

L'IMPACT DE L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE
RENSEIGNEMENTS SUR LES DÉNONCIATIONS SPONTANÉES

Mémoire de Master

par

Monica Lourenço

sous la direction du

Prof. Dr. Yves Noël

Lausanne, le 13 mai 2019

* * *

« Nous sommes certainement à la veille d'une nouvelle ère dans l'histoire de la fiscalité internationale »

M. Muhammad Chatib Basri, 2013¹.

¹ Muhammad Chatib Basri, ministre des finances d'Indonésie lors du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, Jakarta, Indonésie 21-22 novembre 2013, cité dans : Communiqué OCDE, *Forum mondial*.

Table des matières

Table des abréviations	V
1. Introduction	1
1.1. Généralités.....	1
1.2. Formes d'assistance administrative.....	2
1.2.1. Sur demande.....	2
1.2.2. Spontanée.....	4
1.2.3. Automatique.....	5
2. Échange automatique de renseignements	5
2.1. Généralités.....	5
2.2. Bases légales	7
2.2.1. Bases légales internationales.....	8
2.2.1.1. Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.....	8
2.2.1.1.1. Généralités	8
2.2.1.1.2. Nature.....	8
2.2.1.1.3. Champ d'application	9
2.2.1.1.3.1. Objets et personnes visées.....	9
2.2.1.1.3.2. Impôts visés.....	9
2.2.1.1.4. Formes d'assistance	10
2.2.1.1.5. Réserves et déclarations de la Suisse	10
2.2.1.2. Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (AMAC) et Norme commune de déclaration (NCD)	11
2.2.1.2.1. Généralités	11
2.2.1.2.2. Structure de l'Accord multilatéral.....	12
2.2.1.2.3. Norme commune de déclaration	13
2.2.1.2.3.1. Généralités.....	13
2.2.1.2.3.2. Champ d'application subjectif : « institutions financières déclarantes ».....	13
2.2.1.2.3.2.1. Institution financière déclarante.....	13
2.2.1.2.3.2.2. Institution financière non déclarante.....	14
2.2.1.2.3.3. Champ d'application objectif : « comptes déclarables ».....	15
2.2.1.2.3.3.1. Compte financier.....	16
2.2.1.2.3.3.2. Détenteur de compte	16
2.2.1.2.3.4. Renseignements échangés	17
2.2.2. Bases légales internes : loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR) et son ordonnance (OEAR)	18
2.2.2.1. Généralités	18
2.2.2.2. Obligation d'informer des institutions financières suisses déclarantes.....	19
2.2.2.3. Droits et obligations des personnes devant faire l'objet d'une déclaration.....	19
2.2.2.4. Transfert de renseignements	20

2.2.2.5. Sanctions pénales	21
2.3. Synthèse	21
3. Dénonciation spontanée non punissable.....	21
3.1. Généralités.....	21
3.2. Infraction concernée : la soustraction d'impôt.....	23
3.2.1. Impôts directs	23
3.2.2. Impôts indirects	24
3.3. Amnésie individuelle	24
3.4. Rappel d'impôt simplifié pour les héritiers	26
3.5. Conditions	27
3.5.1. Première dénonciation spontanée.....	27
3.5.2. Absence de connaissance des autorités fiscales	28
3.5.3. Collaboration du contribuable.....	30
3.5.4. Effort du paiement du montant dû.....	31
3.6. Conséquences	31
3.7. Dénonciation spontanée ultérieure	32
3.8. Synthèse	32
4. Changements apportés dès 2018 : vers une suppression de la dénonciation spontanée ?.....	33
4.1. Prise de position des autorités fiscales	33
4.1.1. Administration fédérale des contributions	33
4.1.2. Administrations fiscales cantonales	34
4.1.3. Conséquences pratiques	34
4.2. Liens avec le secret bancaire	35
4.2.1. Généralités.....	35
4.2.2. Base légale.....	35
4.2.3. Situation internationale	35
4.2.4. Situation interne	36
4.2.5. Conséquences pratiques	36
5. Conclusion.....	36
Bibliographie.....	38

Table des abréviations

AFC	Administration fédérale des contributions
AMAC	Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (MCAA, <i>Multilateral Competent Authority Agreement</i> ; RS 0.653.1)
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
c.	considérant(s)
ch.	chiffre(s)
CDI	convention(s) de double imposition
CDI CH-FR	Convention du 9 septembre 1966 entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales (RS 0.672.934.91)
CF	Conseil fédéral
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
DFF	Département fédéral des finances
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
EAR	Échange automatique de renseignements
édit.	éditeur(s)
ENF	Entité non financière (<i>NFE, Non Financial Entity</i>)
FF	Feuille fédérale
G20	Groupe des vingt
LAAF	Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (RS 651.1)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0)
LEAR	Loi fédérale du 18 décembre 2015 sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (RS 653.1)
let.	lettre
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LMSD	Loi cantonale du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations (RSV 648.11)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données

	(RS 235.1)
LT	Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10)
LTVA	Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20)
Modèle OCDE	Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune élaboré par l'OCDE
NCD	Norme commune de déclaration (Norme commune de l'OCDE en matière de déclaration et de diligence raisonnable concernant les renseignements relatifs aux comptes financiers ; <i>CRS, Common Reporting Standard</i>)
n°	numéro(s)
OAAF	Ordonnance du 23 novembre 2016 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (RS 651.11)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OEAR	Ordonnance du 23 novembre 2016 sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (RS 653.11)
p.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSV	Recueil systématique du droit vaudois
SFI	Secrétariat d'État aux questions financières internationales SFI
ss	et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TVA	taxe sur la valeur ajoutée

1. Introduction

1.1. Généralités

En réponse aux multiples scandales ayant ébranlé la moralité publique un peu partout dans le monde², une grande mobilisation s'est formée au sein de nombreux États qui se sont donné pour but de combattre la fraude fiscale. La Suisse a joué un rôle non négligeable dans ce projet, en raison de sa réputation de paradis fiscal due au secret bancaire, lequel a dû finalement être abandonné – au niveau international – face à la pression des gouvernements étrangers au mois de mars 2009³. Le plus grand pas a été réalisé par l'OCDE avec l'élaboration d'une norme internationale concernant l'échange automatique de renseignements dans le domaine fiscal. Ces travaux, menés suite à l'instauration des accords FATCA par les États-Unis⁴, avaient pour but de rendre l'échange d'informations plus accessible. Jusque-là une assistance administrative était bien plus complexe car il fallait faire une demande à l'État requis et remplir la condition de la « vraisemblance pertinente »⁵ des renseignements demandés pour l'application des « dispositions de la [convention en question] ou pour l'administration ou l'application de la législation interne »⁶.

Suite à cela, un consensus s'est formé entre les principaux pays développés qui sont parvenus à imposer l'échange automatique au niveau international. Cette nouvelle forme d'échange d'informations est aujourd'hui le standard international qui s'est imposé dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale. Elle implique un échange automatique des informations bancaires, sans qu'aucune demande d'un État requérant ne soit nécessaire. Ce système a été mis en œuvre récemment en Suisse. La récolte des renseignements a effectivement commencé au début de l'année 2017 et les échanges étaient prévus à partir du mois de septembre 2018⁷. Nous nous trouvons donc à un tournant de l'histoire du droit fiscal qui devrait mener petit à petit à la transparence totale en matière fiscale.

Avec de tels changements dans le cadre de l'accès aux renseignements bancaires, il est légitime de se demander ce qu'il adviendra de la dénonciation spontanée dans un futur proche. En effet, si les renseignements relatifs aux comptes financiers sont désormais accessibles en permanence aux autorités fiscales, comment les contribuables peuvent-ils remplir les conditions de l'annonce spontanée ? Cela signifie-t-il que la dénonciation spontanée perdra progressivement du sens et que les dispositions la prévoyant seront bientôt désuètes ? Nous tenterons de répondre à ces questions dans le présent travail.

² Notamment : Panama Papers, Malta files, Paradise papers.

³ Communiqué CF, *Standards OCDE* ; voir aussi : GREMAUD Rinny, *Le secret bancaire suisse*, Le Temps, 10 février 2010, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/secret-bancaire-suisse> (consulté le 5 mars 2019).

⁴ KNIGHT, p. 251.

⁵ Art. 26 par. 1 MC-OCDE.

⁶ *Idem* ; en réalité, selon l'interprétation du TF de la notion de la « pertinence vraisemblable », nous verrons que la Suisse peut difficilement refuser une demande de renseignements, voir ATF 142 II 161 c. 2.1.1 et 2.1.2 concernant la CDI CH-FR.

⁷ Communiqué DFF, *Premier échange de renseignements*.

D'abord, nous présenterons l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale. Nous verrons ainsi en détail les différentes formes d'assistance administrative, les bases légales de l'échange automatique ainsi que son champ d'application afin de comprendre son fonctionnement. Ensuite, nous présenterons la dénonciation spontanée telle qu'elle est en vigueur actuellement dans le droit suisse, principalement concernant les impôts directs (revenu et fortune) mais également avec quelques incursions dans les impôts indirects (impôt anticipé, taxe sur la TVA et droit de timbre). Enfin, nous aborderons les conséquences de l'EAR sur les possibilités de dénonciation spontanée. La partie finale sera consacrée à la comparaison des positions adoptées par les autorités fiscales suisses.

1.2. Formes d'assistance administrative

En Suisse, il existe actuellement trois formes d'assistance administrative en matière fiscale. L'introduction de ces différentes formes s'est faite graduellement et sur divers fondements juridiques. En effet, l'échange sur demande se pratiquait déjà depuis plusieurs années, sur la base de conventions de double imposition conclues par la Suisse. Ensuite, avec l'engouement très rapide de la communauté internationale des dernières années pour une transparence en matière fiscale, la Suisse a conclu de nouveaux accords, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017, permettant l'échange spontané puis l'échange automatique de renseignements⁸.

Il faut en outre préciser que ces formes ne sont pas indépendantes les unes des autres mais se complètent mutuellement⁹. Par exemple, des informations qui ne pourraient être accessibles sur la base de l'échange automatique pourraient, en revanche, faire l'objet d'une demande de l'État requérant à l'État requis.

1.2.1. Sur demande

Comme son nom l'indique, l'échange de renseignements sur demande implique que l'État requérant introduise une demande à l'État requis en vue d'obtenir des renseignements fiscaux. La demande doit être motivée et concerner un contribuable en particulier. Une demande groupée est néanmoins possible si elle permet d'identifier les personnes concernées sans toutefois constituer une « pêche aux renseignements »¹⁰. L'échange sur demande est prévu par

⁸ Il existe d'ailleurs d'autres formes d'échange mais nous nous attarderons uniquement sur les trois mentionnées car ce sont les plus répandues au niveau international et celles actuellement en vigueur en Suisse ; pour un aperçu sur les autres formes, voir par exemple OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017*, 6 décembre 2018, n° 9 et 9.1 *ad art.* 26.

⁹ Rapport explicatif AMAC et LEAR, p. 12.

¹⁰ WINIGER, p. 5 ; SCHELLER, p. 65 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral, 5 mars 2009 (A-7342/2008 et A-7426/2008), publié dans RDAF 2009 II 293, cité par OBERSON Xavier, *L'admissibilité des demandes dites groupées dans le cadre des CDI conclues après le 13 mars 2009*, Archives 82, p. 433-449, p. 434 : dans cette affaire concernant UBS, le TAF a admis la transmission des renseignements au fisc américain bien que la demande ne contienne pas le nom des personnes concernées mais la description exacte d'un comportement déterminé. Le TAF a donc confirmé la possibilité de demandes groupées à la Suisse tant que cela ne relève pas d'une « pêche aux renseignements », c'est-à-dire d'une recherche de preuves.

l'art. 26 du modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune ¹¹ (ci-après : « Modèle OCDE »). Depuis le 1^{er} janvier 2017, il trouve également son fondement à l'art. 5 de la Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale¹² (ci-après : « Convention »). Le Modèle OCDE est repris dans nos conventions de double imposition avec les États partenaires.

L'idée d'un échange d'informations fiscales au niveau international n'est pas nouvelle. En effet, l'art. 26 du Modèle OCDE le prévoyait déjà en 1963 en vue de la correcte application de la convention concernée et des lois internes des États contractants¹³. Le Modèle OCDE a subi différentes modifications au fil des années parmi lesquelles celle introduite en 2005 sur l'impossibilité d'invoquer le secret bancaire pour refuser l'échange de renseignements¹⁴. Cette disposition n'étant pas dans l'intérêt de la Suisse, le Conseil fédéral avait à l'époque émis une réserve à son égard. Il l'a finalement abandonnée en 2009 afin de « préserver la compétitivité et le positionnement international de la place financière suisse »¹⁵.

Une condition essentielle de l'art. 26 du Modèle OCDE est la « vraisemblance pertinente ». Elle permet d'offrir un large échange d'informations fiscales tout en évitant la « pêche aux renseignements »¹⁶, c'est-à-dire lorsqu' « il est peu probable [que les renseignements] aient un lien avec une enquête ou un contrôle en cours »¹⁷. Pour que les informations demandées soient « vraisemblablement pertinentes », il faut donc qu'une enquête soit en cours dans l'État requérant. Il faut également que « les sources habituelles de renseignements prévues par la procédure fiscale interne »¹⁸ aient été épuisées¹⁹. La vraisemblance pertinente, qui n'est pas requise dans le cadre de l'échange automatique, constitue une limite à l'échange de renseignements.

En ce qui concerne l'exécution de cette forme d'échange, elle est assurée en droit suisse par la LAAF ainsi que par l'OAAF. Pour mener à bien sa mission, l'AFC suit donc la procédure prévue dans la LAAF. Un chapitre entier y est consacré à l'échange sur demande²⁰. Il prévoit notamment que l'AFC n'entre pas en matière dans certains cas, notamment lorsqu'il s'agit d'une « pêche aux renseignements » (art. 7 LAAF). Un droit d'information préalable à

¹¹ OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017*, 6 décembre 2018.

¹² Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, conclue le 25 janvier 1988, telle qu'amendée par le Protocole du 27 mai 2010, RS 0.652.1.

¹³ OBERSON, *Commentaire MC OCDE*, n° 7 ad art. 26.

¹⁴ Pour les autres modifications, voir OBERSON, *Commentaire MC OCDE*, n° 10 ad art. 26.

¹⁵ Communiqué CF, *Standards OCDE*.

¹⁶ OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017*, 6 décembre 2018, n° 5 ad art. 26.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibid.*, n° 9 let. a ad art. 26.

¹⁹ À noter cependant qu'en pratique, la marge de manœuvre de l'AFC est très réduite car elle doit considérer la condition de la « vraisemblance pertinente » acquise dès lors qu'au moment de la requête les informations demandées se révèlent pertinentes, peu importe si après l'échange les renseignements s'avèrent non pertinents. De plus, selon le principe de la confiance, l'État requis ne devrait pas mettre en doute les allégations de l'État requérant, ATF du 16 avril 2018 (2C_28/2017), RDAF 2018 II 269, c. 4.1 ss.

²⁰ Il s'agit du chapitre 2, art. 6 à 22 LAAF.

l'échange est également prévu pour les personnes habilitées à recourir (art. 14 LAAF), à moins que cela ne compromette le but de l'assistance administrative et l'aboutissement de l'enquête (art. 21a LAAF). Il existe par ailleurs deux types de procédures selon que la personne concernée consent à l'échange de renseignements (procédure simplifiée, art. 16 LAAF) ou qu'elle n'y consent pas (procédure ordinaire, art. 17 LAAF). Dans le cas où le consentement de la personne concernée est obtenu, il est irrévocable. Dans le cas contraire, l'AFC émet une décision contre laquelle le contribuable peut recourir. Le recours a en outre un effet suspensif (art. 19 al. 3 LAAF), ce qui signifie que tant que la décision finale ou la décision sur recours n'est pas entrée en force, l'AFC ne peut pas échanger les informations (art. 20 al. 1 LAAF).

