

SURVEILLANCE

L'entraide administrative selon les standards de l'OCDE

Mutual Assistance in Tax and Financial Matters

Jean-Luc Bochatay, Monica Favre, FBT Lawyers

RAPPEL DES FAITS

La Suisse s'est engagée sur la voie du réexamen de sa collaboration internationale en matière fiscale, en reprenant les standards de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) relatifs à l'assistance administrative, conformément à son article 26 du Modèle de Convention (MCOUDE).

La position de la Suisse en matière d'entraide administrative et d'échange de renseignements fiscaux développée dans son droit international était traditionnellement restrictive, basée sur la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale, et sur l'opposabilité de son secret bancaire, ces deux principes étant ancrés dans son droit national.

La pression sur le secret bancaire ne date toutefois pas de la crise financière de 2008 et de la déclaration du G20 à Londres en avril 2009. En 2000 déjà, dans son rapport sur l'accès aux renseignements bancaires, l'OCDE avait énoncé une norme idéale, à savoir que «[tous] les pays membres devraient autoriser les administrations fiscales à accéder, directement ou indirectement, aux renseignements bancaires à toutes fins fiscales afin qu'elles puissent s'acquitter totalement de leur mission de recouvrement des recettes fiscales et procéder à des échanges de renseignements efficaces avec leurs partenaires conventionnels»¹. La Suisse avait alors signifié à l'OCDE, dans le cadre de la consultation sur l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, qu'elle n'avait guère la possibilité d'accéder à ces renseignements en raison du secret bancaire scellé dans sa législation. L'implémentation de cette norme idéale s'est imposée à la Suisse sous la menace – dès le printemps 2009 - de la fameuse «liste noire» d'Etats jugés non coopératifs en matière fiscale dressée par l'OCDE.

REMINDER OF THE FACTS

Switzerland has embarked on the re-examination of its international cooperation in tax matters, by adopting the standards of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) relative to administrative assistance, pursuant to Art. 26 of the Model Convention (OECD MC).

Switzerland's position with regard to mutual administrative assistance and exchange of information in tax matters developed in its international law was traditionally restrictive and was based on the distinction between tax evasion and tax fraud as well as on the reservations arising from its banking secrecy; these two principles are provided for in its domestic legislation.

However, the pressure on banking secrecy does not date back to the 2008 financial crisis and the G20 declaration of April 2009 in London. Already in 2000, the OECD had formulated in its report on the disclosure of banking information an ideal standard, i. e. that «[all] Member countries should permit access to bank information, directly or indirectly, for all tax purposes so that tax authorities can fully discharge their revenue raising responsibilities and engage in effective exchange of information with their treaty partners»¹. At that time, Switzerland had notified the OECD, within the framework of the consultation on the access to bank information for tax purposes, that the OECD could not have access to such information because of the banking secrecy provided for in its legislation. The implementation of this ideal standard was imposed on Switzerland under the threat that it figures – as from spring 2009 – on the well-known «black list» of non-cooperative States in tax matters established by the OECD.

¹ Rapport OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, avril 2000.
¹ Report of the OECD, «Improving Access to Bank Information for Tax Purposes», April 2000.

La Suisse le constate à ses dépens, cette pression de l'OCDE continue à s'exercer dans le cadre du processus de revue par les pairs mené actuellement par le forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. Toute tentative de restriction d'accès aux renseignements bancaires, notamment par le biais d'exigences formelles que devrait impérativement respecter la requête d'entraide, fait courir le risque d'un échec à ce processus, signifiant une probable relégation aux bans des Nations jugées non coopératives en matière fiscale.

MISE EN CONFORMITÉ AUX STANDARDS DE L'OCDE

En appelant les Etats à mettre fin à des pratiques qui limitent ou entravent la capacité dont dispose un autre Etat d'appliquer le système d'imposition qu'il a choisi², en stipulant que les échanges de renseignements ne doivent pas être limités par les principes de double incrimination en matière fiscale pénale ou par l'absence d'intérêt fiscal national, l'OCDE a invité l'ensemble des Etats à appliquer sans réserve et selon son interprétation les normes contenues dans le Modèle d'Accord sur l'échange d'information en matière fiscale diffusé en avril 2002 (MAER). La Suisse a répondu à cette demande, en paraphant et signant – depuis 2009 – plus d'une trentaine de conventions bilatérales de double imposition (CDI) avec ses principaux partenaires, contenant les clauses d'échange d'information requises.

