

Entraide fiscale internationale – tour d’horizon de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral

Par Dominique Christin et Fabrice Kuhn

Table des matières

Préambule

- I. Les garanties procédurales
 1. Le droit d’être entendu
 2. L’interdiction de l’arbitraire
 3. Le déni de justice
 4. Le vice de forme – le cas du détenteur décédé
- II. Les principes généraux de l’entraide administrative
 1. La hiérarchie des normes en droit international
 2. L’AFC ne doit pas se substituer au fisc étranger
 3. La rétroactivité de la loi est admissible en matière d’entraide
 4. La procédure d’entraide doit respecter le principe de proportionnalité
 5. L’AFC ne doit pas agir spontanément
 6. Les documents pouvant être transmis au fisc étranger, tri et caviardage
- III. Les notions de domicile et de «US person»
 1. La notion de domicile
 2. La notion de «US person»
- IV. La notion de «tax fraud or the like»
 1. Les montants-limites sont des montants bruts
 2. Revenus d’une moyenne annuelle de CHF 100 000
 3. Examen des critères objectifs pour chaque compte séparément
 4. Taux de conversion
 5. Attitude frauduleuse
 6. Durée minimum de détention
- V. La notion de «beneficial owner»
 1. Ayant droit économique de «offshore company accounts»
 2. Sociétés offshore avec activités opérationnelles
 3. Comptes détenus par une fondation de droit liechtensteinois
 4. Comptes détenus au travers d’un trust
 5. Autres cas : pluralité d’ayant droit et détention à titre fiduciaire

Préambule

Le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) a rendu un grand nombre de décisions en matière d’entraide fiscale internationale durant ces derniers mois. Ces arrêts concernent avant tout l’affaire UBS et, plus récemment, la demande d’entraide déposée par les autorités fiscales américaines relative aux clients du Credit Suisse. Les résumés de ces arrêts sont disponibles sur le site <http://www.becctaxwatch.com>. Ces arrêts ont été l’occasion

pour le Tribunal de dégager des principes fondamentaux en matière d’entraide administrative. Le présent article constitue un tour d’horizon de cette abondante jurisprudence et des principes qui trouveront application au-delà des affaires concernant l’UBS et le Credit Suisse, vu les derniers accords conclus par la Suisse en matière d’entraide fiscale.

Les arrêts du Tribunal sont très nombreux, denses et contiennent une grande quantité de considérants importants. Pour les besoins du présent article, nous avons tenté de répartir la jurisprudence en cinq catégories principales :

- (I) les garanties procédurales,
- (II) les principes généraux de l’entraide administrative,
- (III) la notion de domicile et de «US person»,
- (IV) la notion de fraude fiscale et de délit semblable («tax fraud or the like»), et enfin
- (V) le critère de l’ayant droit économique («beneficial owner») notamment en cas de sociétés offshore, de fondations et de trusts.

I. Les garanties procédurales

1. Le droit d’être entendu

L’Accord entre la Suisse et les Etats-Unis concernant la demande de renseignements relative à UBS SA se compose de l’accord conclu en date du 19 août 2009 entre la Suisse et les Etats-Unis¹ ainsi que du protocole modifiant cet accord signé le 31 mars 2010 (l’accord du 19 août 2009 et le protocole du 31 mars 2010 sont dénommés ci-après ensemble «l’Accord»). L’Assemblée fédérale a approuvé l’ensemble de l’Accord par arrêté fédéral du 17 juin 2010.² Bien que l’Accord ne renvoie pas spécifiquement aux principes généraux du droit administratif, le droit d’être entendu, en tant que droit garanti par l’art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale, s’applique pleinement dans toutes les procédures d’entraide administrative. Ce droit implique en particulier pour le justiciable le droit de s’expliquer avant qu’une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d’avoir accès au dossier ainsi que ce-

¹ Accord 09, RO 2009 5669.

² La version consolidée de l’accord et du protocole est publiée au RS 0.672.933.612.

lui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos.³ Ainsi, lorsqu'une demande d'entraide a été acceptée par l'Administration fédérale des contributions (ci-après : l'AFC), alors que le contribuable n'a pas été au préalable informé par l'UBS que les données relatives à son compte avaient été transmises à l'AFC, le droit d'être entendu du contribuable n'est pas respecté. Dans pareils cas, la décision d'entraide doit être annulée et renvoyée à l'AFC pour qu'elle donne l'occasion au recourant de se déterminer.⁴

2. L'interdiction de l'arbitraire

Comme dans toute procédure administrative, les procédures en matière d'entraide administrative sont soumises au principe de l'interdiction de l'arbitraire. Selon l'Annexe à l'Accord (ci-après : l'Annexe), dans les cas concernant des comptes de sociétés offshore, l'octroi de l'entraide suppose que le contribuable n'ait pas autorisé l'AFC à demander à l'Internal Revenue Service (ci-après : IRS) des copies des formulaires « Reports of Foreign Bank and Financial Accounts » (ci-après : FBAR) pour la période considérée. Est ainsi arbitraire la décision de l'AFC accordant l'entraide administrative et constatant que le contribuable ne lui avait pas remis les formulaires requis alors que, dans le cadre de ses déterminations déposées devant l'AFC, le contribuable avait expressément autorisé l'AFC à requérir auprès de l'IRS des copies desdits formulaires. Une telle décision doit être annulée et renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle requière des copies des formulaires FBAR de l'IRS.⁵

3. Le déni de justice

Parmi les vices de procédure que peut invoquer le contribuable dans le cadre d'une procédure d'entraide figure le retard à statuer. Suite à l'arrêt de principe du 21 janvier 2010⁶ par lequel le Tribunal a jugé que le premier accord UBS signé le 19 août 2009 ne permettait pas d'octroyer l'entraide dans les simples cas de soustractions d'impôt, l'AFC a, conformément aux instructions du Département fédéral de jus-

tice et police, provisoirement suspendu toutes les procédures d'entraide. Du fait de cette situation, les cas de plusieurs contribuables ont été jugés sur la base de l'accord révisé du 31 mars 2010 alors que leur dossier avait été transmis à l'AFC plusieurs semaines avant que le Tribunal ne rende son arrêt de principe du 21 janvier 2010. Plusieurs de ces contribuables se sont ensuite plaints auprès du Tribunal d'un retard injustifié à statuer en invoquant le fait que si l'AFC avait traité leur dossier sur la base du premier accord UBS signé le 19 août 2009, la demande d'entraide les concernant aurait été refusée. De l'avis du Tribunal, on ne peut pas reprocher à l'AFC un retard à statuer à moins que la personne visée par l'entraide ne prouve que son cas aurait été traité selon l'ancien droit, c'est-à-dire avant la signature de l'Accord du 31 mars 2010, si la procédure s'était déroulée de manière ordinaire (sous-entendu : si l'AFC n'avait pas suspendu provisoirement le prononcé de ces décisions finales).⁷