Dans ce contexte, il est intéressant de remarquer que pour l'échange sur demande, une procédure d'information rigoureuse ainsi que la possibilité de recourir sont prévues. Nous verrons qu'un tel droit de recours n'est pas possible dans le cadre de l'échange automatique ; cela devrait rendre la procédure d'échange également plus rapide dans ce dernier système²¹.

1.2.2. Spontanée

L'échange spontané de renseignements intervient lorsqu'un État est en possession d'informations fiscales dont il pense qu'elles pourront être utiles pour la taxation du contribuable dans un autre État. Cela signifie que l'échange se fait sans même qu'une demande ait été adressée à l'État qui fournit ces renseignements²².

Cette forme d'échange est prévue au niveau international à l'art. 7 de la Convention²³. Elle prévoit les situations dans lesquelles l'échange spontané doit avoir lieu (art. 7, par. 1) :

- a. *la première Partie a des raisons de présumer qu'il existe une réduction ou une exonération anormales d'impôt dans l'autre Partie ;*
- b. *un contribuable obtient, dans la première Partie, une réduction ou une exonération d'impôt qui devrait entraîner pour lui une augmentation d'impôt ou un assujettissement à l'impôt dans l'autre Partie ;*
- c. *des affaires entre un contribuable d'une Partie et un contribuable d'une autre Partie sont traitées par le biais d'un ou de plusieurs autres pays, de manière telle qu'il peut en résulter une diminution d'impôt dans l'une ou l'autre ou dans les deux ;*
- d. *une Partie a des raisons de présumer qu'il existe une diminution d'impôt résultant de transferts fictifs de bénéficiaires à l'intérieur de groupes d'entreprises ;*
- e. *à la suite d'informations communiquées à une Partie par une autre Partie, la première Partie a pu recueillir des informations qui peuvent être à l'établissement de l'impôt dans l'autre Partie.*

Ces situations constituent la base légale matérielle de l'échange spontané de renseignements. Au niveau national, la LAAF règle la mise en œuvre de cette forme d'échange et délègue au Conseil fédéral le pouvoir de régler les détails dans l'ordonnance correspondante. Ainsi, la LAAF consacre les art. 22a à 22e à l'échange spontané. En raison de la complexité du sujet, beaucoup d'aspects ont été laissés en mains du Conseil fédéral qui a pour consigne de se fonder

²¹ Certains droits sont prévus, mais de manière très limitée. Voir à ce propos le chapitre sur les droits et obligations des personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

²² WINIGER, p. 6 ; BIRRI/ZÜND, p. 21 ; SCHELLER, p. 151.

²³ RS 0.652.1.

sur les normes internationales et la pratique d'autres États (art. 22a al. 1 LAAF). Il incombe aux administrations fiscales cantonales ainsi qu'à l'AFC d'identifier les cas devant faire l'objet d'un échange spontané (art. 22a al. 2 LAAF). Le DFF a le pouvoir d'édicter des directives (art. 22a al. 5 LAAF). À l'instar de l'échange sur demande, il est nécessaire d'informer préalablement la personne concernée par l'échange spontané, à moins que cela ne compromette le but de l'assistance administrative et l'aboutissement de l'enquête (art. 22b al. 1 et 2 LAAF). Pour ce qui est de la procédure, une voie simplifiée ainsi qu'une voie ordinaire sont également prévues, avec la possibilité de faire recours (par renvoi de l'art. 22d LAAF).

Les détails de l'échange spontané sont réglés aux art. 5 à 14 de l'OAAF. L'art. 5 stipule tout d'abord que les cas d'importance mineure peuvent être exclus de l'échange spontané de renseignements. Cela correspond aux cas où la charge supportée par la procédure d'échange spontané serait disproportionnée par rapport aux montants d'impôts potentiellement récupérés.

Il faut préciser que cette forme d'échange n'est pas encore très pratiquée en Suisse. Les normes sur l'échange spontané sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017 prévoyant un premier échange dès janvier 2018²⁴, ce qui ne permet pas encore d'observer une pratique stable dans ce domaine. L'efficacité de l'échange spontané dépend en outre également de la bonne volonté des États²⁵.

1.2.3. Automatique

L'échange automatique est, quant à lui, la forme la plus incisive et vraisemblablement la plus efficace dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale. Il s'agit du mode d'échange qui fait l'objet du présent travail. Nous nous pencherons en conséquence plus longuement sur ce celui-ci.

Cette forme d'échange implique que les renseignements soient communiqués de manière automatique. Cela signifie qu'une demande d'un État requérant n'est plus nécessaire et par conséquent que les conditions d'une demande ne doivent plus être remplies. L'accès à l'information est donc beaucoup plus efficace et la détection d'une infraction fiscale devrait être bien plus rapide. Les renseignements échangés sont prédéfinis avec précision et transmis à l'autre État de façon routinière et à intervalles réguliers²⁶.

Nous allons maintenant présenter plus en détail les diverses bases légales internationales puis nationales qui permettent la mise en œuvre de cette forme d'échange.

2. Échange automatique de renseignements

2.1. Généralités

²⁴ Communiqué DFF, *Échange spontané*.

²⁵ Rapport explicatif Convention et modification LAAF, p. 15.

²⁶ Rapport explicatif AMAC et LEAR, p. 12.

Préalablement à l'ère de l'échange automatique d'informations, il existait déjà des moyens pour les autorités fiscales d'obtenir des informations sur leurs contribuables. Cela était possible, et l'est toujours, par le biais de l'assistance administrative entre autorités fiscales et de l'entraide en matière pénale en ce qui concerne les impôts directs²⁷. Toutefois, afin de lutter contre l'évasion et la fraude fiscale, le besoin de basculer vers un échange automatique des renseignements s'est fait ressentir au sein de la communauté internationale. Bien que la Suisse n'y ait pas été très encline au début des discussions qui ont commencé avec le G20, elle y a adhéré au fil des années et a fini par l'instaurer avec 47 États et territoires, dont l'UE, pour 2017/2018 puis avec 14 nouveaux États partenaires pour 2019²⁸.

Le début des travaux concernant la norme d'échange automatique est souvent imputé à l'OCDE mais en réalité nous la devons au G20. En effet, le G20 a tout d'abord attribué à l'OCDE, en 2013, la tâche de préparer une norme internationale sur l'échange automatique de renseignements, puis celle de surveiller son application. Le G20, groupe composé des plus grandes puissances du monde – dont la Suisse est exclue – a ainsi réussi à imposer ses standards au reste de la communauté mondiale.

Si l'on se penche sur la position du Conseil fédéral il y a dix ans, rien ne présageait que la Suisse finirait par introduire un système d'échange automatique. En effet, dans son communiqué de presse du 13 mars 2009, le Conseil fédéral reconnaissait le souhait de protéger la sphère privée des citoyens et se positionnait donc pour le maintien du secret bancaire et le rejet de l'échange automatique de renseignements²⁹. Force est de constater qu'en dix ans la position du gouvernement a bien évolué.

Déjà en 2013, suite au premier rapport élaboré par le groupe d'experts Brunetti³⁰, le Conseil fédéral déclarait « [être] disposé à collaborer activement, dans le cadre de l'OCDE, à l'élaboration d'une norme mondiale applicable à l'échange automatique de renseignements »³¹. Le Conseil fédéral annonçait par la même occasion que « [s]i une telle norme [...] [était] mise en vigueur par les pays membres du G20, les pays membres de l'OCDE et l'ensemble des importantes places économiques de la planète, [il proposerait] également de l'intégrer dans le droit suisse »³². La Suisse a par conséquent fini par donner son accord dès que les principales places financières concurrentes, dont Singapour et Luxembourg, ont déclaré leur adhésion à la norme.

²⁷ MOLO, p. 87 ; dans le cadre de ce travail, nous ne nous intéresserons cependant qu'à l'assistance administrative et non à l'entraide en matière pénale.

²⁸ Pour la liste complète et actualisée des États partenaires de la Suisse, voir le site du DFF, SFI, *Comptes financiers*, 28 février 2019, disponible sous : https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/multilateral/steuer_informationsaust/automatischer-informationsaustausch/automatischer-informationsaustausch1.html (consulté le 30 avril 2019).

²⁹ Communiqué CF, *Standards OCDE*.

³⁰ Groupe d'experts chargés du développement de la stratégie en matière de marchés financiers, dirigé par le professeur Aymo Brunetti ; voir aussi Communiqué CF, *Stratégie marchés financiers*.

³¹ Communiqué CF, *Stratégie marchés financiers*.

³² *Idem*.

Ce nouveau système d'échange automatique de renseignements implique deux grandes étapes. En premier lieu, chaque institution financière doit communiquer les renseignements pertinents concernant chaque compte déclarable à l'autorité compétente de la juridiction participante à laquelle elle est soumise. En second lieu, les informations pertinentes sont transmises de l'autorité compétente du pays où est située l'institution financière à celle du pays du contribuable en question³³. Il n'y a par conséquent « pas de coopération immédiate entre l'institution financière et l'autorité du pays de résidence du contribuable »³⁴.

Notons encore que l'adhésion de la Suisse à cette norme d'échange automatique de renseignements repose sur « la stratégie du Conseil fédéral pour une place financière suisse compétitive, stable et intègre, régie par des conditions-cadres acceptées sur le plan international »³⁵. Il est intéressant de remarquer que le Conseil fédéral ne mentionne pas le but de lutter contre l'évasion fiscale. Cela s'explique par le fait que pour un pays comme la Suisse, considéré jusqu'ici comme un paradis fiscal, l'acceptation de la norme EAR englobe plus d'inconvénients que d'avantages. En effet, la Suisse est un pays importateur de capitaux plutôt qu'exportateur. La norme bénéficie donc aux États de résidence des investisseurs étrangers en Suisse et non l'inverse³⁶.

2.2. Bases légales

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Suisse avait déclaré en juin 2013³⁷ vouloir participer à l'élaboration de la nouvelle norme internationale concernant l'échange automatique de renseignements. A l'époque, elle n'avait pas encore les instruments nécessaires pour la mise en place de ce nouveau système. Elle a donc dû adopter les bases légales internationales lui permettant de mettre en œuvre la loi fédérale sur l'échange automatique de renseignements qui est accompagnée de l'ordonnance du Conseil fédéral.

L'échange automatique se base tout d'abord sur la Convention³⁸ qui règle la question de manière générale, puis sur l'Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers³⁹ (ci-après : « AMAC »)⁴⁰. Leur mise en œuvre est assurée par la loi fédérale sur l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR) ainsi que par une ordonnance établie par le Conseil

³³ MOLO, p. 294 ; FF 2015 4975, p. 4985.

³⁴ MOLO, p. 267.

³⁵ Rapport explicatif AMAC et LEAR, p. 4.

³⁶ MOLO, p. 309.

³⁷ Communiqué CF, *Stratégie marchés financiers*.

³⁸ RS 0.652.1.

³⁹ Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, conclu le 29 octobre 2014, RS 0.653.1.

⁴⁰ La Suisse applique également l'EAR sur la base d'accords bilatéraux avec l'Union européenne, Hong Kong et Singapour. Nous ne traiterons cependant que de l'AMAC puisqu'il régit l'échange automatique avec tous les autres partenaires ; voir aussi le site du DFF, SFI, *Comptes financiers*, 28 février 2019, disponible sous : https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/multilateral/steuer_informationsaust/automatischer_informationsaustausch/automatischer_informationsaustausch1.html (consulté le 30 avril 2019).

fédéral (OEAR). Ces quatre instruments juridiques sont entrés en vigueur simultanément le 1^{er} janvier 2017.

2.2.1. Bases légales internationales

2.2.1.1. Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale⁴¹

2.2.1.1.1. Généralités

Cette convention est le fruit de la coopération entre les États membres du Conseil de l'Europe et les pays membres de l'OCDE. Ils considèrent notamment que la globalisation favorise les possibilités de fraude fiscale et qu'une coopération entre les autorités fiscales est par conséquent nécessaire⁴². En effet, puisque la multitude de possibilités d'investissements et de déplacements des personnes permet l'existence de plusieurs rattachements fiscaux, l'absence de communication entre les États peut s'avérer favorable aux personnes désireuses d'échapper aux impôts. Bien que la convention date de 1988, elle n'est entrée en vigueur qu'en 1995, au moment où elle a atteint le nombre minimal de membres prévu⁴³. Au début, seuls les États faisant partie du Conseil de l'Europe et de l'OCDE pouvaient y adhérer. Avec le Protocole d'amendement de 2010, la possibilité pour tout État désireux de signer la Convention a été ouverte⁴⁴. En effet, dès 2009, réalisant le besoin de rallier à leur cause un maximum d'États afin de parvenir plus efficacement à lutter contre l'évasion et la fraude fiscale, les leaders du G20 ont encouragé les pays à signer la Convention⁴⁵. Cette dernière a été signée par la Suisse le 15 octobre 2013 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

2.2.1.1.2. Nature

En ce qui concerne sa nature, la Convention se distingue des autres standards habituels de l'OCDE qui restent de simples modèles⁴⁶. La Convention constitue véritablement un accord international, ce qui implique qu'elle déploie directement ses effets dès qu'elle est signée et ratifiée⁴⁷, sous réserve de sa mise en œuvre interne⁴⁸. De plus, elle se veut multilatérale, facilitant ainsi la coopération internationale⁴⁹. Il est en effet plus facile d'introduire une nouvelle base légale multilatérale plutôt que de renégocier une multitude de CDI. Cet aspect

⁴¹ RS 0.652.1.

⁴² Préambule de la Convention ; art. 28 par. 5 de la Convention.

⁴³ GLASER, p. 25.

⁴⁴ Voir la préface de la Convention publiée par l'OCDE.

⁴⁵ Site de l'OCDE, Convention concernant l'assistance administrative en matière fiscale, disponible sous : <http://www.oecd.org/ft/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/convention-concernant-l-assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale.htm> (consulté le 2 mai 2019).

⁴⁶ MOLO, p. 167-168.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁸ FF 2015 5121, p. 5123.

⁴⁹ MOLO, p. 168.

multilatéral permet ainsi d'introduire directement l'assistance administrative mutuelle avec les autres États ayant ratifié la Convention, élargissant son champ d'application territorial⁵⁰.

2.2.1.1.3. Champ d'application

2.2.1.1.3.1. Objets et personnes visées

Selon son art. 1^{er}, l'objet de la Convention est l'assistance administrative en matière fiscale que s'accordent mutuellement les parties. Elle indique que l'assistance couvre, le cas échéant, les actes accomplis par des organes juridictionnels. Comme chaque État décide de l'autorité qui exécute l'assistance administrative, cette précision s'avère nécessaire. Le paragraphe 2 énonce que l'assistance administrative comprend trois formes : tout d'abord l'échange de renseignements, y compris les contrôles fiscaux simultanés et la participation à des contrôles fiscaux menés à l'étranger (al. *a*), le recouvrement des créances fiscales y compris les mesures conservatoires (al. *b*) et la notification de documents (al. *c*). Il s'agit donc d'un objet défini de manière large mais qui peut toutefois être limité par des réserves émises par les États. En effet, l'art. 30 par. 1 al. *b* permet de renoncer à l'assistance en matière de recouvrement et l'art. 30 par. 1 alinéa *d* à la notification de documents⁵¹.

Pour ce qui est des personnes visées, l'art. 1 par. 3 prévoit que la Partie accorde son assistance administrative aussi bien pour un résident ou ressortissant d'une Partie ou de tout autre État. Il s'agit là aussi d'une définition très vaste car cela implique que la personne concernée par l'assistance administrative ne pourra pas alléguer qu'elle n'est pas résidente ou ressortissante de l'un des États parties⁵².