MISE EN ŒUVRE DE L'ENTRAIDE ADMINISTRATIVE

Dans le cadre de sa mise en conformité aux standards de l'OCDE, la Suisse a cherché à obtenir le respect de «conditions cadres» jugées indispensables à sa sécurité juridique. Pourtant, bon nombre de ces principes, évoqués ci-après, pourraient être partiellement remis en cause lors de la mise en application de l'entraide administrative en matière fiscale par la Suisse.

PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

L'Etat requérant doit formuler ses demandes de renseignements auprès de l'Etat requis qu'après avoir utilisé les sources d'informations habituelles prévues par sa législation interne³. Certaines conventions font état non pas d'une simple utilisation mais d'un épuisement des sources de renseignements habituelles prévues par la législation de l'Etat requérant.

Switzerland notes at its expense that this pressure on the part of the OECD continues to be exerted in the frame of a process of Peer Review currently carried out by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. Any attempt to restrict the access to bank information, notably through formal requirements which should be absolutely complied with when dealing with the request of mutual assistance, triggers the risk of failure of this process, which would mean a possible ostracism for non-cooperation in tax matters.

COMPLIANCE WITH THE OECD STANDARDS

By calling on the States to «to eliminate practices that restrict or frustrate the ability of another country to enforce its chosen system of taxation»², stipulating that the exchange of information must not be limited by principles of double incrimination in criminal tax matters or by the absence of domestic tax interest, the OECD has invited all States to implement without reserve and according to its interpretation the standards set forth in the Tax Information Exchange Agreement issued in April 2002 (TIEA). Switzerland has responded to this request, by initialing and signing – as from 2009 – more than thirty bilateral double taxation agreements (DDA) with its main partners, which contained the required provisions on the exchange of information.

IMPLEMENTATION OF THE MUTUAL ADMINISTRATIVE ASSISTANCE

Within the framework of the compliance with the OECD standards, Switzerland has sought to obtain compliance with the «framework conditions» considered absolutely necessary to ensure legal certainty. Yet, several of these principles, mentioned hereunder, could be partially challenged at the time of the implementation of the mutual administrative assistance in tax matters by Switzerland.

PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

The requesting State must file its requests for information with the requested State only after having used the usual sources of information provided for in its domestic legislation³. Certain conventions do not mention a simple use but the exhaustion of the usual sources of information provided for in the legislation of the requiring State.

² Déclaration du G20, Berlin, 21-24 novembre 2004, reprise dans le Rapport OCDE, Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, 19 janvier 2010.

³ Voir par exemple le Protocole additionnel de la CDI Suisse-France, point XI.

² «G20 Statement on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes», Berlin, 21-24 November 2004, mentioned in the report of the OECD «Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes», 19 January 2010.

³ See for instance the Additional Protocol of the Swiss-France DTA, point XI.

Certains Etats, parmi lesquels la France, ont pour pratique d'engager des procédures d'entraide administrative alors que le contribuable visé par la requête n'est pas informé de l'existence même d'une procédure à son égard (aucune demande quant au renseignement recherché ne lui a donc été adressée) ; on peut légitimement se poser la question du respect du principe de subsidiarité dans ce contexte.

PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ

Du point de vue suisse, ce principe signifie généralement que l'Etat requérant ne peut utiliser les informations demandées qu'en rapport avec les personnes ou les actes pour lesquels la demande a été faite, puis a été accordée. L'autorité suisse est tenue de prendre garde à ce que la spécialité soit respectée par l'Etat requérant. Ceci paraît pourtant un vœu pieu, tant le contrôle à l'étranger de l'information transmise sera extrêmement difficile en pratique.

