

Foreign Account Tax Compliance Act (« FATCA »)

Questions de légalité, de légitimité et d'efficience

Mémoire réalisé par
Candice Roussieau

Promoteur(s)
Edoardo Traversa

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

« La gratitude est la clé qui ouvre les portes du vrai savoir. »

O. M. AĬVANHOV

Toute ma gratitude va

Au Professeur Edoardo TRAVERSA, pour son accompagnement et sa disponibilité tout au long de ce projet et pour m'avoir partagé son savoir et sa passion du droit fiscal,

Au Professeur Christophe VERDURE, pour ses précieux conseils,

À mes proches et amis sans qui je n'aurais pas eu les moyens d'écrire ces lignes et qui, bien que parfois non familiers du droit fiscal international, ont bien voulu lui faire une petite place dans leur quotidien pour m'encourager.

Les pages qui suivent n'auraient pu être écrites sans leur soutien.

TABLE DES ABBRÉVIATIONS ET CONVENTIONS D'ÉCRITURE

AAC	Accord entre autorités compétentes
Convention multilatérale	Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale
CPDI	Convention préventive de la double imposition
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
Directive épargne	Directive (CE) 2003/48 du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts
FFI	Foreign Financial Institution
Forum mondial	Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales
Groupe 29	Groupe de travail Article 29 sur la protection des données à caractère personnel
G8	Groupe des huit ⁱ
G20	Groupe des vingt ⁱⁱ
IGA	Intergovernmental Agreement
IRS	Internal Revenue Service
NCD	Norme commune de déclaration
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques ⁱⁱⁱ
QI	Qualified Intermediary
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
U.S.	United States

ⁱ Le G8 se compose de l'Allemagne, du Canada, des États-Unis, de la France, de l'Italie, du Japon, du Royaume-Uni et de la Russie.

ⁱⁱ Le G20 est constitué de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, de l'Arabie Saoudite, de l'Argentine, de l'Australie, du Brésil, du Canada, de la Chine, de la Corée du Sud, des États-Unis, de la France, de l'Inde, de l'Indonésie, de l'Italie, du Japon, du Mexique, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Turquie et de l'Union européenne.

ⁱⁱⁱ Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, Israël, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie.

INTRODUCTION

Cinq ans après son adoption et à l'heure des premiers échanges de renseignements, que devient le Foreign Account Tax Compliance Act (ci-après « FATCA » ou « la loi »¹) ? Alors que le monde financier se tourne progressivement vers le nouveau standard de l'OCDE² qui s'est déjà concrétisé en une directive dans l'Union européenne³, la loi américaine, qui avait pourtant fait couler beaucoup d'encre, ne semble plus beaucoup faire parler d'elle. Comment interpréter ce silence relatif ? Il ne résulte pas d'un repli à la suite de l'introduction du nouveau standard de l'OCDE, mais, au contraire, de l'adoption par FATCA d'une posture plus discrète. En effet, aux États-Unis, le fisc américain (ci-après « IRS » pour « Internal Revenue Service ») continue à amender les règlements d'exécution de la loi, alors que, par ailleurs, au Congrès, des motions sont introduites pour en proposer l'abrogation. Sur la scène internationale, des accords avec la Biélorussie, la Croatie et l'Ouzbékistan se sont récemment ajoutés à la longue liste des « Intergovernmental Agreements » (ci-après « IGAs »), tandis que le Luxembourg s'apprête, quant à lui, à adopter les mesures nécessaires à l'exécution de FATCA dans son droit interne⁴. Le sujet ne semble donc pas avoir perdu de son actualité et nous comptons, dans le présent mémoire, analyser FATCA sous trois angles distincts que sont la légalité, la légitimité et l'efficacité.

Tout d'abord, après en avoir décrit brièvement l'origine et le mécanisme, nous examinerons la légalité de FATCA dans sa version réglementaire. Cette analyse nous permettra de comprendre pourquoi FATCA a partiellement changé de forme pour donner naissance aux IGAs. Le mécanisme de ceux-ci sera également décrit, afin de déterminer si, sous cette forme, FATCA présente encore des difficultés sur le plan juridique.

Ensuite, nous nous attacherons à la question de la légitimité de FATCA. La notion de réciprocité fera l'objet d'un premier chapitre. En effet, elle constitue l'une des plus importantes sources de critiques de FATCA, et pour cause : à l'heure actuelle, en dépit des

¹ Dans ce dernier cas, la référence est strictement limitée à la version législative et réglementaire de FATCA, à l'exclusion de ses développements intergouvernementaux.

² OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, Paris, Éditions OCDE, 2014.

³ Dir. (UE) 2014/107 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *J.O.U.E.*, L 359, du 16 décembre 2014, p. 1.

⁴ Projet de loi n° 6798 du 27 mars 2015 portant approbation 1. de l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations communément appelées le « Foreign Account Tax Compliance Act », y compris ses deux annexes ainsi que le « Memorandum of Understanding » y relatif, signés à Luxembourg le 28 mars 2014 ; 2. de l'échange de notes y relatives, www.chd.lu (28 avril 2015).

promesses faites par le Trésor américain, FATCA n'est réellement réciproque dans aucune de ses versions.

Dans un deuxième chapitre, nous étudierons les travaux de l'OCDE, car, en répliquant presque à l'identique un type d'IGA, ils ont, selon nous, revêtu FATCA d'une haute légitimité internationale. Nous en profiterons pour aborder la question plus large de la légitimité du nouveau standard et ce, en particulier, du point de vue des États en développement. Cette question, qui est vraisemblablement cruciale pour la portée future de l'échange automatique de renseignements, sera traitée notamment au regard de l'influence exercée par les États-Unis, l'OCDE et le G20.

Enfin, dans un troisième chapitre, nous aborderons les difficultés que rencontre FATCA sur le sol américain. En effet, si sur la scène internationale, la légitimité offerte par l'OCDE a permis de faire taire les derniers détracteurs du système, on assiste, en revanche, à des levées de boucliers à l'intérieur de États-Unis, susceptibles, à terme, d'entraîner l'abrogation de la version législative de FATCA. Nous terminerons en discutant des conséquences que pourrait avoir une telle abrogation dans le futur.

Enfin, nous nous concentrerons sur l'efficacité de FATCA. Dans un premier chapitre, nous nous interrogerons sur son efficacité, après avoir distingué cette notion de celle de l'efficience. En particulier, nous évaluerons l'intérêt du recours à des déclarations par des tiers dans les hypothèses visées par FATCA. Ensuite, nous mettrons en parallèle les bénéfices et les coûts générés par le système, afin d'en déterminer l'efficience économique. Enfin, à l'aide d'un cas pratique, nous évaluerons dans quelle mesure FATCA et, surtout, un système global d'échange automatique de renseignements, peuvent être à l'origine de distorsions sur le marché et, par conséquent, contraire à l'efficience allocative. Nous proposerons une solution fondée sur une harmonisation plus large du droit fiscal international et clôturerons par quelques mises en garde quant à une telle harmonisation.

Partie I. LÉGALITÉ DE FATCA : APPROCHE PAR ESSAIS ET ERREURS

Chapitre 1. Contexte : les États-Unis déclarent la guerre à la fraude fiscale « off-shore »

L'émergence de FATCA se situe dans un contexte plus large de scandales financiers sur fond de crise économique. En 2008, la banque LGT (Lichtenstein), ainsi que la banque UBS (Suisse) sont poursuivies par le fisc américain dans deux affaires distinctes pour avoir aidé des milliers de citoyens américains à éluder l'impôt via des comptes off-shores⁵. La seconde affaire fera d'autant plus parler d'elle que, pour la première fois, une banque suisse a accepté de procéder à une levée secret bancaire⁶. En effet, aux termes d'un accord avec l'IRS, la Suisse et UBS acceptent la divulgation de l'identité de 4.450 clients américains⁷. Si cela semble peu au regard des 52.000 comptes initialement visés par la requête de l'IRS, ce fut amplement suffisant pour convaincre plus de 15.000 citoyens américains de déclarer volontairement leurs avoirs pour tirer profit de l'amnistie fiscale lancée concomitamment par l'IRS⁸. Les renseignements obtenus⁹ et l'importance des sommes récoltées¹⁰ à cette occasion, ajoutés à la pression d'une société civile américaine frappée de plein fouet par la crise des subprimes, amenèrent un consensus au sein des différentes branches du pouvoir américain sur la nécessité de combattre l'évasion fiscale à tout prix.

Sous cette impulsion, FATCA fut développé à partir du système des Qualified Intermediaries (ci-après « QIs »). Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001, ce dernier vise principalement à appliquer le taux adéquat de retenue à la source sur les revenus des investisseurs étrangers¹¹. Les institutions financières étrangères s'engagent à se renseigner sur leurs clients de manière à fournir à l'IRS des informations sur l'origine des individus qui perçoivent des revenus de source américaine¹². En échange, les institutions

⁵ J. R. HARVEY, « Taxation of Offshore Accounts : Offshore Accounts : Insider's Summary of FATCA and its Potential Future », *Villanova Law Review*, 2012, p. 476.

⁶ L. U. CAVELTI, « Automatic Information Exchange Versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation », *WTJ*, 2013, p. 181.

⁷ Agreement between the United States of America and the Swiss Confederation on the request for information from the Internal Revenue Service of the United States of America regarding UBS AG, a corporation established under the laws of the Swiss Confederation, 19 août 2009, art. 1^{er}, www.irs.gov (4 mars 2015).

⁸ Un autre accord passé avec UBS obligeait la banque à adresser à tous ses clients américains une lettre les incitant à profiter du « Offshore Voluntary Disclosure Program ». Par ailleurs, ces clients ignoraient si les informations relatives à leurs comptes feraient partie ou non de celles divulguées à l'administration fiscale américaine. Voy. Settlement Agreement between the United States of America, the U.S. Internal Revenue Service and UBS AG, 2009, annexe B, www.irs.gov (4 mars 2015) ; L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 182.

⁹ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 182.

¹⁰ Government Accountability Office, *Offshore Tax Evasion: IRS Has Collected Billions of Dollars, but May be Missing Continued Evasion*, mars 2013, www.gao.gov (23 avril 2015). Le produit de l'amnistie fiscale qui a fait suite à l'affaire UBS est évalué à 4,1 milliards de dollars.

¹¹ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *UCLA Law Review*, 2012, p. 325.

¹² *Ibid.*

financières ne sont pas tenues de divulguer l'identité de leurs clients lorsque ceux-ci ne sont pas américains et peuvent se contenter de transmettre les renseignements à leur sujet de manière agrégée¹³. C'est la première fois que des institutions financières se mettent au service d'une administration fiscale étrangère de manière systématique¹⁴.

En pratique, le mécanisme des QIs présentait des lacunes, dont certaines impactaient directement l'IRS. Par exemple, le système faisait facilement l'objet d'abus par les nationaux américains qui évitaient que des renseignements ne soient transmis à l'IRS, soit en investissant dans des produits étrangers, soit au moyen de sociétés-écrans¹⁵. Une autre méthode d'évitement consistait à placer leurs fonds dans des institutions qui, au contraire des banques, n'entraient pas dans le champ d'application du mécanisme des QIs¹⁶. Par ailleurs, les procédures d'audit ne permettaient pas la détection d'éventuelles fraudes de la part des QIs¹⁷.

Ce sont toutes ces lacunes que les initiateurs de FATCA eurent à cœur de combler¹⁸. Ils créèrent un nouveau mécanisme dans lequel les institutions visées sont définies de manière plus large et sont tenues de transmettre des renseignements relatifs à l'ensemble des revenus perçus par un citoyen américain¹⁹. La même obligation s'applique pour les comptes d'entités dont le bénéficiaire effectif se trouve être un Américain²⁰. Par ailleurs, des procédures de diligence raisonnable et des procédures d'audit contraignantes furent mises au point pour obliger les institutions visées à passer en revue l'ensemble des comptes de leurs clients²¹. Enfin, pour répondre à la crainte de voir les institutions financières refuser de se conformer aux lourdes obligations d'une loi étrangère dont elles ne tireraient, du reste, aucun bénéfice, une pénalité fut prévue²² : les institutions financières qui ne participeraient pas au programme se verraient infliger une retenue à la source de 30% sur l'ensemble des paiements américains effectués à leur bénéfice ou au bénéfice de leurs clients. L'idée de FATCA était née.

¹³ L'anonymat de leurs clients était ainsi garanti vis-à-vis de l'IRS et de toute autre administration fiscale, mais également vis-à-vis de leurs concurrents opérant dans la chaîne de paiements. Voy. I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 325.

¹⁴ *Ibid.*, p. 323.

¹⁵ J. R. HARVEY, « Taxation of Offshore Accounts : Offshore Accounts : Insider's Summary of FATCA and its Potential Future », *op. cit.*, pp. 475-476.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, pp. 479-480.

¹⁹ *Ibid.*, p. 480.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

Chapitre 2. Architecture de la norme FATCA

La loi FATCA fut adoptée le 18 mars 2010²³ et elle se traduit par l'ajout de quatre sections dans le Code fiscal américain.²⁴ Les mesures à prendre pour l'exécution de la législation furent largement laissées à l'appréciation du Trésor américain²⁵ et, depuis 2010, de nombreux règlements voient le jour²⁶, rendant la législation toujours plus complexe. Leur but est, non seulement, d'apporter des clarifications sur la mise en œuvre concrète de FATCA, mais également de tenir compte des nombreuses remarques émanant des secteurs économiques visés par la loi²⁷. Ces règlements ont eu pour principales conséquences de retarder l'entrée en vigueur du mécanisme et de rendre sa mise en œuvre moins coûteuse pour les institutions financières étrangères²⁸.

Notre étude n'a pas pour objet d'entrer dans les méandres techniques de FATCA, mais bien d'en cerner l'originalité par la description de ses fondamentaux. Pour ce faire, nous examinerons, dans une première section, le rapport contractuel qui est au cœur de FATCA et, dans une seconde section, les techniques utilisées par le Trésor américain pour inciter les institutions financières étrangères à intégrer ce rapport contractuel.

Section 1. Contrat FFI

FATCA combat l'évasion fiscale en s'appuyant sur la déclaration de revenus par des tiers²⁹. Si ce mécanisme est classique en droit interne, il est bien plus rare dans un contexte international compte tenu du champ d'application des lois nationales³⁰. En effet, FATCA, comme toute loi américaine, n'a pas force obligatoire pour les institutions financières étrangères³¹. In en résulte que le fisc américain doit employer la voie contractuelle : il invite les institutions financières étrangères à conclure avec lui un contrat en vertu duquel elles s'engagent à lui déclarer de manière automatique diverses informations sur les comptes détenus par leurs clients américains.

²³ Public Law 111-147, Hiring Incentives to Restore Employment Act, 18 mars 2010, 111th Congr., www.gpo.gov (5 mars 2015).

²⁴ U.S. Internal Revenue Code, §§ 1471-1474.

²⁵ *Ibid.*, § 1474, (f).

²⁶ Ces règlements sont disponibles sur le site www.irs.gov (5 mars 2015).

²⁷ Depuis l'adoption de FATCA et jusqu'à février 2012, l'IRS avait reçu 278 observations émanant d'acteurs tels que des banques ou des compagnies d'assurance. Voy. Government Accountability Office, *Foreign Account Requirements – IRS Needs to Further Develop Risk, Compliance, and Cost Plans*, avril 2012, www.gao.gov (5 mars 2015).

²⁸ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, Supplementary Information, *Federal Register*, 28 janvier 2013, vol. 78, n° 18, p. 5876.

²⁹ T. A. KAYE, « Innovations in the War of Tax Evasion », *Brigham Young University Law Review*, 2014, p. 368.

³⁰ S. C. MORSE, « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *Villanova Law Review*, 2012, p. 530.

³¹ B. PEETERS et O. LAMBILLON, « Droit fiscal international », in *Tiberghien – Manuel de Droit Fiscal 2014-2015*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 1777.

La notion d' « institution financière étrangère » (ci-après « FFI » pour « Foreign Financial Institution ») est définie de manière large par la loi américaine³². Sont visés tant les banques et fonds d'investissement que certaines compagnies d'assurance, pour autant que ceux-ci ne soient pas organisés en vertu du droit d'un des États américains³³.

Deux catégories d'exceptions existent et voient leurs portées progressivement étendue au fil des règlements du Trésor, en raison des commentaires émis par les intervenants soumis à FATCA³⁴. Ces institutions, dont il n'est pas requis qu'elles concluent un contrat FFI pour éviter la retenue de 30% prévue par FATCA, sont :

- (i) les FFIs exclues de la définition³⁵ en raison des faibles chances qu'elles soient utilisées à des fins d'évasion fiscale³⁶. Sont notamment visés, à certaines conditions, les centres de trésorerie ou les start-ups³⁷.
- (ii) les FFIs « présumées en conformité »³⁸, c'est-à-dire des institutions pour lesquelles les lourdes obligations imposées par FATCA ne se justifient pas, par exemple, en raison des faibles montants qu'elles traitent ou de leur caractère local³⁹.

Les institutions financières étrangères sont tenues de fournir les informations suivantes au sujet des comptes américains : le nom, l'adresse et le numéro d'identification du contribuable, ainsi que son numéro de compte, le montant du solde ou de la valeur de celui-ci, et le montant brut des paiements effectués en sa faveur, notamment au titre d'intérêts ou de dividendes⁴⁰.

Pour l'hypothèse où le droit de l'État dans lequel est établie la FFI s'oppose à ce que soient divulguées aux autorités américaines les informations requises, il y a lieu d'obtenir du client qu'il renonce au bénéfice de la protection légale. Dans l'hypothèse où ce dernier refuserait, la FFI a l'obligation de clôturer le compte ou de le transférer vers un autre État⁴¹.

³² U.S. Internal Revenue Code, § 1471, (d), (5). Sont visées « any entity that (A) accepts deposits in the ordinary course of a banking or similar business, (B) as a substantial portion of its business, holds financial assets for the account of others, or (C) is engaged (or holding itself out as being engaged) primarily in the business of investing, reinvesting, or trading in securities [...], partnership interests, commodities [...], or any interest (including a futures or forward contract or option) in such securities, partnership interests, or commodities».

³³ *Ibid.*, § 1471, (d), (4).

³⁴ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, Supplementary Information.

³⁵ *Ibid.*, §1.1571-5, (e), (5).

³⁶ O. HERMAND, P. DELACROIX et G. COLOT, « Les entreprises belges associées à la lutte contre la fraude fiscale », *Fiscologue (I.)*, 28 février 2011, n° 326, p. 5.

³⁷ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, §1.1571-5, (e), (5), (i), (D) et (ii).

³⁸ Pour les types de FFIs présumées en conformité et les conditions requises, voy. *ibid.*, §1.1471-5, (f).

³⁹ O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, « FATCA ou le Nouvel Impérialisme Fiscal Américain », *R.G.F.*, 2011, n° 1, p. 10.

⁴⁰ U.S. Internal Revenue Code, § 1471, (c), (1). Pour plus de détails sur les paiements soumis à déclaration, voy. Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, § 1.1471-4, (d), (4), (iv).

⁴¹ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, §1.1471-4, (i), (2).

Dans ce contexte, la notion de « compte américain » doit être comprise comme un « compte financier »⁴², notion large qui vise non seulement les comptes de dépôt et les comptes titres détenus par la FFI, mais également tout titre ou participation émis par elle⁴³. Ce compte doit être détenu soit par une ou plusieurs « personnes américaines déterminées »⁴⁴, soit par une « entité étrangère détenue par des américains », c'est-à-dire une entité étrangère dans laquelle au moins une personne américaine détient une participation minimale de 10%⁴⁵. Ce second critère permet d'éviter les abus au moyen de sociétés-écrans.

De plus, le contrat FFI impose des procédures complexes de diligence raisonnable pour l'identification des comptes américains⁴⁶. Ces procédures se distinguent, d'une part, selon que le compte soit détenu par une personne physique ou par une entité et, d'autre part, selon qu'il ait été ouvert avant ou après le 1^{er} juillet 2014⁴⁷. Cette seconde distinction s'explique par les coûts plus importants que représente le contrôle des comptes qui existaient antérieurement à FATCA⁴⁸.

Les règlements finaux prévoient, toutefois, plusieurs exceptions en vertu desquelles divers comptes ne devront pas être examinés. Tout d'abord, les comptes de dépôts détenus par des personnes physiques sont exclus de la notion de compte si leur valeur combinée à celle des autres comptes éventuellement détenus par l'individu ne dépasse pas 50.000 dollars⁴⁹. Une exclusion similaire existe pour tout contrat d'assurance dont la valeur de rachat ne dépasse pas 50.000 dollars⁵⁰. De plus, les contrats d'assurance non visés par l'exclusion mais appartenant à une personne physique ne devront faire l'objet d'un examen que si leur valeur est supérieure à 250.000 dollars⁵¹. De même, les comptes existants d'entités ne devront pas être examinés s'ils n'excèdent pas la valeur de 250.000 dollars⁵².

Hormis ces exceptions, si le titulaire du compte n'a pas fourni les informations et documents requis pour son identification par la FFI, celui-ci devra être considéré comme un « titulaire de compte récalcitrant »⁵³. De cette qualification découle une obligation pour

⁴² U.S. Internal Revenue Code, § 1471, (d), (1), (A).

⁴³ *Ibid.*, § 1471, (d), (2).

⁴⁴ *Ibid.*, § 1471, (d), (1), (A).

⁴⁵ *Ibid.*, § 1471, (d), (1), (A) et (d), (3) ; § 1473, (2).

⁴⁶ Pour la réglementation complète sur ces procédures, voy. Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, § 1.1471-3.

⁴⁷ Internal Revenue Service, « Notice 2013-43 », www.irs.gov (6 mars 2015).

⁴⁸ C. P. TELLO et J. MALHERBE, « Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain: un tournant juridique dans l'échange d'informations fiscales », *D.B.F.*, 2013, p. 343.

⁴⁹ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, §1.1471-5, (a), (4), (i).

⁵⁰ *Ibid.*, § 1.1471-5, (b), (3), (vii).

⁵¹ *Ibid.*, § 1.1471-4, (c), (5), (iii). Cette disposition exempte également tout autre compte existant individuel dont la valeur globale n'excède pas 50.000 dollars.

⁵² *Ibid.*, § 1.1471-4, (c), (3), (iii).

⁵³ *Ibid.*, § 1.1471-5, (g), (2).

la FFI de prélever une retenue de 30% sur tous les paiements ayant une source américaine⁵⁴ effectués en faveur de ce compte⁵⁵, ou, si les lois applicables dans son État ne le permettent pas, de fermer ou de transférer le compte⁵⁶.

Section 2. Mesures d'incitation à coopérer

§ 1. Retenue à la source de 30%

Le champ d'application de la loi américaine ne lui permet pas de s'imposer aux FFI⁵⁷. Par ailleurs, la conclusion d'un contrat avec l'IRS ne présente aucun avantage pour une institution financière étrangère et, au contraire, lui fait supporter des coûts importants. C'est ce défaut d'incitant que vient résoudre l'imposition d'un prélèvement à la source de 30% sur tous les paiements ayant une source américaine effectués au profit d'une FFI non-participante⁵⁸. Dans le cadre de la loi FATCA, seuls la conclusion et le respect⁵⁹ d'un contrat FFI permettent à une institution financière étrangère non exemptée d'être qualifiée de « participante »⁶⁰.

L'usage d'un prélèvement à la source dans un tel contexte est inédit. En effet, l'objectif de la retenue n'est ni d'obtenir des rentrées financières⁶¹, ni de laisser un choix aux FFI⁶². Il s'agit, en réalité, d'une « pénalité », ainsi que les travaux préparatoires de FATCA en font état⁶³.

⁵⁴ Pour la définition exacte des paiements soumis à FATCA, voy. *ibid.*, § 1.1473-1, (a) ; C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 340.

⁵⁵ *Ibid.*, § 1.1471-4, (b), (1).

⁵⁶ *Ibid.*, § 1.1471-4, (i), (3).

⁵⁷ J. N. MUKADI, « FATCA and the Shaping of a New International Tax Order », *Tax Notes International*, 25 juin 2012, p. 1231.

⁵⁸ U.S. Internal Revenue Code, § 1471, (a).

⁵⁹ Une FFI qui ne remédie pas à un éventuel défaut que lui notifie l'IRS court le risque de voir l'IRS lui dénier unilatéralement son statut de FFI participante. Voy. Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, § 1.1471-4, (g), (5).

⁶⁰ U.S. Internal Revenue Code, § 1471, (b), (1).

⁶¹ Cette idée était au cœur des accords Rubik conclus par la Suisse dans le but de sauvegarder le secret bancaire. Voy. I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, pp. 339-343.

⁶² Au contraire, dans le cadre de la Directive épargne, en échange d'une retenue à la source anonyme, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg étaient autorisés à ne pas échanger automatiquement les informations relatives aux intérêts perçus par des ressortissants de l'Union européenne. Voy. I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, pp. 329-330 ; Dir. (CE) 2003/48 du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, art. 11, *J.O.C.E.*, L 157, du 26 juin 2003, p. 43.