4. Le vice de forme – le cas du détenteur décédé

Plusieurs recours ont été admis par le Tribunal au motif que la décision de l'AFC souffrait d'un vice de forme. Le Tribunal a ainsi dû constater qu'une décision accordant l'entraide administrative dirigée contre une personne décédée était nulle.⁸ Il a également jugé nulles toutes les décisions que l'AFC a dirigées non pas contre les héritiers du présumé bénéficiaire économique du compte bancaire visé mais contre la succession elle-même. En effet, une succession ne dispose pas de la personnalité juridique et, partant, ne peut pas avoir la qualité de partie dans une procédure.⁹ Concernant ces décisions jugées nulles par le Tribunal, l'AFC a expliqué avoir volontairement désigné la succession comme partie afin d'éviter que les héritiers puissent être personnellement tenus pour responsables des manquements du défunt.¹⁰ Bien que l'intention de l'AFC soit louable, son raisonnement peine à convaincre : d'abord il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une procédure d'entraide, de chercher à influencer le résultat de la pro-

³ ATAF A-4936/2010 consid. 4.2 et les références citées.

⁴ ATAF précité, consid. 5.1.

⁵ ATAF A-7089/2010 consid. 3.4 et 3.5.

⁶ ATAF A-7789/2009.

⁷ ATAF A-7397/2010 consid. 2.4 et 2.5 ; ATAF A-7032/2010 consid. 2.

⁸ ATAF A-6711/2010.

⁹ ATAF A-6406/2010 ; ATAF A-6630/2010 ; ATAF A-6683/2010.

¹⁰ ATAF A-6682/2010 consid. 4.2.

cédure au fond et, en outre, on ne voit pas en quoi le fait de ne pas désigner les héritiers comme les destinataires de la décision d'entraide pourrait protéger ces derniers contre d'éventuelles poursuites aux Etats-Unis.

Si l'on considère l'ensemble des décisions rendues par le Tribunal, on s'aperçoit que les griefs relatifs aux violations des garanties de procédure invoqués par les recourants ont rarement abouti à une admission de leur recours ; à l'exception de la violation de droit d'être entendu, laquelle a donné lieu à de très nombreux renvois de dossiers à l'AFC.

II. Les principes généraux de l'entraide administrative

1. La hiérarchie des normes en droit international

Notre Cour fédérale a eu l'occasion de préciser les relations entre les différentes conventions internationales signées par la Suisse (l'Accord UBS, la Convention de double imposition conclue avec les USA¹¹, la CEDH¹² et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³). Le Tribunal a relevé que le droit international ne connaissait pas – à l'exception de la prééminence du *ius cogens* – de hiérarchie matérielle. Le Tribunal a ainsi considéré que les règles de l'Accord primaient sur les autres dispositions de droit international, y compris l'art. 8 CEDH et l'art. 17 Pacte ONU II (qui protègent le droit au respect de la sphère privée), ces deux dernières dispositions étant antérieures à l'Accord et ne contenant pas de *ius cogens*.¹⁴ Il a toutefois retenu que, même si l'art. 8 al. 1 CEDH était applicable, les conditions prescrites à l'art. 8 al. 2 CEDH, qui permet de res-

treindre le droit au respect de la vie privée et familiale, étaient réalisées. Selon le Tribunal, l'Accord est en effet une base juridique suffisante à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les importants intérêts économiques de la Suisse ainsi que l'intérêt à pouvoir respecter les engagements internationaux pris prévalaient en outre sur l'intérêt individuel des personnes concernées par l'entraide administrative à tenir secrète leur situation patrimoniale.¹⁵

2. L'AFC ne doit pas se substituer au fisc étranger

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, le Tribunal a rappelé qu'il n'appartenait pas à l'AFC de juger de manière définitive, dans le cadre de la procédure d'entraide administrative, si la personne concernée par la demande d'entraide avait effectivement commis des délits fiscaux graves et durables mais qu'elle devait simplement déterminer s'il existait un soupçon fondé qu'elle avait commis un tel délit au sens de l'Accord.¹⁶ Ainsi, l'AFC n'est, par exemple, pas tenue d'examiner les raisons pour lesquelles le contribuable n'a pas adressé de formulaire W-9 au fisc américain.¹⁷ De même, il n'appartient pas à l'AFC de déterminer si la personne visée par une demande d'entraide est sujette à l'impôt aux Etats-Unis et si, partant, elle avait l'obligation ou non de déclarer ses avoirs bancaires au fisc américain.¹⁸

3. La rétroactivité de la loi est admissible en matière d'entraide

Une autre question qui a fait couler beaucoup d'encre est celle liée au principe de non-rétroactivité.¹⁹ En réponse à un recourant qui prétendait que

¹¹ Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu (RS 0.672.933.61).

¹² Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

¹³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

¹⁴ Pour une critique approfondie de cette jurisprudence du Tribunal, voir article de *Martin Schaub*, *Der UBS-Staatsvertrag und die EMRK*, AJP 2011, p. 1294. Selon cet auteur, la CEDH est un traité plus ancien et plus important que l'Accord UBS et doit par conséquent prévaloir sur l'Accord.

¹⁵ ATAF A-4013/2010 consid. 4.5 et 6 et les références citées ; ATAF A-2013/2011 consid. 3.1.2.

¹⁶ ATAF A-6869/2010 consid. 2.2 et 3.2.3 ; ATAF A-6419/2010 consid. 5.3 ; ATAF A-6625/2010.

¹⁷ ATAF A-1128/2011 consid. 5 : l'argument du recourant selon lequel il n'était pas capable de s'occuper de ses obligations fiscales aux Etats-Unis à cause d'une grave maladie psychique n'est ainsi pas relevant.

¹⁸ ATAF A-6757/2010 consid. 9.3 et ATAF A-6562/2010 consid. 9.3.

¹⁹ *Schaub* (n. 14) est d'avis que l'Accord UBS ne viole pas le principe de la non-rétroactivité car il impose des obligations uniquement aux autorités étatiques et non aux particuliers. Ces derniers n'ont donc, selon cet auteur,

l'Accord UBS violait le principe de la non-rétroactivité des lois, le Tribunal a rappelé que les parties à un accord international étaient libres de prévoir expressément ou de manière implicite son application rétroactive. Des règles de procédure pouvaient être appliquées de manière rétroactive à des faits antérieurs, car l'interdiction de la non-rétroactivité ne valait que pour le droit pénal matériel et non pas pour le droit de procédure, dont les dispositions en matière d'entraide administrative font partie. Etant donné que les parties à l'Accord UBS avaient clairement voulu que l'Accord s'applique avec effet rétroactif, l'argument de la violation du principe de non-rétroactivité n'a pas été retenu par le Tribunal.²⁰