2.2.1.1.3.2. Impôts visés

Pour ce qui est du champ d'application matériel, la Convention est également très large puisqu'elle prévoit, à son art. 2, toute une liste d'impôts. Cela permet de prendre en compte les particularités de chaque législation fiscale⁵³. Elle couvre donc « toutes les formes de prélèvements obligatoires des administrations publiques [...] à la seule exception des droits de douane »⁵⁴. Le champ d'application de la Convention est très étendu puisqu'il inclut même les cotisations de sécurité sociale obligatoires (art. 2 par. 1 al. *b*.ii), les impôts sur les successions et les donations (art. 2 par. 1 al. *b*.ii.A), les impôts sur la propriété immobilière (art. 2 par. 1 al. *b*.ii.B), les impôts sur la valeur ajoutée (art. 2 par. 1 al. *b*.ii.C) ou encore les impôts sur l'utilisation ou la propriété de véhicules à moteur (art. 2 par. 1 al. *b*.ii.E). Il est toutefois possible d'émettre des réserves concernant les impôts visés, conformément à l'art. 30 par. 1 al. *a*⁵⁵. Il va de soi que l'assistance étant mutuelle, une partie ne peut solliciter l'assistance administrative

⁵⁰ MOLO, p. 168.

⁵¹ *Ibid.*, p. 170.

⁵² FF 2015 5121, p. 5136.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Rapport explicatif de l'OCDE Protocole 2011, n° 25 *ad* art. 2.

⁵⁵ Nous verrons plus loin que la Suisse a fait usage de ces réserves.

que pour les impôts pour lesquels elle est elle-même prête à fournir une assistance⁵⁶. Les réserves ne sont toutefois pas possibles concernant les impôts prévus à l'art. 2 par. 1 al. a⁵⁷. Il s'agit des impôts suivants :

- i. impôts sur le revenu ou les bénéfices,
 - ii. impôts sur les gains en capital qui sont perçus séparément de l'impôt sur le revenu ou les bénéfices,
 - iii. impôts sur l'actif net,
- qui sont perçus pour le compte d'une Partie

Les impôts impérativement visés par la Convention sont donc les « impôts sur le revenu, les bénéfices, les gains en capital et la fortune perçus au niveau national »⁵⁸. Ce sont les impôts sur lesquels une coopération est essentielle car ils « comptent parmi les plus importants dans la plupart des systèmes fiscaux »⁵⁹. Il est donc justifié de les classer dans les impôts impérativement visés, tout en laissant aux États une marge de flexibilité concernant le reste des impôts.

2.2.1.1.4. Formes d'assistance

La Convention prévoit les trois formes classiques d'assistance, c'est-à-dire l'échange d'informations sur demande (art. 5), automatique (art. 6) et spontané (art. 7)⁶⁰. Cependant, à la différence des autres formes d'échange, il est nécessaire de conclure un accord supplémentaire pour pouvoir procéder à l'échange automatique. La Convention prévoit en effet à son art. 6 que « pour des catégories de cas et selon les procédures qu'elles déterminent d'un commun accord, deux ou plusieurs Parties échangent automatiquement les renseignements visés [...] ». Cet article constitue donc le fondement de l'échange automatique de renseignements au niveau international, moyennant un accord supplémentaire⁶¹. Dans le cadre de la Convention, l'échange sur demande et l'échange spontané sont par conséquent obligatoires⁶² mais pour l'échange automatique, la Convention ne constitue qu'une base légale permettant la conclusion d'accords à ce sujet. L'accord permettant l'EAR et se basant sur l'art. 6 est l'accord multilatéral dont nous parlerons dans le prochain chapitre.

2.2.1.1.5. Réserves et déclarations de la Suisse

⁵⁶ FF 2015 5121, p. 5136.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Rapport explicatif de l'OCDE Protocole 2011, n° 31 *ad* art. 2.

⁶⁰ La Convention prévoit en réalité cinq formes d'assistance : l'échange sur demande (art. 5), automatique (art. 6), spontané (art. 7), les contrôles fiscaux simultanés (art. 8) ainsi que les contrôles fiscaux à l'étranger (art. 9). Les deux dernières catégories ne sont pas contraignantes et il est peu probable que la Suisse les applique dans un proche avenir, nous n'en parlerons donc pas dans la présente contribution. Pour plus d'informations, voir FF 2015 5121, p. 5143-5144.

⁶¹ FF 2015 4975, p. 4976-4977.

⁶² FF 2015 5121, p. 5126.

Afin de permettre à un maximum d'États de ratifier la Convention, le Conseil de l'Europe et l'OCDE ont introduit la possibilité d'émettre des réserves à cette dernière. L'art. 30 de la Convention prévoit les cas pour lesquels ces réserves sont possibles. Il s'agit d'une liste exhaustive. En effet, le paragraphe 2 prévoit qu'« aucune autre réserve n'est admise ». Les réserves portent essentiellement sur les impôts visés par la convention ainsi que sur les formes d'assistance. Ainsi, il est possible de limiter le champ de la convention uniquement aux impôts sur le revenu ou les bénéfices, les gains en capital et la fortune (art. 30 par. 1 al. a). Il est également possible de ne pas accorder d'assistance en matière de recouvrement (art. 30 par. 1 al. b) ni en matière de notification (art. 30 par. 1 al. d).

La Suisse a fait usage de la possibilité d'émettre de telles réserves afin de limiter les impôts visés et les formes d'assistance. Elle a donc décidé de limiter le champ d'application de la Convention à l'échange de renseignements et aux impôts suivants :

- les impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur le revenu (revenu global, produit du travail, rendement de la fortune, bénéfices industriels et commerciaux, gains en capital et autres revenus) ;
- les impôts cantonaux et communaux sur la fortune (fortune totale, fortune mobilière et immobilière, fortune industrielle et commerciale, capital et réserves et autres éléments de la fortune).

Concrètement, la Suisse s'engage à échanger les informations concernant les impôts sur le revenu, sur la fortune, sur les bénéfices et sur le capital ainsi que sur l'impôt anticipé⁶³. L'assistance administrative est par conséquent exclue en ce qui concerne la taxe sur la TVA, le droit de timbre, ainsi que les droits de succession et de donation. La Suisse se limite de cette façon au strict minimum concernant la nature des impôts mais inclut également les impôts prélevés par les cantons et les communes, étant précisé qu'il n'y a pas d'impôt sur la fortune en droit fédéral. Pour ce qui est des autres États ayant ratifié la convention, ils ont tous, à quelques rares exceptions, également émis des réserves⁶⁴.

2.2.1.2. Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (AMAC) et Norme commune de déclaration (NCD)

2.2.1.2.1. Généralités

⁶³ FF 2015 5121, p. 5136.

⁶⁴ Pour la liste complète des réserves et déclarations, voir le site du Conseil de l'Europe : https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/127/declarations?p_auth=mvWm1wN7 (consulté le 26 mars 2019).

L'AMAC a été signé par la Suisse le 19 novembre 2014 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Cet accord supplémentaire permet la mise en œuvre de l'EAR sur la base de l'art. 6 de la Convention⁶⁵.

Comme son nom l'indique, l'AMAC s'applique uniquement à la forme de l'échange automatique et uniquement pour les informations relatives aux comptes financiers⁶⁶. Cet accord prévoit que la récolte et l'échange de renseignements se fait selon la norme commune de déclaration (NCD) élaborée par l'OCDE, raison pour laquelle cette dernière a été jointe en annexe de l'AMAC⁶⁷. L'AMAC et la NCD contiennent les bases juridiques matérielles de l'échange automatique de renseignements. Leurs dispositions ne sont cependant pas directement applicables en raison de leur manque de précision⁶⁸. Il a donc été nécessaire d'adopter une loi qui permette son application⁶⁹. Il s'agit de la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR), accompagnée de son ordonnance (OEAR), que nous verrons plus loin.

Il convient de rappeler ici que l'AMAC n'est pas mis directement en œuvre avec les États qui l'ont signé mais qu'il faut en outre l'approbation individuelle de l'Assemblée fédérale pour chaque État⁷⁰. En effet, l'AMAC n'est pas un véritable accord multilatéral. Il prévoit plutôt l'échange automatique bilatéral d'informations sur les comptes financiers entre les États qui ont décidé de le signer⁷¹. L'Assemblée fédérale doit donc accepter, sous forme d'un arrêté fédéral, l'introduction de l'échange automatique avec la juridiction souhaitée. Le Conseil fédéral est alors autorisé à notifier au Secrétariat de l'Organe de coordination une liste des juridictions avec lesquelles il a l'intention que l'AMAC prenne effet (section 7 par. 1 let. f) AMAC).

2.2.1.2.2. Structure de l'Accord multilatéral

Le texte de l'AMAC⁷² est composé de 8 sections et est relativement court. Il couvre des aspects très généraux. La première section définit succinctement les termes importants de l'accord dont les expressions « institution financière déclarante » et « compte déclarable » que nous aurons l'occasion d'analyser plus tard, dans le cadre de la NCD. La deuxième section prévoit que l'autorité compétente de chaque État échange chaque année les renseignements avec les autorités compétentes des autres parties. L'échange doit par conséquent intervenir de manière régulière. Cette section détermine également les renseignements qui doivent être échangés. Ils sont listés de manière très précise et en fonction du type de compte. Ils sont par ailleurs repris presque à l'identique dans la NCD. Quant à la troisième section, elle s'occupe du calendrier et des modalités d'échange de renseignements. Ainsi, elle stipule que les renseignements en

⁶⁵ FF 2015 4975, p. 4977.

⁶⁶ Pour la notion de compte financier, voir p. 15.

⁶⁷ FF 2015 4975, p. 4977.

⁶⁸ Pour une critique concernant la faiblesse du cadre juridique de la NCD, voir KNIGHT, p. 253.

⁶⁹ FF 2015 4975, p. 4977.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ WÖHRER, p. 66.

⁷² Par « texte de l'AMAC », nous entendons ici l'AMAC au sens étroit, c'est-à-dire sans l'annexe (NCD).

question « doivent être échangés dans les neuf mois qui suivent la fin de l'année civile à laquelle ils se rapportent », c'est-à-dire jusqu'au mois de septembre de chaque année. Les sections suivantes traitent, entre autres, de la protection des données, des possibilités de modification de l'accord ainsi que de la date de sa mise en œuvre effective. Les éléments les plus importants permettant la récolte des informations bancaires sont développées dans la NCD, à laquelle l'accord renvoie.

2.2.1.2.3. Norme commune de déclaration

2.2.1.2.3.1. Généralités

Cette norme, élaborée par l'OCDE en 2014⁷³, contient les dispositions essentielles pour la mise en œuvre de l'échange automatique. Elle est insérée dans l'Accord multilatéral à titre d'annexe mais fait partie intégrante de l'accord. A défaut d'une telle adoption dans un accord bilatéral ou multilatéral, la NCD n'est pas contraignante⁷⁴ mais une fois intégrée, la norme sert de base à l'exécution interne de l'échange automatique.

La NCD a pour but d'harmoniser l'exécution de l'échange automatique afin que la collaboration entre les États ainsi que la détection de fraudes fiscales soit plus aisée. Elle prévoit de cette façon quels renseignements doivent être récoltés, par qui, sur qui et comment. La norme est composée de neuf sections réglant en détail la récolte des informations. Elle vise en particulier les institutions financières car ce sont elles qui sont soumises à l'obligation de transmettre les informations aux autorités fiscales de leur État⁷⁵. En effet, la correcte mise en œuvre de l'EAR repose principalement sur le respect par les institutions financières de leurs obligations de déclaration et de diligence raisonnable. Si, déjà à ce stade, leurs obligations ne sont pas remplies, le but de l'EAR devient difficilement réalisable.

2.2.1.2.3.2. Champ d'application subjectif : « institutions financières déclarantes »

Comme déjà mentionné, la NCD s'adresse principalement aux institutions financières car ce sont elles qui doivent récolter les renseignements. Toutes les institutions financières ne sont cependant pas soumises aux normes sur l'échange automatique, d'où l'intérêt de distinguer les *institutions financières déclarantes* des *institutions financières non déclarantes*.

2.2.1.2.3.2.1. Institution financière déclarante

La notion d'« *institution financière déclarante* » est définie de manière négative sous la section 1 lettre d) du texte de l'AMAC comme « toute Institution financière de la Juridiction qui n'est pas une Institution financière non déclarante ». La NCD vient préciser cette définition en fixant

⁷³ OCDE, *NCD*, p. 9 ss.

⁷⁴ CHRISTENSEN III/TIRARD, p. 915.

⁷⁵ MOLO, p. 265.

notamment les notions d'« *institution financière* » et d'« *institution financière non déclarante* ».

Tout d'abord, selon la section VIII lettre A chiffre 3, sont des « *institutions financières* » :

- les établissements gérant des dépôts de titres ;
- les établissements de dépôt ;
- les entités d'investissement ;
- les organismes d'assurance particuliers.

Il s'agit donc essentiellement d'entités acceptant des dépôts dans le cadre habituel d'une activité bancaire mais également d'autres entités exerçant comme activité principale des transactions sur les marchés financiers, de la gestion de portefeuille ou d'autres activités d'investissement pour le compte de tiers⁷⁶. Par « organismes d'assurance particuliers », il faut entendre des entités offrant des produits de planification financière et non des assurances couvrant certains risques déterminés⁷⁷.

Nous pouvons donc constater que les institutions financières ne sont pas uniquement des banques mais également toutes les institutions ayant une activité de dépôt, de gestion ou d'investissement⁷⁸. Il s'agit d'un champ d'application volontairement large dans le dessein de couvrir un maximum de situations. Il faut néanmoins préciser que toute « *institution financière* » n'est pas d'emblée une « *institution financière déclarante* ». En effet, si une institution financière tombe dans la définition d'« *institution financière non déclarante* », elle sera dispensée des obligations incombant aux institutions financières déclarantes. Il convient donc de préciser également ce qu'est une « *institution financière non déclarante* ».

2.2.1.2.3.2.2. Institution financière non déclarante

D'après la section VIII lettre B chiffre 1 de la NCD, est considérée comme « *institution financière non déclarante* » toute institution financière qui est :

- a) une Entité publique, une Organisation internationale ou une Banque centrale, sauf en ce qui concerne un paiement résultant d'une obligation détenue en lien avec une activité financière commerciale exercée par un Organisme d'assurance particulier, un Etablissement de dépôt ou un Etablissement gérant des dépôts de titres ;
- b) une Caisse de retraite à large participation ; une Caisse de retraite à participation étroite ; un Fonds de pension d'une Entité publique, d'une Organisation internationale ou d'une Banque centrale ; ou un Emetteur de cartes de crédit homologué ;
- c) toute autre Entité qui présente un faible risque d'être utilisée dans un but de fraude fiscale, qui affiche des caractéristiques substantiellement similaires à celles des Entités décrites aux points B 1 a) et B 1 b), et qui est définie en droit interne en tant qu'institution financière non déclarante, à condition que son statut d'Institution financière non déclarante n'aille pas à l'encontre des objectifs de la Norme commune de déclaration ;

⁷⁶ Section VIII lettre A chiffre 6.

⁷⁷ MOLO, p. 272.

⁷⁸ WÖHRER, p. 115.

- d) un Organisme de placement collectif dispensé ; ou
- e) un trust dans la mesure où le trustee de ce trust est une Institution financière déclarante et communique toutes les informations requises en vertu de la section I concernant l'ensemble des Comptes déclarables du trust.

La première catégorie englobe ainsi les entités publiques, par opposition à des entités privées et la deuxième catégorie les caisses de pension. La troisième est une catégorie « ouverte »⁷⁹ permettant de regrouper des entités spécifiques aux États signataires ne rentrant pas dans la définition des deux premières sans toutefois qu'elles ne présentent des risques élevés de fraude fiscale. Les organismes de placement collectif dispensés ne sont pas non plus soumis aux normes sur l'EAR. Il est intéressant de noter que le trust est nommément cité dans la NCD et qu'il bénéficie d'un traitement particulier. En effet, si le trustee – érigé en institution financière déclarante – communique déjà les informations concernant le trust, ce dernier ne constituera pas lui-même une institution financière déclarante.

