, mais consiste en une simple adaptation terminologique¹³⁷.

Dans la mesure où la nouvelle clause d'échange de renseignements est pour le reste identique à celle de la nouvelle CDI USA, nous renvoyons à ce qui a été indiqué plus haut¹³⁸.

¹³⁶ WALDBURGER, *Neue Amtshilfebestimmungen*, p. 277.

¹³⁷ Commentaire OCDE (note 27), art. 26 § 1, p. 382 N 4.1.

¹³⁸ Voir supra III.1.

2) Les exigences formelles

Sans dresser une liste exhaustive des exigences formelles auxquelles devra satisfaire l'Etat requérant, nous mentionnerons les éléments qui prêtent à discussion dans le cadre de cette nouvelle CDI. Nous analyserons dans ce cadre l'art. 11 du nouveau protocole à la CDI F qui contient les prescriptions que doit respecter l'Etat requérant dans la formulation de sa demande.

a. La désignation du contribuable

Le point 11 al. 3 let. a du protocole additionnel à la CDI F prévoit que l'autorité requérante doit fournir **le nom et une adresse de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête** et, si disponible, tout autre élément de nature à faciliter l'identification du contribuable, à savoir en particulier sa date de naissance ou des éléments sur son état-civil. Cette disposition qui correspond exactement à l'art. 5 § 5 du Modèle d'Accord sur l'échange de renseignements de l'OCDE ne devrait pas poser de difficulté d'interprétation, ni de mise en œuvre dans la mesure où le degré de précision qu'elle exige va jusqu'au nom du contribuable concerné. Le texte étant clair sur l'exigence de désignation par son nom de la personne faisant l'objet d'une demande d'assistance devrait permettre à l'autorité requise de **rejeter** toute demande qui y contreviendrait.

La CDI F impose à l'autorité requérante de désigner nommément le contribuable concerné. A la différence de ce que prévoit la CDI USA, dont notre interprétation a montré qu'elle se limite à exiger que la personne soit **identifiable** à l'aide de l'ensemble des indications figurant dans la requête, la CDI F est par conséquent plus stricte dans ses exigences d'identification **au niveau du sujet de la demande d'assistance**.

b. La désignation du tiers détenteur présumé

L'alinéa 3 let. e du point 11 du protocole additionnel de la CDI F fixe les exigences de précision de la demande de

l'autorité requérante en ce qui concerne le détenteur présumé des renseignements. La disposition a la teneur suivante : « L'autorité compétente requérante fournit les informations suivantes à l'autorité compétente de l'Etat 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. »

L'adjonction de la locution « dans la mesure où » pourrait laisser penser que les autorités fiscales françaises seraient habilitées à adresser une demande de renseignements à la Suisse au sujet d'un contribuable nommément désigné, sans avoir pour autant à préciser la banque ou toute autre institution susceptible de détenir lesdits renseignements. En effet, cette locution qui signifie également, « *seulement si* »¹³⁹, laisse penser que dans l'hypothèse où l'autorité requérante invoque qu'elle a été dans l'impossibilité de se procurer les informations précises au sujet du détenteur d'informations, elle pourra en être dispensée. Ceci représenterait un allègement considérable notamment au regard de la CDI USA¹⁴⁰. Cela étant, il y a lieu de relativiser l'interprétation littérale de cette disposition pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, le point 11 alinéa 3 let. e du protocole additionnel peut être interprété conformément à ce que prévoit le commentaire OCDE de l'article 5 par 5 lettre e MAER¹⁴¹, puisque les deux dispositions sont identiques. Le commentaire de l'art. 5 § 5 let. e MAER indique que [cette disposition] **énumère les informations** que la partie requérante doit fournir à la partie requise **pour démontrer la pertinence vraisemblable** des renseignements demandés¹⁴². Pour ce faire, il faudra délimiter précisément l'état de fait de façon à permettre à l'autorité requise de comprendre quel type de renseignements est susceptible de servir l'intérêt fiscal de l'Etat requérant.

¹³⁹ Mis en évidence par l'auteur.

¹⁴⁰ Voir l'art. 10 let. a (v) du Protocole à la CDI USA, supra III.1.6).b.

¹⁴¹ Supra note 26.

¹⁴² OCDE, Commentaire MAER (note 26), art. 5 § 5, p. 24 N 57.