4. La procédure d'entraide doit respecter le principe de proportionnalité

Comme toutes les mesures étatiques, les décisions sur l'entraide administrative doivent respecter le principe de proportionnalité. Le principe de proportionnalité découle de l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale et exige que les mesures étatiques soient aptes à atteindre le but d'intérêt public visé, nécessaires pour que ce but puisse être réalisé et qu'elles restent dans un rapport raisonnable avec l'atteinte aux droits des particuliers qu'elle entraîne. Une mesure de contrainte est ainsi contraire au principe de proportionnalité lorsque le but visé peut être atteint par une mesure moins incisive. L'atteinte aux droits des particuliers ne doit pas excéder ce qui est nécessaire d'un point de vue personnel, temporel et de l'espace.²¹

Dans un arrêt récent²² concernant l'admissibilité de la requête d'entraide administrative déposée par l'IRS le 26 septembre 2011 à l'encontre des contribuables américains ayant des comptes bancaires auprès du Credit Suisse,²³ le Tribunal a rappelé qu'une

demande d'entraide devait, en application du principe de proportionnalité, contenir des indications aussi précises que possible sur la ou les personne(s) visée(s) et décrire un état de fait créant un soupçon fondé de comportement frauduleux. Selon le Tribunal, il n'est toutefois pas nécessaire que l'autorité fiscale étrangère soit en mesure de citer les noms des contribuables visés par la demande d'entraide.²⁴ Toutefois, lorsque la demande d'entraide ne contient pas le nom de la personne visée, les exigences concernant le degré de précision que doit présenter l'état de fait décrit dans la demande sont particulièrement hautes. Ces exigences permettent de s'assurer que la demande de l'Etat requérant ne constitue pas une tentative de «pêche aux renseignements» contraire au principe de proportionnalité.²⁵

Dans l'affaire précitée, la Cour fédérale est arrivée à la conclusion que la demande de l'IRS devait être rejetée en raison de l'insuffisance des critères de recherche décrits par l'autorité fiscale américaine dans sa requête. Selon la Cour, ces critères couvrent également des personnes qui se sont au plus rendues coupables de soustraction fiscale et sont formulés d'une telle manière que l'astuce, qui est un élément nécessaire pour l'octroi de l'entraide sur la base de la Convention de double imposition conclue avec les Etats-Unis (ci-après: CDI CH-USA) applicable en l'espèce, ne peut être établie par l'AFC qu'après que les données du client lui aient été transmises par la banque.²⁶ La demande d'entraide de l'IRS étant formulée de manière beaucoup trop ouverte, il existe un risque que la banque transmette à l'AFC des données de nombreux clients qui ne peuvent être suspectés d'aucun délit susceptible de justifier une demande d'entraide en vertu de la CDI CH-USA seule applicable en l'espèce. En d'autres termes, la manière dont sont identifiés les suspects s'avère contraire au principe de proportionnalité et, par conséquent, la demande d'entraide doit être rejetée.

5. L'AFC ne doit pas agir spontanément

Avec la signature de l'Accord UBS, la Suisse n'a pas voulu introduire un système d'échange automatique de renseignements ni d'assistance administrative spontanée. Le Tribunal a eu l'occasion de le

aucune obligation d'adapter leur comportement aux dispositions de l'Accord. D'un avis contraire: *Yves Bonnard/Guillaume Grisel*, L'Accord UBS: spécificités, validité et conformité aux droits de l'homme, RDAF 2010 II 361, spéc. p. 390 ainsi que *Aurelia Rappo*, Le secret bancaire, les droits de la défense et la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral dans l'affaire UBS, RDAF 2011 II 233.

²⁰ ATAF A-2013/2011 consid. 3.1.3.

²¹ ATF 126 I 112 consid. 5b et les références citées.

²² ATAF A-737/2012 du 5 avril 2012.

²³ La requête de l'IRS est publiée dans la FF 2011 8765 (seulement dans la version allemande).

²⁴ ATAF précité, consid. 6.2.2.

²⁵ ATAF précité, consid. 8.1.1.

²⁶ ATAF précité, consid. 8.4.4.

confirmer dans un cas où le compte du recourant avait été visé par une demande d'entraide qui avait été dans un premier temps refusée par l'AFC en mars 2010 en application de l'accord signé entre les Etats-Unis et la Suisse en date du 19 août 2009. Suite à la conclusion en date du 31 mars 2010 du protocole modifiant l'accord du 19 août 2009, l'AFC a émis en mars 2011 une nouvelle décision qui, cette fois-ci, autorisait la transmission des documents relatifs au compte bancaire du recourant. Cette nouvelle décision avait été prise sans que l'AFC n'ait reçu une nouvelle demande d'entraide de la part de l'IRS. Le Tribunal a jugé que l'entraide ne pouvait pas être accordée ici car la Suisse ne pouvait pas, de son propre mouvement, transmettre des informations dans un cas où elle avait dans un premier temps refusé l'entraide au seul motif que les bases légales avaient changé depuis la première décision. Il appartenait dans ce cas aux Etats-Unis de déposer une nouvelle demande d'entraide. Octroyer l'entraide administrative dans un pareil cas revenait en fait à accorder une entraide administrative spontanée, type d'entraide que la Suisse ne connaît pas en matière fiscale.²⁷

6. Les documents pouvant être transmis au fisc étranger, tri et caviardage

Lorsque la demande d'entraide administrative est admise, tous les documents qui contiennent des informations présentant un lien direct avec le compte bancaire incriminé doivent être transmis à l'Etat requérant. Il appartient ensuite à l'autorité étrangère d'éliminer les documents qui ne seraient pas pertinents dans le cadre de la procédure au fond.²⁸ Bien que l'Accord UBS ne couvre que les demandes d'entraide relatives aux fraudes et délits commis entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2008, l'AFC est en droit, selon la Cour fédérale, de fournir à l'IRS des documents qui ont été établis avant le 1^{er} janvier 2001 ou après le 31 décembre 2008 pour autant que ces documents aient un lien direct avec le compte bancaire incriminé et apparaissent comme potentiellement pertinents.²⁹

²⁷ ATAF A-2302/2011 consid. 6.2.2. Pour plus de détails sur cette question voir *Stefan Oesterhelt*, Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Jusletter du 12 octobre 2009, Rz. 107 et ss.

²⁸ ATF 128 II 407 consid. 6.3.1.

²⁹ ATAF A-6684/2010 consid. 4.3.

III. Les notions de domicile et de «US person»

Conformément à l'art. 1 de l'Annexe à l'Accord, ce dernier n'est applicable qu'aux clients d'UBS qui étaient soit domiciliés aux Etats-Unis («US domiciled» selon les termes de la version anglaise) soit, indépendamment de leur domicile, ressortissants américains (la version anglaise de l'Accord parle de «US person») entre 2001 et 2008.