2.2.1.2.3.3. Champ d'application objectif : « comptes déclarables »

Pour que les informations au sujet d'un compte soient échangées de manière automatique, il ne suffit pas qu'il émane d'une institution financière déclarante, il faut encore qu'il soit considéré comme un « compte déclarable ». Cette notion est définie dans le texte de l'AMAC comme « un compte financier ouvert auprès d'une institution financière déclarante et qui, conformément aux procédures de diligence raisonnable prévues par la NCD, a été identifié en tant que compte détenu par une ou plusieurs personnes devant faire l'objet d'une déclaration vis-à-vis d'une autre juridiction, ou par une ENF passive⁸⁰ dont une ou plusieurs personnes qui en détiennent le contrôle sont des personnes devant faire l'objet d'une déclaration vis-à-vis d'une autre juridiction »⁸¹. Cette définition comprend trois éléments essentiels⁸² :

- un *compte financier*
- ouvert auprès d'une *institution financière déclarante*
- un *détenteur du compte* étant soit une personne devant faire l'objet d'une déclaration vis-à-vis d'une juridiction partenaire, soit une ENF passive dont le contrôle est détenu par une telle personne.

⁷⁹ OCDE, *NCD*, Commentaires sur la section VIII, n° 46, p. 181 ; MOLO, p. 273.

⁸⁰ *Passive NFE* ; selon le glossaire du Crédit Suisse, « le terme ' ENF passive ' désigne toute ENF qui n'est pas une ENF active et toute Entité d'investissement gérée de manière professionnelle (qui n'est pas résidente d'une Juridiction partenaire) » et « l'expression ' ENF active ' désigne toute ENF qui est : (i) une société non financière cotée en bourse ; (ii) une Entité liée à une société cotée en bourse ; (iii) une Entité publique ; (iv) une Banque centrale ; (v) une Organisation internationale ; (vi) une ENF active à raison des revenus et actifs ; (vii) une Organisation à but non lucratif ; (viii) une ENF holding membre d'un groupe non financier ; (ix) Entité de financement membre d'un groupe non financier ENF récemment créée ; (x) une ENF en liquidation ou en cours de restructuration ; (xi) une Entité détenue à 100% par une Entité publique, une Banque centrale ou une Organisation internationale ; une Entité (autre qu'une société) liée à une société cotée en bourse », Crédit Suisse, *L'échange automatique de renseignements (EAR) : Glossaire*, mars 2018, p. 5-6.

⁸¹ Section I alinéa 1 lettre e) du texte de l'AMAC.

⁸² MOLO, p. 278.

Nous avons déjà eu l'occasion de voir la notion d'« institution financière déclarante », nous allons désormais examiner plus en détail les notions de « compte financier » et de « détenteur de compte » afin de déterminer les comptes et les détenteurs de comptes soumis à l'échange automatique.

2.2.1.2.3.3.1. Compte financier

La définition du compte financier, contenue dans la section VIII lettre C chiffre 1 de la NCD, regroupe les comptes suivants détenus auprès d'une institution financière⁸³ :

- les Comptes de dépôt ;
- les Comptes conservateurs ;
- les titres de participation ou de créance déposés auprès de certaines Entités d'investissement ;
- les Contrats d'assurance avec valeur de rachat ; et
- les Contrats de rente.

Il s'agit ainsi de toutes sortes d'actifs procurant un revenu ou susceptibles de procurer un revenu. Cela englobe tant un capital que des titres de participation ou des versements effectués par des assurances⁸⁴. Il est toutefois précisé à la section VIII lettre C chiffre 1 *in fine* que ne sont pas compris les « comptes exclus »⁸⁵, ces derniers étant listés de façon énumérative au chiffre 17. Il s'agit, par exemple, de certains comptes de retraite ou de pension, de comptes détenus uniquement par une succession ou encore de comptes de garantie bloqués. Ce sont globalement des comptes qui ne sont pas des comptes financiers et qui ne sont, par conséquent, pas soumis à l'obligation de déclaration.

2.2.1.2.3.3.2. Détenteur de compte

Comme nous l'avons vu plus haut, pour être en présence d'un compte déclarable, il faut que ce dernier soit détenu par une personne devant faire l'objet d'une déclaration ou par une ENF passive⁸⁶ dont une telle personne détient le contrôle. Afin de mettre en œuvre l'EAR, la NCD impose deux types d'obligations principales aux institutions financières déclarantes : une obligation générale de déclaration (section I) et une obligation générale de diligence raisonnable (section II). La deuxième catégorie permet d'identifier les personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

Il est important de noter que pour identifier la personne devant faire l'objet d'une déclaration il ne suffit pas d'identifier le « titulaire du compte », mais il faut également s'assurer que ce dernier n'agisse pas en tant que mandataire, dépositaire, prête-nom, signataire, conseiller en placement ou intermédiaire⁸⁷. Si tel est le cas, il faut rechercher la personne détenant le compte et déterminer si elle fait partie d'une juridiction partenaire. Dans cette dernière hypothèse, il

⁸³ OCDE, *NCD*, Commentaires sur la section VIII, n° 57, p. 186.

⁸⁴ Voir notamment OCDE, *NCD*, Commentaires sur la section VIII, n° 74, p. 191.

⁸⁵ Voir aussi OCDE, *NCD*, Commentaires sur la section VIII, n° 58, p. 186.

⁸⁶ Pour la notion d'ENF passive, voir note n° 80.

⁸⁷ OCDE, *NCD*, Commentaires de la section VIII, n° 138-139, p. 214 ; voir aussi MOLO, p. 280-281.

faudra identifier le compte comme un « compte déclarable ». Cette distinction entre le titulaire et le détenteur du compte se fait d'ailleurs déjà dans les procédures visant à lutter contre le blanchiment et prévues par la LBA suisse, facilitant ainsi le travail des institutions financières. Une fois que le détenteur du compte est déterminé, les procédures de diligence raisonnable visent à identifier l'adresse de résidence afin de déterminer si le titulaire du compte est résident, à des fins fiscales, d'une juridiction partenaire et, par conséquent, s'il est une personne devant faire l'objet d'une déclaration.

Dans le cas où le titulaire du compte est une ENF passive⁸⁸, l'institution déclarante se doit de rechercher la personne physique qui détient le contrôle de l'ENF passive en question. Il s'agit d'empêcher ainsi les contribuables de se cacher derrière des constructions juridiques complexes. Il faut donc déterminer la « personne détenant le contrôle »⁸⁹, c'est-à-dire la personne qui exerce en dernier lieu un contrôle sur l'ENF passive⁹⁰ et établir s'il est résident d'une juridiction partenaire afin de l'identifier comme personne devant faire l'objet d'une déclaration⁹¹. Il peut s'agir, par exemple, d'un trust avec un trustee étant une personne physique gérant les actifs du trust ou d'organismes de placement privés gérés par une personne physique et non par une banque⁹².

2.2.1.2.3.4. Renseignements échangés

Les informations devant être échangées dans le cadre de l'échange automatique sont indiquées dans la section 2 chiffre 2 du texte de l'AMAC ; cette liste est reprise dans la section I lettre A de la NCD. Ce sont ces informations qui font l'objet de l'obligation générale de déclaration incombant aux institutions financières déclarantes. Ces informations doivent être communiquées par l'institution financière déclarante à l'autorité compétente de sa juridiction qui les transmettra aux autorités compétentes des États partenaires⁹³. Les informations à échanger sont bien évidemment différentes selon que l'on est en présence d'une personne physique ou d'une entité mais il existe tout de même un tronc commun de référence. La liste des informations à communiquer concernant chaque compte déclarable est la suivante :

- le nom, l'adresse, la ou les juridiction(s) de résidence, le ou les numéro(s) d'identification fiscale (NIF⁹⁴) ainsi que la date et le lieu de naissance (dans le cas d'une personne physique) de chaque personne devant faire l'objet d'une déclaration qui est titulaire du compte concerné. Dans le cas d'une entité titulaire du compte, il faudra transmettre les mêmes informations ainsi que, le cas échéant, celles de la ou les personnes qui en détiennent le contrôle ;

⁸⁸ Pour la notion d'ENF passive, voir note n° 80.

⁸⁹ Selon le Commentaire de l'OCDE, la notion de « personne détenant le contrôle » correspond à la notion de « bénéficiaire effectif » qui apparaît dans les Recommandations du GAFI et doit être interprétée suivant ces recommandations ; OCDE, *NCD*, Commentaires sur la section VIII, n° 132, p. 212.

⁹⁰ OCDE, *NCD*, Commentaires sur la section VIII, n° 133, p. 212.

⁹¹ Voir aussi MOLO, p. 288.

⁹² Crédit Suisse, *Guide de classification des entités dans le cadre de l'EAR*, mars 2018, p. 19.

⁹³ En Suisse, il s'agit de l'AFC ; art. 15 LEAR.

⁹⁴ *Tax Identification Number (TIF)*.

- le numéro de compte ;
- le nom et le numéro d'identification de l'institution financière déclarante ;
- le solde ou la valeur portée sur le compte ;

En ce qui concerne les comptes, il faut en outre communiquer « le montant total brut des intérêts, des dividendes, des autres revenus bruts produits par les actifs détenus sur le compte et le produit brut de la vente ou du rachat d'un bien déposé sur le compte »⁹⁵.

Toutes ces informations servent ainsi à identifier le titulaire du compte, le compte en question, son solde et les revenus qu'il procure. De cette façon, les revenus et la fortune des contribuables devraient pouvoir être détectés afin d'être imposés. En revanche, les entrées et les sorties sur le compte ne font pas l'objet de l'échange automatique⁹⁶. Ce point est soumis à la critique car il se pourrait en effet qu'il y ait des entrées d'argent sur un compte et des sorties pour le même montant, au cours de la même année, et que ces sommes passent ainsi inaperçues auprès des autorités fiscales⁹⁷. Dans l'ensemble toutefois, et selon MATTEOTTI, l'échange des informations en question devrait contribuer efficacement à la lutte contre la fraude fiscale⁹⁸.

2.2.2. Bases légales internes : loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR) et son ordonnance (OEAR)

2.2.2.1. Généralités

La loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements a été adoptée le 18 décembre 2015 afin de mettre en œuvre la Convention ainsi que l'Accord multilatéral mentionnés plus haut concernant l'échange automatique de renseignements. En effet, l'Accord multilatéral n'étant pas suffisamment détaillé pour être directement applicable en droit suisse, il a fallu adopter une loi fédérale⁹⁹. L'ordonnance qui l'accompagne a été adoptée le 23 novembre 2015. Elle précise certains termes ainsi que la procédure à suivre.

La LEAR, à l'instar de la NCD, régit principalement les droits et obligations des institutions financières suisses dans le cadre de l'échange automatique de renseignements (art. 7 al. 1 LEAR). La LEAR précise tout d'abord les entités considérées comme « institutions financières non déclarantes » (art. 3) ainsi que les comptes qualifiés de « comptes exclus » (art. 4) afin que les institutions financières déclarantes puissent exécuter leurs obligations de diligence raisonnable et de déclaration. Au-delà de ces obligations, la LEAR prévoit d'autres exigences à charge des institutions financières suisses ainsi que des droits, certes limités mais existants, à disposition des contribuables devant faire l'objet d'une déclaration. Ce sont ces dernières exigences que nous allons maintenant examiner.

⁹⁵ MOLO, p. 293.

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ MATTEOTTI, p. 9.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁹ FF 2015 4975, p. 4988.

2.2.2.2. Obligation d'informer des institutions financières suisses déclarantes

Dans le dessein d'assurer la « transparence de l'utilisation et de l'échange de données »¹⁰⁰, les institutions financières suisses déclarantes ont l'*obligation d'informer* les personnes devant faire l'objet d'une déclaration sur différents aspects de l'échange, notamment sur leur qualité d'institution financière suisse déclarante, sur les informations qu'elles ont l'obligation d'échanger, sur le caractère légal de cet échange et sur les droits dont disposent les personnes devant faire l'objet d'une déclaration en vertu de la LPD et de la LEAR (art. 14 al. 1 LEAR). De plus, l'entité concernée doit publier chaque année sur son site Internet une liste des États partenaires de la Suisse ou renvoyer à la liste du Département fédéral des finances. Les clients doivent, dans tous les cas, avoir la possibilité d'accéder à cette information (art. 14 al. 3 LEAR).

2.2.2.3. Droits et obligations des personnes devant faire l'objet d'une déclaration

Bien que l'échange soit automatique et que, par conséquent, les informations soient échangées de manière régulière et automatisée, la LEAR prévoit à son art. 19 certains droits à disposition de la personne devant faire l'objet d'une déclaration. Ainsi, s'agissant des informations qui sont collectées par les institutions financières suisses et transmises aux autorités compétentes de l'État partenaire, le contribuable concerné peut invoquer les droits consacrés par la LPD (art. 19 al. 1 LEAR).

Toutefois, à l'égard de l'AFC, l'art. 19 al. 2 LEAR prévoit qu'il n'est possible d'invoquer que le droit d'accès (art. 8 LPD) ou la rectification de données inexactes (art. 5 al. 2 LPD). Dès lors, le droit d'accès peut être exercé tant à l'encontre de l'institution financière qu'à l'encontre de l'AFC qui sont ainsi obligées, le cas échéant, de communiquer à la personne toutes les données la concernant, y compris les informations disponibles sur l'origine des données, le but, éventuellement la base juridique du traitement et les destinataires de ces données¹⁰¹. En revanche, comme l'AFC n'est pas en mesure de récolter les données, la possibilité de requérir la rectification de données inexactes à son égard est limitée au cas d'erreur de transmission. Il s'agira, par exemple, d'une erreur de plume lors de l'échange entre l'institution financière et l'AFC fixant le solde du compte à 10'000 francs au lieu de 1'000 francs¹⁰².

Cependant, il n'est pas possible de s'opposer à la communication de données personnelles par l'AFC (art. 20 LPD). Si nous pouvons regretter l'ingérence dans la sphère privée, il faut toutefois admettre qu'une telle possibilité irait à l'encontre de la lutte contre la fraude fiscale. En effet, si la personne devant faire l'objet d'une déclaration pouvait à sa guise empêcher la communication de données personnelles, le système de l'échange automatique perdrait tout son

¹⁰⁰ FF 2015 4975, p. 5037.

¹⁰¹ Art. 8 LPD ; FF 2015 4975, p. 5043.

¹⁰² FF 2015 4975, p. 5043.

sens et son efficacité. Et, comme le résume le Message du Conseil fédéral, « [...] la transmission des renseignements se fonde sur des traités internationaux qui règlent très exactement quels renseignements doivent être transmis, sur qui et quand. Les institutions financières suisses déclarantes et l'AFC ne disposent d'aucune marge de manœuvre pour décider si elles souhaitent ou non procéder à une transmission. [...] [Elle] rejetterait [par conséquent] chaque opposition sur la base de son obligation juridique de communiquer »¹⁰³. Notons que la loi prévoit encore la possibilité, dans les cas extrêmes, de requérir de l'autorité une décision sur des actes matériels au sens de l'art. 25a PA.

Il convient également de rappeler que les actions en dommages-intérêts contre l'institution financière, soit la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) pour violation de la LPD, soit la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) en relation avec le contrat entre le client et la banque, restent possibles. Ces dernières ont toutefois peu de chances d'être admises. En effet, la condition de l'illicéité devrait être rejetée car la communication des données repose sur le régime d'échange automatique. De plus, même si la communication devait aboutir à des amendes pénales à l'étranger, un dommage ne pourrait pas être retenu car « les amendes fiscales ne sont pas des dommages réparables en Suisse »¹⁰⁴.