⁶³ HIRE Act, Congressional Records of the Senate 18 mars 2010, § 1745, www.senate.gov (16 avril 2015). Le sénateur Levin précisa que « the legislative intent [...] is to force foreign financial institutions to disclose their U.S. account holder or pay a steep penalty for nondisclosure ». Remarquons que, de longue date, les États-Unis refusent de considérer comme équivalents l'échange d'informations et la retenue à la source pour le compte de l'État de la résidence. L'administration Clinton, dans des échanges avec l'Union européenne au sujet de la future Directive épargne, aurait d'ailleurs refusé « the implicit assumption that a withholding tax would be an adequate substitute for the exchange of information ». Voy. I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 328.

§ 2. Retenue sur les paiements « passthru »

Non content d'utiliser la seule force du marché américain, le Trésor se sert également des FFI participantes⁶⁴. Il est requis de ces dernières qu'elles prélèvent 30% sur les paiements « passthru » effectués au profit d'une FFI non participante ou d'un compte récalcitrant⁶⁵. Dans le Code fiscal américain, un paiement « passthru » est défini comme « any withholdable payment or other payment to the extent attributable to a withholdable payment »⁶⁶.

Le mécanisme vise, d'abord, à inciter les FFI qui n'investissent pas dans des actifs américains – et, par conséquent, qui ne sont pas directement visées par la retenue à la source – à se soumettre à FATCA⁶⁷. En ce sens, la retenue s'appliquera indépendamment de savoir si le titulaire du compte bénéficiaire du paiement ouvert auprès de la FFI non participante est américain ou non⁶⁸. La retenue sur les paiements « passthru » permet, du reste, d'éviter les structures abusives par lesquelles un citoyen américain pourrait éviter la retenue en investissant dans des actifs américains à partir d'un compte ouvert auprès d'une FFI non participante mais via une FFI participante⁶⁹.

La mise en œuvre concrète d'une telle règle est cependant ardue. Notamment, la difficulté pour les FFI de déterminer si un paiement doit être attribué à un « withholdable payment » ou non est pointée du doigt⁷⁰. En 2011, l'IRS avait proposé qu'une FFI devant retenir 30% sur un paiement en raison de son bénéficiaire le fasse au *pro rata* des actifs financiers américains qu'elle détient⁷¹. Cette approche est problématique, en ce que les institutions financières étrangères pourraient devoir opérer des retenues au bénéfice du gouvernement américain sur des revenus non-américains⁷².

À la suite de ces difficultés, la définition d'un « foreign passthru payment » est, à ce jour, réservée dans le règlement de l'IRS⁷³ et l'entrée en vigueur de la règle sur les paiements « passthru » est annoncée au plus tôt pour le 1^{er} janvier 2017⁷⁴.

⁶⁴ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 336.

⁶⁵ U.S. Internal Revenue Code, § 1471, (b), (1), (D).

⁶⁶ *Ibid.*, § 1471, (d), (7).

⁶⁷ J. R. HARVEY, *op. cit.*, p. 485.

⁶⁸ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 335.

⁶⁹ J. R. HARVEY, *op. cit.*, p. 484.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 487.

⁷¹ Internal Revenue Service, « Notice 2011-34 », www.irs.gov (8 mars 2015).

⁷² J. R. HARVEY, *op. cit.*, p. 492.

⁷³ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, § 1.1471-5, (h).

⁷⁴ *Ibid.*, Supplementary Information.

Les deux incitants décrits dans les paragraphes précédents démontrent la volonté des États-Unis d'obtenir de l'ensemble des institutions financières étrangères la transmission des informations relatives aux comptes américains. Cependant, de par leur caractère inédit, ils constituent un risque pour l'ordre fiscal international et ont engendré de nombreuses interrogations quant à leur légalité.

Chapitre 3. Obstacles légaux à la mise en œuvre de FATCA

Si l'adoption de FATCA constitue une avancée majeure pour la transparence fiscale mondiale, elle est loin d'avoir été saluée internationalement. En effet, l'approche unilatérale et extraterritoriale adoptée par les États-Unis contrevient tant au droit international qu'à la législation de nombreux autres États. Ce sont ces barrières juridiques que nous nous proposons d'étudier dans les prochaines sections.

Section 1. FATCA et le droit international

De nombreux auteurs ont fait état de la contrariété de FATCA aux règles du droit international et, plus généralement, à la souveraineté des États⁷⁵. En substance, la loi semble violer les règles conventionnelles et coutumières à quatre titres.

Premièrement, FATCA viole les conventions fiscales qui lient les États-Unis⁷⁶. En effet, en exigeant du titulaire d'un compte qu'il s'identifie pour éviter la retenue à la source, FATCA impose une condition supplémentaire à celui-ci pour bénéficier du taux réduit auquel il aurait droit, le cas échéant, en vertu d'une convention préventive de la double imposition (ci-après « CPDI »). Une telle condition n'est pourtant envisagée par aucune de ces conventions⁷⁷. En pratique, celles-ci se trouvent donc amendées sans l'accord de toutes les parties, ce qui est contraire à la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁸.

Les travaux préparatoires de FATCA prétendent au contraire que FATCA est conforme aux traités fiscaux en vigueur. Ils indiquent qu'il serait permis au bénéficiaire d'une CPDI qui serait titulaire d'un compte dans une FFI non participante de récupérer l'excès de taxe

⁷⁵ H. B. BOUMA, « 11 Reasons Why FATCA Should Be Repealed », *Tax Management International Journal*, 2012, p. 652 ; L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 197 ; A. CHRISTIANS, « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *Pepperdine Law Review*, 2013, p. 1403 ; S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLUM, « FATCA and Foreign Bank Accounts: Has the U.S. Overreached? », *Tax Notes International*, 30 mai 2011, p. 711 ; J. N. MUKADI, « FATCA and the Shaping of a New International Tax Order », *op. cit.*, p. 1227 ; F. VANISTENDAEL, « FATCA: alles is belastbaar tenzij het tegendeel bewezen wordt », *A.F.T.*, 2011, n° 4, p. 3.

⁷⁶ J. V. GUEDES SANTOS, « Interpretative Treaty Override, Breach of Confidence and the Gradual Erosion of the Importance of Tax Treaties », *Bulletin for International Taxation*, 2015, pp. 19-20 ; T. PEDIADITAKI, « FATCA and Tax Treaties: Does It Really Take Two to Tango? », *E.T.*, 2013, pp. 428-429 ; D. SURINGA, « FATCA, Round Two », *Tax Management International Journal*, 2010, p. 94.

⁷⁷ T. PEDIADITAKI, *op. cit.*, pp. 428-429.

⁷⁸ Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, art 39. Notons qu'en droit belge, cette Convention a été approuvée par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993, p. 28706.

auquel il aurait été soumis⁷⁹. Cette possibilité ne transparait pourtant pas dans la loi⁸⁰. De plus, elle ne cadre pas avec la politique du Trésor américain qui consiste à utiliser tous les acteurs à sa disposition afin de faire pression sur les FFI non participantes.

Deuxièmement, FATCA viole le traité de libre-échange nord-américain⁸¹ conclu avec le Canada et le Mexique. En effet, en son article 2103, le traité interdit que des mesures fiscales soient imposées aux fournisseurs de services étrangers en l'absence d'obligations similaires pour les fournisseurs locaux⁸².

Troisièmement, la règle sur les paiements « passthru », telle que le Trésor envisage de l'appliquer⁸³, viole les règles coutumières de juridiction fiscale. En effet, comme nous l'avons observé, elle pourrait avoir pour conséquence que des paiements d'un étranger à un autre étranger⁸⁴, concernant éventuellement des revenus non-américains, soient soumis à retenue pour le compte des États-Unis⁸⁵. Cette situation ne rencontre aucun des critères classiques justifiant un pouvoir d'imposition⁸⁶, c'est-à-dire ni la source du revenu, ni la résidence – voire la nationalité – du bénéficiaire. Bien qu'un certain flottement de la coutume en cette matière peut être observé en raison de la globalisation et de l'évasion fiscale⁸⁷, même les auteurs qui plaident pour un critère plus flexible fondé sur l'existence d'un lien raisonnable de l'État avec l'événement taxable⁸⁸ reconnaissent qu'une attention particulière doit être portée au principe de non-intervention dans les affaires d'un autre État⁸⁹. Selon eux, ce principe impose qu'un lien substantiel soit établi de bonne foi avec l'événement taxable, que la juridiction territoriale d'un autre État ne soit pas violée, et, enfin, que les résidents dudit État ne soient pas contraints de violer leur droit national⁹⁰. La retenue sur les paiements passthru, telle qu'envisagée, ne remplit aucun de ces critères et semble par conséquent aller au-delà du raisonnable en matière de juridiction⁹¹.

⁷⁹ Joint Committee on Taxation, *Technical Explanation Of The 'Foreign Account Tax Compliance Act Of 2009'*, 27 octobre 2009, www.jct.gov (9 mars 2015).

⁸⁰ S. A. MALIK, « Foreign Account Tax Compliance : Problems and Complications », *LexisNexis Emerging Issues*, 2010, n° 4952, p. 6.

⁸¹ North American Free Trade Agreement, signé à Mexico, Ottawa et Washington le 17 décembre 1992, www.nafta-sec-alena.org (16 avril 2015).

⁸² A. J. COCKFIELD, « The Limits of the International Tax Regime As a Commitment Projector », *Virginia Tax Review*, 2013, pp. 105-106.

⁸³ Internal Revenue Service, « Notice 2011-34 », *op. cit.*

⁸⁴ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 340.

⁸⁵ J. R. HARVEY, *op. cit.*, p. 492.

⁸⁶ Pour une approche classique du pouvoir d'imposition, voy. R. S. J. MARTHA, « Extraterritorial Taxation in International Law », in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Londres, Kluwer Law International, 1996, pp. 19-39.

⁸⁷ R. S. AVI-YONAH, « Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime », *Bulletin for International Taxation*, 2007, p. 132.

⁸⁸ F. A. MANN, *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon, 1990, p. 13 ; R. J. JEFFERY, *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 52.

⁸⁹ R. J. JEFFERY, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁰ I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon, 1990, p. 310, cité par R. J. JEFFERY, *op. cit.*, p. 54.

⁹¹ A. CHRISTIANS, « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *op. cit.*, p. 1403.

Enfin, quatrième, l'application extraterritoriale de FATCA viole la souveraineté des autres États⁹². En effet, même si un État peut adopter une loi pour collecter des informations relatives à ses nationaux, puisque ceux-ci tombent sous sa juridiction d'un point de vue législatif, cet État ne dispose pas pour autant du pouvoir de mettre en œuvre cette législation en dehors de son propre territoire⁹³. Ceci découle du principe de l'intégrité territoriale qui se traduit par l'interdiction pour un État de mettre ses lois en exécution sur le territoire d'un autre État souverain sans le consentement de ce dernier⁹⁴. C'est à cette règle que contrevient FATCA, en imposant à des acteurs étrangers l'obligation de divulguer des informations détenues, elles aussi, à l'étranger⁹⁵, tout en faisant fi de l'accord préalable des États dont le territoire est visé⁹⁶. Ajoutons que, si le concours de ces États répond à des exigences coutumières, il présente aussi un intérêt pratique⁹⁷. Dans le cadre de FATCA, il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la capacité du Trésor américain de contrôler la conformité effective des FFI « participantes »⁹⁸.

Section 2. FACTA et la protection des données personnelles

Une plus grande transparence fiscale opère nécessairement aux dépens de la confidentialité des données du contribuable. Si la première valeur augmente la légitimité de l'administration fiscale, diminue les risques de corruption et permet de lutter contre l'évasion fiscale via l'échange d'informations, la seconde protège la sécurité des individus et assure le respect de leur vie privée⁹⁹. Un équilibre doit par conséquent être trouvé entre la défense de ces deux impératifs, mais les solutions apportées divergent grandement d'un État à l'autre¹⁰⁰. Ce n'est donc pas une surprise si les obligations imposées aux FFI par FATCA génèrent des incompatibilités substantielles avec certaines dispositions nationales – ou supranationales – protectrices de la vie privée et de la confidentialité des données.

L'exemple de l'Union européenne est, à cet égard, éloquent. Le Groupe de travail Article 29 sur la protection des données à caractère personnel¹⁰¹ (ci-après « Groupe 29 »)

⁹² J. N. MUKADI, « FATCA and the Shaping of a New International Tax Order », *op. cit.*, p. 1231.

⁹³ R. J. JEFFERY, *op. cit.*, p. 118.

⁹⁴ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 368.

⁹⁵ R. J. JEFFERY, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁶ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 368.

⁹⁷ R. J. JEFFERY, *op. cit.*, p. 123.

⁹⁸ S. C. MORSE, « Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes », *Connecticut Law Review*, 2012, p. 726 ; S. C. MORSE, « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *op. cit.*, p. 537.

⁹⁹ E. KRISTOFFERSSON et P. PISTONE, « General Report », in *Tax Secrecy and Tax Transparency – The Relevance of Confidentiality in Tax Law*, vol. I, Frankfurt am Main, Lang, 2013, p. 33.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Dir. (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 29, *J.O.C.E.*, L 281, du 23 novembre 1995, p. 48.

en résume la teneur dans une lettre adressée au Directeur général de la fiscalité et de l'union douanière¹⁰².

Premièrement, le Groupe 29 confronte FATCA à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰³ qui vise la protection des données à caractère personnel¹⁰⁴. Il note tout d'abord que le traitement prévu par FATCA n'est soutenu par aucune base légale¹⁰⁵, ce qui est pourtant requis en vue de limiter un droit fondamental. Il s'interroge ensuite sur la nécessité et la proportionnalité du traitement au regard de l'objectif poursuivi et conclut que le contrôle de l'ensemble des données et leur transfert « en bloc » ne satisfont à aucune de ces deux conditions, car des alternatives moins intrusives peuvent être envisagées¹⁰⁶.

Deuxièmement, le Groupe 29 analyse la compatibilité de FATCA avec la directive sur la protection des données à caractère personnel¹⁰⁷. À nouveau, l'absence d'habilitation légale pour le traitement des données par les FFIs est un obstacle, mais le Groupe 29 précise qu'un tel traitement, s'il était prévu par une législation de l'Union européenne ou nationale, serait légitime au regard des hypothèses visées à l'article 7, (c) et (e)¹⁰⁸ de la directive¹⁰⁹. Quant au transfert des données vers les États-Unis, le Groupe 29 rappelle que ceux-ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat au sens de l'article 25 de la directive¹¹⁰. Par conséquent, le transfert des données ne serait possible, en vertu de l'article 26, § 1^{er}, d) de cette dernière¹¹¹, qu'avec l'autorisation de l'État membre concerné et sous réserve que le responsable du traitement – c'est-à-dire l'institution financière – assure lui-même l'existence d'un niveau suffisant de protection des données¹¹².

¹⁰² Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, 21 juin 2012, disponibles sur le site www.ec.europa.eu (11 mars 2015).

¹⁰³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 8, *J.O.C.E.*, C 346, du 18 décembre 2000, p. 10.

¹⁰⁴ Pour une analyse plus générale des interactions entre cet article et le droit fiscal, voy. M. MORIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit fiscal : perspectives et évolution », *R.G.C.F.*, 2009, pp. 484-486.

¹⁰⁵ Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, § 8.3.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Dir. (CE) n° 95/46, *op. cit.* Pour une description de la directive, voy. M. KUSCHEWSKY, « European Union », in *Data Protection & Privacy : Jurisdictional comparisons*, Londres, Thomson Reuters, 2012, pp. 129-150. La directive sera vraisemblablement abrogée prochainement et remplacée par un nouveau règlement. Celui-ci prévoit expressément la mise en place de mécanismes pour favoriser la coopération internationale en faveur de la protection des données. Voy. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 45 et 88, *C.O.M.* (2012) 11 final.

¹⁰⁸ Il s'agit du traitement qui est « nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis » ou « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées ».

¹⁰⁹ Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, § 10.2.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 13.4.

¹¹¹ Cette disposition autorise à certaines conditions le transfert « nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important ». Or, Les « échanges internationaux de données entre les administrations fiscales » sont reconnus comme nécessaire à « la sauvegarde d'un intérêt public important » dans le considérant (58) de la directive.

¹¹² Dir. (CE) n° 95/46, *op. cit.*, art. 26, § 2 ; Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, § 13.4.

Enfin, le Groupe 29 précise que le consentement du client au traitement de ses données – solution requise par l’IRS¹¹³ – ne peut être considéré comme « libre » au sens de la directive¹¹⁴ vu la position dans laquelle se trouve ledit client, et, par conséquent, ne peut servir de justification à un quelconque traitement des données¹¹⁵.

Deux autres problèmes peuvent être identifiés en ce qui concerne le transfert des données vers les États-Unis. D’abord, certains auteurs mentionnent le risque plus important d’erreurs associé à l’échange d’une grande quantité de données de manière automatique¹¹⁶. Le Groupe 29 s’en inquiète également et plaide pour l’adoption de mesures permettant la correction ou la suppression des données erronées transmises¹¹⁷.

Par ailleurs, notons que la législation américaine admet que les données transmises à l’IRS soient accessibles à certaines autres agences fédérales américaines¹¹⁸. L’utilisation des données n’est donc pas restreinte à la sphère fiscale et pourra être étendue, notamment en matière répressive, quand bien même les États-Unis ne fourniraient pas des garanties en matière pénale similaires à celles offertes par l’État dont sont issues les données.

Section 3. FATCA et le droit bancaire de certains États

L’exemple-type des lois avec lesquelles FATCA entre en conflit sont, bien sûr, les lois relatives au secret bancaire. Le Trésor américain avait cru pouvoir contourner cet obstacle en prévoyant l’obligation pour les FFIs d’obtenir de leurs clients qu’ils renoncent expressément à la protection du secret bancaire. Cependant, cette pratique est dénoncée et reste illégale dans certains droits internes, compte tenu du fait que la renonciation est obtenue par la menace de la fermeture du compte¹¹⁹.

Par ailleurs, les droits bancaires de certains États s’opposent à ce que soit refusée l’ouverture d’un compte bancaire – ou que soit imposée la fermeture de celui-ci – en raison du défaut de son titulaire de s’identifier conformément à FATCA¹²⁰.

¹¹³ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, §1.1471-4, (i), (2).

¹¹⁴ Dir. (CE) n° 95/46, *op. cit.*, art. 2, h) et art. 7, a).

¹¹⁵ Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, § 10.4.

¹¹⁶ A. W. OGUTTU, « A Critique on the Effectiveness of ‘Exchange of Information on Tax Matters’ in Preventing Tax Avoidance and Evasion : A South African Perspective », *Bulletin for International Taxation*, 2014, p. 6.

¹¹⁷ Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, § 12.4.

¹¹⁸ U.S. Internal Revenue Code, § 6103.

¹¹⁹ S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLUM, *op. cit.*, p. 711.

¹²⁰ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 196. L’auteur cite à titre d’exemple le Canada et le Mexique, respectivement en ce qui concerne l’ouverture et la fermeture d’un compte bancaire.

Chapitre 4. Solution : la coopération intergouvernementale

À la suite des obstacles évoqués, FATCA imposait à de nombreuses FFI un choix cornélien : respecter le droit de l'État dans lequel elles étaient établies et renoncer au marché américain, ou continuer à investir aux États-Unis au mépris de leurs obligations légales¹²¹. C'est ce dilemme qui a poussé les gouvernements des États dont les systèmes juridiques internes contrariaient la mise en œuvre de FATCA à agir¹²².

Leur réponse se fonde sur le modèle du « if you can't beat them, join them »¹²³. Ainsi, en février 2012, la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni publiaient avec les États-Unis une déclaration commune promettant une approche intergouvernementale pour la « promotion internationale du civisme fiscal et [la] mise en œuvre du dispositif FATCA »¹²⁴. Des déclarations similaires furent ensuite publiées en juin 2012 avec le Japon¹²⁵, d'une part, et la Suisse, d'autre part¹²⁶.

L'approche intergouvernementale constitue, selon GRINBERG, une première étape dans la dialectique de FATCA : sous l'impulsion de sa force contraignante, un modèle supérieur voit le jour et concilie à la fois les obstacles légaux rencontrés et les objectifs que la loi américaine se fixe¹²⁷.

Deux types d'accord intergouvernementaux résultent des déclarations que nous avons mentionnées. Nous nous proposons de les examiner et d'en comparer la teneur dans une première section. Dans une seconde section, nous tâcherons d'étudier dans quelle mesure ces accords ont réellement permis de dépasser les obstacles juridiques que nous avons identifiés dans le chapitre précédent.

¹²¹ H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 652.

¹²² B. PEETERS et O. LAMBILLON, *op. cit.*, p. 1847.

¹²³ P. ESSERS, « International Tax Justice between Machiavelli and Habermas », *Bulletin for international taxation*, 2014, p. 60.

¹²⁴ Joint Statement from the United States, France, Germany, Italy, Spain and the United Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA, 8 février 2012, www.treasury.gov (16 mars 2015).

¹²⁵ Joint Statement from the United States and Japan Regarding a Framework for Intergovernmental Cooperation to Facilitate the Implementation of FATCA and Improve International Tax Compliance, 21 juin 2012, www.treasury.gov (16 mars 2015).

¹²⁶ Joint Statement from the United States and Switzerland Regarding a Framework for Cooperation to Facilitate the Implementation of FATCA, 21 juin 2012, www.treasury.gov (16 mars 2015).

¹²⁷ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *WTJ*, 2014, p. 330.

Section 1. Différents modèles d'accords

§ 1. IGAs de modèle 1

C'est à l'initiative de plusieurs États de l'Union européenne¹²⁸ que fut élaboré le premier modèle d'IGA¹²⁹. Celui-ci se caractérise par des échanges de renseignements de gouvernement à gouvernement, bien que les États-Unis aient balayé la proposition de la Commission européenne de mettre en œuvre FATCA par l'élargissement de la Directive épargne à leur bénéfice¹³⁰. En échange de l'engagement de l'État partenaire d'adopter les mesures nécessaires dans son droit interne pour obtenir les renseignements requis par FATCA¹³¹, l'IRS admet que ceux-ci lui soient transmis par l'autorité compétente de cet État. Celle-ci les collecte auprès de ses institutions financières et les communique à l'IRS dans les 9 mois suivant la fin de l'année à laquelle les informations se rapportent¹³².

Par ailleurs, l'accord prévoit un régime autonome par rapport à la législation américaine¹³³. Les institutions financières de l'État partenaire ne sont plus tenues de contracter avec l'IRS, mais ont seulement l'obligation de s'enregistrer sur un portail spécifique. Les États-Unis considéreront qu'elles respectent FATCA si elles se conforment à ce que prévoit l'IGA¹³⁴. Les mesures pour forcer la coopération des FFI sont, par conséquent, suspendues à leur égard : elles ne subiront pas la retenue à la source de 30% à condition de respecter l'IGA¹³⁵ et elles pourront choisir d'appliquer les règles sur les paiements « passthru » ou de simplement rapporter à l'agent payeur les informations relatives aux destinataires de ces paiements¹³⁶.

Enfin, la responsabilité d'assurer la conformité de ses institutions financières revient à l'État partenaire : c'est en conformité avec le droit interne de celui-ci qu'il doit être

¹²⁸ Il s'agit de la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et du Royaume-Uni. Il est regrettable que l'ensemble de l'Union européenne n'ait pas constitué un seul interlocuteur pour le gouvernement américain, ce qui aurait permis une pression plus conséquente et, peut-être, des efforts plus importants en matière de réciprocité. Voy. L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 189.

¹²⁹ C'est sur base de ce modèle que la Belgique a conclu son IGA avec les États-Unis. Voy. Agreement Between the Government of the Kingdom of Belgium and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA, signé à Bruxelles le 23 avril 2014, disponible sur www.finances.belgium.be (16 mars 2015). Pour l'analyse de cet accord, voy. G. COLOT, O. HERMAND et P. DELACROIX, « FATCA: l'accord intergouvernemental belgo-américain a enfin été signé », *Fiscologue (I.)*, 31 mai 2014, n° 365, pp. 1-5 ; J. MALHERBE et C. P. TELLO, « FATCA et l'accord intergouvernemental belgo-américain : un schéma », *J.D.F.*, 2015, pp. 5-21.

¹³⁰ A. BRODZKA, « The Road to FATCA in the European Union », *E.T.*, 2013, p. 518.

¹³¹ Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, 30 novembre 2014, art. 3, (6), www.treasury.gov (16 mars 2015).

¹³² *Ibid.*, art. 2, (1) et 3, (5).

¹³³ M. SOMARE et V. WÖHRER, « Two different FATCA Model Intergovernmental Agreement: Which Is Preferable? », *Bulletin for International Taxation*, 2014, pp. 395-396.

¹³⁴ Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 4, (1).

¹³⁵ *Ibid.*, art. 4, (1).

¹³⁶ *Ibid.*, art. 4, (1), (d), et (e).

remédié aux défauts que l'autorité compétente américaine lui notifie, le cas échéant¹³⁷. Si aucune solution n'est apportée à un défaut grave dans un délai de 18 mois, l'IRS pourra considérer la FFI comme « non participante »¹³⁸.