1. La notion de domicile

Dans un arrêt de principe daté du 30 novembre 2010,³⁰ le Tribunal a précisé que la notion de «US domiciled» ne devait pas être interprétée à la lumière de la Convention de double imposition conclue entre la Suisse et les USA mais bien d'après les règles générales des articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités.³¹ Le Tribunal en a conclu que la notion de «US domiciled» devait s'interpréter à la lumière de la législation interne des deux Etats contractants. Etant donné que le droit interne américain et le droit interne suisse se basent tous deux sur le critère du centre des intérêts vitaux du contribuable, notre Cour fédérale en a conclu qu'il fallait appliquer ce critère dans le cadre des demandes d'entraide fondées sur l'Accord. En application de ces principes, le Tribunal a estimé qu'il n'y avait pas suffisamment d'indices pour admettre que la recourante avait le centre de ses intérêts vitaux aux Etats-Unis durant la période concernée et, partant, qu'elle ne pouvait pas être considérée comme une «US person».

Pour juger du centre des intérêts vitaux du contribuable, le Tribunal accorde généralement une force probante accrue aux informations figurant dans les documents bancaires remplis par le détenteur du compte. Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal, lorsque l'adresse figurant sur les documents ban-

³⁰ ATAF A-4911/2010.

³¹ Convention de Vienne sur le droit des traités conclue à Vienne le 23 mai 1969 (RS 0.111). Comme le souligne justement *Schaub* (n. 14), les Etats-Unis ne sont pas partie à la Convention de Vienne et, par conséquent, cette dernière n'est pas directement applicable dans les relations entre la Suisse et les Etats-Unis. Toutefois, la Convention de Vienne reflète les principes généraux du droit international public et, pour cette raison, peut aussi s'appliquer aux Etats-Unis.

caires se trouve aux Etats-Unis, l'AFC est en droit de présumer que le détenteur du compte avait son domicile aux Etats-Unis. Il appartient par la suite à ce dernier, s'il entend échapper à la demande d'entraide, de réfuter de manière claire et décisive ce soupçon initial.³²

Le Tribunal a ainsi admis le recours d'un client UBS au motif que ce dernier avait apporté suffisamment de preuves permettant de réfuter l'hypothèse de l'AFC selon laquelle il aurait été domicilié aux Etats-Unis pendant la période couverte par la demande d'entraide. Le recourant avait produit, entre autres, une attestation de l'officier d'état civil d'une commune d'un pays étranger confirmant qu'il avait son domicile dans cette commune, des actes de naissance de ses deux enfants attestant qu'ils étaient nés dans la commune en question ainsi que des copies des billets d'avion d'où il ressortait que les séjours du recourant sur le sol américain n'avaient duré que quelques jours.³³

Le Tribunal a en revanche jugé qu'un ressortissant hollandais qui avait été envoyé par son employeur suisse aux Etats-Unis pour y travailler sur un projet pour une durée de près de quatre ans devait être considéré comme domicilié aux Etats-Unis pour cette période bien que le travailleur en question ait conservé un appartement en Suisse et qu'il ait toujours intégré ses comptes UBS dans ses déclarations d'impôts suisses.³⁴ Selon le Tribunal, le seul fait que le recourant ait travaillé durant plusieurs années aux Etats-Unis constitue un indice suffisant pour admettre que le centre de ses intérêts vitaux se trouvait dans ce pays durant cette période.

2. La notion de «US person»

Concernant la notion de «US person» utilisée dans l'Accord, le Tribunal a précisé que cette notion devait être interprétée à la lumière de la législation interne des Etats-Unis et qu'elle ne couvrait pas seulement les personnes ayant la nationalité américaine mais s'étendait à toutes les personnes soumises à impôt aux Etats-Unis.³⁵ Selon le «Internal Revenue Code» américain, il suffit qu'un des trois tests sui-

vants soit rempli pour être considéré comme une personne soumise à impôt aux Etats-Unis :

- a) le «Permanent Residence Test» : une personne est considérée comme fiscalement résidente aux Etats-Unis, et donc soumise aux impôts, lorsqu'elle a obtenu une autorisation d'établissement permanente selon le droit des étrangers américain («green card holders»);³⁶
- b) le test dit des 183 jours : une personne est considérée comme résidente fiscale si, durant l'année en question, elle a été présente sur le territoire américain durant 183 jours ou plus ;
- c) le «Substantial Presence Test» : les jours durant lesquels la personne a été présente sur le territoire américain durant trois années consécutives sont additionnés et calculés selon une moyenne pondérée;³⁷ si cette moyenne pondérée est supérieure à 183 jours, la personne est considérée comme résidente fiscale des Etats-Unis.

La personne qui remplit un de ces trois tests ne sera toutefois pas considérée comme résidente fiscale aux Etats-Unis, si elle dispose d'un domicile fiscal dans un autre pays et que ses attaches avec ce pays sont plus fortes que ses liens avec les Etats-Unis (critère du centre des intérêts vitaux). Pour juger si le critère de «US person» est rempli, il faut uniquement examiner la situation de la personne physique qui est destinataire de la décision d'entraide et non pas se baser sur le siège des sociétés et entités juridiques ou le domicile d'autres personnes.³⁸

IV. La notion de «tax fraud or the like»

Selon l'art. 2 de l'Annexe, l'entraide administrative ne peut être accordée qu'en cas de fraude fiscale ou de délit semblable («tax fraud or the like»). Cette notion de «tax fraud or the like» couvre premièrement les activités relevant d'une manière présumée d'une attitude frauduleuse, y compris des activités ayant entraîné la dissimulation d'avoirs ou la non-déclaration de certains revenus au moyen d'une

³² ATAF A-4110/2010 du 9 mai 2011 consid. 5.4.1.

³³ ATAF A-3425/2010.

³⁴ ATAF A-6438/2010.

³⁵ ATAF A-6053/2010 consid. 7.1.2 et ATAF A-6695/2010 consid. 2.4.

³⁶ Voir également à ce sujet ATAF A-6179/2010 consid. 3.2.3.

³⁷ Les jours de présence de l'année N sont pris en compte en entier, les jours de présence durant l'année N-1 sont multipliés par le facteur $\frac{1}{3}$ et les jours de présence durant l'année N-2 sont multipliés par le facteur de $\frac{1}{6}$.

³⁸ ATAF A-6722/2010 et ATAF A-6936/2010 consid. 3.3.3.

construction mensongère ou de la communication de documents faux ou inexacts. Lorsque de tels faits sont établis, l'entraide est accordée sauf si les avoirs en question étaient inférieurs à CHF 250 000.³⁹ Cette notion de «tax fraud or the like» couvre également les agissements représentant des comportements délictueux graves et durables à l'égard desquels la Confédération suisse peut obtenir des renseignements conformément à sa législation et à sa pratique administrative. Les agissements devant être assimilés à une fraude ou un délit semblable sont définis à l'aide de critères objectifs mentionnés dans l'Annexe.⁴⁰ Selon ces critères objectifs, le contribuable commet notamment une fraude fiscale ou un délit semblable lorsque :

- (i) il détient de comptes-titres non déclarés («non-W-9 accounts») ou des comptes de dépôt d'UBS SA d'une valeur de plus de CHF 1 million, pendant une période située entre 2001 et 2008, ou il détient des comptes de sociétés offshore pendant une période située entre 2001 et 2008, et
- (ii) il n'a pas fourni de formulaire W-9 pendant au moins trois ans (dont un an au moins couvert par la demande d'entraide administrative) ou n'a pas autorisé l'AFC à demander à l'IRS des copies des déclarations FBAR pour la période considérée et
- (iii) le compte détenu auprès d'UBS SA a généré des revenus de plus de CHF 100 000 en moyenne par an pour toute période de trois ans comprenant un an au moins couvert par la demande d'entraide administrative.