2.2.2.4. Transfert de renseignements

Selon l'art. 21 LEAR, l'AFC transmet les informations qu'elle reçoit automatiquement aux autorités suisses compétentes uniquement pour la perception des impôts entrant dans le champ d'application de la convention applicable. En l'espèce, il s'agit pour la Suisse des impôts sur le revenu et la fortune, sur les bénéficiaires et le capital, ainsi que sur l'impôt anticipé. Tous les autres impôts, tels que l'impôt sur les successions et les donations, la TVA et le droit de timbre ne sont pas concernés. Il n'est donc pas possible d'utiliser les informations sur le revenu et la fortune d'un contribuable décédé pour prélever l'impôt sur les successions auprès des héritiers¹⁰⁵. En effet, « la partie contractante qui a émis une réserve a l'interdiction d'utiliser les renseignements obtenus au titre de la convention pour les impôts exclus du champ d'application par cette réserve. Il est en revanche permis d'utiliser pour différents impôts la base imposable déterminée à l'aide de ces renseignements »¹⁰⁶. Ainsi, « [d]ans le cadre des obligations légales de renseigner, l'administration cantonale est habilitée à communiquer [l]es bases de calcul corrigées à d'autres services, tant qu'elle ne transmet pas les renseignements eux-mêmes (soit le numéro de compte, le solde du compte, les sommes créditées sur le compte, etc.) »¹⁰⁷. Des exceptions sont toutefois possibles et les renseignements obtenus peuvent ainsi être utilisés à d'autres fins lorsque l'utilisation de tels renseignements à de telles fins est possible selon la législation de la partie qui les fournit et que l'autorité compétente de cette partie consent à une telle utilisation (art. 22 par. 4 de la Convention et art. 21 al. 2 LEAR).

¹⁰³ FF 2015 4975, p. 5041.

¹⁰⁴ BOVET/RICHA, RSDA 2017 144, p. 160 ; ATF 134 III 59.

¹⁰⁵ MOLO, p. 369-370.

¹⁰⁶ FF 2015 5121, p. 5151.

¹⁰⁷ FF 2015 4975, p. 5043.

2.2.2.5. Sanctions pénales

La section 10 de la LEAR traite des dispositions pénales. En effet, pour que les règles adoptées soient exécutées, il faut encore qu'un régime de répression soit adopté. Ainsi, les institutions financières sont exposées à des sanctions, qui peuvent aller jusqu'à une amende de 250'000 francs, si elles ne respectent pas les obligations prévues par l'art. 32 LEAR. Elles sont au nombre de quatre : il s'agit 1) des obligations de diligence raisonnable mentionnées dans la Convention, 2) de l'obligation d'enregistrement prévue à l'art. 13 LEAR, 3) de l'obligation d'informer prévue à l'art 14 LEAR et 4) des obligations de transmettre les renseignements prévues à l'art. 15 LEAR. Le régime de répression prévu concerne les obligations principales et devrait ainsi permettre la bonne exécution de l'échange automatique.

2.3.Synthèse

Dans ce chapitre, nous avons vu qu'il existe trois différentes formes d'assistance administrative en ce qui concerne l'échange de renseignements en matière fiscale. Le système de l'échange automatique est le plus incisif car les informations récoltées par les institutions financières sont transmises de manière régulière sans qu'une information concrète ne soit donnée au client. De plus, les informations ne concernent pas uniquement les comptes bancaires mais tous les comptes qui tombent dans la définition de « comptes financiers » et qui émanent donc non seulement des banques mais aussi d'autres entités financières. Ce procédé devrait ainsi empêcher que des fraudes fiscales échappent au système. Il résulte également de la nouvelle norme que, pour les résidents des États partenaires, le secret bancaire n'existe plus¹⁰⁸. En revanche, par rapport aux autres formes d'échange de renseignements, l'échange automatique n'offre qu'une protection limitée des personnes devant faire l'objet d'une déclaration, la possibilité de s'opposer à l'échange des informations n'étant volontairement pas prévue. Force est de constater que face à un tel flux automatisé d'informations, l'institution de la dénonciation spontanée doit être remise en question ; nous l'examinerons sous le prochain chapitre.

3. Dénonciation spontanée non punissable

3.1.Généralités

La dénonciation spontanée est une possibilité offerte aux contribuables de déclarer des éléments de fortune ou de revenu, jusqu'ici dissimulés, en toute impunité. Elle permet ainsi d'échapper à la soustraction d'impôt¹⁰⁹. Elle était à l'origine prévue dans le droit pénal administratif (pour les impôts fédéraux indirects)¹¹⁰ mais dès les années 1980 déjà, la question de l'amnistie fiscale concernant les impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux revenait régulièrement dans les débats des Chambres fédérales¹¹¹. Depuis 1992, plusieurs interventions pour

¹⁰⁸ CHRISTENSEN III/TIRARD, p. 920 ; nous parlons ici de secret bancaire au niveau international, le secret bancaire au niveau suisse est actuellement toujours valable.

¹⁰⁹ Art. 175 et 181 LIFD, art. 56 et 57 LHID, art. 61 LIA, art. 96 LTVA, art. 45 LT.

¹¹⁰ TORRIONE, p. 984 ; FF 1974 I 707.

¹¹¹ FF 2006 8347, p. 8352.

« l'introduction d'une amnistie fiscale générale ou de mesures analogues ont été déposées devant le Parlement »¹¹². Dans l'intervalle, des initiatives ont également été lancées¹¹³. Comme l'introduction d'une amnistie générale posait de nombreux problèmes au niveau juridique et éthique¹¹⁴, le Conseil fédéral a finalement chargé le DFF de rédiger un avant-projet sur la simplification du rappel d'impôt en cas de succession et sur l'introduction de la dénonciation spontanée non punissable, soumis à la consultation en 2003¹¹⁵. Le 27 octobre 2004, le DFF, chargé par le Conseil fédéral, publiait finalement un message concernant le rappel d'impôt pour les héritiers limité à trois ans et la dénonciation spontanée non punissable¹¹⁶.

Depuis le 1^{er} janvier 2010, le rappel d'impôt en cas de succession et la dénonciation spontanée non punissable font donc l'objet de dispositions dans la LIFD et la LHID. Le premier concerne les héritiers qui désirent « remettre dans la légalité la fortune soustraite par le défunt et le rendement qu'elle produit »¹¹⁷. La deuxième concerne directement le contribuable, qui, de son vivant, se repentit et décide d'annoncer aux autorités fiscales des éléments qu'il avait passés sous silence. L'introduction de la loi fédérale sur la simplification du rappel d'impôt en cas de succession et sur l'introduction de la dénonciation spontanée non punissable a ainsi pour but d'« encourager l'honnêteté fiscale et, par la même occasion, d'augmenter le produit des impôts »¹¹⁸.

Dans le contexte de l'échange automatique de renseignements, il est également pertinent de se poser la question de la place désormais occupée par la dénonciation spontanée. Il s'agit précisément de l'objectif de ce travail. Dans son Message sur l'EAR, le Conseil fédéral parlait déjà de « [p]ossibilités de régularisation proposées aux contribuables en Suisse »¹¹⁹. Il évoquait ainsi le cas de la dénonciation spontanée non punissable et le rappel d'impôt simplifié tels qu'introduits depuis 2010. Il s'agissait effectivement de se mettre en règle avant la mise en œuvre de l'échange automatique de renseignements en matière fiscale. En revanche, il n'est pas fait mention de la situation après l'échange. Les auteurs du Commentaire Romand de la LIFD se posent d'ailleurs la question de l'avenir de la dénonciation spontanée suite à l'introduction en Suisse de l'échange automatique international de renseignements¹²⁰, ce qui montre la légitimité de cette question et la nécessité d'une réflexion plus approfondie sur le sujet. Nous tenterons donc de donner les prémices d'une réponse à cette situation juridique pour l'instant très incertaine.

Dans ce chapitre, nous introduirons brièvement l'infraction préalable à la dénonciation spontanée qui est la soustraction d'impôt. Ensuite, nous regarderons plus en détail la dénonciation spontanée non punissable, appelée aussi l'« amnistie individuelle », ainsi que le

¹¹² FF 2006 8347, p. 8352.

¹¹³ Initiative Barbara Polla 03.406 et initiative du canton du Tessin 02.308 ; FF 2006 8347, p. 8352.

¹¹⁴ Rapport DFF Amnistie fiscale, p. 1 ; SERMET, RDAF 2016 II 479, p. 482.

¹¹⁵ FF 2006 8347, p. 8352.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ FF 2006 8347, p. 8348.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 8357.

¹¹⁹ FF 2015 4975, p. 5042.

¹²⁰ SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 48c ad art. 175.

rappel d'impôt simplifié pour les héritiers. Nous examinerons finalement les conditions de la dénonciation spontanée non punissable et ses conséquences ainsi que les possibilités de dénonciation ultérieure.

3.2. Infraction concernée : la soustraction d'impôt

3.2.1. Impôts directs

La condition préalable à la dénonciation spontanée est l'existence d'une soustraction d'impôt¹²¹, c'est-à-dire que des éléments du revenu et de la fortune aient été dissimulés à l'autorité fiscale. Pour qu'une telle infraction soit commise, l'auteur doit agir intentionnellement ou par négligence¹²². Il faut en outre remplir les conditions objectives qui sont au nombre de trois : 1) un comportement illicite du contribuable, 2) une perte financière pour la collectivité et 3) l'existence d'un lien de causalité entre le comportement illicite et le résultat dommageable¹²³.

Le comportement illicite du contribuable consiste en la « violation d'une obligation de procédure, en particulier celle de remplir une déclaration d'impôt de manière conforme à la vérité et complète »¹²⁴. Elle peut donc intervenir lorsque le contribuable ne mentionne pas un compte parmi d'autres dans sa déclaration d'impôt. Le dommage résultant de la perte financière pour la collectivité équivaut quant à lui à la différence entre l'impôt effectivement payé par le contribuable et l'impôt dont il aurait dû s'acquitter¹²⁵. Notons que cette définition est par ailleurs « très proche de la notion de dommage en matière de droit des obligations, c'est-à-dire qu'elle correspond à une diminution de patrimoine »¹²⁶. Toutefois, la réalisation de ce préjudice intervient uniquement dès que « la décision de taxation entre en force ou, en l'absence de toute taxation, lorsque le droit de procéder à une taxation est prescrit »¹²⁷. Enfin, le lien de causalité doit exister « entre le comportement illicite du contribuable et la perte fiscale subie par la collectivité publique »¹²⁸, étant précisé que l'admission de la rupture du rapport de causalité par la jurisprudence reste exceptionnelle¹²⁹.

À titre d'exemple concernant les personnes physiques exerçant une activité lucrative, MONTI cite le cas des « revenus accessoires non déclarés [...] ou encore [...] des revenus provenant d'une activité lucrative indépendante exercée à titre accessoire »¹³⁰. En ce qui concerne les

¹²¹ SUTTER, p. 5 ; SERMET, RDAF 2016 II 479, p. 489.

¹²² SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 29 ad art. 175.

¹²³ MONTI, p. 48 ; SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 7 ad art. 175 ; voir aussi SIEBER/MALLA, *Commentaire LIFD*, n° 7 à 27 ad art. 175.

¹²⁴ SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 8 ad art. 175 ; MONTI, p. 50.

¹²⁵ SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 12 ad art. 175.

¹²⁶ TORRIONE, p. 1079 ; voir aussi SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 12 ad art. 175.

¹²⁷ MONTI, p. 50 ; SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 13 ad art. 175.

¹²⁸ MONTI, p. 51 ; SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 14 ad art. 175.

¹²⁹ MONTI, p. 53 ; SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 16 ad art. 175.

¹³⁰ MONTI, p. 54 ; voir aussi SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 17 ad art. 175 ; pour un exemple récent, voir Arrêt TF du 7 août 2014, TF 2C_214/2014 (le contribuable mentionne des dépenses forfaitaires excessives contrairement à ce qui est légalement permis).

personnes morales, la soustraction d'impôt peut résulter de distributions dissimulées de bénéfices¹³¹.

La sanction de la soustraction d'impôt consiste en une amende correspondant généralement au montant de l'impôt soustrait. Cependant, en cas de faute légère, l'amende peut être réduite jusqu'au tiers de ce montant ; si la faute est grave, elle peut être au plus triplée (art. 175 al. 2 LIFD, 56 al. 1 LHID). En ce qui concerne les impôts sur les successions et les donations, l'amende peut même atteindre cinq fois le montant de l'impôt soustrait (art. 68 al. 1 LMSD). Dans tous les cas, en plus de l'amende, il faut s'acquitter du rappel d'impôt et des intérêts moratoires. Il faut également rendre attentif le contribuable qu'il peut être poursuivi pénalement pour les autres actes délictueux en relation avec la soustraction d'impôt.

Les bases légales de la soustraction d'impôt se trouvent ainsi, pour les personnes physiques, aux articles 175 al. 1 LIFD et 56 al. 1 LHID pour l'impôt sur le revenu et la fortune ainsi qu'à l'art. 68 LMSD pour les droits de mutation, l'impôt sur les donations et les successions. Des dispositions spécifiques pour les personnes morales sont également prévues aux articles 181 al. 1 LIFD et 57 al. 1 LHID.

3.2.2. Impôts indirects

En ce qui concerne les impôts indirects, les conditions sont légèrement différentes mais elles visent à peu près la même situation : par la dissimulation de certains éléments par le contribuable, il en résulte une diminution de ses impôts et ainsi une perte pour la collectivité publique. Les bases légales se trouvent pour l'impôt anticipé à l'art. 61 LIA¹³², pour la taxe sur la valeur ajoutée à l'art. 96 LTVA et pour les droits de timbre, à l'art. 45 LT¹³³. Il faut préciser qu'en pratique, le droit de timbre pose moins de problèmes de dénonciation spontanée car l'impôt est prélevé directement par la banque et refacturé au contribuable. De plus, concernant l'impôt anticipé, le contribuable est le débiteur de la prestation imposable (art. 10 al. 1 LIA), et non le bénéficiaire de la prestation. Il n'incombe donc pas à la même personne de faire la dénonciation spontanée selon l'impôt concerné.

3.3. Amnistie individuelle

Contrairement à l'amnistie générale, l'amnistie individuelle prévue par la LIFD et la LIFD n'est pas limitée dans le temps¹³⁴. Par contre, elle ne peut être invoquée qu'une seule fois dans la vie du contribuable. La première variante avait été rejetée par la majorité des cantons lors de la

¹³¹ SIEBER/MALLA, *Commentaire LIFD*, n° 9 ad art. 175 ; pour plus de détails sur la distribution dissimulée de bénéfices, voir MONTI, p. 55 ss.

¹³² Pour des questions pratiques, nous traitons ici l'impôt anticipé avec les impôts indirects mais il s'agit en réalité d'un impôt spécial sur le revenu et donc d'un impôt direct ; à ce sujet, voir aussi : OBERSON Xavier, *Droit fiscal suisse*, 4^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012, p. 308.

¹³³ Étant donné l'envergure limitée que ce travail doit conserver, nous ne traiterons ici que de l'infraction de soustraction d'impôt simple et ne verrons pas les bases applicables en cas de soustraction avec astuce.

¹³⁴ FF 2006 8347, p. 8357.

procédure de consultation¹³⁵. Le Conseil fédéral avait en outre proposé d'exempter le contribuable non seulement de l'amende, mais aussi des intérêts moratoires, tout en prévoyant le rappel d'impôt sur les dix dernières années¹³⁶. Quinze cantons, trois partis et trois associations consultés s'opposaient à l'absence de perception d'intérêts moratoires¹³⁷. Prenant en compte les différentes opinions et propositions des intervenants, le Conseil fédéral a soumis le projet de loi fédérale sur la simplification du rappel d'impôt en cas de succession et sur l'introduction de la dénonciation spontanée non punissable le 18 octobre 2006¹³⁸. La loi a été adoptée le 20 mars 2008 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

Par conséquent, depuis 2010, une personne dénonçant spontanément et pour la première fois une soustraction d'impôt ne paie plus d'amende et s'acquitte uniquement du rappel d'impôt sur dix ans au plus et des intérêts moratoires¹³⁹ ; il est en outre renoncé à toute peine. Auparavant, le dépôt d'une dénonciation spontanée n'avait que pour effet de réduire l'amende au cinquième de l'impôt soustrait¹⁴⁰, elle n'incitait donc pas le contribuable à se dénoncer puisqu'il restait soumis aux infractions pénales connexes (escroquerie fiscale, usage de faux, ...).