L'attrait principal du Modèle 1 réside dans l'offre d'échanges réciproques d'informations de la part des États-Unis¹³⁹. Toutefois, il y a lieu d'être attentif au fait que la réciprocité proposée est loin d'être parfaite. Tout d'abord, l'autorité américaine ne prévoit pas de transmettre les mêmes informations que celles exigées de son partenaire¹⁴⁰. De plus, les procédures complexes imposées aux FFIs pour l'identification de leurs clients ne pèsent pas sur les institutions américaines¹⁴¹. Enfin, ces dernières n'ont pas l'obligation d'identifier les personnes détenant le contrôle d'une entité titulaire d'un compte, au contraire des FFIs¹⁴². À titre de compensation, « [t]he Government of the United States acknowledges the need to achieve equivalent levels of reciprocal automatic information exchange with [FATCA Partner]. The Government of the United States is committed to further improve transparency and enhance the exchange relationship with [FATCA Partner] by pursuing the adoption of regulations and advocating and supporting relevant legislation to achieve such equivalent levels of reciprocal automatic information exchange »¹⁴³.

§ 2. IGA de modèle 2

Le Modèle 2 est issu des négociations avec la Suisse. Contrairement au Modèle 1, les institutions financières de l'État partenaire doivent conclure un contrat FFI et sont directement soumises aux obligations de la réglementation américaine, dont les dispositions ne seront écartées que dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'IGA¹⁴⁴. Par exemple, en échange de la levée des obstacles légaux par l'État partenaire, les FFIs ne sont plus tenues de soumettre à retenue ou de fermer les « comptes non-consentants », c'est-à-dire les comptes pour lesquels le titulaire n'a pas accepté la divulgation des renseignements le concernant¹⁴⁵. Dans ce cas, seules des informations globalisées devront être transmises à l'IRS au sujet de ces comptes¹⁴⁶ et elles pourront ensuite servir de fondement à une demande groupée de renseignements au gouvernement

¹³⁷ *Ibid.*, art. 5, (1), et (5), (2), (a).

¹³⁸ *Ibid.*, art. 5, (2), (b).

¹³⁹ Le Modèle 1 existe également en version non-réciproque : voy. Model 1B IGA Non-Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (16 mars 2015). Au 9 mai 2015, seuls les Îles Caïmans, les Îles Vierges britanniques, les Bahamas, les Îles Turques-et-Caïques, la Bulgarie, Singapour, le Qatar, le Kosovo, la Biélorussie, l'Ouzbékistan et le Koweït ont conclu ce type d'accord.

¹⁴⁰ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 398.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 6, (1).

¹⁴⁴ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 398.

¹⁴⁵ Model 2 IGA, Preexisting TIEA or DTC, 30 novembre 2014, art. 3, (2), www.treasury.gov (16 mars 2015).

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. 2, (1), (b).

partenaire¹⁴⁷. La FFI sera soumise à une obligation de retenue à l'égard des comptes non-consentants seulement si l'État partenaire ne donne pas suite à la requête dans un délai de 6 mois¹⁴⁸. Par ailleurs, l'IGA suspend les règles relatives aux paiements « passthru »¹⁴⁹.

Le Modèle 2 ne connaît pas le même succès que le Modèle 1¹⁵⁰, car il ne prévoit pas de transmissions réciproques des renseignements¹⁵¹. Il présente pourtant des plus-values pour deux types d'États. Premièrement, ce modèle est plus adapté aux États présentant une longue tradition de secret bancaire¹⁵². En effet, il leur permet de continuer à exclure l'échange automatique obligatoire de renseignements dans son principe, tout en évitant la menace d'une retenue à la source importante¹⁵³. Secondement, certains États ne disposant pas de ressources financières ou administratives suffisantes pourraient trouver ce modèle plus attrayant, puisqu'il laisse la majorité des coûts à charge des institutions financières¹⁵⁴. Au contraire, un IGA de modèle 1 requiert une certaine capacité administrative afin de collecter et de transmettre les informations reçues des institutions financières, ainsi que la mise en place de garanties particulières pour assurer la sécurité des données américaines en cas de réciprocité¹⁵⁵.

§ 3. Modèles d'IGAs spécifiques pour les États ne disposant pas d'instruments pour l'échange de renseignements fiscaux avec les États-Unis

Les accords intergouvernementaux sont en principe fondés sur des instruments antérieurs qui permettent l'échange de renseignements à des fins fiscales, qu'il s'agisse de CPDIs ou d'accords d'échange de renseignements fiscaux (ci-après « TIEAs » pour « Tax Information Exchange Agreements »)¹⁵⁶. Cependant, force a été de constater que des empêchements légaux à la mise en œuvre de FATCA existent également dans le droit d'États non liés aux États-Unis par de tels instruments. En particulier, les États-Unis ont

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 2, (2).

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 2, (2), (c) et art. 3, (2), (b). Un délai de 8 mois a cependant été accordé dans l'accord conclu avec la Suisse et devrait être admis à l'égard de tout État partenaire dont l'IGA présente la clause de la nation la plus favorisée prévue à l'article 6 du Modèle 2.

¹⁴⁹ *Ibid.*, art. 5.

¹⁵⁰ Au 9 mai 2015, ce modèle avait été choisi par la Suisse, le Japon, les Bermudes, le Chili, l'Autriche, Hong Kong et la Moldavie.

¹⁵¹ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 397.

¹⁵² *Ibid.*, p. 402. Cette conclusion doit toutefois être nuancée à l'heure actuelle puisque sous la pression du nouveau modèle OCDE d'échange automatique de renseignements, même la Suisse envisage de renégocier un IGA de modèle 1. Voy. U. KAPALLE, « Transparency and Exchange of Information With Switerland – The Possibilities and Overview of the Legal Framework », *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 225.

¹⁵³ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 338.

¹⁵⁴ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, pp. 402-403.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Voy. les préambules des modèles décrits ci-dessus disponibles sur www.treasury.gov (17 mars 2015).

historiquement conclu peu de CPDI ou de TIEAs avec les États en voie de développement¹⁵⁷.

Des modèles spécifiques de type 1¹⁵⁸ et de type 2¹⁵⁹ ont été récemment proposés pour pallier cette lacune. En plus des dispositions classiques de l'IGA, ceux-ci incluent un article prévoyant une procédure amiable, ainsi qu'un article relatif à la confidentialité. Il est regrettable, cependant, qu'aucun des deux nouveaux modèles n'offre de réciprocité dans l'échange de renseignements. Eu égard au paysage conventionnel américain, nous ne pouvons qu'adhérer à la position de CHRISTIANS, selon qui « [t]he result is that poor countries, for which illicit flows of capital heading for sanctuary in U.S. accounts represents a major and even catastrophic loss of revenue, will not gain much opportunity to protect their own tax bases under the FATCA/IGA regime »¹⁶⁰. L'auteur ajoute que « FATCA appears poised to separate the globe into information havens and information have-nots, with rich countries as the major beneficiaries »¹⁶¹.

Section 2. État-des-lieux : légalité du régime FATCA tel qu'il résulte des IGAs

§ 1. Les IGAs et le droit international

Dans le troisième chapitre, nous avons relevé quatre manières par lesquelles la loi FATCA entre en conflit avec le droit international. Selon nous, l'approche intergouvernementale permet de résoudre la majorité des problèmes identifiés.

Tout d'abord, les IGAs sont beaucoup plus respectueux des conventions fiscales internationales existantes sur lesquelles ils s'appuient, d'ailleurs, expressément. Dans la mesure où ils modifient ces conventions, les amendements ont lieu « par accord entre les parties »¹⁶², ce qui est conforme à la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶³. Quant à la difficulté que nous avons identifiée au sujet de la retenue à effectuer sur les comptes récalcitrants, elle est évacuée aussi longtemps que les FFIs respectent les obligations

¹⁵⁷ Les États en voie de développement n'y ont, en fait, pas d'intérêt. En effet, le parti pris des conventions de ce type en faveur de l'État de la résidence combiné à des flux d'investissements inégaux entraînent un transfert de recettes fiscales aux dépens des États en développement. Voy. R. S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law – An Analysis of the International Tax Regime*, New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 170-171.

¹⁵⁸ Model 1B IGA Non-Reciprocal, No TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (17 mars 2015).

¹⁵⁹ Model 2 IGA, No TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (17 mars 2015).

¹⁶⁰ A. CHRISTIANS, « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *op. cit.*, p. 1410.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, *op. cit.*, art. 39.

¹⁶³ Selon PEDIADITAKI, cette conclusion doit être nuancée en ce que les conditions requises pour la conclusion d'un IGA diffèrent de celles prévues pour la conclusion d'une CPDI ou d'un TIEA. Voy. T. PEDIADITAKI, *op. cit.*, p. 429.

découlant de l'IGA, puisque chacune de ses versions prévoit la suppression de cette obligation¹⁶⁴.

De plus, le problème de juridiction étudié au sujet de la règle sur les paiements « passthu » est sans objet. En effet, les FFIs n'y sont plus soumises dans le cadre des IGAs¹⁶⁵. Seul subsiste un engagement des parties « to work together, along with Partner Jurisdictions, to develop a practical and effective alternative approach to achieve the policy objectives of foreign passthu payment and gross proceeds withholding that minimizes burden »¹⁶⁶.

Enfin, l'approche intergouvernementale restaure la souveraineté des États¹⁶⁷. Par la conclusion d'un IGA, le gouvernement partenaire donne son accord pour l'application sur son territoire d'un FATCA quelque peu modifié. MUKADI ne partage pas cet avis : selon lui, puisque les IGAs ne sont pas parfaitement réciproques, ils constituent toujours une violation de la souveraineté de l'État partenaire, forcé d'appliquer la loi publique d'un autre État sur son territoire¹⁶⁸. Notre approche du droit international public nous laisse penser qu'on ne peut parler de violation de la souveraineté d'un État quand celui-ci a valablement donné son consentement¹⁶⁹ et ce, *a fortiori*, lorsque l'accord a fait l'objet d'une ratification en droit interne, comme c'est le cas de nombreux IGAs. En revanche, en l'absence d'une réelle réciprocité, il est clair que les IGAs sont toujours incompatibles avec la clause de non-discrimination du traité de libre-échange nord-américain¹⁷⁰.

§ 2. Les IGAs et la protection des données personnelles

Nous avons observé que les IGAs sont généralement fondés sur des instruments internationaux existants permettant l'échange de renseignements à des fins fiscales. Ces instruments incluent normalement des dispositions qui assurent certaines garanties en

¹⁶⁴ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, pp. 400-401.

¹⁶⁵ Seules les FFIs soumises à un IGA de modèle 1 qui en font le choix appliqueront cette règle. Voy. Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 4, (1), (d) et (e).

¹⁶⁶ Voy., par exemple, Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 6, (2). La même disposition figure dans tous les modèles publiés sur le site du Trésor américain.

¹⁶⁷ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁸ J. N. MUKADI, « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *Journal of International Taxation*, 2012, n° 11, p. 63. Il en déduit qu'un IGA pourrait être mis en cause avec succès devant les juridictions locales d'États – comme le Canada – possédant une loi qui empêche de donner effet aux lois extraterritoriales d'un autre État qui violent sa souveraineté étatique.

¹⁶⁹ La capacité d'un État « n'est soumise à aucune restriction particulière. Il est possible que la liberté de l'État d'agir dans un sens déterminé soit limitée, du fait notamment des conventions qu'il a conclues avec un autre État ». En outre, en matière de compétence, « [i]l va de soi par ailleurs que les États intéressés sont parfaitement libres de s'accorder en l'occurrence sur les règles qui leur paraissent opportunes ». J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 128 et 131.

¹⁷⁰ Voy. *supra*.

matière de protection des données et qui limitent l'usage qui peut en être fait¹⁷¹. Dans une telle hypothèse, ces dispositions sont d'application pour les échanges qui interviennent en vue de l'exécution de FATCA. Par ailleurs, nous avons vu que les accords qui ne seraient pas fondés sur ce genre d'instruments sont pourvus d'une disposition spécifique protectrice de la confidentialité qui offre les mêmes garanties¹⁷².

La transmission de renseignements n'est donc pas moins conforme à la protection des données personnelles que ne l'étaient les échanges de renseignements sur demande. Toutefois, ces instruments internationaux ne sont pas particulièrement détaillés sur la protection qui doit être accordée aux données et renvoient largement aux droits internes des États concernés¹⁷³. La protection offerte sera donc susceptible de varier largement selon l'État dans laquelle le citoyen américain a ouvert son compte.

Dans le cadre de l'Union européenne, les IGAs offrent l'habilitation légale qui faisait défaut à FATCA en se fondant sur les instruments internationaux existants¹⁷⁴. Dans l'hypothèse d'un IGA de Modèle 1, les garanties exigées par l'article 26, § 2 de la directive sur la protection des données à caractère personnel¹⁷⁵ devront être fournies par l'administration fiscale, éventuellement en collaboration avec les institutions financières¹⁷⁶. Dans l'hypothèse d'un IGA de Modèle 2, par contre, seule l'institution financière portera cette responsabilité¹⁷⁷, bien que le simple refus de son client de divulguer ses données suffira à l'en décharger.

§ 3. Les IGAs et les droits bancaires nationaux

En concluant un IGA, les États partenaires s'engagent à prendre les mesures juridiques internes nécessaires pour permettre aux FFIs de respecter les obligations qui leur incombent¹⁷⁸. Les lois qui empêchaient la mise en œuvre de FATCA doivent donc être amendées pour permettre sa mise en œuvre telle qu'elle résulte de l'IGA.

¹⁷¹ Voy. OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, art. 26, § 2, tel que modifié le 17 juillet 2012, www.oecd.org (27 mars 2015) ; OCDE, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale*, art. 8, www.oecd.org (27 mars 2015).

¹⁷² Model 1B IGA Non-Reciprocal, No TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 9 ; Model 2 IGA, No TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 8.

¹⁷³ M. STEWART, *op. cit.*, p. 176 ; E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *R.G.C.F.*, 2015, p. 23.

¹⁷⁴ Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, §§ 5.4 et 14.2.

¹⁷⁵ Dir. (CE) n° 95/46, *op. cit.*, art. 26, § 2.

¹⁷⁶ Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, *op. cit.*, § 13.6.

¹⁷⁷ *Ibid.*, § 13.4.

¹⁷⁸ Ph. KERMODE *et alii*, « Taxation of savings Income in a globalized world – Report of the sixth Prof. Em. Fr. Vanistendael Lectures in International and European Tax Law, 8 March 2013 », *A.F.T.*, 2013, n° 12, p. 36 ; M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 397.

§ 4. Les IGAs et le droit américain

Aux États-Unis, la conclusion des IGAs se caractérise par une absence totale d'assentiment législatif¹⁷⁹, ce qui a pour conséquence que ceux-ci ne constituent en droit américain ni des traités¹⁸⁰, ni des « accords de l'Exécutif et du Congrès »¹⁸¹.

Le Trésor justifie son intervention en présentant les IGAs comme des accords purement interprétatifs des conventions fiscales existantes, fondés sur les clauses de procédure amiable incluses dans celles-ci¹⁸². Cette position semble difficile à défendre au vu des modifications substantielles que FATCA et les IGAs apportent aux dites conventions¹⁸³. En outre, le Trésor a conclu des accords intergouvernementaux même en l'absence d'instruments fiscaux existants. Confronté à ce type d'IGAs, un raisonnement par l'absurde suffit à réfuter l'argument du Trésor.

Il ressort de ce qui précède que les IGAs ne sont en réalité que des « actes exécutifs simples », conclus par le Président seul¹⁸⁴. Traditionnellement, la doctrine américaine ne leur reconnaît de force légale que pour traiter des affaires internationales mineures ou routinières, encore que cela soit controversé¹⁸⁵. Selon CHRISTIANS, les IGAs n'auraient donc pas force de loi en droit américain¹⁸⁶, avec pour conséquence qu'ils pourraient être nuls, car contrevenant à une loi : FATCA¹⁸⁷. Cette situation entraîne une insécurité juridique conséquente, tant au niveau national qu'international, que les gouvernements étrangers ne semblent pas mesurer. On peut noter, en ce sens, que la majorité des IGAs ont fait l'objet d'une ratification en droit interne par l'État partenaire, offrant la force d'un traité à ce qui n'a, peut-être, pas force de loi en droit américain¹⁸⁸.

¹⁷⁹ Le Trésor américain a, en effet, voulu contourner le Sénat et la Chambre en raison des courants politiques qui y siègent et qui sont défavorables à FATCA et, surtout, à la réciprocité dans l'échange d'informations. Voy. O. HERMAND, G. COLOT et A. DE THIBAUT, « Échange automatique d'information : la Belgique aura aussi son accord FATCA », *Fiscologue (I.)*, 31 octobre 2013, n° 358, p. 7.

¹⁸⁰ A. CHRISTIANS, « The Dubious Legal Pedigree of IGAs (And Why It Matters) », *Tax Notes International*, 11 février 2013, p. 565. Ceux-ci ne peuvent être ratifiés qu'après approbation par les deux-tiers du Sénat en vertu de l'article II de la Constitution américaine.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 565-566. Ceux-ci sont conclus par le Président mais requièrent une habilitation législative préalable. C'est ce mécanisme qui est utilisé pour la conclusion des TIEAs. Dans l'hypothèse de FATCA, cette habilitation fait défaut.

¹⁸² *Ibid.*, p. 566.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 567 ; A. CHRISTIANS, « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *op. cit.*, p. 1404.

¹⁸⁴ A. CHRISTIANS, « The Dubious Legal Pedigree of IGAs (And Why It Matters) », *op. cit.*, p. 567.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Voy. *contra* : S. C. MORSE, « Why FATCA Intergovernmental Agreements Bind the U.S. Government », *Tax Notes International*, 15 avril 2013, pp. 245-247. Selon l'auteur, il est possible de défendre que les IGAs constituent des « accords de l'Exécutif et du Congrès » ou des accords fondés sur les traités en vigueur et sont, par conséquent, contraignants. À défaut, toujours selon l'auteur, ils ont une place dans l'ordre juridique américain en tant que « lignes directrices administratives contraignantes » et doivent, à ce titre, être respectés.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 567-568.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 566.

Partie II. LÉGITIMITÉ DE FATCA : CONSÉCRATION MONDIALE ET ÉCUEILS NATIONAUX

Chapitre 1. Question centrale : la réciprocité

Les aspects les plus critiqués de FATCA en termes de légitimité furent, d'une part, sa mise en œuvre unilatérale¹⁸⁹ et, d'autre part, l'absence de réciprocité du mécanisme¹⁹⁰. Si la première problématique trouve une réponse dans l'approche intergouvernementale de FATCA, il n'en va pas de même de la seconde, dès lors que « bilatéralisme » ne semble pas aller de pair avec « réciprocité » aux yeux de l'IRS. À l'heure actuelle, cette question demeure donc centrale pour la légitimité du système mis en place par FATCA.

Dans sa mouture d'origine, FATCA exige des institutions financières étrangères qu'elles transmettent automatiquement des renseignements au fisc américain, sans qu'à aucun moment il ne soit envisagé un transfert similaire d'informations de la part des États-Unis vers l'étranger. Selon la doctrine, sous la pression de la crise financière¹⁹¹, les États-Unis ont perdu de vue la place fondamentale qu'occupe la réciprocité dans les relations internationales¹⁹² et le principe selon lequel la circulation internationale en matière d'échange d'informations est « à double sens »¹⁹³. D'un point de vue sémantique, FATCA ne met d'ailleurs pas en place un réel *échange* d'informations¹⁹⁴.

Si le modèle 1 d'IGA, dans sa version réciproque, constitue une avancée, nous avons malgré tout pu constater que la réciprocité qui y est offerte est tout à fait imparfaite. Or, si la réciprocité n'impose pas nécessairement que les obligations des parties soient identiques, des obligations différentes doivent se justifier par des intérêts et des besoins qui divergent de part et d'autre¹⁹⁵. En l'espèce, ce n'est pas le cas, puisque les États dont le choix s'est porté sur un accord intergouvernemental réciproque ont un intérêt égal à celui des États-Unis à l'obtention de renseignements sur les comptes étrangers de leurs résidents.

¹⁸⁹ Cette problématique a été analysée en termes de souveraineté dans la 1^{ère} partie de notre étude. Voy. *supra*.

¹⁹⁰ H. B. BOUMA, *op. cit.*, pp. 658-659 ; A. CHRISTIANS, « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *op. cit.*, p. 1408 ; T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 373 ; J. N. MUKADI, « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *op. cit.*, p. 41 ; F. VANISTENDAEL, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹¹ A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹² J. N. MUKADI, « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *op. cit.*, p. 41.

¹⁹³ F. VANISTENDAEL, *op. cit.*, p. 3. Sur cette question, voy. également A. CHRISTIANS, « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *op. cit.*, p. 1409.

¹⁹⁴ M. STEWART, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹⁵ V. URINOV, « The Rubik Model: An Alternative for Automatic Tax Information Exchange Regimes? », *Bulletin for International Taxation*, 2015, www.ibfd.org (25 mars 2015).

Outre ces principes de collaboration internationale, si l'absence de réciprocité est une question délicate, c'est en raison du traitement que les Américains ont longtemps réservé aux investisseurs étrangers. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à classer les États-Unis parmi les paradis fiscaux¹⁹⁶ en raison d'un système fiscal qui se caractérisait par un secret bancaire « *de facto* »¹⁹⁷. En effet, à l'époque de l'adoption de FATCA, aucune information ne devait être collectée au sujet des comptes de dépôt des étrangers non-résidents¹⁹⁸ et, partant, ne pouvait être transmise à un autre gouvernement¹⁹⁹. De plus, le désintérêt américain pour le partage d'informations transparaisait clairement de la législation sur les QIs²⁰⁰, dont le principal bénéficiaire pour les banques étrangères était de pouvoir garder secrète l'identité de leurs clients non-américains.

Si des efforts ont été fournis ces dernières années du côté américain²⁰¹, une asymétrie informationnelle subsiste et laisse certains penser que « America is, at best, a hypocrite – asking for information on their citizens without informing in return – and at worst, a bully, forcing others to do what they have no intention of doing themselves »²⁰². Selon ESSERS, cette hypocrisie est caractéristique du système fiscal international, car les États affichent leur voloné de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales sans pour autant se départir de leur volonté d'attirer un maximum de capital dans leurs économies internes²⁰³. À notre sens, FATCA constitue une excellente illustration de son propos.

Chapitre 2. Légitimisation internationale : la norme d'échange automatique de l'OCDE

Malgré les critiques émises à l'encontre de FATCA, la légitimité des impératifs auxquels la loi répond a justifié sa reproduction au niveau international. Comme le remarquait KOGAN, « if imitation is the sincerest form of flattery and what often goes around comes around, then the steady development and evolution of FATCA into an internationally

¹⁹⁶ S. D. BRUNSON, « The U.S. as a Tax Haven? Aiding Developing Countries by Revoking the Revenue Rule », *Columbia Journal of Tax Law*, 2014, p. 177 ; C. BLUM, « Sharing Bank Deposit Information With other Countries : Should Tax Compliance or Privacy Claims Prevail ? », *Florida Tax Review*, 2004, p. 637 ; D. SPENCER, « New U.S. Regs. on Reporting Nonresident Alien Bank Deposit Interest », *Journal of International Taxation*, 2011, p. 32 ; T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 385.

¹⁹⁷ D. SPENCER, « New U.S. Regs. on Reporting Nonresident Alien Bank Deposit Interest », *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁸ Une exception existait pour les intérêts payés à des résidents canadiens. T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 385.

¹⁹⁹ D. SPENCER, « New U.S. Regs. on Reporting Nonresident Alien Bank Deposit Interest », *op. cit.*, p. 32.

²⁰⁰ D. SPENCER, « FATCA and Automatic Exchange of Tax Information », *Journal of International Taxation*, 2010, p. 64 ; A. G. SORIANI, « Toward an Automatic but Asymmetric Exchange of Tax Information: the US Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as Inflection Point », *Intertax*, 2012, p. 551.

²⁰¹ Sur les changements intervenus depuis l'adoption de FATCA, voy. *infra*.

²⁰² T. BAUMANN, « America is a Big FATCA Liar », *The Sovereign Investor*, 4 mars 2015, www.valuwalk.com (15 mars 2015).

²⁰³ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 62.

appealing global regime should warm the hearts of FATCA's U.S. congressional authors and simultaneously send a chill down the spines of U.S. and non-U.S. taxpayers alike »²⁰⁴.

Section 1. FATCA comme « catalyseur »²⁰⁵ de l'échange automatique de renseignements

Quoique les États aient généralement été peu désireux de partager des renseignements fiscaux au cours des XIX^e et XX^e siècles²⁰⁶, l'idée de l'échange automatique de renseignements n'est pas neuve. En effet, dès 1927, le Comité des experts techniques sur la double imposition et l'évasion fiscale de la Société des Nations présentait une Convention sur l'assistance administrative en matière fiscale qui prévoyait, outre l'échange d'informations sur demande, une automaticité des échanges pour certaines catégories de revenus²⁰⁷. Impopulaire dès sa création, ce modèle ne donna malheureusement lieu à aucune convention et, jusqu'à récemment, l'échange de renseignements sur demande resta le standard internationalement admis²⁰⁸.

En 2008, l'association de la crise financière et des divers scandales de fraude fiscale off-shore démontrèrent la nécessité, pour le droit, de tenir compte des effets du phénomène de la globalisation²⁰⁹. Ce phénomène implique, d'une part, que l'échange de renseignements sur demande n'est plus un standard assez efficace²¹⁰ pour « mettre fin à l'ère des paradis fiscaux »²¹¹ – objectif affiché du G20 en 2009 – et, d'autre part, qu'il est important de traiter les problèmes fiscaux d'envergure mondiale à l'échelle internationale²¹².