Il semble dès lors souhaitable que le détenteur des renseignements et l'autorité requise puissent coopérer à l'identification et à la «conservation» sur sol suisse des renseignements non pertinents quant à la personne et au but fiscal visés par la requête d'entraide administrative. La protection des tiers non visés par la demande de renseignements mais qui en revanche peuvent être affectés dans leurs intérêts (en particulier la protection de leur sphère privée) devrait être assurée concrètement dans le cadre de la procédure d'entraide administrative en Suisse, ce d'autant que les documents susceptibles d'être transmis à l'Etat requérant peuvent être «bancaires» et que les tiers «divulgués» par ces documents peuvent être également clients de la banque (tiers détenteur des renseignements), auquel cas ils doivent pouvoir compter sur la protection du secret bancaire.

PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ

En l'absence de dispositions particulières réglant cette question, l'Etat requis ne dispose d'aucune base juridique pour refuser une demande portant sur des renseignements antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention. Le commentaire du MCOCDE précise, «[la] convention n'empêche en aucune manière l'application des dispositions de l'article à des échanges de renseignements qui existaient avant l'entrée en vigueur de la convention dès lors que l'assistance concernant ces renseignements est fournie après l'entrée en vigueur de la convention et après que les dispositions de l'article soient devenues effectives»⁴. Le commentaire du MCOCDE précise

Certain States, among which France, usually start legal mutual administrative assistance proceedings when the taxpayer under examination is not even informed of the existence of these proceedings (he has not received any request for the information sought); in this context, one can legitimately challenge the principle of subsidiarity.

PRINCIPLE OF SPECIALITY

From a Swiss perspective, this principle means in general that the requesting State can use the requested information only with regard to the persons and acts for which the request has been made and then granted. The Swiss authority has the duty to ensure that the speciality be complied with by the requesting State. This seems wishful thinking, as the monitoring abroad of the information transmitted will be extremely difficult from a practical point of view.

Thus, it appears to be desirable that the holder of the information and the requested authority could cooperate in the identification and the «conservation» in Swiss territory of non-relevant information on the person under examination and on the tax purpose of the request for mutual administrative assistance. The protection of third parties that are not targeted by the request for information but whose interests could be affected (in particular the protection of their privacy) should be concretely carried out within the framework of the mutual administrative assistance procedure in Switzerland, all the more since the documents likely to be transmitted to the requesting State may be «bank documents» and the third parties «disclosed» by these documents may also be clients of the bank (third holders of information), in which case they should be able to count on the protection of banking secrecy.

PRINCIPLE OF NON-RETROACTIVITY

In the absence of particular provisions governing this question, the requested State does not have any legal basis to refuse a request concerning information that existed prior to the entry into force of the convention. The comment of the OECD MC states that «Nothing in the Convention prevents the application of the provisions of the Article to the exchange of information that existed prior to the entry into force of the Convention, as long as the assistance with respect to this information is provided after the Convention

⁴ Commentaire MCOCDE 10.3.

⁴ Commentary on Art. 26 OECD MC 10.3.

toutefois que «les Etats contractants peuvent juger utile de préciser dans quelle mesure les dispositions de cette convention entreront en vigueur en ce qui concerne des impôts dus ou prélevés à partir d'une certaine date»⁵. Le MAER prévoit une clause de non-rétroactivité similaire⁶.

Il faut cependant souligner que cette non-rétroactivité porte sur la notion d'exercice fiscal et d'obligations fiscales, mais pas sur le renseignement recherché. Selon le commentaire de l'article 15 al. 4 MAER, les règles du paragraphe relatif à la non-rétroactivité «n'empêchent pas une partie contractante de demander des renseignements antérieurs à la date de prise d'effet de l'Accord, dès lors que ces renseignements se rattachent à un exercice fiscal ou à une opération imposable qui sont postérieurs à la date de prise d'effet»⁷.

Ainsi, le principe de non-rétroactivité ne fait pas échec à une demande de l'Etat requérant concernant des pièces bancaires antérieures à l'entrée en vigueur de la convention en matière d'échange de renseignements (prévue par exemple au 1er janvier 2009) dans la mesure où ce renseignement est utile à l'imposition de la personne visée pour la période fiscale 2011, par exemple.

De plus, le droit fiscal de nombreux Etats de l'OCDE autorise leur administration à taxer par appréciation, selon des indices concluants, des contribuables pour lesquels ils ne disposent pas de tous les renseignements requis. Ainsi, l'Etat requérant qui aurait obtenu des renseignements sur un compte bancaire au 1er janvier 2011 appartenant à l'un de ses contribuables, pourrait décider de taxer celui-ci sur les périodes fiscales antérieures, en présumant que ce compte existait déjà par le passé. Il s'agirait là d'un effet «rétroactif induit» du droit fiscal interne de l'Etat requérant.