Dans le cadre de cette analyse, la notion de revenus inclut les revenus bruts (intérêts et dividendes) et les gains en capital. Les gains en capital équivalent, dans le cadre de la demande d'entraide administrative, à 50% du produit brut des ventes réalisées sur le compte durant la période considérée.⁴¹

La spécificité de l'Accord réside dans le fait qu'il définit de manière large la notion de «tax fraud or the like». En effet, l'Accord ouvre la voie de l'entraide administrative pour des agissements représentant des comportements délictueux graves et durables qui, en soi, constituent uniquement des soustractions d'impôt au sens du droit fiscal suisse. Or, dans les cas qui ne sont pas couverts par l'Accord UBS, la Suisse n'accorde pas l'entraide en cas de simple soustraction d'impôt. Selon la jurisprudence constante du Tribunal, la notion de «tax fraud or the like» utilisée à l'art. 26 de la CDI CH-USA couvre uniquement des délits impliquant un comportement astucieux, à savoir les cas de fraude fiscale au sens de l'art. 186 LIFD⁴² ou d'escroquerie en matière de prestations et de contributions au sens de l'art. 14 DPA⁴³ («Abgabebetrug» en allemand). Les dispositions de la CDI CH-USA ne permettent pas d'accorder l'entraide en cas de simple soustraction d'impôt, même si les montants présumés soustraits sont importants.⁴⁴ Le Tribunal a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt récent rendu dans le cadre de la demande d'entraide de l'IRS concernant les clients du Credit Suisse.⁴⁵ Dans cette affaire, le Tribunal a refusé d'accorder l'entraide car la demande de l'IRS reprochait uniquement à la personne visée d'avoir détenu des titres américains par le biais d'une société offshore et de n'avoir pas remis aux autorités américaines de formulaire W-9. Or, le simple fait de ne pas remettre de formulaire W-9 ne constitue pas un comportement trompeur ou astucieux mais une simple soustraction d'impôt et, par conséquent, ne suffit pas pour accorder l'entraide sur la base de la CDI CH-USA.⁴⁶

Les recourants qui ont saisi le Tribunal dans le cadre de l'affaire UBS ont très souvent argumenté que leur cas ne constituait pas un cas de «tax fraud or the like» au motif que les critères objectifs décrits

³⁹ Cf. ch. 2 lettres A/a et B/a de l'Annexe.

⁴⁰ Cf. ch. 2 lettres A/b et B/b.

⁴¹ Pour une critique de cette disposition de l'Accord UBS voir *Schaub* (n.14), p. 1296 ainsi que *Bernhard Lötscher/Axel Buhr*, *Kann ein fingierter Verdacht auf «Betrugsdelikte und dergleichen» Amtshilfegrundlage in Steuersachen sein?*, Jusletter du 18 octobre 2010. Selon ces derniers auteurs, le fait d'ériger cette méthode de calcul en fiction irrefragable n'est pas compatible avec le principe selon lequel l'entraide ne peut être accordée qu'en cas de soupçon fondé de comportement frauduleux.

⁴² Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11).

⁴³ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

⁴⁴ ATAF A-2866/2011 consid. 7.7 et ATAF A-7789/2009 consid. 6.5.4. Pour une interprétation différente voir *Robert Waldburger*, *Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich*, RSDA 2009, p. 502, selon lequel la CDI CH-USA permettrait également d'accorder l'entraide administrative en cas de soustraction continue de montants importants d'impôt.

⁴⁵ ATAF A-737/2012 consid. 7.7.

⁴⁶ ATAF A-737/2012 consid. 8.4.

plus haut n'étaient pas remplis. La Cour fédérale a ainsi été amenée à interpréter de manière détaillée cette notion. Les arrêts les plus intéressants qu'a rendus le Tribunal à cet égard sont résumés ci-dessous.

1. Les montants-limites sont des montants bruts

Selon le Tribunal, l'Accord fixe de manière irréfragable la manière de calculer les gains en capital généré par un compte si bien que les gains en capital effectifs ne sont pas pertinents. Il s'ensuit que le contribuable visé peut se défendre contre une demande d'entraide uniquement en prouvant que c'est de manière erronée que les critères ressortant de l'Accord ont été appliqués à son cas ou en démontrant que les résultats auxquels a abouti l'AFC sont fondés sur des erreurs de calcul.⁴⁷

Dans une affaire où le recourant contestait la méthode de calcul employée par l'AFC pour déterminer si le seuil de la moyenne annuelle de CHF 100 000 sur trois ans était dépassé dans son cas, le Tribunal a rappelé qu'il ne s'agissait pas de critères réfragables, mais de critères objectifs qui, lorsqu'ils étaient remplis, justifiaient l'octroi de l'entraide administrative. Selon la Cour fédérale, ni les pertes ni les droits de courtage ne peuvent être portés en déduction du produit des ventes réalisées, l'Annexe parlant expressément de «produit brut des ventes»⁴⁸. Suivant cette logique, le Tribunal a également estimé que les dettes en relation avec le compte de dépôt ne pouvaient pas être portées en déduction pour déterminer si le compte du contribuable dépassait la valeur limite de CHF 1 million prévue par l'Accord. Ainsi, selon le Tribunal, le montant d'un crédit lombard accordé au contribuable ne peut pas être porté en déduction pour le calcul de l'avoir du compte de dépôt même si le compte de dépôt en question a été mis en gage pour l'octroi du crédit.⁴⁹ Dans un arrêt rendu peu après l'affaire précitée,⁵⁰ le Tribunal est même allé plus loin en jugeant que le seuil de CHF 1 million mentionné par l'Accord devait être compris comme une valeur brute et que même un éventuel solde négatif d'un

compte ne pouvait pas être déduit de la valeur totale du dépôt pour calculer le seuil de CHF 1 million.