Les dispositions concernées par la révision sont l'art. 175 al. 3 LIFD et l'art. 56 al. 1bis LHID. Cette possibilité ne concerne donc que les impôts sur le revenu et la fortune au niveau fédéral, cantonal et communal. Il existe également un pendant dans la LIFD et la LHID pour les personnes morales qui leur permet de dénoncer spontanément une soustraction d'impôt une fois au cours de leur existence¹⁴¹. Il s'agit des articles 181a LIFD et 57b LHID ; les conditions sont identiques à celles applicables pour les personnes physiques.

Il est intéressant de remarquer également que pour les impôts sur les successions et les donations dans le canton de Vaud, il n'existe pas de possibilité de dénonciation spontanée non punissable (68 LMSD). Si le contrevenant ou ses héritiers se dénoncent avant que l'autorité fiscale constate l'infraction, l'amende est simplement réduite (68 al. 3 LMSD).

Dans le cas des impôts indirects, il est également possible de se dénoncer spontanément sans craindre des poursuites pénales. Ainsi, la LTVA prévoit à l'art. 102 que l'assujetti ne fait pas l'objet d'une poursuite pénale s'il 1) dénonce son infraction avant que l'autorité compétente n'en ait connaissance, 2) soutient raisonnablement l'administration dans la détermination du montant d'impôt qui doit être acquitté ou remboursé et 3) qu'il met tout en œuvre pour payer l'impôt qui doit être acquitté ou remboursé. Nous noterons toutefois que la condition de la première dénonciation n'est pas exigée. En effet, le nombre de dénonciations spontanées n'est pas limité au sens de l'art. 102 LTVA¹⁴².

¹³⁵ FF 2006 8347, p. 8359.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 8359-8360.

¹³⁸ RO 2008 4453 ; FF 2006 8347.

¹³⁹ SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 48 ad art. 175.

¹⁴⁰ FF 2006 8347, p. 8361.

¹⁴¹ Pour les possibilités de dénonciation spontanée non punissable après les différents cas de restructuration d'une société, voir FF 2006 8347, p. 8371.

¹⁴² PITTET, *Commentaire LTVA*, n° 2 ad art. 102.

La LIA et la LT prévoient également la dénonciation spontanée non punissable, mais indirectement, à travers la DPA, puisque les art. 67 LIA et 50 LT y renvoient. L'art. 13 DPA¹⁴³ stipule que l'auteur d'une infraction entraînant l'assujettissement à une prestation ou à une restitution qui l'aura dénoncée de son propre mouvement n'encourra aucune peine s'il 1) aura donné des indications complètes et exactes sur les bases de son assujettissement à la prestation ou à la restitution, 2) aura contribué à élucider les faits, 3) aura satisfait à l'obligation qui lui incombe et 4) ne se sera encore jamais dénoncé de son propre mouvement pour une infraction intentionnelle de même nature. On notera ainsi que, bien que les conditions pour la dénonciation spontanée diffèrent quelque peu, elles sont essentiellement les mêmes que ce soit pour les impôts directs ou indirects.

3.4. Rappel d'impôt simplifié pour les héritiers

Suite à la jurisprudence de la CourEDH¹⁴⁴ et à l'introduction de la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la suppression de la responsabilité des héritiers pour les amendes fiscales¹⁴⁵, ces derniers n'ont plus à s'acquitter de l'amende dérivant de la soustraction d'impôt. En effet, il faut considérer que l'amende pénale revêt un caractère strictement personnel qui ne peut donc échoir aux héritiers. La grande nouveauté consiste en la réduction de la reprise d'impôt : le rappel d'impôt ne remonte qu'aux trois années précédant le décès. Deux raisons auraient motivé cette réduction à trois ans : « [d]'une part, il est difficile de reconstituer la soustraction d'impôt sur dix ans, surtout quand le contribuable ne peut plus participer à cette reconstruction [...]. D'autre part, la réduction à trois ans doit inciter les héritiers à coopérer sans réserve à l'établissement de l'inventaire de la succession »¹⁴⁶.

Il en résulte que les héritiers qui dénoncent spontanément une soustraction d'impôt commise par le défunt ne doivent plus s'acquitter que du rappel d'impôt remontant aux trois années précédant le décès ainsi que des intérêts moratoires. En revanche, si la dénonciation spontanée des héritiers ne remplit pas les conditions, les éléments non déclarés feront l'objet d'un rappel d'impôt ordinaire sur 10 ans accompagné des intérêts moratoires. Le rappel d'impôt simplifié est donc bien plus avantageux en raison de la période de reprise nettement plus courte.

Cependant, dans l'hypothèse où « [l]e rappel d'impôt [...] a été notifié valablement du vivant du contribuable [, *il*] fait partie des dettes de la succession comme toutes les autres dettes du contribuable ; dans ce cas, il n'y a aucune raison de le réduire »¹⁴⁷. Il convient tout de même de noter que si certains éléments faisant l'objet d'une déclaration des héritiers sont connus de

¹⁴³ Auparavant, l'art. 13 DPA s'appliquait également pour la TVA, voir PITTET, *Commentaire LTVA*, n° 2 *ad art.* 102.

¹⁴⁴ CourEDH, *AP, MP et TP c/Suisse*, arrêt du 29 août 1997, requête n° 199958/92 ; CourEDH, *EL, RL et JO-L c/Suisse*, arrêt du 29 août 1997, requête n° 20919/92.

¹⁴⁵ RO 2005 1051.

¹⁴⁶ FF 2006 8347, p. 8361.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 8368-8369.

l'autorité mais d'autres éléments ne le sont pas, les derniers pourront bénéficier du régime de réduction du rappel d'impôt¹⁴⁸.

Il y a deux cas dans lesquels la réduction du rappel d'impôt simplifié pour les héritiers est exclue. Il s'agit du cas de liquidation officielle ainsi que celui de la liquidation de la succession selon les règles de la faillite (art. 153a al. 3 LIFD et 53a al. 3 LHID). Dans le premier cas, « les héritiers ne répondent pas personnellement des dettes du défunt (cf. art. 593 CC), et ils n'ont donc pas besoin d'une restriction de leur responsabilité pour les impôts soustraits par le défunt »¹⁴⁹. Dans le second cas, la succession est insolvable et « fait l'objet d'une liquidation selon les règles de la faillite (art. 597 CC), le fisc n'a [donc] aucune raison de réduire sa créance en faveur d'autres créanciers »¹⁵⁰.

S'agissant des bases légales, le rappel d'impôt simplifié, introduit en même temps que la dénonciation spontanée non punissable en matière d'impôts sur le revenu et la fortune fait l'objet des articles 153a LIFD et 53a LHID. Il est donc valable tant au niveau des impôts fédéraux que des impôts cantonaux et communaux.

Il convient de préciser ici que le rappel d'impôt simplifié pour les héritiers « n'est pas une disposition du droit pénal fiscal et donc pas une disposition d'amnistie, mais une règle de procédure »¹⁵¹ (nous traduisons).

3.5. Conditions

Les conditions de la dénonciation spontanée dans la LIFD et la LHID sont identiques. En ce qui concerne les impôts indirects, elles sont essentiellement les mêmes. Nous allons donc examiner ses conditions conjointement tout en précisant les particularités de certaines dispositions. Comme nous le verrons, ces conditions sont au nombre de quatre et, celle qui est au centre du débat dans le contexte de l'échange automatique de renseignements est l'« absence de connaissance » des autorités fiscales. Nous porterons donc un regard plus attentif à cette dernière.

3.5.1. Première dénonciation spontanée

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Suisse n'a pas introduit d'« amnistie fiscale » à proprement parler mais laisse la possibilité de ce qu'on appelle la « petite amnistie ». Elle a été introduite en 2010 pour permettre tout de même aux contribuables désireux de se mettre en règle de bénéficier d'un allègement. Au contraire de l'amnistie habituelle, elle n'est pas limitée dans le temps mais elle ne peut être invoquée qu'une seule fois dans la vie d'un contribuable,

¹⁴⁸ FF 2006 8347, p. 8368-8369.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 8369 ; MONOD, p. 72.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ LOOSER, *Commentaire LHID*, n° 8 ad art. 53a.

respectivement durant l'existence d'une société¹⁵². Pour vérifier cela, il existe une liste tenue par l'AFC qui recense les données des personnes ayant fait l'objet d'une dénonciation spontanée selon les informations transmises par l'administration cantonale des impôts concernée¹⁵³.

Cette possibilité de dénonciation spontanée est néanmoins possible ultérieurement mais elle ne permet pas une exonération totale de l'amende ; elle est en effet réduite au cinquième de l'amende (art. 175 al. 4 LIFD, 56 al. 1^{er} LHID). En revanche, « il n'y aura pas de renonciation à poursuivre pénalement les autres actes délictueux en relation avec la soustraction d'impôt »¹⁵⁴. En effet, si la dénonciation spontanée non punissable, c'est-à-dire sans amende, était possible plus d'une fois, le contribuable pourrait se dénoncer à plusieurs reprises au cours de sa vie en échappant à toute peine¹⁵⁵.

Cette condition n'est en revanche pas exigée en ce qui concerne le rappel d'impôt simplifié pour les héritiers. En effet, ce ne sont pas ces derniers qui ont commis l'infraction mais le défunt. Comme nous l'avons vu, la condition de la première dénonciation spontanée n'est pas non plus exigée en matière de TVA¹⁵⁶. À l'inverse, l'art. 13 DPA prévoit que la dénonciation spontanée non punissable n'est possible qu'une fois « pour une infraction intentionnelle de même nature » où la notion de « même nature » se réfère au type de délit (soustraction, escroquerie fiscale ou en matière de contributions)¹⁵⁷. Si la soustraction n'est pas intentionnelle, il est donc possible de bénéficier à nouveau de la dénonciation non punissable. En revanche, si une soustraction intentionnelle a été commise pour l'impôt anticipé, le contribuable ne bénéficiera plus de la dénonciation spontanée non punissable en cas de soustraction intentionnelle du droit de timbre.

3.5.2. Absence de connaissance des autorités fiscales

Pour qu'une dénonciation spontanée non punissable soit valable, il faut que l'information ne soit pas déjà connue des autorités fiscales. En effet, si l'existence d'une soustraction d'impôt est déjà établie par l'administration, l'infraction est déjà commise et il est donc trop tard pour pouvoir se dénoncer.

Dans le même ordre d'idées, la condition de la spontanéité est aussi discutée. En effet, il existe une controverse sur la question de savoir si la dénonciation doit venir de la propre initiative de l'auteur car la notion de « spontané » ressort uniquement des textes français et italien mais non du texte allemand¹⁵⁸. Si l'on suivait cette interprétation, il ne serait plus possible de faire une

¹⁵² Art. 175 al. 4 et 181a al. 5 LIFD, art. 56 al. 1^{er} et 57b al. 5 LHID, 13 DPA avec la nuance que la dénonciation spontanée n'est possible qu'une fois pour une infraction intentionnelle « de même nature » ; BIRRI/ZÜND, p. 119.

¹⁵³ Lettre circulaire AFC n° 162, *Dénonciation spontanée non punissable*, Berne 10 juillet 2018.

¹⁵⁴ MONOD, p. 73.

¹⁵⁵ FF 2006 8347, p. 8370.

¹⁵⁶ PITTEY, *Commentaire LTVA*, n° 3 ad art. 102.

¹⁵⁷ TORRIONE, p. 1056.

¹⁵⁸ BACHMANN, StR 72/2017 S. 840, p. 844.

déclaration non punissable dès qu'elle est faite sous la crainte de la dénonciation par un tiers¹⁵⁹. Par ailleurs, SIBER/MALLA se positionnent clairement en faveur de la validité de la dénonciation spontanée non punissable lorsqu'elle est faite « par crainte d'une dénonciation imminente ou d'un contrôle fiscal »¹⁶⁰ (nous traduisons). De plus, BACHMANN est d'avis que les autorités fiscales seraient confrontées à des difficultés pratiques considérables si elles devaient vérifier pour chaque dénonciation si elle a été faite sous une menace quelconque¹⁶¹. Toutefois, selon BIRRI/ZÜND et SUTTER, une dénonciation spontanée doit se faire de manière volontaire et « non pas sous la crainte d'un danger concret de découverte de l'infraction »¹⁶² (nous traduisons). Nous sommes d'avis qu'il faut comprendre par « danger concret » les situations dans lesquelles les autorités ont déjà ouvert une enquête à l'encontre du contribuable, « ne serait-ce que par l'envoi d'une demande de renseignements »¹⁶³. Dans ce cas, il semble évident que l'autorité prendra connaissance de la soustraction d'impôt sans même que l'auteur de l'infraction se dénonce ; la dénonciation spontanée non punissable ne doit donc plus être admise à ce stade. SANSONETTI/HOSTETTLER sont toutefois d'avis que la demande de renseignements doit être formulée de manière assez précise, sinon « une demande formulée de manière très large par l'administration empêcherait le contribuable de former par la suite une dénonciation spontanée concernant un élément imposable qui n'était pas connu des autorités fiscales, et qui équivaldrait à permettre en quelque sorte à l'autorité fiscale de poser des questions très générales »¹⁶⁴. Ce raisonnement s'applique également en matière d'impôts indirects. Ainsi, par exemple, « si un contrôle TVA externe est annoncé (cf. art. 78 LTVA), une dénonciation spontanée n'est plus possible »¹⁶⁵.

Comme énoncé plus haut, cette condition est la plus problématique dans le cadre de l'échange automatique car on peut interpréter la notion de « connaissance » différemment. En effet, il est difficile de fixer la limite. Le fait que les informations soient échangées automatiquement et par conséquent disponibles de manière permanente signifie-t-il que l'administration fiscale en a connaissance ? Les avis à ce propos divergent.

Selon BACHMANN, la « connaissance » au sens de la loi implique qu'il y ait une capacité cognitive de la part d'un fonctionnaire fiscal¹⁶⁶. Or le fait que les informations soient à disposition de l'administration mais n'aient pas encore été analysées ne remplirait pas cette condition de la « connaissance » et la dénonciation spontanée serait dès lors toujours possible. Il faut savoir que les informations échangées sont communiquées par une autorité fiscale étrangère à notre Administration fédérale des contributions à Berne qui transmet elle-même ces renseignements aux autorités fiscales cantonales. Au vu de la masse d'informations échangées, il est très probable qu'au moment de la réception d'une dénonciation spontanée, aucun

¹⁵⁹ De cet avis : MONTI, p. 75.

¹⁶⁰ SIEBER/MALLA, *Commentaire LHID*, n° 51 ad art. 56.

¹⁶¹ BACHMANN, StR 72/2017 S. 840, p. 844.

¹⁶² BIRRI/ ZÜND, p. 119 ; SUTTER, p. 90.

¹⁶³ SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 48c ad art. 175.

¹⁶⁴ *Ibid.*, n° 48c ad art. 175.

¹⁶⁵ PITTET, *Commentaire LTVA*, n° 5 ad art. 102.

¹⁶⁶ BACHMANN, StR 72/2017 S. 840, p. 842.

fonctionnaire du service d'impôts cantonal n'ait ouvert le fichier concernant ce contribuable et n'ait pris connaissance des informations fiscales le concernant. Par conséquent, nous sommes d'avis que tant qu'un fonctionnaire n'a pas pris connaissance de ces informations et qu'aucune enquête à l'encontre du contribuable n'est en cours, il faudrait admettre la validité de la dénonciation spontanée non punissable. En effet, un des buts, tant de la dénonciation spontanée non punissable que de l'échange automatique de renseignements, est de renflouer les caisses de l'État en révélant au grand jour les éléments de revenu et de fortune jusqu'ici dissimulés. Or, si l'on supprimait cette possibilité uniquement sous prétexte que les informations sont à disposition de l'autorité fiscale sur un serveur, il se pourrait que ces éléments ne soient jamais découverts et ainsi jamais imposés.