À cet égard, il a été reproché aux États-Unis de ne pas avoir utilisé le forum de l'OCDE pour élaborer et mettre en œuvre une norme d'échange d'informations qui aurait fait l'objet d'un consensus plus global²¹³. Le processus aurait nécessairement été plus

²⁰⁴ L. A. KOGAN, « U.S. FATCA Information Reporting: A Pretext for Fishing With Like-Minded European and OECD Nations For Long Forsaken Tax Revenues at Exotic Offshore Locations », *LexisNexis Emerging Issues*, 2012, n° 6831, p. 11.

²⁰⁵ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 323. La version en anglais de l'article a pour titre « FATCA: Catalyst for Global Cooperation on Exchange of Tax Information ».

²⁰⁶ A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁷ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 177.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 55.

²¹⁰ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, pp. 179-180.

²¹¹ G20, *Declaration on Strengthening the Financial System*, Londres, 2 avril 2009, § 15, www.g20.utoronto.ca (8 avril 2015).

²¹² P. ESSERS, *op. cit.*, p. 56 ; T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 364 ; R. J. JEFFERY, *op. cit.*, p. 38. JEFFERY distingue trois catégories d'objets du droit : (i) ceux qui sont effectivement gouvernés par le droit international, (ii) ceux que les droits nationaux sont plus à même de régler, et (iii) ceux qui ne sont pas traités par le droit international mais qui seraient susceptibles d'être mieux réglés par celui-ci et devraient, à partir du moment où ils le deviennent, limiter le pouvoir national des États. L'échange automatique de renseignements semble progressivement entrer dans cette dernière catégorie.

²¹³ J. R. HARVEY, *op. cit.*, p. 489.

lent²¹⁴ et c'est finalement l'adoption unilatérale de FATCA qui permit d'assister, sous l'impulsion du G20, à une véritable « course » vers un modèle international d'échange automatique de renseignements²¹⁵. Selon GRINBERG, l'idée était de garantir le soutien et la participation des États-Unis en dessinant un modèle global avant l'entrée en vigueur de FATCA²¹⁶. Il présente cela comme la seconde étape de la dialectique de FATCA²¹⁷ : induire l'émergence d'un modèle mondial multilatéral²¹⁸.

En février 2012, le G20, réuni au niveau des Ministres des finances et Gouverneurs de banques centrales de ses États membres, demandait à l'OCDE de mettre à jour son rapport quant aux étapes à franchir pour « améliorer l'échange complet de renseignements, en ce compris l'échange automatique d'informations »²¹⁹. Il en résulta un rapport sur le sujet²²⁰, auquel tant le G8 que le G20 répondirent, en 2013, en affirmant que l'échange automatique serait le nouveau standard en matière d'échange d'informations fiscales²²¹. Le Sommet du G20 fut également l'occasion de fixer un agenda pour le développement du nouveau modèle : il serait présenté en février 2014 par l'OCDE et finalisé dans ses détails pour la mi-2014²²². Quant à l'échange effectif d'informations, les États du G20 espéraient le mettre en œuvre, au moins entre eux, avant fin 2015²²³.

Dans les faits, le projet de Norme Commune de Déclaration (ci-après « NCD ») fut bel et bien présenté le 13 février 2014²²⁴ et, après approbation des Ministres des finances et Gouverneurs de banques centrales des États membres G20²²⁵, sa version complète fut publiée le 21 juillet 2014²²⁶. L'échange effectif de renseignements est, quant à lui, finalement prévu pour début 2017²²⁷.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 341.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Voy. supra.*

²¹⁸ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 352.

²¹⁹ G20, *Communiqué – Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors*, Mexico City, 26 février 2012, § 9, www.g20.utoronto.ca (26 mars 2015).

²²⁰ OCDE, *Échange automatique de renseignements : ce que recouvre l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir*, juin 2012, www.oecd.org (26 mars 2015).

²²¹ G8, *Communiqué*, Lough Erne, 18 juin 2013, www.g8.utoronto.ca (26 mars 2015) ; G20, *Leaders' Declaration*, Saint Petersburg, 6 septembre 2013, § 51, www.g20.org (26 mars 2015).

²²² G20, *Leaders' Declaration*, *op. cit.*, § 51.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers – norme commune de déclaration et de diligence raisonnable*, 13 février 2014, www.oecd.org (26 mars 2015).

²²⁵ G20, *Communiqué – Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors*, Sydney, 22-23 février 2014, § 9, www.g20.org (26 mars 2015).

²²⁶ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.* ; O. HERMAND, P. DELACROIX et S. MARTIN, « Le Common Reporting Standard de l'OCDE, partie intégrante du paysage européen (partie I) », *R.G.F.*, 2015, n° 2, p. 13.

²²⁷ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Joint Statement by the Early Adopters Group*, octobre 2014, www.oecd.org (26 mars 2015).

Section 2. Norme d'échange automatique de l'OCDE : la « multilatéralisation »²²⁸ de FATCA

Soucieux d' « optimiser l'efficacité et [de] réduire les coûts pour les institutions financières »²²⁹, et probablement désireux de garantir la participation des États-Unis dans le futur réseau d'échange²³⁰, les rédacteurs de la norme se sont très largement inspirés du Modèle 1 d'IGA²³¹. Toute autre décision aurait été difficile, compte tenu, d'une part, du grand nombre d'États négociant ou ayant conclu un IGA²³² et, d'autre part, de l'effet économiquement néfaste d'une la multiplication des modèles pour l'échange de renseignements²³³. En outre, si l'avantage fut donné au Modèle 1 et non au Modèle 2, c'est vraisemblablement parce qu'il respecte le canal classique de l'échange de renseignements de gouvernement à gouvernement et que sa version réciproque se prête mieux à être transposée dans un modèle multilatéral²³⁴. Relevons, malgré ce dernier argument, que l'empreinte de FATCA sur la nouvelle norme explique l'existence d'un modèle non-réciproque de celle-ci²³⁵. Cela nous paraît regrettable, puisque ce modèle alternatif va à l'encontre tant de la transparence fiscale, que d'une harmonisation mondiale dans l'échange automatique de renseignements.

En ce qui concerne la méthode pour sa mise en œuvre, le nouveau standard associe des instruments de droit interne et de droit international tout comme le Modèle 1. En effet, les États doivent, dans un premier temps, adopter le contenu de la NCD dans leur droit interne²³⁶. Cette phase permet au gouvernement concerné d'obtenir les informations requises de la part de ses institutions financières. Dans un second temps, les États doivent conclure entre eux des « Accords entre autorités compétentes »²³⁷ (ci-après « AACs »), bilatéraux ou multilatéraux²³⁸, et déterminer la base légale sur laquelle les fonder²³⁹. Ce sont ces accords qui permettent l'échange automatique des données, mais ils requièrent

²²⁸ J. OWENS, « Tax Transparency: The 'Full Monty' », *Bulletin for International Taxation*, 2014, p. 514.

²²⁹ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Introduction, p. 10.

²³⁰ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 341.

²³¹ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Introduction, p. 10 ; J. OWENS, *op. cit.*, p. 514.

²³² La liste complète de ces États est disponible sur le site www.treasury.gov (27 mars 2015).

²³³ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 350; Ph. KERMODE *et alii*, *op. cit.*, p. 39.

²³⁴ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 396.

²³⁵ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Annexe 2, pp. 240-247.

²³⁶ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements – Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, 5 août 2014, www.oecd.org (8 avril 2015), p. 9.

²³⁷ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Modèle d'accord entre autorités compétentes, pp. 21-28.

²³⁸ Un modèle multilatéral d'AAC est fourni dans l'annexe de la Norme. Voy. *ibid.*, Annexe 1, pp. 231-239.

²³⁹ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 9.

l'existence préalable d'un autre instrument pour l'échange de renseignements sur lequel ils viennent se greffer. Notons que les deux étapes décrites sont interchangeable, car l'OCDE permet la signature d'AACs sans l'adoption préalable des règles pertinentes en droit interne²⁴⁰. Aucun échange n'aura cependant lieu sans la réalisation de l'une et l'autre.

Quant à sa substance, bien qu'il soit presque identique au Modèle 1, l'introduction au nouveau standard précise qu'il s'en distingue en raison, d'une part, de sa visée multilatérale et, d'autre part, de différentes caractéristiques propres au système fiscal américain²⁴¹. À titre d'illustration, c'est la résidence et non plus la nationalité qui sera déterminante pour savoir si un compte est déclarable ou non²⁴². Quelques différences techniques peuvent, en outre, être relevées. Par exemple, la norme ajoute la date et le lieu de naissance du titulaire du compte au titre des informations à déclarer à l'État de la résidence²⁴³. Par ailleurs, au contraire de FATCA elle ne prévoit de seuil *de minimis* pour l'examen des comptes qu'en ce qui concerne les comptes d'entités existants²⁴⁴.

En l'état, la nouvelle norme n'est qu'un modèle publié par une organisation internationale. C'est en cela qu'elle se distingue le plus de l'IGA, puisqu'elle ne présente aucune force juridique contraignante. Elle se rapproche en cela du mécanisme originaire de FATCA qui n'avait pas force obligatoire à l'égard de ses destinataires. Pour les contraindre, FATCA a recours à l'argument économique, sous la menace d'une pénalité. À l'heure actuelle, aucun mécanisme similaire n'est prévu par le nouveau standard. Cependant, une forte pression des pairs se manifeste au sein du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (ci-après « Forum mondial ») et favorise l'engagement en faveur du modèle²⁴⁵. Si cela se révélait insuffisant, une action combinée du Forum mondial et du G20 pourrait être imaginée sur le modèle de celle entreprise en 2009 pour soutenir l'échange de renseignements sur demande : tandis que le Forum mondial publiait une liste d'États n'appliquant pas substantiellement les standards de transparence requis²⁴⁶, les chefs d'États du G20 s'engageaient à appliquer des sanctions aux États qui ne régulariseraient pas leur situation²⁴⁷.

²⁴⁰ OCDE, « Commentaire sur le Modèle d'Accord entre autorités Compétentes », *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, p. 69.

²⁴¹ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Introduction, pp. 10-11.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*, Norme commune de déclaration, Section I, (A), (1), p. 29. Les alinéas (C) à (E) prévoient par ailleurs des exceptions pour ce type de données, ainsi que pour la communication du numéro d'identification fiscale.

²⁴⁴ *Ibid.*, Introduction, pp. 16-17.

²⁴⁵ Sur la mise en œuvre de la norme au sein du Forum mondial, voy. *infra*.

²⁴⁶ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 315; C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 326.

²⁴⁷ G20, *Declaration on Strengthening the Financial System*, *op. cit.*, § 15.

Section 3. Adoption et avenir de la norme d'échange automatique

§ 1. Succès mondial et mise en œuvre multilatérale

Pour des motifs d'efficacité, l'OCDE avait recommandé la conclusion d'un AAC multilatéral fondé sur la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale²⁴⁸ (ci-après « Convention multilatérale »)²⁴⁹. 51 États s'engagèrent directement dans cette voie et signèrent entre eux un accord fondé sur cette Convention le 29 octobre 2014²⁵⁰. Ils invitèrent les États du monde entier à se joindre à leur initiative²⁵¹. Au 6 mars 2015, 108 États s'étaient déjà engagés à mettre en œuvre la norme dans leur droit interne : 68 entendent opérer les premiers échanges en 2017, 35 envisagent ceux-ci pour l'année 2018 et 5 n'ont pas encore indiqué de date pour les premiers échanges effectifs²⁵².

Pour les États membres de l'Union européenne, cet engagement politique s'est rapidement transformé en une obligation juridique contraignante grâce à l'adoption d'une nouvelle directive²⁵³. En substance, celle-ci intègre le nouveau standard dans la directive relative à la coopération administrative²⁵⁴, pour que le « *champ d'application de l'échange automatique d'information au sein de l'Union cadre avec les évolutions au niveau international* »²⁵⁵. Les États membres devront transposer les nouvelles dispositions dans leur droit interne pour le 31 décembre 2015 au plus tard²⁵⁶ et les premiers échanges automatiques auront lieu en 2017²⁵⁷.

²⁴⁸ Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, signée à Strasbourg le 25 janvier 1988. En droit belge, cette Convention a été approuvée par la loi du 24 juin 2000, *M.B.*, 17 octobre 2000, p. 34926.

²⁴⁹ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Introduction, p. 13.

²⁵⁰ OCDE, *Joint Statement by the Early Adopters Group*, *op. cit.*.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Voy. Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *AEOI: Status of Commitment*, 6 mars 2015, www.oecd.org (9 mai 2015).

²⁵³ Dir. (UE) 2014/107 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *J.O.U.E.*, L 359, du 16 décembre 2014, p. 1. Pour une analyse de celle-ci, voy. O. HERMAND, P. DELACROIX et S. MARTIN, *op. cit.*, pp. 11-20. Le consensus international en matière de transparence fiscale a également permis l'adoption d'une seconde directive destinée à combler les lacunes de la Directive épargne. Sur celle-ci, voy. O. HERMAND et P. DELACROIX, « La nouvelle 'directive épargne' resserre les mailles du filet », *R.G.F.*, 2014, n° 6, pp. 4-13.

²⁵⁴ Dir. (UE) n° 2011/16 du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *J.O.U.E.*, L 64, du 11 mars 2011, p. 1.

²⁵⁵ Dir. (UE) 2014/107, *op. cit.*, considérant (9).

²⁵⁶ *Ibid.*, art. 2, § 1^{er}, al. 1^{er}.

²⁵⁷ *Ibid.*, al. 2. L'Autriche bénéficie d'un délai supplémentaire d'un an et ne débutera les échanges qu'à partir de 2018.

L'ampleur de la réponse internationale permet à PISTONE de s'interroger sur la possible émergence d'une coutume internationale²⁵⁸. Si nous laissons de côté la question de *l'opinio juris siue necessitatis*²⁵⁹, l'élément matériel de la coutume – une « pratique générale »²⁶⁰ – semble bel et bien émerger. Il reste à voir si, dans les faits, cette pratique pourra être qualifiée de générale ou si son application restera limitée à certains États, créant alors une coutume uniquement régionale. Pour être générale, « il se peut qu'une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés »²⁶¹. À l'heure actuelle, les États les plus touchés par la fraude fiscale off-shore sont les pays en développement²⁶², c'est pourquoi, selon nous, ils constituent « les États particulièrement intéressés ». Leur participation au nouveau modèle est, par conséquent, la condition *sine qua non* de l'émergence d'une coutume internationale²⁶³.

§ 2. FATCA comme précurseur et concurrent

Bien que les autorités américaines aient prétendu voir dans FATCA « a vehicle to achieve a transition to a multilateral system »²⁶⁴, elles restent fidèles à leurs approches initiales et continuent de traiter la question de l'évasion fiscale de manière unilatérale ou bilatérale²⁶⁵. En effet, le Forum mondial annonce que « [t]he United States has indicated that it will be undertaking automatic information exchanges pursuant to FATCA from 2015 and has entered into intergovernmental agreements (IGAs) with other jurisdictions to do so »²⁶⁶. La position des États-Unis à l'égard du nouveau standard est donc ambiguë : le Directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE note que si, d'une part, ils n'y adhèrent pas officiellement et ne se sont engagés qu'à une forme incomplète de réciprocité, ils ont, d'autre part, les mécanismes les plus avancés pour le mettre en œuvre et en sont les initiateurs²⁶⁷.

²⁵⁸ P. PISTONE, « Coordinating the Action of the Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law », *WTJ*, 2014, p. 5.

²⁵⁹ Question intéressante au regard du caractère de « soft law » de la nouvelle norme.

²⁶⁰ Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38, § 1^{er}, b), annexé à la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945. En droit belge, la Charte a été approuvée par la loi du 14 décembre 1945, *M.B.*, 1^{er} janvier 1946, p. 1.

²⁶¹ C.I.J., Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueils*, 1969, p. 43.

²⁶² Voy. *infra*.

²⁶³ Nous traiterons plus largement de la manière dont les pays en développement interagissent avec le nouveau standard dans la quatrième section de ce chapitre.

²⁶⁴ E. MCMAHON, Acting Assistant Secretary for the U.S. Treasury, citée par I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 337.

²⁶⁵ T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 366.

²⁶⁶ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *AEOI: Status of Commitment*, *op. cit.*

²⁶⁷ P. SAINT-AMANS, cité par S. S. JOHNSTON, « Countries Sign Agreement on OCDE Information Exchange Standard », *Tax Notes International*, 3 novembre 2014, p. 418.

D'après son introduction, « la nouvelle norme mondiale n'a pas pour effet ni pour objet de restreindre les autres types ou catégories d'échange automatique de renseignements. Elle définit une norme minimale pour les renseignements à échanger. Les juridictions peuvent choisir d'échanger des renseignements en allant au-delà de la norme minimale définie dans le présent document »²⁶⁸. Nous ne pouvons pourtant nous résoudre à considérer que FATCA va au-delà de la NCD, et ce, à au moins deux titres. En premier lieu, la version classique de FATCA et le Modèle 2 d'IGA ne permettent des échanges qu'entre les institutions financières d'un État et l'administration fiscale d'un autre, ce qui ne nous semble pas conforme au standard de la norme²⁶⁹. En second lieu, même dans le cadre d'un IGA de Modèle 1, en prévoyant l'existence d'un seuil *de minimis* pour l'examen des comptes existants détenus par une personne physique, FATCA va moins loin que la NCD qui n'en prévoit, quant à elle, pas.

Malgré l'existence du nouveau modèle mondial, la poursuite parallèle de FATCA présente de nombreux avantages pour les États-Unis. Tout d'abord, ils bénéficient de la similarité qui existe entre la nouvelle norme et les IGAs de Modèle 1. Cette similarité rend ces derniers plus populaires, car, en plus d'être revêtus d'une plus grande légitimité, leur mise en œuvre, combinée à celle de la norme, les rend moins coûteux pour les États²⁷⁰. De plus, au contraire du nouveau standard, FATCA offre un mécanisme contraignant aux États-Unis – la retenue à la source – pour le cas où un État ou une FFI serait en défaut²⁷¹. Enfin, en s'extrayant du régime multilatéral qui s'amorce, les États-Unis sont en mesure de protéger la réciprocité tout à fait imparfaite qu'ils offrent aux autres États, ce qui est essentiel vu le climat politique interne américain²⁷².

Malheureusement, la poursuite de FATCA opère aux dépens de l'émergence d'un réseau mondial unique fondé sur une coopération loyale²⁷³. En effet, un réseau peut difficilement fonctionner en l'absence d'acteurs majeurs ou d'engagements sincères et, à défaut de cela, des comportements compétitifs ou égoïstes risquent rapidement de refaire surface²⁷⁴. Plus grave encore : la mise en œuvre parallèle de FATCA joue contre l'efficacité du réseau mondial, car elle y ouvre des brèches²⁷⁵.

²⁶⁸ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, op. cit., Introduction, p. 10.

²⁶⁹ Les trois « principes fondateurs » de la nouvelle norme sont en effet « l'accès aux renseignements, la communication des renseignements par les institutions financières et la sécurité de l'échange automatique de renseignements avec les partenaires signataires d'un accord d'échange ». Voy. Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, op. cit., p. 8.

²⁷⁰ S. S. JOHNSTON, op. cit., p. 420 ; M. SOMARE et V. WÖHRER, op. cit., p. 403.

²⁷¹ C. P. TELLO et J. MALHERBE, op. cit., p. 328.

²⁷² Voy. *infra*.

²⁷³ M. STEWART, op. cit., p. 157.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Par exemple, la simple constitution d'une société-écran aux États-Unis suffira à contourner les obligations de déclaration instaurées par les initiateurs du modèle multilatéral.

Section 4. Question particulière : les États en développement et les aspirations de l'OCDE

§ 1. Contexte : les obstacles et perspectives de l'échange automatique de renseignements

Selon STEWART, « The insatiable thirst for information of tax administrations [...] has increased commensurately with the dramatic increase in [...] bureaucratic capacity to administer increasingly complex tax systems »²⁷⁶. Au contraire des États-Unis ou de l'Union européenne, une telle capacité fait généralement défaut dans le chef des administrations fiscales des pays en développement. Cependant, si le nouveau modèle établi par les États les plus riches n'est pas forcément adapté aux États les plus pauvres, nous verrons qu'il est l'occasion pour eux de développer un système fiscal plus fort.

Bien que l'échange automatique de renseignements semble plus abordable pour les États en développement que l'ancien standard d'échange d'informations sur demande²⁷⁷, il faut garder à l'esprit que « l'information est un outil très puissant et très utile, mais pas en elle-même »²⁷⁸. Selon le Forum mondial, les États en voie de développement ayant, par le passé, reçu des informations sur une base automatique les ont trouvées moins utiles que les pays développés, vraisemblablement en raison de leur incapacité à les croiser avec une base de données à jour²⁷⁹. En matière de capacité, le Forum mondial identifie également comme des obstacles « le coût élevé des infrastructures informatiques » et « les besoins en personnel pour analyser et utiliser de manière efficace les données reçues »²⁸⁰.

Le Forum mondial identifie, en plus d'un défaut de capacité, trois autres sources de difficultés pour la participation des pays en développement à l'échange automatique. Premièrement, la complexité du mécanisme, tant en ce qui concerne ses procédures que ses spécificités informatiques²⁸¹, représente un obstacle. Cet obstacle est d'autant plus important que les pays en développement ne sont, en général, pas familiers de l'échange de renseignements entre administrations fiscales²⁸².

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 153.

²⁷⁷ Sur cette question, voy. P. PISTONE, « Geographical boundaries of tax jurisdiction, exclusive allocation of taxing powers in tax treaties and good tax governance in relation with developing countries », in *Tax, Law and Development*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 283.

²⁷⁸ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, Introduction, p. 13.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 14.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 13.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁸² *Ibid.*, p. 14.

Deuxièmement, le Forum mondial note le caractère non prioritaire de l'échange automatique dans l'agenda des pays en développement. Ces États perçoivent généralement les questions relatives au commerce international comme plus importantes que celles qui touchent à la fiscalité internationale²⁸³. De plus, le « besoin urgent de mener d'autres réformes internes fondamentales »²⁸⁴, notamment fiscales, prend aisément le pas sur la mise en œuvre de la norme, dont les coûts et bénéfices n'apparaissent pas encore clairement²⁸⁵. Par ailleurs, les pays en développement souffrent souvent d'oppositions politiques internes à une plus grande transparence et manquent de groupes de pression organisés pour les contrer²⁸⁶.

Enfin, troisièmement, le Forum mondial insiste sur la nécessité de mettre en place les garanties nécessaires à la protection des données et de la vie privée²⁸⁷. Ceci est d'autant plus nécessaire que des risques d'erreurs plus importants existent en présence d'administrations non habituées aux pratiques de l'échange de renseignements²⁸⁸.

Malgré les difficultés évoquées ci-dessus, la lutte contre l'évasion fiscale devrait intéresser les États en voie de développement au premier plan, puisqu'ils en sont les premières victimes²⁸⁹. Ceux-ci ont beaucoup à gagner s'ils parviennent à mettre en œuvre l'échange automatique de renseignements.

En ce qui concerne l'échange à proprement parler, il permettrait une meilleure « détection de la fraude fiscale et des avoirs à l'étranger »²⁹⁰. L'obtention des informations requises à cet effet serait moins coûteuse que dans le cadre d'une procédure sur demande, que ce soit en termes administratifs ou en termes politiques^{291,292}. En outre, la détection de la fraude induirait une augmentation des recettes fiscales à court terme et à long terme, grâce à l'effet dissuasif qu'elle exercerait sur les contribuables qui voudraient éluder leurs

²⁸³ D. SPENCER, « International Tax Cooperation: Centrifugal v. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 1) », *Journal of International Taxation*, 2011, n° 11, p. 38.

²⁸⁴ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁸⁶ D. SPENCER, « International Tax Cooperation: Centrifugal v. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 1) », *op. cit.*, p. 38.

²⁸⁷ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁸ A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 6.

²⁸⁹ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, pp. 342-343. L'auteur se réfère à une étude de 2011 du Boston Consulting Group selon laquelle un quart des richesses des ménages d'Amérique latine et un tiers des richesses des ménages d'Afrique et du Moyen Orient sont placées à l'étranger. Le phénomène risque par ailleurs de s'amplifier vu l'augmentation croissante de la richesse détenue par un petit groupe de la population des pays émergents ou en développement.

²⁹⁰ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 11.

²⁹¹ Les informations relatives aux personnalités publiques arriveront en effet d'elles-mêmes. Voy. I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 347.

²⁹² Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 11.

obligations fiscales dans le futur²⁹³. La légitimité et la stabilité de ces États s'en trouveraient renforcées en raison de l'augmentation du respect du système fiscal par les contribuables²⁹⁴.

Pour l'organisation des échanges, il serait intéressant de prendre part au réseau mis en œuvre dans le cadre la Convention multilatérale. Ce réseau est vraisemblablement celui qui permettra, à terme, d'obtenir des informations d'un maximum d'États et cette voie serait la moins coûteuse pour les pays les moins développés. En effet, puisque ceux-ci ne disposent, en général, que de peu de CPDIs ou de TIEAs en vigueur²⁹⁵, une telle adhésion serait moins onéreuse que de nombreuses négociations bilatérales²⁹⁶. Par ailleurs, répliquer certaines méthodes testées dans ce cadre par les pays développés permettrait une mise en œuvre de l'échange à moindre coût²⁹⁷.