Les principes généraux d'interprétation imposent en deuxième lieu, comme nous l'avons rappelé, de tenir compte de la systématique légale. Le nouveau point 11 alinéa 2 du protocole additionnel précise le recours à la notion de pertinence vraisemblable des renseignements demandés dans le texte de l'art. 26 § 1 CDI F et indique également que cette démarche vise à interdire aux Etats contractants d'aller à la pêche aux renseignements. Aussi est-il nécessaire, une fois encore, pour appréhender le véritable sens de cette disposition, de ne pas lire son texte de façon isolée, mais bien plutôt dans le contexte général de la convention. Ce dernier ne laisse aucun doute sur le fait que ce sont des cas concrets suffisamment étoffés qui doivent présentés.

En troisième lieu, il convient de tenir compte du but qui a présidé à l'adoption de la norme et de la volonté réelle des parties à cette occasion. Ici encore, les Etats contractants ont exprimé leur intention de ne pas ouvrir de brèche en direction des *fishing expeditions*. Cette affirmation est corroborée par un échange de lettres entre les deux Etats du 11 février 2010 visant à clarifier la manifestation de volonté exprimée dans la CDI F¹⁴³. On peut ainsi se référer à l'extrait suivant : « Dans tous les cas où l'Etat requérant, dans le cadre d'une demande d'échange de renseignements de nature bancaire, aura connaissance du nom de l'établissement bancaire tenant le compte du contribuable concerné, il communiquera cette information à l'Etat requis. Dans le cas exceptionnel où l'autorité requérant[e] présumerait qu'un contribuable détient un compte bancaire dans l'Etat requis sans pour autant disposer d'informations lui ayant permis d'identifier avec certitude la banque concernée, elle fournira tout élément en sa possession de nature à permettre l'identification de cette banque. L'Etat 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 [11] nouveau de son protocole ».

¹⁴³ Document disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/18249.pdf>.

Nous comprenons par conséquent que dans le cas où l'Etat requérant ne disposerait pas de données précises sur l'établissement bancaire dans lequel le contribuable, sujet de la demande, serait présumé détenir un compte, il devra néanmoins fournir tout élément en sa possession de nature à permettre l'identification de cette banque. L'Etat requis fera alors l'examen de la demande en vérifiant si la mesure est apte à atteindre le but visé, si elle est véritablement nécessaire en l'espèce ou si d'autres moyens moins incisifs pourraient être entrepris. Cette analyse supposera une pesée des intérêts en présence¹⁴⁴. Si la demande de l'Etat requérant apparaît par trop imprécise et exige la mise en œuvre de forces démesurées, il y aura lieu de la rejeter.

S'agissant de l'interprétation historique qui peut servir de méthode complémentaire d'interprétation lorsque le texte est ambigu ou obscur¹⁴⁵, OBERSON met en exergue un extrait pertinent du Message Conseil fédéral pour comprendre l'intention des autorités suisses au moment de la conclusion de la convention: « Il n'est pas absolument indispensable ici de citer le nom de la banque, à condition que d'autres indications, par exemple un numéro de compte bancaire international (IBAN), permettent de relier **avec certitude**¹⁴⁶ une relation bancaire à une banque déterminée. Il s'ensuit que l'échange de renseignements est limité à des cas de demandes concrètes d'échange de renseignements dans des cas spécifiques. Faute de la mention spécifique des éléments nécessaires permettant l'identification indubitable du détenteur des informations, il est clair qu'en tout cas du côté suisse, on ne sera pas en mesure de donner une suite concrète à une demande de renseignements¹⁴⁷. » Le même auteur rappelle enfin que la Suisse a largement diffusé sa volonté de ne pas ouvrir la porte à la pêche aux renseignements¹⁴⁸. Il n'y a ainsi pas lieu de douter que

¹⁴⁴ Sur l'application du principe de proportionnalité en matière d'entraide internationale, supra I.2.1).

¹⁴⁵ RIVIER, p. 122 et 132 et s.

¹⁴⁶ Mis en évidence par l'auteur.

¹⁴⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message complémentaire du 27 novembre 2009 au message du 6 mars 2009 concernant l'approbation du nouvel avenant à la convention contre les doubles impositions avec la France (FF 2010 1409).

¹⁴⁸ OBERSON, Un an après.

l'autorité requérante devra fournir toutes les indications suffisantes pour permettre de relier le contribuable concerné à une banque identifiable pour l'Etat requis.

Conclusion

Pour terminer, il y a lieu de revenir aussi synthétiquement que possible sur les changements que nous avons relevés dans le cadre de notre développement.