En vue de la coordination des dénonciations spontanées lorsque plusieurs impôts sont en jeu, il convient de remarquer que pour les impôts directs « aucune autorité fiscale »¹⁶⁷ ne doit avoir connaissance de la soustraction, alors que selon l'art. 102 LTVA il doit s'agir de l'« autorité compétente »¹⁶⁸. Par conséquent, si une soustraction d'impôt est déjà connue d'un inspecteur TVA de l'AFC, la dénonciation spontanée non punissable pour les impôts directs ne sera plus possible. À l'inverse, si les autorités cantonales ont connaissance de la soustraction, cela n'empêche pas une dénonciation spontanée non punissable selon l'art. 102 LTVA¹⁶⁹. En revanche, selon le libellé de l'art. 13 DPA, applicable pour l'impôt anticipé et le droit de timbre, la dénonciation spontanée non punissable est possible même si l'autorité a déjà connaissance de l'infraction¹⁷⁰.

Il faut toutefois rappeler ici que les informations échangées dans le cadre de l'EAR ne peuvent être utilisées que pour les impôts faisant l'objet de la Convention, c'est-à-dire l'impôt sur le revenu et la fortune, sur les bénéficiaires et sur le capital ainsi que l'impôt anticipé¹⁷¹. L'impact sur les autres impôts ne sera qu'indirect, par le biais de l'entraide entre les autorités fiscales suisses.

3.5.3. Collaboration du contribuable

Afin de bénéficier de la dénonciation spontanée non punissable, le contribuable doit encore collaborer sans réserve avec l'administration pour déterminer *le montant du rappel d'impôt*¹⁷² (nous soulignons). L'expression « sans réserve » – qui n'est pas utilisée dans la LTVA ni la DPA¹⁷³ – laisse penser que le contribuable devrait fournir tous les documents pertinents à l'autorité fiscale, même ceux qu'il ne détient pas et ceux qui ont été détruits ; le contribuable ne pouvant pas les fournir, la dénonciation spontanée non punissable ne serait pas admise. Nous

¹⁶⁷ Art. 175 al. 3 let. a, 181a al. 1 let. a, 153a al. 1 let. a LIFD, art. 56 al. 1^{bis} let. a, 57b al. 1 let. a, 53a al. 1 let. a LHID.

¹⁶⁸ PITTET, *Commentaire LTVA*, n° 10 ad art. 102.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ JÄGGI/DALL'O, StR 69/2014 p. 820, p. 823.

¹⁷¹ FF 2015 5121, p. 5136.

¹⁷² Art. 153a al. 1 let. b, 175 al. 3 let. b, 181a al. 1 let. b LIFD, art. 53a al. 1 let. b, 56 al. 1^{bis} let. b LHID.

¹⁷³ SUTTER, p. 120.

suivons à ce propos l'avis de SUTTER, pour qui cette interprétation est trop stricte¹⁷⁴. Il propose en effet de limiter l'obligation de soutien sans réserve (*vorbehaltlose Unterstützung*) à ce qui est subjectivement, voire objectivement possible de la part du contribuable, c'est-à-dire ce qu'il peut fournir lui-même ou ce qu'il peut se procurer auprès de tiers¹⁷⁵. Si cette interprétation devait ne pas être suivie, il pourrait y avoir des contribuables réticents à se dénoncer allant ainsi à l'encontre du but de la dénonciation spontanée non punissable¹⁷⁶.

Dans le cadre du rappel d'impôt simplifié pour les héritiers, la formulation est quelque peu différente car elle prévoit que l'héritier doit collaborer « sans réserve avec l'administration pour déterminer les *éléments de la fortune et du revenu soustraits* »¹⁷⁷ (nous soulignons). Ce soutien consiste en pratique à aider l'autorité fiscale à dresser un inventaire exact et complet de la succession remplissant ainsi leur obligation de collaborer à l'inventaire (art. 157 LIFD)¹⁷⁸.

3.5.4. Effort du paiement du montant dû

Enfin, le contribuable doit également s'efforcer de payer le montant d'impôt dû¹⁷⁹. Notons toutefois qu'il n'est pas exigé que le montant dû soit payé mais que l'auteur s'« efforce » de la payer. Le contraire serait en effet un peu trop strict face à un contribuable qui n'aurait pas de liquidités disponibles immédiatement. En revanche, s'« il ne fait pas le nécessaire pour acquitter le rappel d'impôt qu'il serait en mesure de payer, par exemple en se laissant poursuivre, l'exemption de peine peut être révoquée »¹⁸⁰. Si le contribuable n'est pas en mesure de s'acquitter de l'impôt immédiatement, la notion de s'« efforcer » implique qu'il devrait, « de sa propre initiative, demander aux autorités fiscales un paiement échelonné, un report ou même une remise d'impôt »¹⁸¹ (nous traduisons).

À cet égard, il faut noter une particularité de l'art. 13 DPA qui stipule que l'auteur de l'infraction doit satisfaire à l'obligation qui lui incombe. La notion d'« effort » n'est donc pas mentionnée. Il faut comprendre, dans ces circonstances, que dans le cas des impôts couverts par l'art. 13 DPA, le montant doit être effectivement payé¹⁸².

3.6. Conséquences

Si l'autorité fiscale estime que les conditions ci-dessus sont remplies, le contribuable est exempté de l'amende et il ne fait pas l'objet de poursuites pénales. En revanche, il devra payer le rappel d'impôt pour les dix dernières années (trois années pour les héritiers) ainsi que les

¹⁷⁴ SUTTER, p. 127.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 122-123 et 127.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 123.

¹⁷⁷ Art. 153a al. 1 let. b LIFD, art. 53a al. 1 let. b LHID.

¹⁷⁸ FF 2006 8347, p. 8368.

¹⁷⁹ Art. 175 al. 3 let. c, 181a al. 1 let. c, 153a al. 1 let. c LIFD, art. 56 al. 1^{bis} let. c, 57b al. 1 let. c, 53a al. 1 let. c LHID, art. 102 al. 1 let. b LTVA, art. 13 § 2 DPA.

¹⁸⁰ SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*, n° 48 ad art. 175.

¹⁸¹ SUTTER, p. 138-139.

¹⁸² DUBEY, *Commentaire LIFD*, n° 18 ad art. 153a.

intérêts moratoires. Comme nous l'avons vu, le rappel d'impôt simplifié pour les héritiers s'étend uniquement aux trois périodes fiscales précédant l'année du décès. Les poursuites pénales en relation avec la soustraction d'impôt sont également amnistiées. Pour éviter toute sanction pénale lorsque plusieurs impôts sont impliqués, il nous semble qu'il faudrait faire une dénonciation spontanée individuelle pour chaque type d'impôt, et ce simultanément, afin que le contribuable ne se voit pas déchu de la possibilité de dénonciation spontanée non punissable en raison de la connaissance des faits par l'autorité fiscale.

3.7. Dénonciation spontanée ultérieure

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, la dénonciation spontanée non punissable n'est possible qu'une fois dans la vie du contribuable. Une réduction de l'amende est toutefois prévue en cas de dénonciation spontanée ultérieure concernant les impôts directs. En effet, la loi prévoit que « pour toute dénonciation spontanée ultérieure, l'amende est réduite au cinquième de l'impôt soustrait »¹⁸³. En ce qui concerne la TVA, une telle disposition n'est pas nécessaire car l'art. 102 LTVA ne limite pas le nombre de dénonciations spontanées non punissables. Quant à l'impôt anticipé et au droit de timbre, l'art. 13 DPA ne mentionne pas le cas de la dénonciation spontanée ultérieure. Dans une telle situation, la dénonciation devrait être une circonstance atténuante. Les juges n'étant pas limités par une disposition légale, ils bénéficient d'une certaine marge de manœuvre pour réduire l'amende.

3.8. Synthèse

Après plusieurs années de discussions sur la dénonciation spontanée non punissable dans le cadre des impôts directs, la Suisse est enfin parvenue à un consensus concernant le principe et les conditions d'une telle institution. Depuis 2010 et à plus forte raison depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'échange automatique de renseignements en matière fiscale, des milliers de dénonciations sont arrivées sur les bureaux des offices d'impôts cantonaux¹⁸⁴. Le but ainsi poursuivi par la révision, d'augmenter les recettes à court et à moyen terme¹⁸⁵, a visiblement été atteint.

Dans le cadre de l'échange automatique, nous avons vu que la condition de l'absence de connaissance de la soustraction par l'autorité fiscale est primordiale. Tout va dépendre de l'interprétation que les autorités donneront à cette exigence. Si l'on peut considérer que les informations sont connues de l'autorité fiscale dès qu'elles sont échangées, même sans qu'un fonctionnaire en ait pris connaissance personnellement, il n'y aura plus de place pour la dénonciation spontanée qui a pris tant de temps à voir le jour. De plus, dans le cas où la fraude n'est pas identifiée par l'autorité fiscale et que la dénonciation spontanée n'est plus admise, les

¹⁸³ Art. 175 al. 4, 181a al. 5 LIFD, 56 al. 1^{er} LHID.

¹⁸⁴ BUDRY CARBÓ Adrià, *Dès lundi, le mauvais contribuable risque un quart de son patrimoine*, Le Temps, 27 septembre 2018, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/lundi-mauvais-contribuable-risque-un-quart-patrimoine> (consulté le 25 avril 2019) ; PIRES Tiago, *Dénonciations spontanées et rentrées fiscales record !*, PME Magazine, 4 septembre 2018, disponible sous : <https://www.pme.ch/finances/2018/09/04/denonciations-spontanees-rentrees-fiscales-record> (consulté le 25 avril 2019).

¹⁸⁵ FF 2006 8347, p. 8374.

avoirs non déclarés ne seront très probablement jamais révélés, le contribuable n'ayant aucun avantage à se dénoncer. En revanche, si l'autorité accepte une dénonciation spontanée même après l'échange, les contribuables pourront continuer à se dénoncer sans crainte d'être punis.

4. Changements apportés dès 2018 : vers une suppression de la dénonciation spontanée ?

4.1. Prise de position des autorités fiscales

4.1.1. Administration fédérale des contributions

L'AFC a anticipé la question des conséquences de l'EAR sur les dénonciations spontanées en publiant une information dans laquelle elle déclare qu'elle « considère que les éléments fiscaux faisant l'objet de l'EAR seront connus de l'administration au 30 septembre 2018 au plus tard, de telle sorte que la dénonciation ne pourra plus être considérée comme spontanée à compter de cette échéance »¹⁸⁶. Cela signifie que pour l'AFC, toute dénonciation spontanée notifiée après le 30 septembre 2018 pour les informations récoltées dès 2017 ne sera plus valable. La position de l'AFC est donc claire : elle estime qu'elle a connaissance de la soustraction d'impôt aussitôt que les informations bancaires sont à sa disposition, sans qu'il soit nécessaire qu'un fonctionnaire se soit penché sur le dossier en question.

Toutefois, l'AFC explique qu'« [i]l revient à l'administration fiscale cantonale compétente de juger si une dénonciation spontanée réunit les conditions légales de l'impunité »¹⁸⁷. Il incombe donc à l'autorité fiscale cantonale d'analyser les conditions de la dénonciation spontanée et de se prononcer sur sa validité. Or, comme nous le verrons sous le point suivant, la position des cantons n'est pas homogène.

En outre, certains praticiens critiquent le délai qui a été fixé par l'AFC au 30 septembre 2018. Il ne repose en effet sur aucune base légale et risque de codifier les pratiques cantonales¹⁸⁸. Du reste, il n'est pas certain que les autorités fiscales de tous les États parties à l'EAR parviennent à respecter cette date pour l'envoi des renseignements¹⁸⁹.

¹⁸⁶ *EAR et dénonciations spontanées*, publication de l'AFC, 30 août 2018, disponible sous : <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/internationales-steuerrecht/fachinformationen/aia/straflose-selbstanzeigen.html> (consulté le 9 mars 2019).

¹⁸⁷ *EAR et dénonciations spontanées*, publication de l'AFC, 30 août 2018, disponible sous : <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/internationales-steuerrecht/fachinformationen/aia/straflose-selbstanzeigen.html> (consulté le 9 mars 2019).

¹⁸⁸ JOYE/MIGY, *Dénonciations spontanées : un délai arbitraire*, Mazars, mars 2018, disponible sous : <https://fre.mazars.ch/Accueil/Actualites2/Newsletters/Swiss-Tax-Newsletter/Swiss-Tax-e-newsletter-Mars-2018/Denonciations-spontanees-Un-delai-arbitraire> (consulté le 10 avril 2019).

¹⁸⁹ *Idem*.

4.1.2. Administrations fiscales cantonales

Comme nous venons de le voir, bien que l'AFC ait publiquement exprimé son point de vue, les autorités fiscales cantonales restent libres d'analyser les conditions de la dénonciation spontanée¹⁹⁰ et chaque canton en fait une interprétation différente.

Ce qui diverge, d'un canton à l'autre, est la date jusqu'à laquelle une dénonciation spontanée non punissable est prise en compte. Les positions des cantons vont des plus strictes aux plus laxistes. La plupart des cantons (Appenzell, Bâle-Ville, Berne, Glaris, Grisons, Obwald, Saint-Gall, Schaffhouse, Soleure, Thurgovie, Tessin et Vaud et Zurich)¹⁹¹ se sont calqués sur la date de l'AFC, à savoir le 30 septembre 2018. D'autres cantons ont même arrêté la date du 31 décembre 2017 (Argovie, Bâle-Campagne, Fribourg, Genève, Jura, Lucerne, Nidwald, Uri, Valais et Zoug)¹⁹². Parmi les dates retenues, il y a d'ailleurs des nuances. Par exemple, bien que les cantons de Bâle-Ville et Berne aient retenu la même date que l'AFC, ils considèrent que la réception des données par le canton est décisive, probablement après le 30 septembre 2018¹⁹³. Deux positions opposées sont adoptées par les cantons alémaniques de Zurich et de Schwyz. Le premier, qui se base sur la date proposée par l'AFC, estime toutefois que la dénonciation spontanée est valable aussi longtemps que les informations extraites de la base de données de l'AFC ne sont pas effectivement prises en compte par un fonctionnaire fiscal¹⁹⁴. Le second considère que les dénonciations spontanées après le 31 décembre 2016 ne sont possibles que si elles ne sont pas liées à l'échange automatique de renseignements¹⁹⁵. Les autorités fiscales schwyzoises, à l'inverse de ce que nous avons vu ci-dessus, estiment en effet qu'il manque une condition pour la dénonciation, cette dernière n'étant plus spontanée si les contribuables se dénoncent par crainte de l'échange automatique¹⁹⁶.

4.1.3. Conséquences pratiques

Force est de constater que les positions des autorités fiscales aussi bien fédérales que cantonales ne sont pas unanimes. Cela pose deux problèmes : d'une part, les contribuables de cantons différents ne sont pas traités de la même façon, certains pouvant bénéficier d'un rappel d'impôt accompagné des intérêts moratoires tandis que d'autres doivent s'acquitter en prime d'une

¹⁹⁰ *EAR et dénonciations spontanées*, publication de l'AFC, 30 août 2018, disponible sous : <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/internationales-steuerrecht/fachinformationen/aia/straflose-selbstanzeigen.html> (consulté le 9 mars 2019).

¹⁹¹ LATTMANN Thomas, *Steuerämter drücken bei Selbstanzeigen noch ein Auge zu*, Magazine Saldo, 27 septembre 2017, p. 9 ; site officiel de l'État de Vaud : <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/impots/impots-pour-les-individus/denonciation-spontanee/> (consulté le 27 avril 2019).

¹⁹² LATTMANN Thomas, *Steuerämter drücken bei Selbstanzeigen noch ein Auge zu*, Magazine Saldo, 27 septembre 2017, p. 9.