En amont de l'échange, la collecte des données et les exigences internationales de diligence raisonnable pourraient être l'occasion, pour les pays en développement, de renforcer leur système fiscal national. En effet, en exigeant que les institutions financières communiquent tant les informations relatives aux non-résidents que celles qui concernent les résidents, le législateur permettrait à l'administration fiscale de mieux déterminer les obligations fiscales de chacun²⁹⁸. Ce gain de transparence pourrait permettre l'instauration d'un système d'impôt sur le revenu plus juste²⁹⁹ : par exemple, le législateur serait en mesure de restaurer une certaine taxation des revenus de portefeuille que plusieurs pays en développement renoncent aujourd'hui à imposer³⁰⁰.

§ 2. Projets d'assistance

Dès 2009, le G20 s'était engagé à proposer des mesures visant à permettre « aux pays en développement de bénéficier plus facilement d'un nouvel environnement fiscal coopératif »³⁰¹. À cet égard, le champ d'application de la Convention multilatérale fut

²⁹³ *Ibid.*, pp. 11-12.

²⁹⁴ S. D. BRUNSON, *op. cit.*, p. 174 ; I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 319.

²⁹⁵ D. SPENCER, « International Tax Cooperation: Centrifugal v. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 1) », *op. cit.*, p. 38.

²⁹⁶ A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 12.

²⁹⁷ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 13.

²⁹⁸ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 345.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 343. À défaut de pouvoir être effectivement taxés, ces revenus étaient souvent exonérés lorsqu'ils provenaient de l'étranger, et, quand ils provenaient d'institutions domestiques, imposés à un taux très faible dans le but de limiter l'évasion fiscale.

³⁰¹ G20, *Declaration on Strengthening the Financial System*, *op. cit.*, p. 5 ; I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 352.

étendu afin de permettre à tout État d'y adhérer³⁰² et les pays en développement furent également invités à se joindre au Forum mondial³⁰³, restructuré afin d'offrir à chacun de ses membres un droit de vote égal³⁰⁴. L'engagement dans cette voie se perpétue et, au contraire de FATCA qui ne se souciait que peu du sort des États en développement³⁰⁵, deux projets se développent à l'heure actuelle dans le but de leur permettre d'accéder au nouveau standard d'échange automatique.

D'une part, dans sa Feuille de route, le Forum mondial présente un projet pilote dont le but serait de « cerner des méthodes efficaces et efficientes pour mettre en œuvre la Norme » qui « seront employées pour d'autres projets de renforcement des capacités en matière d'échange automatique de renseignements, tout en augmentant la notoriété et l'ordre de priorité de l'échange automatique dans le contexte plus large des politiques menées par le pays en développement »³⁰⁶. Une fois les participants sélectionnés, le projet se déroulera en différentes étapes permettant « une approche progressive de la mise en œuvre, avec la fixation de grandes étapes intermédiaires »³⁰⁷. Observons, à cet égard, que le Forum mondial semble conscient du temps nécessaire pour mener à bien le projet. En ce qui concerne les États développés, ils peuvent être associés au projet, non seulement en y contribuant financièrement, mais également en échangeant des informations avec les pays participants afin de tester le mécanisme³⁰⁸.

D'autre part, diverses organisations internationales³⁰⁹ et les pays africains membres du Forum mondial ont lancé l'« initiative de l'Afrique »³¹⁰. Ce projet vise à sensibiliser les dirigeants africains à l'importance et à l'utilité de l'échange d'informations, dont la complexité ne serait qu'un « mythe »³¹¹ selon les initiateurs du projet. Elle vise également à les inciter à devenir membres du Forum mondial, et, ensuite, à développer les mesures nécessaires pour créer la capacité à prendre part à l'échange automatique de renseignements³¹².

³⁰² Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, signé à Paris le 27 mai 2010. En droit belge, ce Protocole a été approuvé par la loi du 28 février 2014, *M.B.*, 15 janvier 2015, p. 1567.

³⁰³ A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 12.

³⁰⁴ M. STEWART, *op. cit.*, p. 161.

³⁰⁵ À titre d'exemple, seules deux États africains ont déjà conclu un IGA avec le Trésor américain. Voy. K. MUNYANDI *et alii*, « Tax Policy Trends in Africa – Commentary on the Major Tax Developments in 2013 and 2014 », *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 156.

³⁰⁶ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 32.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 25.

³⁰⁸ *Ibid.* p. 27.

³⁰⁹ L'African Tax Administration Forum (ATAF), le Centre de rencontres et d'études des dirigeants des administrations fiscales (CREDAF), le Forum mondial, l'OCDE et la Banque mondiale.

³¹⁰ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Africa Initiative – Summary Note*, www.oecd.org (9 avril 2015).

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

Ces initiatives sont-elles suffisantes ? Nous en doutons. En 2012, GRINBERG estimait que « the most comprehensive solution to address offshore accounts [...] would involve nonanonymous cross-border withholding in combination with automatic information reporting »³¹³. Il ne retenait cependant pas cette solution, d'une part, en raison des difficultés administratives liées à la globalisation d'un système de retenue à la source au taux de l'État de la résidence³¹⁴ et, d'autre part, à cause des réticences qu'émettent traditionnellement les États par rapport à la collecte de taxes pour le compte d'un autre souverain³¹⁵. Nous pensons que son idée, mise en œuvre à une échelle moins globale, pourrait être le fondement d'une coopération fiscale d'un nouvel ordre – et plus efficace – entre pays développés et en développement. La teneur en serait la suivante : les pays développés pourraient prélever une taxe pour le compte et au taux des États en développement sur les avoirs des résidents de ces derniers déposés auprès de leurs institutions financières. Les sommes ainsi prélevées seraient, lors d'une première phase, dédiées à mettre en place les garanties requises en matière de protection des données et, lors d'une seconde phase, elles permettraient de construire la capacité administrative suffisante pour que les États ainsi assistés puissent, eux-mêmes, imposer les revenus que les États tiers leur déclarent. Une fois la première phase achevée, le prélèvement pourrait s'assortir de l'échange automatique d'informations. Ce système devrait ensuite se perpétuer jusqu'à ce que l'objectif de la seconde phase soit pleinement réalisé.

La coopération décrite nous paraît dépasser les problèmes que GRINBERG évoquait au sujet de son mécanisme global. D'une part, les administrations fiscales n'auraient à se familiariser qu'avec le système fiscal des États en développement qu'elles souhaiteraient aider. D'autre part, divers incitants sont susceptibles de pousser les États développés à abandonner les réticences relatives à la collecte de taxes pour le compte d'autres États. En premier lieu, cela leur permettrait d'obtenir plus rapidement un échange effectif de renseignements avec ces États pour lesquels l'implémentation du standard pourrait, autrement, être très longue. De plus, si les États de l'OCDE et du G20 espèrent voir émerger une coutume internationale, il nous semble que la participation des pays en développement en est une condition nécessaire³¹⁶. Enfin, c'est l'occasion pour les États développés d'afficher une certaine cohérence en utilisant l'outil fiscal pour aller dans le même sens que les aides offertes dans le cadre de leur politique étrangère³¹⁷. Ceci nous

³¹³ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 347.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 352.

³¹⁵ *Ibid.*, pp. 367-368.

³¹⁶ *Voy. supra.*

³¹⁷ S. D. BRUNSON, *op. cit.*, p. 205 ; A. GAMBINI, « Les mécanismes de l'injustice fiscale mondiale », *Point Sud – les études du CNCD-11.11.11*, 2013, n° 8, p. 32 ; A. C. INFANTI, « International equity and human development », in *Tax, Law and Development*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 220. Ce dernier mentionne l'existence d'un certain « tax exceptionalism » qui empêche la prise de conscience des effets que les mesures fiscales internationales ont au sein du cadre plus large des règles de politique étrangère.

semble d'autant plus justifié que le montant d'impôts éludés dans les pays en développement serait égal, voire supérieur, à l'aide au développement perçue par ceux-ci³¹⁸. Par ailleurs, le système profiterait aux pays en développement qui y trouveraient le moyen de développer des administrations fiscales plus robustes, sans qu'il soit nécessaire qu'ils reviennent les priorités qu'ils ont établies pour l'allocation des budgets dont ils disposent.

§ 3. Conclusion : la légitimité du cadre institutionnel international

Selon l'ancien Ministre des Affaires étrangères brésilien, « the ability [of emerging and developing countries] to express legitimate interests is constrained by global governance structures that are no longer representative »³¹⁹.

En l'espèce, c'est l'OCDE, qualifié de « véritable club des pays industrialisés »³²⁰, qui est à l'origine du nouveau « modèle *mondial* d'échange automatique »³²¹, par ailleurs hautement marqué de l'influence américaine. Il est vrai qu'avec l'adoption de la NCD, les pays exportateurs de capitaux consacrent définitivement la légitimité du pouvoir d'imposition de l'État de la résidence. Certains s'interrogent sur la question de savoir si le futur échange automatique d'informations ne signent pas la fin du pouvoir d'imposition de l'État de la source, dans la mesure où ce dernier se justifiait par l'incapacité de l'État de la résidence à déterminer ce qui devait faire l'objet d'une imposition³²². Pourtant, le système d'imposition à la source est, en général, le plus favorable pour les pays en développement³²³.

Par ailleurs, c'est la Convention multilatérale qui sert de fondement juridique pour l'adoption pionnière de la NCD. Même si elle constitue vraisemblablement l'outil le plus accessible pour permettre aux États en développement de participer aux futurs échanges, elle représente également « la consolidation de l'emprise de l'OCDE, qui conserve la maîtrise de la Convention, sur les questions fiscales mondiales »³²⁴. Enfin, le Forum mondial, qui fut fondé par l'OCDE et constitue la plus large organisation fiscale mondiale à

³¹⁸ S. D. BRUNSON, *op. cit.*, p. 173 ; I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 326 ; A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 16.

³¹⁹ C. AMORIM, ancien Ministre des Affaires étrangères brésilien, cité par D. SPENCER, International Tax Cooperation: Centrifugal vs. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 3) », *Journal of International Taxation*, 2012, n° 1, p. 39.

³²⁰ A. GAMBINI, *op. cit.*, p. 8.

³²¹ OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, *op. cit.*, Introduction, p. 10 (emphase ajoutée).

³²² B. MICHEL, « IFA Turns 75! Proceedings of the IFA 75th Anniversary Jubilee Conference », *Bulletin for International Taxation*, 2013, p. 385.

³²³ E. KEMMEREN, « Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach », *Bulletin for International Taxation*, 2006, p. 441.

³²⁴ A. GAMBINI, *op. cit.*, p. 19.

ce jour³²⁵, sera chargé de la surveillance de la bonne exécution du nouveau standard via des procédures d'examen par les pairs³²⁶. Cette institution est distincte de l'OCDE et offre à chacun de ses membres un même droit de vote³²⁷. Selon GAMBINI, son autonomie doit cependant être relativisée eu égard à sa dépendance, notamment financière et organisationnelle, vis-à-vis de l'OCDE³²⁸. Pour PISTONE, il y a lieu de conclure que « [an] oligopoly [...] set the core of the internationally agreed standards for fiscal transparency and left its sole implementation to a broader group of countries within the framework of the Global Forum for Fiscal Transparency »³²⁹.

Il est essentiel pour la légitimité d'une norme internationale qu'elle ne soit pas imposée unilatéralement³³⁰. Si nous devons comparer la NCD à la version législative de FATCA à partir de ce principe, la première norme semblerait de prime abord supérieure, puisque les États-Unis ont, pour ainsi dire, imposé FATCA au reste du monde. Pourtant, le contenu de la nouvelle norme semble, lui aussi, avoir été dicté par le fisc américain, avant d'être aménagé sous la plume de l'OCDE et ratifié par le G20. Si la souveraineté des États est formellement respectée par la NCD, qui ne constitue que du « soft law » et nécessite d'être transposée en droit interne, nous nous interrogeons sur le choix qui sera laissé aux États quant à son adoption et sa mise en œuvre, sous la pression du Forum mondial. Selon PISTONE, cette pression implique que les États ne sont plus libres de négocier le contenu de leurs traités en ce qui concerne la transparence fiscale et, par conséquent, qu'il est aujourd'hui absurde de régler l'assistance mutuelle et l'échange de renseignements à un niveau bilatéral³³¹.

En conclusion, la légitimité de la nouvelle norme nous semble hautement questionnable vis-à-vis des pays non membres de l'OCDE compte tenu de ce qui précède et, plus particulièrement, en raison de leur faible intégration dans le processus d'élaboration de la norme.

³²⁵ M. STEWART, *op. cit.*, p. 162.

³²⁶ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements, Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, *op. cit.*, p. 23.

³²⁷ M. STEWART, *op. cit.*, p. 161.

³²⁸ A. GAMBINI, *op. cit.*, p. 12.

³²⁹ P. PISTONE, « Coordinating the Action of the Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law », *op. cit.*, p. 6.

³³⁰ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 57.

³³¹ P. PISTONE, « Coordinating the Action of the Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law », *op. cit.*, p. 3. C'est ce qui explique, selon lui, le succès de la Convention multilatérale.

Chapitre 3. Recul en droit américain

FATCA « is almost universally hated by Americans and foreigners alike »³³². Pourtant, compte tenu des pratiques en matière d'IGAs et de leur consécration dans le nouveau standard mondial, il semble que le reste du monde a largement renoncé à se battre. Il reste les Américains eux-mêmes pour lutter contre une mise en œuvre effective de FATCA. Dans une première section, nous nous pencherons sur l'origine principale des réticences américaines liées à FATCA, à savoir l'ébauche de réciprocité. Dans une seconde section, nous verrons que ces réticences pourraient aller jusqu'à entraîner l'abrogation de FATCA, et nous nous interrogerons sur les conséquences que pourrait avoir une telle abrogation.

Section 1. Contexte : des incertitudes nationales liées à la réciprocité

Les premiers pas de FATCA furent difficiles. Le Trésor américain se montrait hésitant, repoussant de nombreuses fois l'entrée en vigueur de la loi³³³ et modifiant sans cesse une réglementation toujours plus étoffée³³⁴. Par ailleurs, FATCA eut une répercussion non envisagée : certains Américains établis à l'étranger éprouvèrent des difficultés pour avoir accès aux banques locales³³⁵ et certains allèrent jusqu'à abandonner la nationalité américaine en raison des conséquences administratives de FATCA³³⁶. Si la collaboration internationale a permis de limiter cet effet néfaste sur les expatriés américains, elle a aussi eu pour conséquence de rendre FATCA partiellement réciproque et ce, au préjudice des institutions financières américaines. À cet égard, bien que le Trésor américain se soit engagé à mettre tout en œuvre pour obtenir un niveau d'échange de renseignements équivalent, cette déclaration d'intention se heurte à des écueils sur le sol américain.

Traditionnellement, les États-Unis ne collectent des informations sur les étrangers non-résidents qu'en ce qui concerne les paiements transfrontaliers soumis à une retenue à la source³³⁷. L'agent payeur a l'obligation de rapporter le nom et l'adresse du bénéficiaire, ainsi que le type de paiement et son montant³³⁸. Or, depuis que les États-Unis n'imposent

³³² T. BAUMANN, *op. cit.*, p. 1.

³³³ L'entrée en vigueur de FATCA était à l'origine prévue pour le 1^{er} janvier 2013.

³³⁴ J. N. MUKADI, « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *op. cit.*, p.40.

³³⁵ S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLUM, *op. cit.*, p. 712. Sur cette problématique en Belgique et la possible existence d'une discrimination fondée sur la nationalité, voy. G. RENIER, « L'exclusion des clients bancaires américains à la suite de la loi FATCA constitue-t-elle une discrimination ? », *Bulletin juridique & social*, 2015, n° 535, p. 11.

³³⁶ Le nombre d'individus ayant abandonné leur nationalité américaine n'a jamais été aussi élevé que depuis l'adoption de FATCA et ne cesse d'augmenter. C. BOSLEY et R. RUBIN, « A Record Number of Americans Are Renouncing Their Citizenship », *Bloomberg Business*, 10 février 2015, www.bloomberg.com (21 mars 2015).

³³⁷ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 336.

³³⁸ *Ibid.*

plus ni les intérêts sur dépôts, ni les intérêts de portefeuilles³³⁹, en ce qui concerne les étrangers non-résidents, aucune information n'était plus collectée à leur sujet.

Des règlements visant à collecter de telles données avaient été proposés respectivement en 2001 et en 2002 – de manière plus limitée³⁴⁰ –, mais sans succès³⁴¹. C'est finalement sous l'impulsion de FATCA et des IGAs à conclure³⁴² que l'IRS parvint, en 2012, à avancer dans ce domaine : un nouveau règlement³⁴³ impose aux agents payeurs d'intérêts de dépôts qu'ils déclarent les paiements effectués en faveur d'individus résidant dans un État avec lequel les États-Unis ont conclu une convention ou un accord permettant l'échange de renseignements³⁴⁴.

Cette nouvelle réglementation a fait l'objet de vives critiques en raison de craintes relatives, d'une part, à la protection des données³⁴⁵ et, d'autre part, à une possible fuite des capitaux vers l'étranger si l'anonymat des non-résidents n'est plus assuré³⁴⁶.

Avant même son entrée en vigueur, diverses propositions de loi furent introduites afin de mettre en cause le règlement. Une première proposition vit le jour au Sénat en 2011³⁴⁷, puis fut réintroduite à l'identique à la Chambre en 2013³⁴⁸. Ces textes contenaient une interdiction générale pour le Trésor de requérir le rapport des intérêts payés à des non-résidents étrangers, mais ils restèrent lettre morte. En juillet 2012, une autre tentative consista à proposer un texte retardant l'exécution du nouveau règlement³⁴⁹, mais celle-ci ne fut pas non plus couronnée de succès³⁵⁰.

L'obligation de déclarer les intérêts de dépôts payés à des étrangers non-résidents entra donc en vigueur le 1^{er} janvier 2013, comme initialement prévu³⁵¹. La réglementation

³³⁹ S. D. BRUNSON, *op. cit.*, p. 177 ; L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 189.

³⁴⁰ La collecte n'aurait alors visé que les résidents de 16 États listés, mais, même à ce point limitée, la norme n'a pu être adoptée par le Congrès américain.

³⁴¹ C. BLUM, *op. cit.*, pp. 581-583 ; S. HADJILOGIOU, « Final Regulations require US Financial Institutions to Report Bank Deposit Interest Income for certain Non-Resident Alien Individuals beginning in January 2013 », *T.E.P.*, 2012, p. 283.

³⁴² Le préambule du règlement insiste expressément sur la nécessité d'obtenir des renseignements sur les étrangers afin, d'une part, d'en obtenir en retour sur les Américains et, d'autre part, pour mettre en œuvre de manière effective FATCA. Voy. Guidance on Reporting Interest Paid to Nonresident Aliens, Supplementary Information, *Federal Register*, 19 avril 2012, vol. 77, n° 76, p. 23391.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*, § 1.6049-8, (a).

³⁴⁵ Sur cette question, voy. C. BLUM, *op. cit.*, pp. 623-632.

³⁴⁶ L. U. Cavelti, *op. cit.*, p. 190. Voy. également T. A. KAYE, *op. cit.*, pp. 388-389. L'auteur y rapporte une étude selon laquelle 41% des comptes détenus en Floride par des banques locales appartiendraient à des étrangers (un chiffre qui s'élève à 90% concernant les banques étrangères implantées en Floride).

³⁴⁷ S. 1506, To prevent the Secretary of the Treasury from expanding United States bank reporting requirements with respect to interest on deposits paid to nonresident aliens, 112th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

³⁴⁸ H.R. 2299, To prevent the Secretary of the Treasury from expanding United States bank reporting requirements with respect to interest on deposits paid to nonresident aliens, 113th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

³⁴⁹ House Amendment 1469, H.R. 4078, Red Tape Reduction and Small Business Job Creation Act, 112th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

³⁵⁰ Le paquet de réformes qui incluait la mesure connu un blocage lors de son examen par le Sénat américain. Voy. J. N. MUKADI, « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *op. cit.*, p. 42.

³⁵¹ *Ibid.*

fit cependant rapidement l'objet de contestations, judiciaires cette fois. La « Florida Bankers Association » et la « Texas Bankers Association » demandèrent son annulation en raison de son effet néfaste sur l'industrie financière américaine. La plainte qu'ils déposèrent faisait état, chiffres à l'appui, des dommages subis par différentes banques affiliées à ces associations³⁵². Finalement, le juge fut plus sensible à la lutte contre la fraude fiscale invoquée par l'IRS, et la validité de la loi fut confirmée³⁵³.

Si le règlement subsiste, il n'est cependant qu'« un pas nécessaire mais insuffisant dans la mise en exécution de FATCA »³⁵⁴ au regard des engagements pris dans le cadre des IGAs de Modèle 1. Tout d'abord, son champ d'application ne couvre que les intérêts de dépôts³⁵⁵. De plus, il ne concerne que les individus, alors que les FFIs ont l'obligation de rapporter les comptes tant d'individus que d'entités³⁵⁶. Enfin, les procédures mises à charge des banques américaines pour l'identification de leurs clients sont nettement moins strictes que celles imposées aux institutions financières étrangères³⁵⁷ et se fondent sur des procédures existantes³⁵⁸.

Au regard des obstacles rencontrés pour arriver à ce résultat limité, nous nous interrogeons sur la capacité réelle du Trésor d'un jour obtenir « equivalent levels of reciprocal automatic information exchange »³⁵⁹. En effet, une collecte d'informations plus ambitieuse requerrait le concours du Congrès, dont la composition actuelle rend utopique l'adoption d'une loi avec un tel objet³⁶⁰.

Section 2. Vers une abrogation de FATCA ?

Après avoir contesté les mesures tendant à une ébauche de réciprocité sans succès, c'est aujourd'hui la loi FATCA elle-même qui est mise en difficulté.

³⁵² Florida Bankers Association and Texas Bankers Association v. U.S. Department of Treasury *et alii*, U.S. District Court for the District of Columbia, Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, 18 avril 2013, www.repealfatca.com (19 mars 2015). Les dommages invoqués étaient de types divers : perte de capitaux (par exemple, une perte de 10% des placements effectués par des étrangers depuis l'adoption du règlement), frais de personnel ou de consultance pour la mise en place du système, etc.

³⁵³ Florida Bankers Association and Texas Bankers Association v. U.S. Department of Treasury *et alii*, U.S. District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion du juge J. E. BOASBERG, 13 janvier 2014, Civil Action n° 13-529, www.ecf.dcd.uscourts.gov (19 mars 2015).

³⁵⁴ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 337.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 338 ; L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 189.

³⁵⁶ T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 393. Selon l'auteur, cette lacune de la Directive épargne semble avoir été volontairement dupliquée dans le règlement américain qui donne une « force morale » aux engagements américains tout en laissant ouverts divers échappatoires.

³⁵⁷ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 190.

³⁵⁸ Guidance on Reporting Interest Paid to Nonresident Aliens, *op. cit.*, Supplementary Information.

³⁵⁹ Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, *op. cit.*, art. 6, (1).

³⁶⁰ T. BAUMANN, *op. cit.*, p. 2. Les Républicains sont actuellement majoritaires tant à la Chambre qu'au Sénat et sont, d'une manière générale, hostiles à FATCA. Voy. A. NEWMAN, « Republican Party Votes to Repeal 'Punitive' New FATCA Tax Regime », www.thenewamerican.com (19 mars 2015).

Sous la pression des banques américaines, des préoccupations relatives à la protection de la vie privée des Américains et à la souveraineté des États furent invoquées pour justifier l'introduction de deux propositions de loi visant l'abrogation de FATCA. Celles-ci ont été introduites devant le Sénat respectivement en 2013³⁶¹ et en 2015³⁶², et prévoient la suppression pure et simple du chapitre de l'Internal Revenue Code qui incorpore FATCA³⁶³. Si la première proposition est restée lettre morte, nous ignorons le sort qui sera réservé à la seconde dans un hémicycle majoritairement républicain. Peut-être le cadre international mis en place autour de FATCA par le Trésor suffira-t-il à garantir sa survie, car même si la force légale des IGAs laisse à désirer³⁶⁴, leur force diplomatique pourrait être la planche de salut de FATCA.

L'abrogation de FATCA est-elle désirable ? Selon nous, la réponse dépend de la perméabilité des États-Unis à la pression du Forum mondial. Avec la disparition de FATCA, considéré par le Forum mondial comme une alternative valable au nouveau standard³⁶⁵, l'absence de participation des États-Unis à ce dernier perdrait sa justification. Il pourrait en résulter une certaine pression mondiale en vue d'obtenir leur engagement en faveur de la norme. En cas de succès, un seul modèle subsisterait, et les difficultés évoquées quant à la mise en œuvre parallèle de FATCA disparaîtraient³⁶⁶. Par contre, si les États-Unis devenaient les seuls à ne pas adopter le standard de l'échange automatique, ils pourraient s'offrir le monopole de la fraude fiscale off-shore³⁶⁷. En plus des critiques internationales, le prix à payer serait l'abandon des informations relatives à leurs citoyens. Le Trésor n'a donc plus qu'à faire ses comptes...

³⁶¹ S. 887, To repeal the violation of sovereign nations' laws and privacy matters, 113th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

³⁶² S. 663, To repeal the violation of sovereign nations' laws and privacy matters, 114th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

³⁶³ *Ibid.*, section 1, (a).