2. Revenus d'une moyenne annuelle de CHF 100 000

Selon la Cour fédérale, le seuil de la moyenne annuelle de CHF 100 000 sur trois ans n'est pas lié à la personne du titulaire et/ou de l'ayant droit économique du compte concerné, mais au compte lui-même.⁵¹ Ainsi, même si plusieurs personnes sont titulaires et/ou ayants droit économiques du compte, la moyenne annuelle sur trois ans de CHF 100 000 ne doit pas être multipliée par le nombre de titulaires et/ou ayants droit économiques du compte. Dans ce même arrêt, le Tribunal a jugé que la moyenne annuelle de CHF 100 000 mentionnée par l'Annexe signifiait bien la moyenne des revenus sur trois ans et non pas la moyenne par an. Selon lui, l'Accord n'exige ainsi pas que des revenus de plus de CHF 100 000 soient réalisés chaque année sur trois ans.⁵² Cette condition sera donc remplie lorsqu'un compte a généré des revenus de plus de CHF 300 000 sur trois ans ou sur une période inférieure.⁵³ En outre, il n'est pas nécessaire que la personne concernée par l'entraide administrative ait résidé aux Etats-Unis durant la période pendant laquelle les gains de plus de CHF 100 000 en moyenne par an avaient été générés par le compte UBS incriminé.⁵⁴

3. Examen des critères objectifs pour chaque compte séparément

Concernant l'application des critères objectifs définis dans l'Annexe, l'AFC était d'avis qu'il suffisait que les critères pour l'octroi de l'entraide administrative soient réunis pour une relation bancaire donnée pour que l'entraide soit automatiquement accordée pour l'ensemble des comptes de la personne concernée. Dans un arrêt de principe daté du 14 février 2011,⁵⁵ le Tribunal a donné tort à l'AFC et a précisé qu'on ne pouvait pas interpréter l'Accord en ce sens

⁴⁷ ATAF A-4013/2010 consid. 8.3.3 et ATAF A-4876/2010 consid. 3.1.

⁴⁸ ATAF A-4904/2010 consid. 5 à 5.2.1.

⁴⁹ ATAF A-6641/2010 consid. 5 et 6; ATAF A-2064/2011 consid. 3.4 et ATAF A-4858/2011 consid. 6.

⁵⁰ ATAF A-3830/2010 consid. 3.4.3 à 3.4.6.

⁵¹ ATAF A-4161/2010 consid. 7.1.

⁵² Arrêt précité, consid. 8 et 8.3.

⁵³ ATAF A-6731-2010 consid. 4.4 et ATAF A-6872/2010 consid. 9.4.

⁵⁴ ATAF A-3425/2010 consid. 4.2 et ATAF A-2014/2011 consid. 8.4.2.

⁵⁵ ATAF A-6258/2010 consid. 11 ss; confirmé dans ATAF A-6958/2010 et ATAF A-6948/2010.

que l'entraide administrative devrait automatiquement être accordée pour l'ensemble des comptes UBS détenus par un contribuable américain, dès que celui-ci remplit les conditions en ce qui concerne l'une de ses relations bancaires. De l'avis du Tribunal, l'impossibilité d'étendre l'octroi de l'entraide administrative ne vaut non seulement lorsque le contribuable est le détenteur ou l'ayant droit économique de plusieurs comptes qui appartiennent à des catégories différentes (par ex. compte de dépôt et compte détenu par le biais d'une société « offshore ») et que seul un de ces comptes remplit les critères objectifs présumant de l'existence d'une fraude ou d'un délit semblable, mais également lorsque le contribuable détient plusieurs comptes de la même catégorie et que seul un de ces comptes remplit lesdits critères objectifs.⁵⁶

4. Taux de conversion

Le Tribunal s'est prononcé dans plusieurs arrêts sur la question du taux de conversion qu'il convenait d'appliquer pour déterminer si les comptes visés par une demande d'entraide dépassaient les limites minimales (avoirs de plus de CHF 1 million et revenus de plus de CHF 100 000, respectivement avoirs de plus de CHF 250 000 en cas d'activités frauduleuses) fixées par l'Annexe. Dans une affaire où le recourant prétendait qu'il fallait appliquer le taux de change applicable au jour du dépôt de la requête d'entraide par l'IRS ou au jour du recours, le Tribunal a jugé que l'AFC était en principe libre de choisir un facteur de conversion, tant que ce dernier n'était pas arbitraire, étant donné que l'Accord était silencieux sur ce point.⁵⁷ Selon notre Cour fédérale, il n'est en tout cas pas arbitraire de tenir compte du cours du jour applicable,⁵⁸ respectivement des cours annuels les plus bas, ces derniers étant en règle générale plus favorables aux personnes concernées.

⁵⁶ ATAF A-52/2011 consid. 6.4 et 6.5; ATAF A-6853/2010 consid. 6.1 à 6.3; ATAF A-6722/2010 et A-6936/2010 consid. 4.1; ATAF A-8261/2010.

⁵⁷ ATAF A-4835/2010 consid. 6.3 et 6.4.1.

⁵⁸ Le Tribunal ne précise pas ce qu'il faut comprendre par « cours du jour applicable » mais il ne peut s'agir, selon nous, que du cours au 31 décembre de l'année en question pour le calcul du montant des avoirs et le cours au jour de la transaction pour le calcul des revenus.

5. Attitude frauduleuse

Comme mentionné plus haut, lorsque le cas concerne des activités présumées relever d'une attitude frauduleuse tombant sous le coup des catégories 2/A/a et 2/B/a de l'Annexe, l'entraide est accordée à condition que les avoirs sur le compte bancaire visé par la demande se montaient à au moins CHF 250 000. Le Tribunal a précisé à qu'il n'était pas nécessaire que cette limite de CHF 250 000 ait été atteinte durant toute la période concernée par la demande mais qu'il suffisait, tant pour les cas de la catégorie 2/A/a que pour ceux de la catégorie 2/B/a, que cette limite ait été dépassée à une seule reprise durant la période couverte par l'Accord.⁵⁹

Le Tribunal a jugé que le soupçon d'un comportement frauduleux était fondé dans une affaire où le compte bancaire incriminé était détenu par une pure société de domicile, que des versements avaient effectuéés depuis le compte de la société pour financer la maison individuelle du recourant, que des versements à la chaîne avaient été effectués le même jour à partir du compte de la société sur des comptes d'une autre société apparemment contrôlée par le recourant et que, par ce moyen, de l'argent avait été versé vers les Etats-Unis.⁶⁰ Le Tribunal a également considéré que le soupçon de comportement frauduleux était fondé dans un cas où le recourant était l'ayant droit économique de deux sociétés de domicile, qu'une somme importante avait été transférée du compte d'une société vers le compte de l'autre société, que le motif de plusieurs ordres de paiement n'était pas reconnaissable et que le recourant avait donné de manière dissimulée des instructions au directeur fondé de procuration d'une des deux sociétés.⁶¹

6. Durée minimum de détention

Une des conditions pour qu'une fraude fiscale ou un délit semblable puissent être présumés selon l'Accord est que le compte ait été détenu durant une période d'au moins trois ans entre 1999 et 2008. Pour ce motif, le Tribunal a admis le recours d'un contribuable qui avait détenu deux comptes UBS, le premier de 1997 à juillet 2001 et le deuxième de juillet

⁵⁹ ATAF A-7019/2010 consid. 10.2 et ATAF A-8003/2010 consid. 5.2.

⁶⁰ ATAF A-7019/2010 consid. 13.3.1.