PRINCIPE DE LA BONNE FOI

L'Ordonnance relative à l'entraide administrative d'après les conventions de double imposition (OACDI) actuellement en vigueur de même que le projet de loi sur l'entraide administrative en matière fiscale (LAAF) prévoient le rejet d'une requête qui violerait le principe de la bonne foi, notamment lorsqu'elle se fonde sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse⁸.

En théorie, il ne serait donc pas possible d'obtenir l'entraide administrative en se fondant sur des

has entered into force and the provisions of the Article have become effective»⁴. The commentary of the OECD MC states, however: «Contracting States may find it useful, however, to clarify the extent to which the provisions of the Article are applicable to such information, in particular when the provisions of that Convention will have effect with respect to taxes arising or levied from a certain time»⁵. TIEA provides for a similar non-retroactivity clause⁶.

It must be emphasized that this non-retroactivity concerns the notions of taxable period and tax obligations, but not the information sought. Pursuant to the commentary of Art. 15 para. 4 TIEA, the rules of the paragraph on non-retroactivity «do not preclude an applicant Party from requesting information that precedes the effective date of the Agreement provided it relates to a taxable period or chargeable event following the effective date»⁷.

Accordingly, the principle of non-retroactivity does not impede a request of the requesting State concerning bank documents that precede the entry into force of the convention on the exchange of information (expected for instance on January 1st, 2009) since this information is useful for the taxation of the concerned person for the 2011 tax period, for example.

Moreover, the tax law of several OECD member States authorizes their tax administration to tax by assessment, on the basis of conclusive clues, taxpayers for whom they do not possess all required information. Thus, the requesting State that would have obtained information on a bank account on January 1, 2011, belonging to one of its taxpayers could decide to tax him for the previous tax periods assuming that this account already existed in the past. This would be a «side effect retroactivity» of the domestic tax law of the requesting State.

PRINCIPLE OF GOOD FAITH

The Ordinance on the Administrative Assistance according to Double Taxation Treaties (OAAATC) currently in force as well as the draft of the new Tax Administrative Assistance Act (LAAF) provide for the refusal of a request that would be contrary to the principle of good faith, notably when it is based on information obtained through criminal acts under Swiss law⁸.

⁵ Commentaire MCOCE 10.3.

⁶ Art. 15 al. 4 du MAER.

⁷ Commentaire MAER 114.

⁸ Art. 5 al. 2 OACDI ; Art 7 let. c projet LAAF.

⁵ Commentary on Art. 26 OECD MC 10.3.

⁶ Art. 15 para. 4 TIEA.

⁷ Commentary TIEA 114.

⁸ Art. 5 para. 2 OAAATC ; Art 7 para. c draft LAAF.

documents bancaires volés. Toutefois, pour bon nombre d'observateurs, y compris l'Office fédéral de la justice⁹, cette disposition de droit interne suisse destinée à protéger le principe de la bonne foi pourrait rester lettre morte dans la mesure où elle contreviendrait aux règles en matière d'échange de renseignements contenues dans les CDI conclues (ou amendées) récemment par la Suisse.

EXIGENCES FORMELLES DE LA REQUÊTE

Le projet de LAAF ainsi que certaines CDI signées par la Suisse règlent l'examen préliminaire de la demande d'entraide de l'Etat requérant, en fixant un certain nombre de conditions et d'informations indispensables à sa recevabilité. En particulier, celle-ci doit contenir le nom (et parfois l'adresse) de la personne faisant l'objet du contrôle.

Cette identification indubitable de la personne visée par le nom serait pourtant trop restrictive selon l'OCDE, observation faite que le commentaire du MAER au sujet de l'obligation de communiquer «l'identité de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête»¹⁰ semble privilégier une interprétation souple et peu formaliste: «lorsqu'une partie demande des renseignements sur un compte et que l'identité du ou des titulaires du compte n'est pas connue, les conditions [de l'identification de la personne visée] peuvent être remplies en fournissant le numéro du compte ou des renseignements d'identification similaires»¹¹.