L'étendue de l'obligation réciproque d'échanger des renseignements. Dans les CDI USA et F, l'échange de renseignements s'étendra désormais non seulement à la bonne application de la convention (petite entraide), mais également **à l'application de la législation interne des Etats parties** (grande entraide). Ainsi, ce n'est pas dans le mode d'échanger les renseignements que la différence de pratique sera notable puisque les renseignements seront toujours transmis sur demande, mais bien dans l'accroissement des cas susceptibles de faire l'objet d'une demande. A titre d'illustration, on peut évoquer le domaine **des prix de transfert** dont l'impact est considérable en droit fiscal international et qui ne donnait jusqu'à présent pas accès à l'échange de renseignements puisqu'une pratique de prix agressive visant à transférer des bénéfices à l'étranger ne pouvait être considérée comme constitutive de fraude. En revanche, à l'avenir, des requêtes visant à connaître le prix payé pour l'acquisition d'un bien au sein de l'Etat requis seront entièrement justifiées puisqu'elles viseront **à assurer l'application de la législation interne des Etats contractants conformément à la convention.**

Les limites. Sous l'égide des anciennes CDI USA et F, la principale limite à l'échange de renseignements résidait dans la réserve du secret bancaire. Le caractère dualiste du droit fiscal suisse avait pour conséquence que la levée du secret bancaire était possible en droit interne uniquement en cas de soupçon de fraude (*Steuerbetrug*), cette conception était imposée aux partenaires de la Suisse et par conséquent reprise dans les CDI. Désormais, les paragraphes 5 des art. 26 CDI USA, respectivement 28 CDI F, feront obstacle à l'invocation par la Suisse de son droit interne pour refuser de transmettre des documents détenus par des banques en cas de soustraction fiscale notamment. Peu

importe dès lors que l'on considère l'impossibilité d'obtenir les documents, ou le témoignage en question comme résultant du droit fiscal interne¹⁴⁹ ou du statut particulier de l'établissement dans la mesure où aucune de ces limites ne pourra plus être opposée¹⁵⁰. La Suisse devra donc donner suite à une demande américaine ou française, si elle porte sur des renseignements vraisemblablement pertinents pour l'application de la législation interne de l'un de ces deux Etats, à condition qu'elle satisfasse aux exigences formelles.

Les exigences formelles. La demande doit être remise écrite, signée (i) ; par une autorité compétente (ii) ; suffisamment de renseignements doivent être fournis pour que le contribuable soit **indubitablement identifiable** par l'autorité requise (iii) ; à l'occasion d'un cas bien délimité (savoir la période fiscale concernée, une description des renseignements recherchés) (iv). Dans ces conditions, la Suisse recevra à l'avenir une telle demande d'assistance administrative¹⁵¹.

Enfin, si l'échange de renseignements en matière fiscale a pris une nouvelle dimension pour la Suisse, sa mise en œuvre devra néanmoins se faire conformément aux principes constitutionnels régissant notre droit administratif¹⁵². La Suisse devra ainsi se montrer intransigeante dans son examen *in concreto* des requêtes formées par l'un ou l'autre de ses partenaires conventionnels, car seul un respect scrupuleux des exigences découlant de ces principes permettra de pallier l'atteinte à la sécurité juridique causée par le recours - peut être inévitable - à de nombreuses notions juridiques indéterminées dans le texte des conventions examinées.

¹⁴⁹ Art. 26 § 3 let. b CDI USA et art 28 § let. b CDI F.

¹⁵⁰ Supra III.1.5).

¹⁵¹ Voir 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, Module sur l'échange de renseignements sur demande, p. 5 N 11.

¹⁵² Parmi eux en priorité ceux de la légalité, de la bonne foi, de l'égalité de traitement et de la proportionnalité.

Bibliographie sélective

AMADO FLAVIO, MOLO GIOVANNI, « Das Verbot von "Fishing Expeditions" gemäss der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD Standards », PJA 2009, p. 539;

AUBERT MAURICE / BEGUIN PIERRE-ANDRE / BERNASCONI PAOLO / GRAZIANO VON BURG JOHANNA / SCHWOB RENATE / TREUILLAD RAPHAEL, *Le secret bancaire suisse*, 3^{ème} éd., Berne et al. (Staempfli) 1995 ;

AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol.2 2^{ème} éd., Berne (Staempfli) 2006 ;

BAUEN MARC/GANI RAPHAËL, *La fiscalité internationale des Etats-Unis*, Genève et al. (Schulthess) 2008 ;