³⁶⁴ *Voy. supra.*

³⁶⁵ *Voy. supra.*

³⁶⁶ *Voy. supra.*

³⁶⁷ Selon CHRISTIANS, « the much more likely result is that the United States wins the tax haven war, and the United States becomes the last tax haven standing ». *Voy. A. CHRISTIANS et alii*, « Conceptualizing a New Institutional Framework For International Taxation » (transcript of colloquium), *Washington University Journal of Law & Policy*, 2014, n° 44, p. 28.

Partie III. EFFICIENCE DE FATCA : LA FIN JUSTIFIE-T-ELLE LES MOYENS ?

Chapitre 1. Préalable : l'efficacité de FATCA

La question de l'efficacité d'une norme requiert, tout d'abord, de s'interroger sur son efficacité³⁶⁸. Dans une première section, nous nous attacherons à distinguer ces deux concepts, pour, ensuite, dans une seconde section, déterminer dans quelle mesure FATCA est un mécanisme efficace. Pour ce faire, nous nous pencherons sur plusieurs critères qui déterminent s'il est efficace ou non, dans une situation donnée, d'avoir recours à des tiers pour déclarer les revenus d'un individu.

Section 1. Concepts d'efficacité et d'efficience

L'efficacité s'entend d'« un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité »³⁶⁹. Quant à l'efficience, elle désigne « un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts »³⁷⁰. Dans cette perspective, s'interroger sur l'efficience d'une norme juridique – son coût au regard des bénéfices qu'elle produit – n'a pas de sens si celle-ci n'est pas efficace, à savoir si elle ne rencontre pas l'objectif pour lequel elle a été adoptée³⁷¹.

En ce qui concerne FATCA, il y a tout d'abord lieu, par conséquent, de s'interroger sur sa capacité, en pratique, à lutter contre la fraude fiscale, avant de pouvoir, ensuite, tirer des conséquences quant à sa rentabilité.

Section 2. Critères relatifs à l'efficacité des déclarations par des tiers

FATCA utilise les déclarations par des tiers pour combattre l'évasion fiscale. Le recours aux tiers pour favoriser et contrôler le respect du système fiscal par les contribuables peut se révéler plus ou moins adapté selon les contextes³⁷². À ce sujet, LEDERMAN identifie 6 critères pour juger de l'efficacité d'un tel recours³⁷³.

³⁶⁸ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?* (sous la dir. de M. FATIN-ROUGE STEPHANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 63.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 62.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*, p. 63.

³⁷² L. LEDERMAN, « Reducing Information Gaps to Reduce the Tax Gap: When Is Information Reporting Warranted? », *Fordham Law Review*, 2010, p. 1739.

³⁷³ *Ibid.*, pp. 1739-1741.

Premièrement, il est recommandé de faire peser l'obligation de déclaration sur des tiers qui sont indépendants des contribuables concernés par la déclaration³⁷⁴. À cet égard, si les institutions financières n'entretiennent généralement pas de relations de proximité avec leurs clients, le Trésor aura tout de même raison de se méfier de la connivence qui pourrait exister entre les agents financiers et leurs riches clients de longue date. LEDERMAN observe que l'honnêteté de l'agent déclarant sera d'autant plus grande s'il obtient un bénéfice financier proportionnel au montant qu'il déclare³⁷⁵. Dans un contexte transnational, une proposition de DEAN tient compte de ce genre d'incitant. Pour combattre la fraude fiscale, l'auteur envisage la conclusion de conventions entre les États victimes d'évasion fiscale et les paradis fiscaux, par lesquelles les premiers financeraient le système de déclaration des seconds et reverseraient à ceux-ci une proportion des taxes récoltées grâce à leur collaboration³⁷⁶. Ce mécanisme offre un avantage économique à ces États, susceptible de garantir, au-delà d'un engagement formel, une coopération loyale et sincère³⁷⁷. Un mécanisme similaire pourrait être envisagé avec les États qui signent un IGA, ou, dans le cadre du FATCA classique, directement avec les FFIs.

Deuxièmement, le recours à un tiers soumis à des obligations de type comptable ou administratif sera plus efficace³⁷⁸. Si les institutions financières sont généralement soumises à ce genre d'obligations, elles diffèrent d'un État à l'autre et c'est pourquoi FATCA introduit des procédures et obligations unifiées.

Troisièmement, un critère de centralisation joue un rôle dans l'efficacité du recours aux tiers : il est désirable que les acteurs qui émettent la déclaration soient inférieurs en nombre à ceux visés par la déclaration³⁷⁹. En l'espèce, ce critère est rencontré.

Quatrièmement, la déclaration doit couvrir l'ensemble des informations requises pour évaluer l'impôt dû par le contribuable³⁸⁰. Les renseignements exigés des FFIs semblent à cet égard suffisants.

Cinquièmement, il doit exister peu de possibilités d'éviter la déclaration³⁸¹. À cet égard, l'approche « catch-all »³⁸² initiale de FATCA semblait idéale. Depuis lors, l'IRS a

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 1739.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ S. A. DEAN, « Philosopher Kings and International Tax: A New Approach to Tax Havens, Tax Flight, and International Tax Cooperation », *Hastings Law Journal*, 2007, p. 957.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 961.

³⁷⁸ L. LEDERMAN, *op. cit.*, p. 1740.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, *op. cit.*, p. 24.

pourtant adopté « une approche basée sur le risque »³⁸³ compte tenu des critiques émises par différents acteurs financiers. Il en résulte, par exemple, une exception pour les comptes de faible valeur, l'exclusion de certaines institutions pour lesquelles les coûts de FATCA ne peuvent se justifier, *etc*³⁸⁴. Si ces exceptions visent à réduire le coût de FATCA pour les FFIs³⁸⁵ et sont, en ce sens, hautement souhaitables à nos yeux, elles créent, selon certains auteurs, des failles dans la législation susceptibles d'en diminuer l'efficacité³⁸⁶. Par ailleurs, l'existence d'exceptions augmente les risques de lobbying et diminue la capacité du système à être perçu comme juste³⁸⁷.

Enfin, sixièmement, selon LEDERMAN, l'intérêt des déclarations par des tiers est fonction de la capacité du mécanisme de déclaration à générer des revenus supérieurs aux coûts qu'il engendre³⁸⁸. L'analyse de FATCA au regard de ce sixième critère fera l'objet du deuxième chapitre, car il a trait à une réflexion sur l'efficacité de la norme.

Chapitre 2. Efficience économique de FATCA : une approche coûts-bénéfices

Le premier chapitre nous amène à conclure que le réseau mis en place par FATCA est efficace et permet, selon nous, d'atteindre les objectifs qu'il se fixe, à savoir la lutte contre la fraude fiscale via des comptes off-shores et la promotion de la transparence fiscale. Il nous reste à apprécier l'efficacité de FATCA qui, dans une approche économique traditionnelle, s'entend de la capacité d'une norme à atteindre un objectif réglementaire d'une manière rentable³⁸⁹. En pratique, de nombreux auteurs doutent que FATCA présente une telle capacité en termes de rentabilité et évaluent que les coûts du mécanisme surpasseraient grandement les bénéfices qu'il pourrait générer³⁹⁰. Bien que des résultats empiriques sur le sujet font défaut, nous nous proposons, dans les deux premières sections du présent chapitre, de faire l'inventaire des différents postes de coûts et de bénéfices induits par FATCA. Dans une troisième section, nous nous détacherons de l'approche économique ou financière pure, pour déterminer si une approche alternative de l'efficacité permet de tirer des conséquences positives au sujet de FATCA.

³⁸³ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 339.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *op. cit.*, Supplementary Information.

³⁸⁶ J. N. MUKADI, « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *op. cit.*, pp. 40-41. L'auteur cite, pour exemple, l'ouverture auprès de FFIs différentes d'une multitude de comptes visés par l'exception pour les comptes de faible valeur.

³⁸⁷ S. C. MORSE, « Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes », *op. cit.*, p. 732.

³⁸⁸ L. LEDERMAN, *op. cit.*, p. 1741.

³⁸⁹ M. STEWART, *op. cit.*, p. 173.

³⁹⁰ H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 655 ; A. BRODZKA, *op. cit.*, p. 3 ; A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 109 ; S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLUM, *op. cit.*, p. 713 ; M. STEWART, *op. cit.*, pp. 174-175. *Contra* : D. SPENCER, « International Tax Cooperation: Centrifugal v. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 1) », *op. cit.*, p. 43.

Section 1. Coûts résultant de FATCA

§ 1. Coûts supportés par les FFI

Les acteurs les plus touchés par FATCA en termes de coûts sont les FFI³⁹¹, puisque le mécanisme présente la particularité de les forcer à internaliser les coûts d'obtention des renseignements fiscaux. Les chiffres avancés pour l'exécution des différentes procédures et obligations que la loi impose³⁹² vont de quelques millions à quelques centaines de millions de dollars par FFI³⁹³. Au regard des 8,7 milliards de dollars que l'IRS espère récupérer des évadés fiscaux sur une période de dix ans grâce à FATCA³⁹⁴, la métaphore « going after a bee hive with a tactical nuclear weapon »³⁹⁵ nous semble bien choisie.

La conclusion d'un IGA permet une diminution partielle de ces coûts, notamment grâce à diverses simplifications procédurales³⁹⁶. En outre, le Modèle 1 dispense la FFI des charges liées au transfert des informations vers les États-Unis³⁹⁷. En revanche, la multiplication des modèles rend FATCA dans son ensemble plus coûteux³⁹⁸. GRINBERG remarque que les institutions financières présentes dans plusieurs États seraient susceptibles de devoir jongler avec trois versions de FATCA, dont l'une, le Modèle 1 d'IGA, serait, en outre, susceptible d'être mise en œuvre différemment d'un droit interne à l'autre³⁹⁹. Selon lui, « a local-country compliance model for FATCA, even if the obligations in any given country are 'thin', is probably more expensive than a broader, universal system of FATCA compliance »⁴⁰⁰. Par ailleurs, l'ajout prochain de la NCD à ce paysage réglementaire risque d'encre alourdir la tâche des institutions financières puisque la norme se distingue partiellement de FATCA⁴⁰¹ et qu'elle est également susceptible de faire l'objet d'une implémentation variable selon les États⁴⁰².

³⁹¹ A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 9.

³⁹² Pour une énumération des différentes exigences auxquelles sont soumises en pratique les FFI, voy. KPMG, AIMA et MFA, *The Cost of Compliance*, 2013, www.kpmg.com (15 mars 2015).

³⁹³ Voy. P. R. ALTENBURGER *et alii*, « FATCA: US legislation with broad consequences for many », 2010, www.amcham.ch (15 mars 2015) ; A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 108 ; A. HOLLINGSHEAD, « You Do The Math: Adding Up The Costs Of Complying With FATCA », 28 septembre 2011, www.financialtransparency.org (15 mars 2015) ; Ph. KERMODE *et alii*, *op. cit.*, p. 37.

³⁹⁴ Joint Committee on Taxation, *Estimated Revenue Effects Of The Revenue Provisions Contained In Senate Amendment 3310, The 'Hiring Incentives To Restore Employment Act' Under Consideration By The Senate*, 23 février 2010, www.jct.gov (15 mars 2015).

³⁹⁵ S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLUM, *op. cit.*, p. 712.

³⁹⁶ T. A. KAYE, *op. cit.*, pp. 378-379 ; Ph. KERMODE *et alii*, *op. cit.*, p. 36.

³⁹⁷ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 399.

³⁹⁸ H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 654 ; I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 349 ; T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 383 ; Ph. KERMODE *et alii*, *op. cit.*, p. 31.

³⁹⁹ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, p. 349.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 350.

⁴⁰¹ E. TRAVERSA et M. POSSOZ, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰² *Ibid.*

La complexité de ces divers modèles peut justifier des frais de consultance pour les FFI⁴⁰³. Ces frais s'ajoutent à ceux liés au personnel supplémentaire requis pour répondre aux nouvelles obligations qui leur incombent.

Les coûts supportés devront être répercutés sur les clients de chaque FFI⁴⁰⁴ dont les frais de service risquent d'augmenter, ce qui pourrait induire un avantage concurrentiel pour les institutions financières américaines qui échappent à FATCA⁴⁰⁵. Par ailleurs, si ces coûts sont répercutés uniquement sur les clients américains, ils le seront dans une même mesure sur les citoyens honnêtes et sur les fraudeurs. En dernier ressort, ce sont donc l'ensemble des citoyens s'adressant à une institution étrangère qui seront redevables du prix de la lutte contre la fraude fiscale.

§ 2. Coûts supportés par les autres États

Traditionnellement, dans le cadre des instruments internationaux d'échange d'informations sur demande, les coûts liés à l'obtention de renseignements fiscaux transfrontaliers pesaient sur l'État requis⁴⁰⁶. FATCA est donc moins onéreux pour les États, tant dans sa version originale que dans le second modèle d'IGA⁴⁰⁷, puisque de nombreuses recherches leur sont évitées. Les IGAs de Modèle 1 sont, par contre, plus coûteux pour l'État partenaire⁴⁰⁸, mais leur mise en œuvre en droit interne combinée avec celle de la NCD diminue les coûts des deux mécanismes⁴⁰⁹.

Indépendamment des coûts que FATCA fait peser sur les autres États, il diminue vraisemblablement leurs recettes fiscales : en effet, les frais engagés par les FFIs, par exemple en rémunération de consultants externes, sont autant de déductions fiscales qui ne se traduiront pas nécessairement par un revenu imposable dans le même État⁴¹⁰.

§ 3. Coûts supportés par les États-Unis

L'administration fiscale américaine doit, elle-même, supporter des coûts pour faire de FATCA un succès. Tout d'abord, le traitement des données reçues, vu leur importance,

⁴⁰³ S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLOOM, *op. cit.*, p. 711 ; A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁰⁴ A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁰⁵ S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLOOM, *op. cit.*, p. 711.

⁴⁰⁶ A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 9 ; OCDE, *Accord sur l'échange de renseignement en matière fiscale, op. cit.*, Commentaire de l'article 9.

⁴⁰⁷ Elles ne supportent des coûts que quant aux requêtes groupées portant sur les informations non obtenues par le biais des FFIs. Voy. M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 403.

⁴⁰⁸ Nous avons vu que celle-ci supporte les coûts de l'échange automatique et doit instaurer certaines garanties particulières en cas de réciprocité. Voy. *supra*.

⁴⁰⁹ S. S. JOHNSTON, *op. cit.*, p. 420 ; M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 403. Cette conclusion n'est par contre pas valable pour les FFIs : voy. *supra*.

⁴¹⁰ H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 658.

requiert des ressources administratives conséquentes⁴¹¹. Ensuite, en cas de détection d'une fraude fiscale, les poursuites nécessaires à la régularisation du contribuable entraîneront, elles aussi, des frais⁴¹². Enfin, les coûts de détection de la non-conformité d'une FFI seront excessivement importants, étant donné leur nombre et leurs localisations hors du territoire américain⁴¹³. Cependant, ces coûts peuvent être réduits grâce à la coopération intergouvernementale, car l'État partenaire peut aider à contrôler la conformité de ses FFIs⁴¹⁴, comme c'est le cas dans les IGAs de Modèle 1⁴¹⁵. Une telle coopération sera d'autant plus efficace si l'État partenaire requiert de ses institutions financières qu'elles lui rapportent les mêmes informations au sujet de ses propres résidents⁴¹⁶.

En outre, tout comme les autres États, les États-Unis pourraient subir des pertes de recettes fiscales liées aux déductions que FATCA génère⁴¹⁷. Ces déductions pourraient être le fait, d'une part, des coûts que les agents payeurs américains exposent pour mettre en œuvre la nouvelle retenue à la source⁴¹⁸, et, d'autre part, des frais engagés par les expatriés américains auprès de conseillers fiscaux pour éviter les conséquences néfastes de FATCA⁴¹⁹.

Les banques américaines déclarent, elles aussi, ressentir le poids de FATCA en raison des mesures tendant à sa réciprocité. Même si la déclaration des intérêts payés à des étrangers non-résidents leur impose des frais de procédure limités, le gain de transparence fiscale qui en résulte induit vraisemblablement une fuite importante de capitaux vers d'autres États⁴²⁰.

Enfin, ce sont des coûts quant à leur réputation que les Américains dans leur ensemble risquent de supporter⁴²¹. En effet, en adoptant FATCA en dépit des conventions existantes, les États-Unis diminuent la crédibilité de leurs engagements quant au traitement futur de leurs investisseurs⁴²², puisqu'il semble assez aisé pour le législateur américain de les outrepasser. Selon COCKFIELD, les investisseurs encourent, par

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 656 ; N. DIEPVENS et S. DIEPVENS, « De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik in de toekomst », *T.F.R.*, 2015, p. 147.

⁴¹² A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 113.

⁴¹³ S. C. MORSE, « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *op. cit.*, p. 537.

⁴¹⁴ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 197 ; S. C. MORSE, « Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes », *op. cit.*, p. 733.

⁴¹⁵ Par exemple, le projet de loi luxembourgeois pour la transposition de FATCA impose une amende de 250.000 euros aux institutions financières luxembourgeoises qui ne se soumettraient pas à l'obligation de déclaration et une pénalité égale à 0,5% du montant non déclaré en cas de déclaration erronée. Voy. Projet de loi n° 6798 du 27 mars 2015, *op. cit.*

⁴¹⁶ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 378 ; S. C. MORSE, « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *op. cit.*, p. 537.

⁴¹⁷ Voy. *supra*.

⁴¹⁸ H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 658.

⁴¹⁹ A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 107.

⁴²⁰ S. C. MORSE, « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *op. cit.*, pp. 547-548.

⁴²¹ A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 110 ; S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLUM, *op. cit.*, p. 711.

⁴²² A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 110.

conséquent, des coûts de transaction plus élevés lorsqu'ils visent le marché américain, ce qui est susceptible de rendre ce dernier moins attrayant⁴²³. La théorie sous-jacente consiste à dire que le régime fiscal international a pour objectif de réduire les coûts de transaction des investissements ou activités transfrontaliers, en assurant une plus grande prédictibilité quant au traitement fiscal encouru et que la violation unilatérale de ce régime augmente ces coûts⁴²⁴.

Une diminution des investissements dans les marchés américains fut aussi envisagée en raison de la menace de retenue à la source sur les produits américains⁴²⁵. Un tel effet, s'il existe, sera en tout état de cause limité en raison des nombreux IGAs conclus qui ont pour effet de suspendre la retenue⁴²⁶.

Section 2. Bénéfices générés par FATCA

§ 1. Poursuites par l'administration fiscale

FATCA permet de réduire efficacement l'asymétrie informationnelle à l'origine de la fraude fiscale⁴²⁷. En effet, le système fournit à l'IRS des informations dont il n'aurait jamais disposé sous l'empire de l'échange d'informations sur demande, car il ne les aurait pas soupçonnées⁴²⁸. Ces informations permettront de régulariser la situation de nombreux contribuables et de récupérer les impôts éludés, éventuellement majorés d'amendes.

Cependant, l'information en tant que telle ne suffit pas et, si les États-Unis veulent obtenir de l'argent et pas « a data cemetery »⁴²⁹, plusieurs étapes doivent être suivies. Celles-ci représentent autant de coûts qui devront être déduits des sommes obtenues au terme des procédures de régularisation fiscale, pour en évaluer le bénéfice net.

Tout d'abord, les informations reçues doivent pouvoir être croisées avec une banque de données nationale^{430,431}. À cet égard, des différences, par exemple, de langue

⁴²³ *Ibid.*, pp. 110-111.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁴²⁵ S. C. MORSE, « Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes », *op. cit.*, p. 725.

⁴²⁶ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 195.

⁴²⁷ L. LEDERMAN, *op. cit.*, p. 1735.

⁴²⁸ N. DIEPVENS et S. DIEPVENS, *op. cit.*, p. 147.

⁴²⁹ M. FEKTER, ancienne Ministre autrichienne des finances, citée par F. ROBINSON, « EU Increases Efforts to Fight Tax Evasion », *The Wall Street Journal*, 13 avril 2013, www.wsj.com (22 avril 2015).

⁴³⁰ Aux États-Unis, cette base de données existe, car les Américains sont tenus d'indiquer dans leurs déclarations fiscales les revenus perçus de leurs investissements étrangers ainsi que de divulguer l'existence de tout compte étranger d'une valeur supérieure à 10.000 dollars via un formulaire spécifique. À ce sujet, voy. Government Accountability Office, *Offshore Tax Evasion: IRS Has Collected Billions of Dollars, but May be Missing Continued Evasion*, *op. cit.*, p. 5. En Belgique, on note les récents alinéas 3 et 4 de l'article 307, § 1^{er} du C.I.R. qui imposent la divulgation par le contribuable d'un plus grand nombre d'informations sur ses activités étrangères. Voy., sur ces alinéas, F. JANSSEN, A. BAILLEUX et R. ALVAREZ CAMPA, « Le point sur les procédures de régularisation fiscale », *in Actualités de droit fiscal - Anno 2013* (sous la dir. de E. BOURGEOIS et D.-E. PHILIPPE), Bruxelles, Larcier, 2013.

⁴³¹ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 207.

ou de système juridique, peuvent entraîner des difficultés⁴³². Les fraudes éventuellement détectées doivent, ensuite, faire l'objet de poursuites par l'administration fiscale⁴³³, engendrant, à nouveau, des frais⁴³⁴. Enfin, face à un contribuable qui refuserait d'exécuter le jugement prononcé à son encontre et qui ne disposerait pas d'avoirs sur le territoire des États-Unis⁴³⁵, il faudra s'interroger sur la possibilité de faire exécuter le jugement fiscal américain à l'étranger. En effet, les États-Unis sont traditionnellement très attachés à la « revenue rule » qui veut que les jugements fiscaux étrangers ne sont en principe pas reconnus par le juge américain⁴³⁶. Pour cette raison, dans le cadre de la Convention multilatérale, une réserve a été émise à l'égard de l'article visant l'assistance au recouvrement des créances fiscales⁴³⁷. Cette réserve empêche donc les États-Unis de se prévaloir de l'assistance au recouvrement à l'égard des autres parties à la Convention⁴³⁸. De même, très peu de leurs conventions fiscales bilatérales incluent une disposition de ce type⁴³⁹.

§ 2. Régularisation fiscale volontaire : les amnisties fiscales

En amont des éventuelles poursuites, les amnisties fiscales ont permis à l'IRS de récolter des recettes par la simple menace de FATCA et avant même sa mise en œuvre. Ces recettes sont obtenues sans que l'administration ne doive fournir les efforts que nous venons d'évoquer au sujet des poursuites fiscales.

Une amnistie fiscale est « a time-limited offer by a government to a specific group of unnamed taxpayers to voluntarily disclose previously undeclared and unpaid tax liabilities in exchange for a defined forgiveness from the statutory consequences of the tax offence »⁴⁴⁰. En l'espèce, elle est offerte aux contribuables ayant caché de l'argent à l'étranger. Étant donné que le contribuable reconnaît lui-même ses fautes, cette technique permet d'obtenir des rentrées fiscales plus rapidement que par des poursuites⁴⁴¹ et à moindre coût pour l'administration⁴⁴². De plus, les capitaux rapatriés – ou, à tout le moins, déclarés – à l'occasion de l'amnistie engendreront des recettes fiscales dans le futur⁴⁴³.

⁴³² M. STEWART, *op. cit.*, p. 175.

⁴³³ L. U. CAVELTI, *op. cit.*, p. 207.

⁴³⁴ A. J. COCKFIELD, *op. cit.*, p. 113.

⁴³⁵ Hypothèse d'autant moins farfelue que le pouvoir d'imposition américain est fondé sur la nationalité et non sur la résidence.

⁴³⁶ S. D. BRUNSON, *op. cit.*, p. 182. Sur la revenue rule, voy. également : I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, pp. 369-370 ; R. J. JEFFERY, *op. cit.*, pp. 118-125.

⁴³⁷ Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, signée à Strasbourg le 25 janvier 1988, *op. cit.*, art. 11.

⁴³⁸ S. D. BRUNSON, *op. cit.*, p. 184.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ V. URINOV, « Tax Amnesties as a Transitional Bridge to Automatic Exchange of Information », *Bulletin for International Taxation*, 2015, p. 171.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 171.

Enfin, les informations collectées à l'occasion de l'amnistie pourront généralement être utilisées pour améliorer la lutte contre la fraude fiscale⁴⁴⁴.

Compte tenu de ce dernier point, les amnisties fiscales peuvent être comprises comme des alternatives unilatérales pour l'obtention de renseignements fiscaux étrangers⁴⁴⁵. Certains auteurs vont jusqu'à ajouter que les amnisties combinées à la médiatisation des grandes poursuites fiscales seraient suffisamment efficaces, sans que ne soit nécessaire l'échange automatique de renseignements⁴⁴⁶. Nous ne pouvons soutenir cette opinion pour deux raisons. Tout d'abord, le modèle de l'amnistie fiscale se fonde sur la peur que la fraude ne soit détectée⁴⁴⁷ et une amnistie sera donc d'autant plus efficace qu'un événement nouveau est à même de justifier cette peur⁴⁴⁸. Si des poursuites fiscales d'envergure, telles que l'affaire UBS, constituent ce type d'événement, elles n'engendreront de craintes que pour les clients de l'institution financière visée. Au contraire, l'avènement de FATCA et de l'échange automatique des données est à même de toucher la majorité des fraudeurs. Par ailleurs, l'introduction d'un nouveau mécanisme capable de détecter l'évasion fiscale dans le futur est nécessaire afin d'éviter une diminution de la discipline fiscale inhérente à toute période post-amnistie⁴⁴⁹. En effet, en présence d'amnisties répétées sans changement substantiel du système fiscal, les contribuables peuvent avoir tendance à privilégier la fraude, conscients qu'ils pourront régulariser leur situation dès la prochaine amnistie⁴⁵⁰.