⁶¹ ATAF A-8003/2010 consid. 8.3.

2000 à avril 2003. Le Tribunal a jugé qu'on ne pouvait pas tenir compte de la durée de détention du compte avant 1999 et que, par conséquent, la durée de détention du premier compte devait être calculée du 1^{er} janvier 1999 à juillet 2001, soit moins de trois ans. Comme le deuxième compte avait également été détenu pour une durée inférieure à trois ans, l'entraide ne pouvait pas être octroyée, les durées de détention des deux comptes ne pouvant pas être cumulées.⁶² Le Tribunal a également eu l'occasion de préciser que l'Accord exigeait uniquement que le compte ait été détenu durant au moins trois ans mais qu'il n'était pas nécessaire que la personne concernée par la demande d'entraide en ait été l'ayant droit économique durant ces trois ans.⁶³

V. La notion de «beneficial owner»

La notion de «beneficial owner», que l'on peut traduire par «ayant droit économique» en français, est une notion centrale de l'Accord. Selon l'art. 1 de l'Annexe, l'entraide administrative ne peut être accordée que (i) pour les clients d'UBS SA domiciliés aux Etats-Unis qui étaient titulaires directs et ayants droit économiques de comptes-titres non déclarés (non-W-9) et de comptes de dépôt⁶⁴ et (ii) pour les «US persons» ayants droit économiques de comptes de sociétés offshore.⁶⁵ Dans un arrêt de principe daté du 10 janvier 2011, le Tribunal a rappelé que le concept de «beneficial owner» se référerait à la réalité économique et ne s'appuyait pas sur la forme juridique (civile) («substance over form»).⁶⁶ Ainsi, le critère déterminant pour juger si une personne devait être considérée comme l'ayant droit économique d'un compte d'une société offshore était de savoir si la personne concernée avait le pouvoir de disposer, à travers le cadre formel de la société, des avoirs déposés sur le compte et des revenus en provenant. Si tel est le cas, en application du principe «substance over

form», la société offshore devait être traitée comme transparente au sens de l'Accord et l'ayant droit économique devait être considéré comme pouvant disposer des avoirs bancaires concernés.

Dans les affaires qu'a eu à traiter le Tribunal, les recourants ont très souvent argumenté, la plupart du temps sans succès, ne pas être les ayants droit économiques des comptes UBS visés par la demande d'entraide. Le Tribunal fédéral a ainsi eu l'occasion de développer, au travers d'une jurisprudence relativement dense, cette notion fondamentale de l'Accord.

1. Ayant droit économique de «offshore company accounts»

Le Tribunal a précisé que la notion de «offshore company accounts» incluait les comptes bancaires de collectivités au sens large, soit des formes de sociétés «offshore» qui n'étaient pas reconnues en droit des sociétés et/ou en droit fiscal suisse ou américain comme des sujets (fiscaux) autonomes. Ces entités devaient simplement être en mesure d'entretenir avec une institution financière, telle qu'une banque, des relations de client durables, respectivement de «détenir des biens». Pouvaient ainsi entrer en considération en tant que «company» les fondations et les trusts de droit étranger, car les deux entités étaient en mesure de «détenir des biens» et d'entretenir une relation de client durable avec une banque.⁶⁷

2. Sociétés offshore avec activités opérationnelles

Dans plusieurs affaires, les recourants ont tenté de faire obstacle à la demande d'entraide en argumentant qu'ils ne pouvaient pas être considérés comme les ayants droit économiques des comptes incriminés car ces derniers étaient détenus par une société offshore qui avait des activités opérationnelles. Or, selon les recourants, l'Accord UBS pouvait uniquement s'appliquer lorsque le compte bancaire était détenu par une société offshore sans activités opérationnelles. Le Tribunal a rejeté cet argument en relevant que seul le 1^{er} paragraphe du chiffre 1 de l'Annexe parlait de «société offshore sans activités opérationnelles» alors que dans le catalogue des critères permettant d'accorder l'entraide administrative

⁶² ATAF A-6939/2010 consid. 6.

⁶³ ATAF A-6662/2010 consid. 8.2.2.

⁶⁴ La version anglaise de l'Annexe parle de «US domiciled clients of UBS who directly held and beneficially owned <undisclosed (non-W-9) custody accounts> and <banking deposit accounts>».

⁶⁵ La version anglaise de l'Annexe parle de «US persons (irrespective of their domicile) who beneficially owned <offshore company accounts>».

⁶⁶ A-6053/2010 consid. 7.3.2.

⁶⁷ ATAF A-6053/2010 consid. 7.2.

seul le terme de «société offshore» était utilisé.⁶⁸ Ainsi, l'Accord n'exige pas que le compte bancaire incriminé soit détenu par une société «sans activité opérationnelle». ⁶⁹ De même, l'octroi de l'entraide ne dépend pas du fait qu'il existe un soupçon fondé que la société offshore a été utilisée dans un but abusif pour commettre des fraudes et délits semblables. Le simple fait que la société offshore est en mesure d'entretenir avec une institution financière, telle qu'une banque, des relations de client durables, respectivement de «détenir des biens», est suffisant.⁷⁰ Selon le Tribunal, la notion de «offshore» utilisée dans l'Annexe signifie que la société a son siège dans un État ou a été créée selon les règles d'un État dans lequel le contrôle et la réglementation étatique est faible ou dans lequel la société bénéficie d'un faible taux d'imposition ou n'est pas du tout imposée. Une autre caractéristique de la société «offshore» est qu'elle exerce en général la plus grande partie de ses activités en dehors de l'État dans lequel elle est officiellement domiciliée.⁷¹

3. Comptes détenus par une fondation de droit liechtensteinois

Le Tribunal a dû se prononcer à plusieurs reprises sur la question de la qualité d'ayant droit économique d'un compte détenu par le biais d'une fondation de droit liechtensteinois. Selon le Tribunal, les indices suivants permettent d'admettre qu'une «US person» est l'ayant droit économique du compte : l'existence d'un contrat de mandat entre la «US person» et le conseil de fondation, la possibilité pour la «US person» de modifier en tout temps les statuts de la fondation, la «US person» est désignée comme seule bénéficiaire à vie et certaines dispositions précisent ce qu'il advient lorsqu'elle décède, la «US person» est désignée dans les statuts de la fondation comme bénéficiaire finale, l'existence d'une identité personnelle entre la «US person» et le conseil de fondation ainsi qu'entre la «US person» et la personne bénéfi-

ciaire, la «US person» a un droit de signature sur les comptes bancaires de la fondation.⁷²