BEHNISCH URS R, « Neue Entwicklungen der Internationalen Amtshilfe im Bereich den direkten Steuern: Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne substantielle Zugeständnisse des Auslandes? », ST 2010, p. 65 ;

BERNASCONI PAOLO, « Bankbeziehungen und internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Neue Entwicklungen », RSDA 2/95 (1995), p. 63 ;

BREITENMOSEER STEPHAN, Amts- und Rechtshilfe im Rahmen der "Bilateralen II"Verträge, PJA 2005, p. 929 ;

DEAN STEVEN, "The Incomplete Global Market for Tax Information", 49 Boston College Law Review 2007, p. 605 ;

DONATSCH ANDREAS, art. 190 et 192 LIFD, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Zweifel Martin/Athanas Peter (éditeurs), vol. I/2b, 2^{ème} éd., Bâle et al. (Helbing et Liechtenhahn) 2002-2008 ;

HUBER MARKUS/DUSS FABIAN/KUBALIE HEIKO/ULRIKE WOLFF, « Entwicklungen im internationalen Steuerrecht », STR 2009, p. 434 ;

ENGELSCHALK, art. 26 OECD, in: *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*, Vogel Klaus /Lehner Moris (éditeurs), Munich (C.H. Beck) 2008 ;

GRÜNINGER HARALD/KELLER ANDREAS H., « Internationale Amts und Rechtshilfe durch Informationsaustausch », ASA 65(1992), p. 127 ;

HERDEGEN MATTHIAS, *Völkerrecht*, Munich (C.H. Beck) 2010 ;

HEUBERGER RETO, « Zwangsmassnahmen im Steuerhinterziehungsverfahren », Archives 66 (1993), p. 21 ;

KADDOUS CHRISTINE, « La coopération administrative dans l'Union européenne », in : *L'entraide administrative*, Bellanger François/Tanquerel Thierry (éditeurs), Genève et al. (Schultess) 2005 ;

KÄSTLI HERMANN, « Die Amtshilfebestimmungen des Abkommens zur Betrugsbekämpfung », in: *Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen*, Genève et al. (Helbing et Lichtenhahn) 2006, p. 609 ;

KOLB ANDREAS (2001), « Überblick über die Teilrevision 2000 des OECD-Musterabkommens », Archives (2000/2001), p. 860 ;

KOSLAR FRANCO/SCHMID JEAN-DANIEL, « Aktive internationale Amtshilfe der Schweiz in Steuersachen Grundrechte und Datenschutz », ST 2009, p. 768 ;

LOCHER PETER, *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz*, 3ème éd., Berne et al. (Staempfli) 2005 ;

LUTHI DANIEL (1993), « Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht des Schweiz », in: *Handbuch des Internationalen Steuerrechts des Schweiz*, Höhn Ernst (éditeur), 2ème éd., p. 438 ;

MOLO GIOVANNI, « Le secret bancaire suisse en matière de fiscalité de directe et les Accords bilatéraux II », RSDIE 2006, p. 559 ;

MOREILLON LAURENT, Introduction générale, in Commentaire Romand Entraide internationale en matière pénale : Loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) etc., Moreillon Laurent (éditeur), Bâle et al. (Helbing et Lichtenhahn) 2004 ;

OBERSON XAVIER, « La nouvelle politique suisse fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux : Un an après », IFF 2010 (à paraître), (cité : Un an après) ;

OBERSON XAVIER, *Précis de droit fiscal international*, 3^{ème} éd., Berne et al. (Staempfli) 2009 (cité : Précis) ;

OBERSON XAVIER, « L'échange international de renseignements en matière fiscale : récents développements et perspectives pour la Suisse », in : *L'entraide administrative*. Genève et al. (Schultess) 2005, p. 127 (cité : L'échange international de renseignements en matière fiscale) ;

OBERSON XAVIER, « Le nouveau Modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale : Un tournant en faveur de l'Etat requérant », STR 2003, p. 423 (cité : Le nouveau modèle de convention) ;

PAYCHÈRE FRANÇOIS, « Entraide administrative et secret de fonction, in : *L'entraide administrative*, Bellanger François /Tanquerel Thierry (éditeurs), Genève et al. (Schultess) 2005 ;

ROCHAT DOMINIQUE F./ECKERT JEAN-BLAISE/HULL HOWARD R., Double Imposition Internationale : Impôt sur le revenu La Convention avec les Etats-Unis d'Amérique, FJS 1113 (2000) ;

RIVIER JEAN-MARC, « L'interprétation des conventions de double imposition », RDAF 2000, p. 113 ;