C'est donc à raison, selon nous, que les États-Unis ont assorti l'adoption de FATCA de « Offshore Voluntary Disclosure Programs » dont le taux de pénalité augmente progressivement depuis 2009, tout en restant inférieur à celui dû au terme de poursuites fiscales en bonne et due forme⁴⁵¹. Au 31 décembre 2012, ces amnisties avaient déjà rapporté 5,5 milliards de dollars au fisc américain⁴⁵².

S'appuyant sur cet exemple, nous encourageons les États amenés à mettre en œuvre tout prochainement la norme de l'OCDE à également adopter des amnisties fiscales⁴⁵³. Celles-ci permettent de régulariser la situation de certains fraudeurs en amont de l'échange effectif et d'ainsi diminuer le nombre de résidents qui pourraient devenir des

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 174 ; H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 657.

⁴⁴⁵ A. G. SORIANI, *op. cit.*, p. 553.

⁴⁴⁶ H. B. BOUMA, *op. cit.*, p. 657 ; S. D. MICHEL et H. D. ROSENBLOOM, *op. cit.*, p. 712.

⁴⁴⁷ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 60 ; T. A. KAYE, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁴⁸ V. URINOV, « Tax Amnesties as a Transitional Bridge to Automatic Exchange of Information », *op. cit.*, p. 174.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁵¹ Pour une comparaison des divers programmes, voy. Government Accountability Office, *Offshore Tax Evasion: IRS Has Collected Billions of Dollars, but May be Missing Continued Evasion*, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ V. URINOV, « Tax Amnesties as a Transitional Bridge to Automatic Exchange of Information », *op. cit.*, p. 176.

criminels fiscaux du jour au lendemain aux yeux de l'État⁴⁵⁴. À cet égard, nous conseillons aux gouvernements d'agir vite : en principe, une amnistie fiscale n'est ouverte au contribuable qu'aussi longtemps que la fraude dont il est l'auteur n'a pas été détectée⁴⁵⁵. Les premiers échanges prévus pour 2017 permettront une telle détection dans un grand nombre de cas, et il serait donc souhaitable que les amnisties soient lancées assez tôt auparavant. Pour être efficaces, celles-ci devront en outre être suffisamment médiatisées, tout comme les effets potentiels de l'échange automatique d'informations, afin de conscientiser les contribuables⁴⁵⁶. Tout cela prend du temps et nous ne pouvons qu'espérer que l'administration fiscale belge en est consciente.

§ 3. Discipline fiscale volontaire

Le plus grand bénéfice de FATCA – et de l'échange automatique d'informations plus généralement⁴⁵⁷ – réside vraisemblablement dans son haut potentiel dissuasif⁴⁵⁸. Les effets qui en découlent, bien que plus discrets, sont bien plus larges que ceux induits par les amnisties ou poursuites fiscales⁴⁵⁹. Il est prouvé que, conscient que l'État dispose des informations relatives à ses revenus, le contribuable aura tendance à respecter volontairement le système fiscal. D'ailleurs, l'efficacité des déclarations par des tiers serait presque équivalente à celle d'une retenue que ces derniers effectueraient directement⁴⁶⁰.

§ 4. Retenue à la source⁴⁶¹

Subsidiairement et bien que là ne soit pas sa visée première, la retenue à la source de 30% engendrerait des recettes pour le Trésor américain si elle devait être appliquée.

Section 3. Bénéfices non économiques de FATCA et implications pour l'efficience

Selon DEAN, « It is by no means unreasonable to imagine that a nation might embrace a policy despite the fact that it would reduce that nation's GDP. If, for example, governments give the well-being of some individuals (law-abiding citizens and residents) priority over the well-being of others (tax cheats), a policy that costs tax cheats more than

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 172.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 176.

⁴⁵⁷ N. DIEPVENS et S. DIEPVENS, *op. cit.*, p. 147 ; A. W. OGUTTU, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁵⁸ S. C. MORSE, « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *op. cit.*, p. 529.

⁴⁵⁹ L. LEDERMAN, *op. cit.*, p. 1735.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, pp. 1735-1736.

⁴⁶¹ Cette catégorie de bénéfices est la seule qui ne peut être transposée à une analyse éventuelle des bénéfices issus du nouveau modèle global.

it provides to everyone else might lower GDP yet still be politically viable »⁴⁶². Nous nous rallions à son idée, car elle permet de comprendre que, même si FACTA et le nouveau standard de l'OCDE engendraient en pratique des coûts supérieurs à leurs bénéfiques, ils génèrent par ailleurs des gains quant à la confiance accordée au gouvernement et sont, en ce sens, désirables. En effet, une plus grande transparence et une diminution de l'évasion fiscale – dont découle une plus grande équité entre les contribuables⁴⁶³ – favorisent la perception, par les contribuables honnêtes, que le système est juste et lui donnent de la légitimité. Ces bienfaits non économiques renforcent la confiance dans le gouvernement, qui renforce, elle-même, le respect du système fiscal⁴⁶⁴ et la stabilité de l'État⁴⁶⁵.

La notion d'efficacité est issue de la culture économique et c'est ce qui justifie, selon SIBONY, l'existence d'un amalgame entre « gains d'efficacité » et « maximisation des richesses »⁴⁶⁶. Or, la fin que poursuit une règle de droit n'est pas nécessairement la maximisation des richesses⁴⁶⁷ et c'est au regard de l'ensemble des objectifs propres de cette dernière que son efficacité doit être évaluée. Par conséquent, en ce que FATCA poursuit des objectifs distincts mais liés à la juste perception des impôts – comme, par exemple, la transparence et la justice entre contribuables – et que ceux-ci induisent des bénéfiques non économiquement quantifiables, il n'est pas exclu que FATCA soit un mécanisme efficace.

Chapitre 3. Question particulière : l'efficacité allocative des marchés, l'échange automatique de renseignements et le droit fiscal international

L'efficacité allocative consiste en « une répartition des ressources au sein de l'économie dans laquelle chaque ressource est allouée à son usage le plus valorisé »⁴⁶⁸. Le courant de l'approche économique du droit présume qu'en l'absence de coûts de transaction, cette répartition s'opère naturellement sur les marchés grâce aux choix rationnels des acteurs économiques⁴⁶⁹. Toujours selon ce courant, le rôle du droit est de

⁴⁶² S. A. DEAN, *op. cit.*, p. 914.

⁴⁶³ Nous verrons qu'en l'absence de coordination internationale quant au pouvoir d'imposition des revenus visés par FATCA, cette équité doit être relativisée. Voy. *infra*.

⁴⁶⁴ S. MUEHLBACHER, E. KIRCHLER et H. SCHWARZENBERGER, « Voluntary versus enforced tax compliance: empirical evidence for the 'slippery slope' framework », *European Journal of Law and Economics*, 2011, pp. 89-97.

⁴⁶⁵ I. GRINBERG, « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *op. cit.*, p. 319.

⁴⁶⁶ A.-L. SIBONY, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁶⁹ G. CALABRESI, « Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules : A Comment », *Journal of Law and Economics*, 1967, p. 68. Voy. également R. H. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44.

réduire les coûts de transaction afin de favoriser les transactions efficaces, ou, à tout le moins, d'être neutre afin de ne pas les décourager⁴⁷⁰. Pourtant, dans certaines hypothèses, les droits fiscaux des États rendent plus coûteux les investissements transfrontaliers et leur articulation ne se conforme pas au prescrit que nous venons d'évoquer, créant éventuellement des distorsions sur les marchés. Nous avons déjà évoqué les perturbations que FATCA peut entraîner pour le marché américain⁴⁷¹. Dans ce chapitre, nous aborderons la question de la double imposition internationale et des effets que la combinaison de celle-ci et d'un système d'échange automatique global peut avoir sur les flux d'investissement internationaux. Nous clôturerons le chapitre en évoquant l'approfondissement de l'harmonisation fiscale internationale comme solution éventuelle au phénomène de la double imposition internationale.

Section 1. Double imposition internationale

La double imposition internationale est un phénomène classique à l'origine de distorsions sur les marchés⁴⁷². Il s'agit de « l'application d'impôts comparables dans deux (ou plusieurs) États au même contribuable, pour le même fait générateur et pour des périodes identiques »⁴⁷³.

La question de la double imposition revêt une importance capitale pour notre propos. En effet, comme le relève MALHERBE, « elle heurte les deux principes fiscaux fondamentaux que sont la justice et l'efficacité. Elle est source d'injustice, dans la mesure où elle surtaxe une capacité contributive donnée et est donc discriminatoire ; elle est source d'inefficacité, dès lors qu'elle surtaxe sans but, et donc décourage sans motif, un certain mode de production du revenu, que ce soit l'organisation des actionnaires en société ou l'activité économique internationale ou interrégionale »⁴⁷⁴.

À l'heure actuelle, rien n'empêche les intérêts de l'épargne déposée à l'étranger⁴⁷⁵ d'être taxés deux fois. En l'absence de CPDI, tant l'État de la source que l'État de la résidence pourront revendiquer un pouvoir d'imposition sur ce type de revenus. La double imposition sera évitée uniquement dans la mesure où l'État de la résidence a pris l'initiative d'adopter une méthode unilatérale pour éviter la double imposition des intérêts de

⁴⁷⁰ R. COOTER et T. ULEN, *Law and Economics*, 2^e éd., Reading, Addison-Wesley, 1997, p. 89.

⁴⁷¹ Voy. *supra*.

⁴⁷² T. DAGAN, *The Costs of International Tax Cooperation*, 2003, www.biu.ac.il (25 avril 2015), p. 5.

⁴⁷³ OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, Introduction, 2010, www.oecd.org (25 avril 2015).

⁴⁷⁴ Ph. MALHERBE, « Taxation du return transfrontalier sur actions », in *Fiscalité internationale en Belgique – Tendances récentes* (sous la dir. de E. TRAVERSA et I. RICHELLE), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 132.

⁴⁷⁵ Nous nous limitons à l'examen de ces revenus, mais une analyse similaire peut s'opérer pour d'autres revenus dont la taxation est rendue plus aisée par FATCA.

l'épargne dans son droit interne⁴⁷⁶. Paradoxalement, la situation n'est pas beaucoup plus favorable en présence de CPDIs. En effet, celles-ci prévoient généralement un pouvoir d'imposition partagé entre l'État de la résidence et l'État de la source, avec un plafond pour ce dernier⁴⁷⁷. Cependant, si la méthode choisie pour éviter la double imposition dans le cadre de la convention est l'exemption, l'État de la résidence ne doit pas tenir compte de la retenue effectuée par l'État de la source et les impositions s'appliquent successivement⁴⁷⁸.

Même au sein de l'Union européenne, où la taxation de l'épargne a pourtant fait l'objet d'une attention toute particulière, la double imposition n'est pas évitée. En effet, en instaurant l'échange automatique de renseignements sur ce type de revenus au bénéfice de l'État de la résidence, la Directive épargne⁴⁷⁹ consacre le pouvoir de taxation de ce dernier. Toutefois, elle reconnaît également expressément le droit pour l'État de la source d'imposer une retenue⁴⁸⁰. Par exemple, un Belge qui touche des intérêts pour un montant de 100 euros d'un compte bancaire italien est soumis à une retenue de 26% en Italie⁴⁸¹, suivie d'une imposition de 25% en Belgique⁴⁸², dont il subsiste un revenu net de 55,50 euros. S'il est éligible pour bénéficier de la CPDI conclue entre les deux États⁴⁸³, le taux appliqué par l'Italie sera de 15%⁴⁸⁴ tandis que le taux belge restera identique⁴⁸⁵, donnant lieu à un revenu net de 63,75 euros. Ce même résident aurait perçu un revenu de 75 euros pour des intérêts provenant d'un compte belge⁴⁸⁶.

Comme l'avait annoncé MALHERBE, cette solution est injuste. Par ailleurs, et c'est ce qui nous intéresse ici, elle est « inefficace », ou, selon notre acception, inefficente. En effet, même si les intérêts non fiscaux de cet individu étaient mieux servis par l'ouverture d'un compte italien, il pourrait y renoncer en raison du traitement fiscal défavorable qu'il subirait. Rappelons, d'ailleurs, que si détenir un compte étranger constitue une voie classique pour éluder l'impôt, cela peut aussi répondre à des intérêts légitimes, tels l'accès

⁴⁷⁶ Si cette méthode est l'imputation, le taux applicable sera celui de l'État de la résidence et l'égalité entre les contribuables sera restaurée au niveau national. S'il s'agit de l'exemption, le taux de l'État de la source constituera l'imposition finale.

⁴⁷⁷ OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, op. cit., art. 11.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, art. 23A.

⁴⁷⁹ Dir. (CE) 2003/48 du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, art. 9, *J.O.U.E.*, L 157, du 26 juin 2003, p. 43.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, art. 16.

⁴⁸¹ Decreto Presidente Repubblica n° 600 du 29 septembre 1973, amendé par le decreto-legge n° 66 du 24 avril 2014 transposé dans la legge n° 89 du 23 juin 2014.

⁴⁸² C.I.R. 1992, art. 171, al. 1^{er}, 3°.

⁴⁸³ Convention entre la Belgique et l'Italie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales en matière d'impôt sur le revenu, signée à Rome le 29 avril 1983, approuvée par la loi du 8 août 1986, *M.B.*, 22 mars 1990, p. 5239.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, art. 11, 2.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, art. 23, 1., 2°.

⁴⁸⁶ C.I.R. 1992, art. 171, al. 1^{er}, 3°.

à des fonds dans l'État où l'individu vit ou travaille temporairement⁴⁸⁷, la diversification de ses investissements ou encore la facilitation de transactions commerciales⁴⁸⁸.

L'échange automatique de renseignements met un terme à l'échappatoire qui aurait consisté à payer l'impôt italien – d'ailleurs supérieur à celui appliqué en Belgique – sans pour autant déclarer les intérêts perçus à l'État belge. Si cette solution ne peut être encouragée car elle est illégale, le résultat de la double imposition n'est pas non plus soutenable. Avec la transparence qui est requise des contribuables et qui résulte, ou résultera, des échanges automatiques de renseignements, les États ont le devoir de trouver une solution aux situations de double imposition de ce type. Cette solution pourrait être l'attribution d'un pouvoir exclusif d'imposition sur certains revenus. Voilà qui ouvrirait la voie à ce que nous envisageons comme la troisième étape de la dialectique de FATCA évoquée par GRINBERG⁴⁸⁹ : passer d'une coordination administrative globale à une ébauche de coordination plus substantielle⁴⁹⁰.

Section 2. Harmonisation internationale

Avec l'adoption du nouveau standard de l'OCDE, si un pouvoir d'imposition exclusif devait être attribué, il reviendrait vraisemblablement à l'État de la résidence. Si une telle attribution permet d'éviter la double imposition et est donc plus efficiente, elle n'est, par contre, pas nécessairement juste pour les États en développement, *a fortiori* s'ils n'ont pas rapidement accès à l'échange automatique de renseignements. Donc, si l'imposition exclusive par l'État de la résidence permet de restaurer l'égalité et donc la justice entre les contribuables à l'échelle nationale⁴⁹¹, elle ne s'encombre en revanche pas de favoriser la justice entre les États⁴⁹².

Dans un monde globalisé, l'efficience allocative induit nécessairement une certaine coordination ou harmonisation⁴⁹³. Cependant, celle-ci opère aux dépens de la légitimité

⁴⁸⁷ Voire de manière définitive dans le cas des États-Unis, puisque l'imposition est fondée sur le critère de la nationalité et non la résidence.

⁴⁸⁸ Government Accountability Office, *Offshore Tax Evasion: IRS Has Collected Billions of Dollars, but May be Missing Continued Evasion*, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸⁹ I. GRINBERG, « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *op. cit.*, pp. 330 et 352.

⁴⁹⁰ En ce sens, dans le contexte plus large de BEPS, voy. E. TRAVERSA et M. POSSOZ, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁹¹ À l'échelle internationale, des distorsions sur les marchés sont toujours envisageables malgré l'élimination de la double imposition. En effet, les résidents – en ce compris les entités – d'un État où le taux d'imposition sur les revenus passifs est faible pourront proposer leurs capitaux à un taux plus avantageux sur les marchés que les résidents d'États où l'imposition est plus importante. Voy. E. KEMMEREN, *op. cit.*, p. 436.

⁴⁹² Le droit fiscal international a toujours eu tendance à donner priorité à l'équité entre les contribuables par rapport à l'équité entre les nations. Voy. K. BROOKS, « Inter-Nation Equity, The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value », in *Tax Reform in the 21st Century: A Volume in Memory of Richard Musgrave*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 471.

⁴⁹³ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 60 ; J. N. MUKADI, « FATCA and the Shaping of a New International Tax Order », *op. cit.*, p. 1232.

internationale des normes, puisqu'à l'heure actuelle, l'harmonisation des systèmes fiscaux est le fruit d'organisations internationales non représentatives des acteurs auxquels elles s'adressent⁴⁹⁴. L'efficacité et l'harmonisation s'opposent également dans une certaine mesure à la légitimité nationale des normes. En effet, d'une part, les standards choisis ne seront pas toujours adaptés aux traditions et aux besoins de chaque État, ceux-ci étant variables⁴⁹⁵. D'autre part, ces standards sont présentés comme « des faits accomplis » aux législateurs nationaux⁴⁹⁶, pourtant seuls garants de la participation démocratique des citoyens aux systèmes fiscaux auxquels ils sont soumis.

Si le droit fiscal international de demain devait se caractériser par une harmonisation allant au-delà de la coordination administrative pour l'échange de données – ce qui, selon nous, serait favorable tant à l'égalité des contribuables qu'à l'efficacité internationale –, un équilibre devra nécessairement être trouvé entre ces impératifs et des impératifs de légitimité tant nationale qu'internationale. Pour ce faire, les États membres de l'OCDE et du G20 devront veiller à intégrer les autres États dès le processus d'élaboration des nouveaux standards⁴⁹⁷ et à assurer une représentation et une collaboration des parlements nationaux⁴⁹⁸. L'introduction de ces nouveaux acteurs pourrait également rendre nécessaire une réflexion plus large sur la désirabilité d'un pouvoir d'imposition exclusif de l'État de la résidence⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Voy. *supra*.

⁴⁹⁵ Voy. *supra*, l'exemple des États en développement.

⁴⁹⁶ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 57 ; F. FOGLI, « L'OCDE: une source de droit fiscal en plein essor », *R.G.F.*, 2014, n° 10, p. 3.

⁴⁹⁷ P. PISTONE, « Coordinating the Action of the Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law », *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹⁸ P. ESSERS, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁹⁹ Pour un plaidoyer en faveur de l'imposition exclusive des revenus de capitaux par l'État de l'origine, voy. E. KEMMEREN, *op. cit.*, p. 436.

CONCLUSION

Au cours des cinq dernières années, le monde a assisté à une métamorphose de FATCA. Si les États-Unis avaient initialement privilégié une arme puissante, sans appel et unilatérale, ils ont été à même de la remodeler, la rendant ainsi supportable pour le monde financier et les autres États. L'approche intergouvernementale de FATCA a ainsi permis de solutionner la majorité des difficultés légales engendrées par sa version originale. Si le droit international semble se satisfaire de l'équilibre trouvé, une approche réciproque permettrait de confirmer la totale conformité du mécanisme aux obligations internationales. Par ailleurs, tandis qu'au prix de modifications de leur droit interne, les autres États se satisfont, eux aussi, de la nouvelle approche, c'est en droit américain que la nature et la légalité des IGAs posent problème. Cette dernière question ne fait l'objet que de peu d'attention à l'heure actuelle, mais elle pourrait réserver des surprises si FATCA continuait à perdre de la vitesse aux États-Unis.

En cinq ans, le paysage de l'échange international de renseignements a, lui aussi, fait l'objet d'une métamorphose. Sous l'impulsion de FATCA, le standard de l'échange de renseignements sur demande a laissé place à l'échange automatique d'informations. La NCD constitue aujourd'hui un modèle très prometteur, cependant, son ambition globale risque d'être freinée par la complexité héritée des IGAs, surtout à l'égard des pays en développement. Cet état de fait découle du défaut le plus saillant de la nouvelle norme : elle n'a fait l'objet d'un consensus qu'au sein de l'OCDE et du G20, où siègent les États les plus puissants, tandis que les autres États n'ont pas pu en influencer la teneur. Le nouveau standard constitue, d'ailleurs, un nouveau pas dans le renforcement du pouvoir d'imposition de l'État de la résidence et il est généralement admis que ce dernier est plus favorable aux États les plus riches. Nous nous inquiétons, dès lors, des effets d'une possible disparition du pouvoir d'imposition à la source pour les États en voie de développement.

En ce qui concerne la question plus restreinte de la légitimité de FATCA, le mécanisme, tel qu'il a évolué, nous fait penser à un colosse aux pieds d'argile : colosse de par son envergure et le succès mondial que le phénomène a connu et connaît toujours au travers des IGAs et de la NCD, mais fragile dans ses racines-mêmes, avec une légitimité nationale au plus bas et des fondements légaux qui semblent bien moins solides que ce qu'ils ne paraissaient initialement.

Si FATCA venait à disparaître, nous ne pouvons qu'espérer que le réseau d'accords intergouvernementaux construit autour de la loi pourra être préservé et intégré dans le cadre plus large de la NCD. La norme ne peut être pleinement efficace en l'absence des

États-Unis, car la défection d'un seul État suffit à offrir aux évadés fiscaux une faille – large, dans l'hypothèse des États-Unis – dans laquelle s'engouffrer.

Par conséquent, qu'il s'agisse de FATCA ou de la NCD, l'efficacité dépend principalement de la collaboration de l'ensemble des institutions financières étrangères ou de l'ensemble des États. Dans le cadre de FATCA, cette collaboration est garantie par la menace de lourdes sanctions. Par ailleurs, le recours aux institutions financières pour déclarer les revenus de leurs clients étrangers semble être un mécanisme efficace. Il permet d'atteindre l'objectif que FATCA se fixe et améliore ainsi la justice entre contribuables et la légitimité du système fiscal.

Cependant, le mécanisme n'est pas particulièrement efficient. En effet, il est excessivement coûteux pour les institutions financières, qui répercuteront cela sur l'ensemble de leurs clients. Bien qu'en l'absence d'obligations similaires pour les institutions financières américaines, ces coûts ne pèsent pas sur la majorité des citoyens américains, en revanche, en cas de réciprocité ou dans le cadre d'un modèle multilatéral, le coût de la transparence et de la lutte contre la fraude fiscale pèsera sur tous – citoyens contribuant au système fiscal ou fraudeurs – de manière égale.

La globalisation de l'échange automatique impacte les citoyens qui payent leurs impôts à un autre titre : en permettant une meilleure détection des comptes étrangers, elle risque d'augmenter les hypothèses de double imposition. Solutionner le problème de la double imposition pourrait requérir une plus grande harmonisation du droit fiscal international. Si tel était le cas, nous espérons que les États de l'OCDE veilleront à ne pas reproduire les erreurs commises lors de l'adoption de la NCD et inviteront une participation plus large des autres États, voire même des parlements nationaux.

Enfin, nous aimerions insister sur le rôle précurseur capital que FATCA a joué en faveur de la transparence fiscale et de l'échange automatique de renseignements. Nous plaidons pour que les États-Unis ne restent pas uniquement ceux qui ont ouvert les portes à une norme internationale globale, mais, qu'au contraire, FATCA laisse progressivement place à ce nouveau standard qui, de par sa portée, lui est supérieur. C'est à ce prix seulement, selon nous, que les dernières questions de légalité, de légitimité et d'efficience pourront être dépassées.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

A) Sources internationales et supranationales

- Charte des Nations-Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, approuvée par la loi du 14 décembre 1945, *M.B.*, 1^{er} janvier 1946, p. 1.
- Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, approuvée par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993, p. 28706.
- Convention entre la Belgique et l'Italie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales en matière d'impôt sur le revenu, signée à Rome le 29 avril 1983, approuvée par la loi du 8 août 1986, *M.B.*, 22 mars 1990, p. 5239.
- North American Free Trade Agreement, signé à Mexico, Ottawa et Washington le 17 décembre 1992, www.nafta-sec-alena.org (16 avril 2015).
- Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, signée à Strasbourg le 25 janvier 1988, approuvée par la loi du 24 juin 2000, *M.B.*, 17 octobre 2000, p. 34926.
- Dir. (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, du 23 novembre 1995, p. 31.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 8, *J.O.C.E.*, C 346, du 18 décembre 2000, p. 1.
- Dir. (CE) 2003/48 du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *J.O.U.E.*, L 157, du 26 juin 2003, p. 38.
- Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, signé à Paris le 27 mai 2010, approuvé par la loi du 28 février 2014, *M.B.*, 15 janvier 2015, p. 1567.
- Dir. (UE) n° 2011/16 du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *J.O.U.E.*, L 64, du 11 mars 2011, p. 1.
- Dir. (UE) 2014/107 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *J.O.U.E.*, L 359, du 16 décembre 2014, p. 1.