¹⁹³ *Idem.* ; BACHMANN, p. 844.

¹⁹⁴ LATTMANN Thomas, *Steuerämter drücken bei Selbstanzeigen noch ein Auge zu*, Magazine Saldo, 27 septembre 2017, p. 9 ; BACHMANN, p. 841.

¹⁹⁵ LATTMANN Thomas, *Steuerämter drücken bei Selbstanzeigen noch ein Auge zu*, Magazine Saldo, 27 septembre 2017, p. 9.

¹⁹⁶ SCHMIDIG Philipp, *Der AIA und die straflose Selbstanzeige*, blog Mattig, novembre 2017, disponible sous : <https://blog.mattig.swiss/Home/Article/170/?Der-AIA-und-die-straflose-Selbstanzeige#> (consulté le 27 avril 2019).

amende salée et d'éventuelles poursuites pénales alors que la dénonciation a été faite à la même date. D'autre part, pour les cantons qui n'ont pas repris la date butoir de l'AFC, le même contribuable pourrait se retrouver face à un certain régime pour les impôts fédéraux et face à un autre pour les impôts cantonaux et communaux. Nous pouvons imaginer que dans une telle situation, le contribuable pourrait être réticent à se dénoncer spontanément.

Face à une telle situation, seule une décision du Tribunal fédéral permettra une pratique homogénéisée des cantons. D'un point de vue juridique, il serait judicieux de se calquer sur la pratique zurichoise, car elle applique à notre avis correctement la définition de la « connaissance » des autorités. En effet, si ces dernières possèdent des informations sans les avoir consultées, il est difficile de concevoir qu'elles en aient connaissance. De plus, si on imputait la connaissance aux autorités dès la réception des renseignements, le contribuable risquerait de ne pas se dénoncer et les autorités fiscales ne décèleraient peut-être jamais cette soustraction. Finalement, cette situation pourrait aboutir à la suppression de la dénonciation spontanée à long terme, car elle ne serait plus admise dans le cadre de l'échange automatique alors que de plus en plus d'États adhèrent à la norme internationale.

4.2. Liens avec le secret bancaire

4.2.1. Généralités

Face aux récents développements en matière d'échange d'informations au niveau international, le secret bancaire, pourtant bien ancré dans la tradition suisse, a subi quelques bouleversements. Étant donné qu'il devrait précisément faire obstacle à l'échange de renseignements, il convient de se pencher quelque peu sur son rôle dans le contexte de l'EAR.

4.2.2. Base légale

Le secret bancaire trouve son fondement à l'art. 47 LB. Ce dernier prévoit les sanctions pénales en cas de violation du secret. Seules les personnes visées par l'art. 47 al. 1 LB peuvent se rendre coupables d'une telle violation¹⁹⁷.

4.2.3. Situation internationale

Antérieurement à l'introduction de l'EAR, les autorités étrangères pouvaient déjà obtenir des informations provenant de banques suisses. En effet, le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a déclaré vouloir se conformer aux standards de l'OCDE concernant l'art. 26 du MC-OCDE et ainsi supprimer sa réserve concernant le secret bancaire¹⁹⁸. Il a ainsi modifié ses CDI en conséquence.

Il n'en n'est pas autrement sous le régime de l'EAR puisque le MCAA oblige les institutions financières à déclarer les comptes et détenteurs de comptes qui doivent faire l'objet d'une déclaration. Les banques ne peuvent par conséquent pas opposer le secret bancaire au niveau international car les dispositions de droit international priment sur l'art. 47 LB.

¹⁹⁷ LOMBARDINI, p. 966.

¹⁹⁸ HARBEKE Nils, p. 663 ; Communiqué CF, *Standards OCDE*.

4.2.4. Situation interne

S'agissant de comptes en Suisse détenus par des résidents suisses, le secret bancaire est encore opposable aux autorités. En matière d'impôts directs, les autorités fiscales suisses n'ont en effet aucun de moyen d'obtenir des informations couvertes par le secret bancaire sans l'autorisation du contribuable¹⁹⁹. Il faut toutefois préciser que le secret bancaire n'est plus valable dans le cas d'« infractions fiscales qualifiées » au sens de l'art. 190 LIFD. Il s'agit en particulier des cas de soustraction continue de montants importants d'impôts (art. 175 et 176 LIFD) et des délits fiscaux (art. 186 et 187 LIFD). Ces cas relèvent alors de la procédure pénale, puisqu'ils sont soumis à la DPA dont l'art. 41 renvoie au CPP²⁰⁰ concernant l'audition de témoins. Ce dernier ne confère pas aux organes bancaires et aux employés le droit de refuser de déposer. S'agissant des impôts indirects, la procédure est également régie par la DPA et partant, ne permet pas d'opposer le secret bancaire, même face à une infraction de simple soustraction d'impôt²⁰¹.

4.2.5. Conséquences pratiques

La distinction que nous venons de voir crée une inégalité, dans la mesure où, s'agissant d'une procédure pour soustraction d'impôts directs, les renseignements recherchés peuvent être obtenus par les autorités étrangères mais non par les autorités suisses. Cette situation a déjà fait l'objet de maintes critiques mais elle reste pour le moment inchangée.

Dans le cas qui nous intéresse, c'est-à-dire la soustraction d'impôts, le secret bancaire est donc opposable aux autorités suisses concernant les impôts directs. À moins que le contribuable ne donne son accord pour lever le secret, les autorités suisses n'ont ainsi pas accès aux informations détenues par les banques. La dénonciation spontanée garde alors tout son intérêt dans les situations internes et ne devrait pas disparaître dans ce contexte-là. Rappelons ici que la dénonciation spontanée permet non seulement aux contribuables de régulariser leur situation fiscale mais aussi aux héritiers de révéler des avoirs qu'ils n'avaient eux-mêmes pas dissimulés.

5. Conclusion

L'échange d'informations en matière fiscale a beaucoup évolué ces dernières années, générant constamment de nouvelles questions. Ainsi, la possibilité de la dénonciation spontanée en lien avec l'échange automatique de renseignements fait l'objet d'interprétations diverses de la part des autorités fiscales cantonales.

L'échange automatique de renseignements en matière fiscale est néanmoins devenu un standard international, permettant ainsi une lutte efficace contre la fraude fiscale et des recettes non négligeables pour les États concernés grâce aux dénonciations spontanées. Cette forme d'échange de renseignements constitue donc la clé vers une transparence fiscale au niveau international. Les revers de ce système sont toutefois une protection limitée des personnes devant faire l'objet d'une déclaration, puisqu'elles ne bénéficient que de droits limités face à l'échange de leurs informations, ainsi que la disparition progressive

¹⁹⁹ ZULAUF, p. 678.

²⁰⁰ Art. 171 CPP.

²⁰¹ ZULAUF, p. 679 ; HARBEKE, p. 663.

de la possibilité de dénoncer une soustraction d'impôt, au vu de la prise de position de la plupart des autorités fiscales cantonales.

Il faut encore noter que l'impact de l'échange automatique sur les dénonciations spontanées n'est pas le même concernant tous les impôts. En effet, la Suisse a limité le champ d'application de la Convention aux impôts sur le revenu et la fortune ainsi que l'impôt anticipé. Elle échange par conséquent des informations à propos de ces impôts et ne reçoit des informations que sur ces mêmes impôts. Il conviendrait toutefois de dénoncer la soustraction à tous les impôts simultanément. En effet, les autorités fiscales sont tenues d'échanger les informations pertinentes qu'elles détiennent en vertu de l'entraide administrative et ont, de ce fait, rapidement accès à ces informations.

Savoir si la dénonciation spontanée pourra subsister en lien avec l'échange automatique est une question qui devra être tranchée par le Tribunal fédéral. En effet, il lui incombera de fixer le moment de la « connaissance » des informations par l'autorité cantonale dès que la question lui sera soumise. Nous osons espérer qu'il saura prendre en compte les conséquences d'une interprétation trop stricte sur l'institution de la dénonciation spontanée car sa disparition pourrait s'avérer contre-productive. Il s'agit donc pour l'heure de suivre le développement que connaîtra la jurisprudence.

Il ne faut pas perdre de vue que la dénonciation spontanée garde néanmoins toute son importance à l'égard d'une certaine catégorie de contribuables. Il s'agit des résidents suisses détenant des comptes en Suisse et, en particulier, leurs héritiers puisqu'ils voient le rappel d'impôt se réduire à trois années. Il n'est toutefois pas impossible que la politique suisse en matière de fiscalité connaisse encore des revirements dans les prochaines années et que le secret bancaire finisse par être abandonné également à l'interne.

Bibliographie

BACHMANN Thomas, *Auswirkungen des automatischen Informationsaustausches (AIA) auf Selbstanzeigen*, StR 72/2017 S. 840, p. 840-844 ;

BIRRI Jürg/ ZÜND Philipp, in : CANETE/KUBAILE/PETRITZ/ZÜND (édit.), *Praxisleitfaden zum Automatischen Informationsaustausch*, Linde, Wien 2017 ;

BOVET Christian/RICHA Alexandre, *Protection des données et nouvelles procédures de communication aux autorités fiscales et de surveillance étrangères*, RSDA 2017 p. 144, p. 144-162 ;

CHRISTENSEN III Henry/TIRARD Jean-Marc, *The amazing development of exchange of information in tax matters : from double tax treaties to FATCA and the CRS*, *Trusts & Trustees*, Vol. 22 (8), 2016, p. 898-922 ;

DUBEY Claude-Emmanuel, in: NOËL Yves/AUBRY GIRARDIN Florence (édit.), *Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, art. 153a (cité : DUBEY, *Commentaire LIFD*) ;

GLASER Verena, *Die Datenschutzrechtlichen Grenzen bei der internationalen Informationshilfe durch deutsche Steuerbehörden innerhalb der Europäischen Union*, Verlag Dr. Kovač GmbH, Hambourg 2014 ;

JÄGGI Olivier/DALL'O Roger, *Die straflose Selbstanzeige im Bereich der Verrechnungssteuer*, StR 69/2014 S. 820, p. 820-830 ;

HARBEKE Nils, *Demande d'assistance administrative suisse relative à des informations bancaires*, EF 9/19, p. 663-667 ;

KNIGHT Andrew, *CRS – a mid-term retrospective*, *Trusts & Trustees*, Vol. 24 (3), 2018, p. 250-259 ;

LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire suisse*, 2^e édition entièrement remaniée, Schulthess Zurich, Bâle, Genève 2008 ;

LOOSER Martin E., in: ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael (édit.), *Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, art. 53a (cité: LOOSER, *Commentaire LHID*) ;

MATTEOTTI René, *Verfassungskonformität des automatischen Informationsaustauschs: Kurzgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Internationale Finanzfragen*, Zürich 2015, disponible sous : <https://biblio.parlament.ch/e-docs/383331.pdf> (consulté le 2 mai 2019) ;

MOLO Giovanni, *Du secret bancaire à la transparence financière*, « Dossier de droit européen » n°32, Genève/Zurich/Paris, Schulthess Éditions Romandes/LGDJ, 2017 ;

MONOD Michel, *Nouveautés en matière de rappel d'impôt en cas de succession et de dénonciation spontanée*, Not@lex 2009 p. 71, p. 71-77 ;

MONTI Diane, *Les contraventions fiscales en droit fiscal harmonisé*, Thèse Lausanne 2001 ;

OBERSON Xavier, in : DANON Robert/GUTMANN Daniel/OBERSON Xavier/PISTONE Pasquale (édit.), *Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune : Commentaire*, Edition Francis Lefebvre, Paris, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2014 (cité : OBERSON, *Commentaire MC OCDE*) ;

PITTET Jacques, in : ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael/GLAUSER Pierre-Marie/ROBINSON Philip (édit.), *Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer/Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015, art. 102 (cité : PITTET, *Commentaire LTV A*) ;

SANSONETTI Pietro/HOSTETTLER Danielle, in: NOËL Yves/AUBRY GIRARDIN Florence (édit.), *Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, art. 175 (cité : SANSONETTI/HOSTETTLER, *Commentaire LIFD*) ;

SERMET Elodie, *Annonces spontanées : aperçu des principaux problèmes juridiques*, RDAF 2016 II 479, p. 479-526 ;

SHELLER Stefano, *Manuale sullo scambio di informazioni in materia fiscale*, SUPSI, 11, Manno 2015 ;

SIEBER Roman J./MALLA Jasmin, in: ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael (édit.), *Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, art. 56 (cité: SIEBER/MALLA, *Commentaire LHID*) ;

SIEBER Roman J./MALLA Jasmin, in ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael (édit.), *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, art. 175 (cité: SIEBER/MALLA, *Commentaire LIFD*) ;

SUTTER Reto, *Die straflose Selbstanzeige im Bereich der direkten Steuern, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht*, Stämpfli, Berne 2014 ;

TORIONNE Henri in : BÉGUIN Philippe [et al.], *Les procédures en droit fiscal*, OREF Ordre romand des experts fiscaux diplômés, Éditions Haupt, 3^e édition, Berne 2015, p. 951-1172 ;

WINIGER Marc, *Der automatische Informationsaustausch in Steuersachen: Grundlagen, Funktionsweise, Würdigung*, Helbing Lichtenhahn, Zurich 2016 ;

WÖHRER Viktoria, *Data Protection and Taxpayers' Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information*, IBFD, Amsterdam, 2018, p. 66 ;

ZULAUF Urs, *Automatischer Informationsaustausch : das Ende des steuerlichen Bankgeheimnisses ?*, SZW 2018, p. 667-683.

Publications officielles

CF, Communiqué, *La Suisse entend reprendre les standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale*, 13 mars 2009 (cité : Communiqué CF, *Standards OCDE*) ;

CF, Communiqué, *Développement de la stratégie en matière de marchés financiers*, 14 juin 2013 (cité : Communiqué CF, *Stratégie marchés financiers*) ;

DFF, Communiqué, *Échange spontané : ouverture de la consultation sur la révision de l'ordonnance sur l'assistance administrative fiscale*, 20 avril 2014 (cité : Communiqué DFF, *Échange spontané*) ;

DFF, Communiqué, *Premier échange de renseignements sur environ 2 millions de comptes financiers*, 5 octobre 2018 (cité : Communiqué DFF, *Premier échange de renseignements*) ;

Lettre circulaire AFC n° 162, *Dénonciation spontanée non punissable*, Berne 10 juillet 2018 ;

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la simplification du rappel d'impôt en cas de succession et sur l'introduction de la dénonciation spontanée non punissable, 06.085, 18 octobre 2006 (cité : FF 2006 8347) ;

Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers et à sa mise en œuvre (Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale, loi EAR), 15.046, 5 juin 2015 (cité : FF 2015 4975) ;

Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et à sa mise en œuvre (modification de la loi sur l'assistance administrative en matière fiscale), 15.047, 5 juin 2015 (cité FF 2015 5121) ;

OCDE, Communiqué, *Le Forum mondial s'achemine vers l'échange automatique de renseignements fiscaux et la transparence*, 22 novembre 2013 (cité : Communiqué OCDE, *Forum mondial*) ;

OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, Seconde édition, Éditions OCDE, Paris 2017 (cité : OCDE, *NCD*) ;

Rapport explicatif du Conseil fédéral sur l'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers et sur la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale, 14 janvier 2015 (cité : Rapport explicatif AMAC et LEAR) ;

Rapport explicatif du Conseil fédéral relatif à la Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et à la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale, 14 janvier 2015 (cité : Rapport explicatif Convention et modification LAAF) ;

Rapport du DFF sur la procédure de consultation sur l'amnistie générale, la simplification du rappel d'impôt en cas de succession et sur l'introduction de la dénonciation spontanée non punissable, 27 octobre 2004 (cité : Rapport du DFF Amnistie fiscale) ;

Rapport explicatif révisé de l'OCDE relatif à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le Protocole qui est entré en vigueur le 1^{er} juin 2011 (cité : Rapport explicatif de l'OCDE Protocole 2011).