TORRIONE HENRI, « Abus (impôt éludé), fraude et soustraction en droit fiscal suisse : une étude comparative de ces notions à partir de la jurisprudence du TF et de l'arrêt du TAF du 5.3.2009 dans

l'affaire UBS », in : *Evasion fiscale*, Genève et al. (Schulthess) 2010, p. 149 (cité : Abus) ;

TORRIONE HENRI, « Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA », in : *Les Procédures en droit fiscal*, Berne et al. (HAUPT) 2005, p. 907 (cité: Les infractions fiscales) ;

WALDBURGER ROBERT, « Neue Amtshilfebestimmungen in schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen », IFF Forum für Steuerrecht 2009, p. 276 ;

WALDBURGER ROBERT, « Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich », RSDA 6/2009, p. 480 (cité: Aktuelle Entwicklungen) ;

WALDBURGER ROBERT « Assistance administrative et entraide judiciaire internationale en matière fiscale », in : *Les Procédures en droit fiscal*, Berne et al. (HAUPT) 2005, p. 1091 (cité: Assistance administrative) ;

WALDBURGER ROBERT, « Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts », in: *Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Rechtsprechung der Höchstgerichte Deutschlands, der Schweiz und Österreichs*, Wien (LINDE) 1998 (cité: Die Auslegung) ;

ZIMMERMANN ROBERT, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^{ème} éd., Bruxelles et al. (Staempfli) 2009 ;

« L'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS SUIVANT LES NOUVELLES CONVENTIONS SUISSE-FRANCE ET SUISSE-USA. LE CHANGEMENT QUE CES CONVENTIONS REPRÉSENTENT DU POINT DE VUE SUISSE. »	1
INTRODUCTION	1
I. GÉNÉRALITÉS	3
1. <i>Notions et délimitations</i>	3
1) L'assistance internationale en matière administrative.....	3
2) L'échange de renseignements en matière fiscale	4
2. <i>Quelques principes applicables à l'assistance internationale en matière administrative</i>	4
1) Le principe de proportionnalité	4
2) Le principe de spécialité	6
3) Le principe de subsidiarité.....	7
II. LES CLAUSES D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS DANS LES CONVENTIONS AMÉRICANO-SUISSE ET FRANCO-SUISSE AVANT RÉVISION.....	7
1. <i>L'art. 26 CDI USA avant révision (CDI USA 1996)</i>	7
1) L'obligation réciproque d'échanger des renseignements	7
a. Les renseignements nécessaires	8
b. L'échange de renseignements en vue de l'application de la Convention	9
c. L'échange de renseignements en cas de fraudes et délits semblables.....	10
d. Le type de documents exigibles	11
2) Le caractère confidentiel des renseignements échangés.....	12
3) Les limites à l'échange de renseignements.....	12
a. Le respect des garanties de procédure	13
b. Le secret fiscal.....	14
c. Le secret bancaire.....	14
4) Les exigences formelles.....	18
a. Le contenu de la demande	18
b. La désignation du contribuable	19
c. La désignation du tiers détenteur présumé.....	20
2. <i>L'affaire UBS : facteur déclenchant ?</i>	20
3. <i>L'art. 28 de la CDI F avant révision (aCDI F)</i>	23
1) L'obligation réciproque d'échanger des renseignements	23
2) Les renseignements nécessaires.....	23

3) L'échange de renseignements en vue de l'application de la Convention	23
III. LES NOUVELLES CLAUSES D'ÉCHANGES DE RENSEIGNEMENTS	24
1. <i>L'art. 26 CDI USA de 2009 (CDI USA)</i>	24
1) L'obligation réciproque d'échanger des renseignements	24
a. Le type d'échange prévu	25
b. La notion de pertinence vraisemblable.....	26
c. L'abandon de l'exigence de soupçons de commission d'une fraude fiscale et délits semblables	28
2) La clause de confidentialité	28
3) Les limites.....	29
a. La protection des données	29
b. Le secret bancaire en droit interne	31
4) L'échange de renseignements en l'absence d'intérêt fiscal propre	31
5) La limite aux limites	32
6) Les exigences formelles.....	34
a. La désignation du contribuable	34
b. La désignation du tiers détenteur présumé.....	37
2. <i>L'art. 28 de la CDI F d'août 2009 (CDI F)</i>	38
1) La clause élargie d'échange de renseignements	38
2) Les exigences formelles.....	39
a. La désignation du contribuable	39
b. La désignation du tiers détenteur présumé.....	39
CONCLUSION.....	43