B) Sources nationales

1. Belgique

- Code des impôts sur le revenu 1992, art. 171 et 307, *M.B.*, 30 juillet 1992, p. 17127.

2. États-Unis

- Public Law 111-147, Hiring Incentives to Restore Employment Act, 18 mars 2010, 111th Congr., www.gpo.gov (5 mars 2015).
- U.S. Internal Revenue Code, §§ 1471 à 1474 ; § 6103.
- Guidance on Reporting Interest Paid to Nonresident Aliens, *Federal Register*, 19 avril 2012, vol. 77, n° 76, p. 23391.
- Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, *Federal Register*, 28 janvier 2013, vol. 78, n° 18, p. 5876.

3. Italie

- Decreto Presidente Repubblica n° 600 du 29 septembre 1973, amendé par le decreto-legge n° 66 du 24 avril 2014 transposé dans la legge n° 89 du 23 juin 2014.

C) Travaux préparatoires et projets d'actes

1. Union européenne

- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *C.O.M.* (2012) 11 final.

2. États-Unis

- HIRE Act, Congressional Records of the Senate 18 mars 2010, § 1745, www.senate.gov (16 avril 2015).
- S. 1506, To prevent the Secretary of the Treasury from expanding United States bank reporting requirements with respect to interest on deposits paid to nonresident aliens, 112th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

- House Amendment 1469, H.R. 4078, Red Tape Reduction and Small Business Job Creation Act, 112th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).
- H.R. 2299, To prevent the Secretary of the Treasury from expanding United States bank reporting requirements with respect to interest on deposits paid to nonresident aliens, 113th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).
- S. 887, To repeal the violation of sovereign nations' laws and privacy matters, 113th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).
- S. 663, To repeal the violation of sovereign nations' laws and privacy matters, 114th Congr., www.congress.gov (19 mars 2015).

3. Luxembourg

- Projet de loi luxembourgeois n° 6798 du 27 mars 2015 portant approbation 1. de l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations communément appelées le « Foreign Account Tax Compliance Act », y compris ses deux annexes ainsi que le « Memorandum of Understanding » y relatif, signés à Luxembourg le 28 mars 2014 ; 2. de l'échange de notes y relatives, www.chd.lu (28 avril 2015).

2. Jurisprudence

A) Jurisprudence internationale

- C.I.J., Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueils*, 1969, p. 3.

B) Jurisprudence nationale (États-Unis)

- Florida Bankers Association and Texas Bankers Association v. U.S. Department of Treasury *et alii*, U.S. District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion du juge J. E. BOASBERG, 13 janvier 2014, Civil Action No. 13-529, www.ecf.dcd.uscourts.gov (19 mars 2015).

3. Doctrine

- ALTENBURGER P. R. *et alii*, « FATCA: US legislation with broad consequences for many », 2010, www.amcham.ch (15 mars 2015).
- AVI-YONAH R. S., *International Tax as International Law – An Analysis of the International Tax Regime*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- AVI-YONAH R. S., « Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime », *Bulletin for International Taxation*, 2007, pp. 130-138.
- BLUM C., « Sharing Bank Deposit Information With other Countries : Should Tax Compliance or Privacy Claims Prevail ? », *Florida Tax Review*, 2004, pp. 579-648.
- BOUMA H. B., « 11 Reasons Why FATCA Should Be Repealed », *Tax Management International Journal*, 2012, pp. 651-660.
- BRODZKA A., « The road to FATCA in the European Union », *E.T.*, 2013, pp. 517-520.
- BROOKS K., « Inter-Nation Equity, The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value », in *Tax Reform in the 21st Century: A Volume in Memory of Richard Musgrave*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 471-498.
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon, 1990.
- BRUNSON S. D., « The U.S. as a Tax Haven? Aiding Developing Countries by Revoking the Revenue Rule », *Columbia Journal of Tax Law*, 2014, pp. 172-206.
- CALABRESI G., « Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules : A Comment », *Journal of Law and Economics*, 1967, pp. 67-73.
- CAVELTI L. U., « Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation », *WTJ*, 2013, pp. 172-214.
- CHRISTIANS A., « The Dubious Legal Pedigree of IGAs (And Why It Matters) », *Tax Notes International*, 11 février 2013, pp. 565-568.
- CHRISTIANS A., « Tax Advice for the Second Obama Administration: Putting the Reign Back in Sovereign », *Pepperdine Law Review*, 2013, pp. 1373-1414.
- CHRISTIANS A. *et alii*, « Conceptualizing a New Institutional Framework For International Taxation » (transcript of colloquium), *Washington University Journal of Law & Policy*, 2014, n° 44, pp. 7-38.
- COASE R. H., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44.
- COCKFIELD A. J., « The Limits of the International Tax Regime As a Commitment Projector », *Virginia Tax Review*, 2013, pp. 59-113.
- COLOT G., HERMAND O. et DELACROIX P., « FATCA: l'accord intergouvernemental belgo-américain a enfin été signé », *Fiscologue (I.)*, 31 mai 2014, n° 365, pp. 1-5.

- COOTER R. et ULEN T., *Law and Economics*, 2^e éd., Reading, Addison-Wesley, 1997.
- DAGAN T., *The Costs of International Tax Cooperation*, 2003, www.biu.ac.il (25 avril 2015).
- DEAN S. A., « Philosopher Kings and International Tax: A New Approach to Tax Havens, Tax Flight, and International Tax Cooperation », *Hastings Law Journal*, 2007, pp. 911-965.
- DIEPVEN S. et DIEPVEN S., « De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik in de toekomst », *T.F.R.*, 2015, pp. 146-162.
- ESSERS P., « International Tax Justice between Machiavelli and Habermas », *Bulletin for international taxation*, 2014, pp. 54-66.
- FOGLI F., « L'OCDE: une source de droit fiscal en plein essor », *R.G.F.*, 2014, n° 10, pp. 2-3.
- GAMBINI A., « Les mécanismes de l'injustice fiscale mondiale », *Point Sud – les études du CNCD-11.11.11*, 2013, n° 8.
- GRINBERG I., « The Battle Over Taxing Offshore Accounts », *UCLA Law Review*, 2012, pp. 304-383.
- GRINBERG I., « Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? », *WTJ*, 2013, pp. 325-367.
- GUEDES SANTOS J. V., « Interpretative Treaty Override, Breach of Confidence and the Gradual Erosion of the Importance of Tax Treaties », *Bulletin for International Taxation*, 2015, pp. 17-28.
- HADJILOGIOU S., « Final Regulations require US Financial Institutions to Report Bank Deposit Interest Income for certain Non-Resident Alien Individuals beginning in January 2013 », *T.E.P.*, 2012, pp. 283-286.
- HARVEY J. R., « Taxation of Offshore Accounts : Offshore Accounts : Insider's Summary of FATCA and its Potential Future », *Villanova Law Review*, 2012, pp. 471-498.
- HERMAND O., COLOT G. et DE THIBAULT A., « Échange automatique d'information : la Belgique aura aussi son accord FATCA », *Fiscologue (I.)*, 31 octobre 2013, n° 358, pp. 6-8.
- HERMAND O. et DELACROIX P., « La nouvelle 'directive épargne' resserre les mailles du filet », *R.G.F.*, 2014, n° 6, pp. 4-13.
- HERMAND O., DELACROIX P. et COLOT G., « Les entreprises belges associées à la lutte contre la fraude fiscale », *Fiscologue (I.)*, 28 février 2011, n° 326, pp. 4-8.
- HERMAND O., DELACROIX P. et MARTIN S., « Le Common Reporting Standard de l'OCDE, partie intégrante du paysage européen (partie I) », *R.G.F.*, 2015, n° 2, pp. 11-20.
- HERMAND O., DELACROIX P., PASSAGEZ B. et BOURMANNE J.-F., « FATCA ou le Nouvel Impérialisme Fiscal Américain », *R.G.F.*, 2011, n° 1, pp. 5-26.

- INFANTI A. C., « International equity and human development », in *Tax, Law and Development*, Cheltenham, Elgar, 2013, pp. 209-240.
- JANSSEN F., BAILLEUX A. et ALVAREZ CAMPA R., « Le point sur les procédures de régularisation fiscale », in *Actualités de droit fiscal – Anno 2013* (sous la dir. de E. BOURGEOIS et D.-E. PHILIPPE), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 93-182.
- JEFFERY R. J., *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.
- JOHNSTON S. S., « Countries Sign Agreement on OCDE Information Exchange Standard », *Tax Notes International*, 3 novembre 2014, pp. 418-420.
- KAPALLE U., « Transparency and Exchange of Information With Switserland – The Possibilities and Overview of the Legal Framework », *Bulletin for International Taxation*, 2015, pp. 222-227.
- KAYE T. A., « Innovations in the War of Tax Evasion », *Brigham Young University Law Review*, 2014, pp. 363-413.
- KEMMEREN E., « Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach », *Bulletin for International Taxation*, 2006, pp. 430-452.
- KERMODE Ph. *et alii*, « Taxation of savings Income in a globalized world – Report of the sixth Prof. Em. Fr. Vanistendael Lectures in International and European Tax Law, 8 March 2013 », *A.F.T.*, 2013, n° 12, pp. 27-48.
- KOGAN L. A., « U.S. FATCA Information Reporting: A Pretext for Fishing With Like-Minded European and OECD Nations For Long Forsaken Tax Revenues at Exotic Offshore Locations », *LexisNexis Emerging Issues*, 2012, n° 6831.
- KRISTOFFERSSON E. et PISTONE P., « General Report », in *Tax Secrecy and Tax Transparency – The Relevance of Confidentiality in Tax Law*, vol. I, Frankfurt am Main, Lang, 2013, pp. 1-34.
- KUSCHEWSKY M., « European Union », in *Data Protection & Privacy : Jurisdictional comparisons*, Londre, Thomson Reuters, 2012, pp. 129-150.
- LEDERMAN L., « Reducing Information Gaps to Reduce the Tax Gap: When Is Information Reporting Warranted? », *Fordham Law Review*, 2010, pp. 1733-1759.
- MALHERBE J. et TELLO C. P., « FATCA et l'accord intergouvernemental belgo-américain : un schéma », *J.D.F.*, 2015, pp. 5-21.
- MALHERBE Ph., « Taxation du return transfrontalier sur actions », in *Fiscalité internationale en Belgique – Tendances récentes* (sous la dir. de E. TRAVERSA et I. RICHELLE), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 131-148.
- MALIK S. A., « Foreign Accout Tax Compliance : Problems and Complications », *LexisNexis Emerging Issues*, 2010, n° 4952.
- MANN F. A., *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon, 1990.

- MARTHA R. S. J., « Extraterritorial Taxation in International Law », in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Londres, Kluwer Law International, 1996, pp. 19-39.
- MICHEL B., « IFA Turns 75! Proceedings of the IFA 75th Anniversary Jubilee Conference », *Bulletin for International Taxation*, 2013, pp. 383-390.
- MICHEL S. D. et ROSENBLOOM H. D., « FATCA and Foreign Bank Accounts: Has the U.S. Overreached? », *Tax Notes International*, 30 mai 2011, pp. 709-713.
- MORIS M., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit fiscal : perspectives et évolution », *R.G.C.F.*, 2009, pp. 481-512.
- MORSE S. C., « Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes », *Connecticut Law Review*, 2012, pp. 675-736.
- MORSE S. C., « Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting », *Villanova Law Review*, 2012, pp. 529-550.
- MORSE S. C., « Why FATCA Intergovernmental Agreements Bind the U.S. Government », *Tax Notes International*, 15 avril 2013, pp. 245-247.
- MUEHLBACHER S., KIRCHLER E. et SCHWARZENBERGER H., « Voluntary versus enforced tax compliance: empirical evidence for the 'slippery slope' framework », *European Journal of Law and Economics*, 2011, pp. 89-97.
- MUKADI J. N., « FATCA and the Shaping of a New International Tax Order », *Tax Notes International*, 25 juin 2012, pp. 1227-1233.
- MUKADI J. N., « FATCA: Getting Rid of U.S. Clients Will Not Get You Off the Grid », *Journal of International Taxation*, 2012, n° 11, pp. 36-43 et 62-63.
- MUNYANDI K. et alii, « Tax Policy Trends in Africa – Commentary on the Major Tax Developments in 2013 and 2014 », *Bulletin for International Taxation*, 2015, pp. 154-167.
- OGUTTU A. W., « A Critique on the Effectiveness of 'Exchange of Information on Tax Matters' in Preventing Tax Avoidance and Evasion : A South African Perspective », *Bulletin for International Taxation*, 2014, pp. 2-19.
- OWENS J., « Tax Transparency: The 'Full Monty' », *Bulletin for International Taxation*, 2014, pp. 512-514.
- PEDIADITAKI T., « FATCA and Tax Treaties: Does It Really Take Two to Tango? », *E.T.*, 2013, pp. 426-429.
- PEETERS B. et LAMBILLON O., « Droit fiscal international », in *Tiberghien – Manuel de Droit Fiscal 2014-2015*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 1777-1851.
- PISTONE P., « Geographical boundaries of tax jurisdiction, exclusive allocation of taxing powers in tax treaties and good tax governance in relation with developing countries », in *Tax, Law and Development*, Cheltenham, Elgar, 2013, pp. 267-287.

- PISTONE P., « Coordinating the Action of the Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law », *WTJ*, 2014, pp. 3-9.
- RENIER G., « L'exclusion des clients bancaires américains à la suite de la loi FATCA constitue-t-elle une discrimination ? », *Bulletin juridique & social*, 2015, n° 535, p. 11.
- SIBONY A.-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?* (sous la dir. de M. FATIN-ROUGE STEPHANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 62-84.
- SOMARE M. et WÖHRER V., « Two different FATCA Model Intergovernmental Agreement: Which Is Preferable? », *Bulletin for International Taxation*, 2014, pp. 395-403.
- SORIANI A. G., « Toward an Automatic but Asymmetric Exchange of Tax Information: the US Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as Inflection Point », *Intertax*, 2012, pp. 540-555.
- SPENCER D., « FATCA and Automatic Exchange of Tax Information », *Journal of International Taxation*, 2010, n° 9, pp. 62-64.
- SPENCER D., « New U.S. Regs. on Reporting Nonresident Alien Bank Deposit Interest », *Journal of International Taxation*, 2011, n° 6, pp. 30-35.
- SPENCER D., « International Tax Cooperation: Centrifugal v. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 1) », *Journal of International Taxation*, 2011, n° 11, pp. 34-43 et 64.
- SPENCER D., « International Tax Cooperation: Centrifugal vs. Centripetal Forces – A Follow-Up (Part 3) », *Journal of International Taxation*, 2012, n° 1, pp. 36-46.
- STEWART M., « Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration », *WTJ*, 2012, pp. 152-179.
- SURINGA D., « FATCA, Round Two », *Tax Management International Journal*, 2010, pp. 92-94.
- TELLO C. P. et MALHERBE J., « Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain: un tournant juridique dans l'échange d'informations fiscales », *D.B.F.*, 2013, pp. 323-347.
- TRAVERSA E. et POSSOZ M., « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *R.G.C.F.*, 2015, pp. 5-24.
- URINOV V., « The Rubik Model: An Alternative for Automatic Tax Information Exchange Regimes? », *Bulletin for International Taxation*, 2015, www.ibfd.org (25 mars 2015).
- URINOV V., « Tax Amnesties as a Transitional Bridge to Automatic Exchange of Information », *Bulletin for International Taxation*, 2015, pp. 168-176.
- VANISTENDAEL F., « FATCA: alles is belastbaar tenzij het tegendeel bewezen wordt », *A.F.T.*, 2011, n° 4, pp. 2-3.
- VERHOEVEN J., *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.

4. Autres documents officiels

A) Documents officiels d'organisations internationales et de groupements internationaux

- OCDE, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale*, art. 8, www.oecd.org (27 mars 2015).
- G20, *Declaration on Strengthening the Financial System*, Londres, 2 avril 2009, www.g20.utoronto.ca (8 avril 2015).
- OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, 2010, www.oecd.org (25 avril 2015).
- G20, *Communiqué – Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors*, Mexico City, 26 février 2012, www.g20.utoronto.ca (26 mars 2015).
- OCDE, *Automatic Exchange of Information: What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*, juin 2012, www.oecd.org (26 mars 2015).
- Article 29 Working Party, *Letter addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, 21 juin 2012, disponibles sur le site www.ec.europa.eu (11 mars 2015).
- OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, art. 26, § 2, tel que modifié le 17 juillet 2012, www.oecd.org (27 mars 2015).
- G8, *Communiqué*, Lough Erne, 18 juin 2013, www.g8.utoronto.ca (26 mars 2015).
- G20, *Leaders' Declaration*, Saint Petersburg, 6 septembre 2013, www.g20.org (26 mars 2015).
- OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignement relatifs aux comptes financiers – norme commune de déclaration et de diligence raisonnable*, 13 février 2014, www.oecd.org (26 mars 2015).
- G20, *Communiqué – Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors*, Sydney, 22-23 février 2014, www.g20.org (26 mars 2015).
- OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, Paris, Éditions OCDE, 2014.
- Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Échange automatique de renseignements – Feuille de route relative à la participation des pays en développement*, 5 août 2014, www.oecd.org (8 avril 2015).
- Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Joint Statement by the Early Adopters Group*, octobre 2014, www.oecd.org (26 mars 2015).
- Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *AEOI: Status of Commitment*, 6 mars 2015, www.oecd.org (9 mai 2015).

- Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales, *Africa Initiative – Summary Note*, www.oecd.org (9 avril 2015).

B) Documents officiels intergouvernementaux

- Agreement between the United States of America and the Swiss Confederation on the request for information from the Internal Revenue Service of the United States of America regarding UBS AG, a corporation established under the laws of the Swiss Confederation, 19 août 2009, art. 1^{er}, www.irs.gov (4 mars 2015).
- Settlement Agreement between the United States of America, the U.S. Internal Revenue Service and UBS AG, 2009, annexe B, www.irs.gov (4 mars 2015).
- Joint Statement from the United States, France, Germany, Italy, Spain and the United Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA, 8 février 2012, www.treasury.gov (16 mars 2015).
- Joint Statement from the United States and Switzerland Regarding a Framework for Cooperation to Facilitate the Implementation of FATCA, 21 juin 2012, www.treasury.gov (16 mars 2015).
- Joint Statement from the United States and Japan Regarding a Framework for Intergovernmental Cooperation to Facilitate the Implementation of FATCA and Improve International Tax Compliance, 21 juin 2012, www.treasury.gov (16 mars 2015).
- Agreement Between the Government of the Kingdom of Belgium and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA, signé à Bruxelles le 23 avril 2014, disponible sur www.finances.belgium.be (16 mars 2015).

C) Documents officiels américains

- Joint Committee on Taxation, *Technical Explanation Of The 'Foreign Account Tax Compliance Act Of 2009'*, 27 octobre 2009, www.jct.gov (9 mars 2015).
- Joint Committee on Taxation, *Estimated Revenue Effects Of The Revenue Provisions Contained In Senate Amendment 3310, The 'Hiring Incentives To Restore Employment Act' Under Consideration By The Senate*, 23 février 2010, www.jct.gov (15 mars 2015).
- Internal Revenue Service, « Notice 2011-34 », www.irs.gov (8 mars 2015).
- Government Accountability Office, *Foreign Account Requirements – IRS Needs to Further Develop Risk, Compliance, and Cost Plans*, avril 2012, www.gao.gov (5 mars 2015).

- Government Accountability Office, *Offshore Tax Evasion: IRS Has Collected Billions of Dollars, but May be Missing Continued Evasion*, mars 2013, www.gao.gov (23 avril 2015).
- Internal Revenue Service, « Notice 2013-43 », www.irs.gov (6 mars 2015).
- Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (16 mars 2015).
- Model 1B IGA Non-Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (16 mars 2015).
- Model 1B IGA Non-Reciprocal, No TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (17 mars 2015).
- Model 2 IGA, Preexisting TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (16 mars 2015).
- Model 2 IGA, No TIEA or DTC, 30 novembre 2014, www.treasury.gov (17 mars 2015).

5. Articles de presse et autres sources

- BAUMANN T., « America is a Big FATCA Liar », *The Sovereign Investor*, 4 mars 2015, www.valuwalk.com (15 mars 2015).
- BOSLEY C. et RUBIN R., « A Record Number of Americans Are Renouncing Their Citizenship », *Bloomberg Business*, 10 février 2015, www.bloomberg.com (21 mars 2015).
- HOLLINGSHEAD A., « You Do The Math: Adding Up The Costs Of Complying With FATCA », 28 septembre 2011, www.financialtransparency.org (15 mars 2015).
- KPMG, AIMA et MFA, *The Cost of Compliance*, 2013, www.kpmg.com (15 mars 2015).
- NEWMAN A., « Republican Party Votes to Repeal 'Punitive' New FATCA Tax Regime », www.thenewamerican.com (19 mars 2015).
- ROBINSON F., « EU Increases Efforts to Fight Tax Evasion », *The Wall Street Journal*, 13 avril 2013, www.wsj.com (22 avril 2015).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
PARTIE I. LÉGALITÉ DE FATCA : APPROCHE PAR ESSAIS ET ERREURS.....	3
CHAPITRE 1. CONTEXTE : LES ÉTATS-UNIS DÉCLARENT LA GUERRE À LA FRAUDE FISCALE « OFF-SHORE »	3
CHAPITRE 2. ARCHITECTURE DE LA NORME FATCA	5
Section 1. Contrat FFI.....	5
Section 2. Mesures d'incitation à coopérer	8
§ 1. Retenue à la source de 30%	8
§ 2. Retenue sur les paiements « passthru ».....	9
CHAPITRE 3. OBSTACLES LÉGAUX À LA MISE EN ŒUVRE DE FATCA	10
Section 1. FATCA et le droit international.....	10
Section 2. FACTA et la protection des données personnelles	12
Section 3. FATCA et le droit bancaire de certains États	14
CHAPITRE 4. SOLUTION : LA COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE	15
Section 1. Différents modèles d'accords	16
§ 1. IGAs de modèle 1	16
§ 2. IGAs de modèle 2	17
§ 3. Modèles d'IGAs spécifiques pour les États ne disposant pas d'instruments pour l'échange de renseignements fiscaux avec les États-Unis.....	18
Section 2. État-des-lieux : légalité du régime FATCA tel qu'il résulte des IGAs	19
§ 1. Les IGAs et le droit international	19
§ 2. Les IGAs et la protection des données personnelles	20
§ 3. Les IGAs et les droits bancaires nationaux	21
§ 4. Les IGAs et le droit américain	22
PARTIE II. LÉGITIMITÉ DE FATCA : CONSÉCRATION MONDIALE ET ÉCUEILS NATIONAUX	23
CHAPITRE 1. QUESTION CENTRALE : LA RÉCIPROCITÉ	23
CHAPITRE 2. LÉGITIMISATION INTERNATIONALE : LA NORME D'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE L'OCDE	24
Section 1. FATCA comme « catalyseur » de l'échange automatique de renseignements	25
Section 2. Norme d'échange automatique de l'OCDE : la « multilatéralisation » de FATCA	27
Section 3. Adoption et avenir de la norme d'échange automatique	29
§ 1. Succès mondial et mise en œuvre multilatérale	29
§ 2. FATCA comme précurseur et concurrent.....	30
Section 4. Question particulière : les États en développement et les aspirations de l'OCDE	32
§ 1. Contexte : les obstacles et perspectives de l'échange automatique de renseignements	32
§ 2. Projets d'assistance	34
§ 3. Conclusion : la légitimité du cadre institutionnel international	37
CHAPITRE 3. REcul EN DROIT AMÉRICAIN	39
Section 1. Contexte : des incertitudes nationales liées à la réciprocité	39

Section 2.	Vers une abrogation de FATCA ?	41
PARTIE III.	EFFICIENCE DE FATCA : LA FIN JUSTIFIE-T-ELLE LES MOYENS ?	43
CHAPITRE 1.	PRÉALABLE : L'EFFICACITÉ DE FATCA	43
Section 1.	Concepts d'efficacité et d'efficience	43
Section 2.	Critères relatifs à l'efficacité des déclarations par des tiers	43
CHAPITRE 2.	EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DE FATCA : UNE APPROCHE COÛTS-BÉNÉFICES	45
Section 1.	Coûts résultant de FATCA	46
§ 1.	Coûts supportés par les FFIs	46
§ 2.	Coûts supportés par les autres États	47
§ 3.	Coûts supportés par les États-Unis	47
Section 2.	Bénéfices générés par FATCA	49
§ 1.	Poursuites par l'administration fiscale	49
§ 2.	Régularisation fiscale volontaire : les amnisties fiscales	50
§ 3.	Discipline fiscale volontaire	52
§ 4.	Retenue à la source	52
Section 3.	Bénéfices non économiques de FATCA et implications pour l'efficience	52
CHAPITRE 3.	QUESTION PARTICULIÈRE : L'EFFICIENCE ALLOCATIVE DES MARCHÉS, L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS ET LE DROIT FISCAL INTERNATIONAL	53
Section 1.	Double imposition internationale	54
Section 2.	Harmonisation internationale	56
CONCLUSION		58
BIBLIOGRAPHIE		60
TABLE DES MATIÈRES		71

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/dt