Dans une autre affaire,⁷³ le Tribunal a dû se prononcer sur le cas d'un recourant qui était désigné seul bénéficiaire par les statuts de la fondation et qui recevait chaque année un versement de la part de la fondation correspondant à 5% de la fortune de cette dernière. Selon les statuts de la fondation, le conseil de fondation procédait aux versements en faveur du bénéficiaire selon sa libre appréciation et était autorisé à effectuer des versements à des œuvres de bienfaisance. Le recourant n'avait en outre aucun pouvoir de décider de la composition du conseil de fondation ni de régler ce qu'il advenait de la fortune de la fondation après son décès. Pour ces raisons, le Tribunal est parvenu à la conclusion que le recourant ne pouvait pas être considéré comme l'ayant droit économique du compte bancaire détenu par la fondation.⁷⁴ De même, le Tribunal a nié la qualité d'ayant droit économique d'un recourant par rapport à un compte bancaire qui était détenu par le biais d'une fondation de droit liechtensteinois parce que le recourant, bien qu'apparaissant comme fondateur effectif de la fondation dans les documents bancaires, n'avait aucun droit de signature sur le compte bancaire en question, n'était pas désigné comme bénéficiaire par les statuts ou les statuts-annexes et ni lui ni ses proches n'avaient reçu des versements de la part de la fondation.⁷⁵

4. Comptes détenus au travers d'un trust

Pour juger s'il existe suffisamment d'indices permettant d'admettre la qualité d'ayant droit économique, le Tribunal se base en premier lieu sur les documents bancaires. Ainsi, lorsque les documents bancaires indiquent que le recourant est l'ayant droit économique du compte visé par la demande d'entraide, le Tribunal estime que ce seul indice suffit pour présumer que le recourant était bien l'ayant droit économique du compte. En pareil cas, il appartient au recourant de démontrer de manière claire et

⁶⁸ ATAF A-6242/2010 consid. 8.3; ATAF A-7018/2010 consid. 3.4 et ATAF A-6605/2010 consid. 8.3.

⁶⁹ ATAF A-7242/2010 consid. 7.4.2.1.

⁷⁰ ATAF A-8025/2010 consid. 5.3 et 5.4.

⁷¹ ATAF A-7976/2010; ATAF A-7978/2010; ATAF A-7979/2010; ATAF A-7980/2010; ATAF A-7982/2010; ATAF A-7983/2010 consid. 6.1.2.

⁷² Arrêt précité, consid. 7.3.3.

⁷³ ATAF A-5974/2010.

⁷⁴ Arrêt précité, consid. 4.3.4 et 4.4.

⁷⁵ ATAF A-6807/2010 et ATAF A-6682/2010 consid. 5.4.1; pour un cas similaire concernant un «Anstalt» de droit liechtensteinois voir ATAF A-6680/2010 et ATAF A-6756/2010 consid. 5.4.2.

décisive qu'il n'était pas le titulaire et/ou l'ayant droit économique du compte concerné.⁷⁶

Dans trois arrêts importants concernant des comptes bancaires détenus par le biais d'un trust, le Tribunal a ainsi admis que les recourants n'étaient pas les ayants droit économiques des comptes concernés, bien qu'ils figuraient comme tels sur les formulaires de la banque. Dans ces trois affaires,⁷⁷ les documents produits par les recourants démontraient que les comptes en question faisaient partie d'un trust discrétionnaire et irrévocable. Or, selon le Tribunal, les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire n'ont aucun droit ferme de requérir du trustee le paiement de revenus ou de part de capital du trust. Le trustee dispose d'une entière liberté dans le choix des bénéficiaires des distributions. Les bénéficiaires d'un trust n'ont ainsi qu'une expectative et, par conséquent, ne peuvent pas être considérés comme les ayants droit économiques puisqu'ils n'ont pas le pouvoir de disposer économiquement des avoirs déposés sur le compte bancaire incriminé.⁷⁸

Dans un arrêt daté du 28 juin 2011 concernant quatre affaires jointes, le Tribunal s'est également prononcé sur le cas de comptes bancaires détenus par le biais de trusts révocables.⁷⁹ Le Tribunal a relevé que les bénéficiaires de trusts révocables n'avaient aucun droit ferme de requérir du trustee le paiement de revenus ou de part de capital du trust et qu'ils n'acquiesçaient une prétention ferme sur un revenu ou une part de capital que lorsque ceux-ci n'étaient plus soumis à condition, soit dans le cas d'un trust révocable lorsque celui-ci se transforme en trust irrévocable à la suite du décès du settlor, pour autant toutefois que le trust ne soit pas discrétionnaire.⁸⁰ Dans cette affaire, le Tribunal a donc admis que les recourants, lesquels étaient les bénéficiaires désignés des trusts, n'étaient pas les ayants droit économiques des comptes bancaires détenus par les trusts en question.

5. Autres cas : pluralité d'ayant droit et détention à titre fiduciaire

De l'avis du Tribunal, le fait que le contribuable ne soit pas le seul ayant droit économique du compte bancaire visé par la demande d'entraide n'est pas pertinent. Ainsi, même s'il existe à côté de la personne concernée d'autres ayants droit économiques, l'entraide doit être accordée et ce même si, semble dire le Tribunal, les ayants droit économiques ne sont pas visés par une demande d'entraide.⁸¹

Dans une autre affaire, les recourants ont pu démontrer avec succès qu'ils n'étaient pas les ayants droit économiques du compte bancaire incriminé malgré le fait que les documents bancaires indiquaient que chacun des deux recourants détenait pour un tiers les avoirs du compte, le tiers restant appartenant à leurs parents. Les documents fournis par les recourants prouvaient toutefois que toute la fortune du compte avait été apportée par le père des recourants uniquement et que, en outre, le compte avait été clôturé et le solde versé sur un compte bancaire à l'étranger sur ordre du père. Le Tribunal en a conclu que les recourants n'avaient pas le pouvoir de disposer des avoirs du compte d'un point de vue économique et que, de ce fait, la demande d'entraide devait être rejetée.⁸²

Le Tribunal n'a en revanche pas admis l'argumentation d'un recourant qui prétendait détenir le compte bancaire incriminé à titre fiduciaire pour le compte d'un homme politique connu, puis pour le compte de son épouse après le décès de ce dernier. Selon le Tribunal, le fait que le recourant ait établi et envoyé des chèques à sa propre adresse à partir du compte bancaire en question et qu'il ait accordé des procurations aux membres de sa propre famille sur ce compte laissait apparaître la relation de fiducie alléguée par le recourant comme peu plausible.⁸³

⁷⁶ ATAF A-8462/2010 consid. 5.3.1 et 5.3.2.

⁷⁷ ATAF A-7013/2010; ATAF A-6903/2010 et ATAF A-7661/2010.

⁷⁸ ATAF A-7013/2010 consid. 6.3.2; ATAF A-6903/2010 consid. 5.3.2 et ATAF A-7661/2010 consid. 5.3.2.

⁷⁹ ATAF A-535/2011; ATAF A-539/2011; ATAF A-544/2011 et ATAF A-547/2011.

⁸⁰ Arrêt précité, consid. 11.2.

⁸¹ ATAF A-3545/2010 consid. 5.2 et 5.4.

⁸² ATAF A-6640/2010 consid. 5.5.3.

⁸³ ATAF A-2112/2011 consid. 4.5.