ET DEMAIN?

La Suisse n'a certainement pas mesuré toutes les implications de l'adoption des nouvelles dispositions conventionnelles en matière d'entraide administrative.

La Suisse peut bien imposer son interprétation de l'entraide administrative tant dans une loi fédérale que dans ses conventions, il n'en restera pas moins que la pression pour une mise en œuvre selon les normes autonomes édictées par l'OCDE est forte, au risque, en cas de non respect de celles-ci, de se voir juger d'Etat non coopératif, avec toutes les conséquences que cela suppose¹².

De la décision politique suisse du 13 mars 2009¹³ aux premières requêtes étrangères, il est certain que les pressions sur le secret bancaire et les difficultés d'implémentation de l'entraide administrative seront encore nombreuses. La position des tribunaux et les résultats des examens par les pairs seront une précieuse source d'information et d'éléments de réponse aux questions qui se posent, permettant aux parties impliquées dans le processus de l'entraide administrative de prétendre à plus de prévisibilité et de sécurité juridiques.

In theory, it would not be possible to obtain administrative assistance on the basis of stolen bank documents. However, for numerous observers, including the Federal Office of Justice⁹, this provision of Swiss domestic law aiming at protecting the principle of good faith could go unheeded since it would be contrary to the rules on the exchange of information set forth in the DTA recently concluded (or amended) by Switzerland.

FORMAL REQUIREMENTS OF THE REQUEST

The draft LAAF as well as some of the DTA signed by Switzerland govern the preliminary examination of the request for assistance of the requesting State by providing for a certain number of conditions and information absolutely necessary for its admissibility. In particular, it must mention the name (and sometimes the address) of the person under examination.

This indubitable identification of the subject person by the name would be too restrictive according to the OECD, being mentioned that the TIEA Commentary regarding the obligation to communicate «the identity of the person under examination or investigation»¹⁰ seems to favor a flexible and non-formalistic interpretation: «Where a Party is asking for account information but the identity of the accountholder(s) is unknown, [the conditions of identification of the person under examination] may be satisfied by supplying the account number or similar identifying information»¹¹.

WHAT ABOUT TOMORROW?

Switzerland has certainly not assessed all the implications of the adoption of new conventional provisions on administrative assistance.

It may impose its interpretation of administrative assistance through a federal law but also through its conventions; however, the pressure for an implementation following independent standards enacted by the OECD is strong and triggers the risk, in the event of non-compliance with OECD standards, of being judged as a non cooperative State, with all the consequences it entails¹².

From the political decision of 13 Mars 2009¹³ to the first foreign requests, the pressure on banking secrecy and the difficulties of the implementation of administrative assistance are certainly still considerable. The position of the courts and the results of the Peer Reviews will be a precious source of information and of facts allowing answers to the questions raised so that the parties implicated in the process of administrative assistance can seek more predictability and legal certainty.

9 Avis de droit du 23 février 2010 de l'Office fédéral de la justice, JAAC 2/2010 du 3 août 2010.

10 Art. 5 al. 5 let. a MAER.

11 Commentaire MAER 58.

12 Voir en particulier la France et sa liste autonome d'Etats jugés non-coopératifs : taxation à hauteur de 50% des dividendes, intérêts et redevances versés par des entités françaises à des destinataires domiciliés dans ces Etats non coopératifs.

13 Communiqué du Conseil fédéral du 13 mars 2009, qui stipule : « le Conseil fédéral a décidé aujourd'hui que la Suisse reprendrait les standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale, conformément à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE ... »

9 Legal opinion of 23 February 2010 of the Federal Office of Justice, JAAC 2/2010 of 3 August 2010.

10 Art. 5 para. 5 para. a TIEA.

11 Commentary TIEA 58.

12 See in particular France and its independent list of States deemed non-cooperative: taxation of 50% of dividends, interest and royalties paid by French entities to recipients domiciled in these non-cooperative States.

13 Press release of the Federal Council of 13 March 2009, which states: «The Federal Council has announced today that Switzerland intends to adopt the OECD standard on administrative assistance in tax matters in accordance with Art. 26 of the OECD Model Tax Convention ...»