

## Les outils d'échange de renseignements comme facteurs déclencheurs de procédures pénales fiscales

### Exchange of Information Instruments as potential triggers for the opening of Criminal Tax Proceedings

En 2009, la Suisse s'est officiellement engagée à collaborer activement au développement des normes conventionnelles favorisant l'échange de renseignements à des fins fiscales. Depuis lors, les outils d'échange de renseignements («OER») se sont multipliés; le nombre d'Etats qui se sont engagés à les appliquer aussi.

Dans cette course vers la transparence fiscale internationale, la Suisse a toujours insisté sur son attachement au principe de spécialité qui veut, selon la définition du Tribunal fédéral, que l'Etat requérant n'utilise les informations reçues de l'Etat requis qu'à l'égard des personnes et des agissements pour lesquels il les a demandées et pour lesquels elles lui ont été transmises. Le droit fiscal se criminalisant de plus en plus, les limites fixées à l'exploitation des renseignements échangés jouent un rôle majeur pour les contribuables concernés et les tiers identifiés, respectivement identifiables, grâce à ces données.

En 2016, la France a demandé à la Suisse, sur la base de la convention de double imposition entre les deux pays, de lui transmettre des renseignements relatifs à plus de 40'000 numéros de comptes ouverts auprès de l'UBS, vraisemblablement par des contribuables français. L'administration fédérale des contributions («AFC»), soupçonnant que ces données puissent être exploitées dans le cadre de la procédure pénale française visant cette banque, notamment pour blanchiment de fraude fiscale, a décidé de suspendre l'assistance fiscale avec la France, dans l'attente d'obtenir de cette dernière des garanties contre une telle utilisation.

A la lumière de cet exemple, la frontière entre le droit fiscal et le droit pénal semble pouvoir être bien gardée; qu'en est-il en réalité? Les données transmises à des fins fiscales sont-elles vraiment «inexploitables» par le juge pénal?

Nous tâcherons de répondre à ces questions, sous l'angle exclusif des «impôts directs», en examinant

In 2009, Switzerland officially committed to actively engaging in the development of conventional rules facilitating the exchange of information for tax purposes. Since then, the number of exchange of information instruments ("EOI") has significantly increased and a growing number of States have committed to applying them.

In this race to international tax transparency, Switzerland always emphasized its commitment to the principle of specialty under which, according to the definition of the Federal Tribunal, the requesting State shall only use the information received from the requested State with respect to persons and acts that were the object of the request and on which information was transmitted. Since tax offenses are increasingly criminalized, the limitations applying to the use of the information exchanged are of central importance for the taxpayers concerned and the third parties that have been identified thanks to this information.

In 2016, France requested that Switzerland provide it, on the basis of the Double Taxation Treaty signed between both countries, with information on more than 40,000 accounts held with UBS, presumably by French taxpayers. The Federal Tax Administration ("FTA"), suspecting that this data could be used within the framework of the French criminal proceedings against this bank, which was accused most notably of laundering the proceeds of tax frauds, decided to suspend mutual assistance in tax matters with France until France provided guarantees against such use.

As in this example, the boundary between tax law and criminal law seems to be well kept; but is this effectively the case? Is the information transmitted for tax purposes truly "unexploitable" by the criminal judge?

We will endeavour to answer these questions, exclusively as regards "direct taxes", by first of all



European Commission Headquarters

d'abord les OER applicables en Suisse puis le rôle du principe de spécialité destiné à circonscrire le champ d'exploitation par les autorités des données échangées.

Les conventions internationales signées par la Suisse prévoient trois modes d'échange de renseignements entre Etats dans le domaine fiscal: sur demande, automatique et spontané.

**L'échange sur demande** permet la transmission de renseignements concernant un cas particulier (contribuable ou groupe de contribuables) uniquement sur la base d'une demande concrète déposée par un autre Etat. **L'échange automatique** implique que des renseignements précisément définis, tels que des données bancaires, soient annuellement communiqués entre les Etats contractants. **L'échange spontané** permet à un Etat de communiquer des renseignements à un autre Etat lorsqu'il présume qu'ils présentent un intérêt fiscal pour celui-ci; la Suisse ne l'appliquera, dans un premier temps, uniquement pour les «rulings fiscaux», raison pour laquelle il ne sera pas traité plus avant.

Ces OER trouvent leur source dans différents accords internationaux, à savoir pour la Suisse: les conventions de double imposition («CDI») et les Accords concernant l'échange de renseignements en matière fiscale («AERF»), la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (la «Convention»), l'Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements («MCAA») et l'Accord entre la Suisse et l'Union Européenne sur l'échange automatique d'informations («Accord CH-UE»).

Ces accords diffèrent quant à leur champ d'application, à la nature des renseignements qu'ils permettent

looking into the EOIs applicable in Switzerland and then by reviewing the role played by the principle of specialty, which aims at defining to which extent authorities are authorized to use the information exchanged.

The international agreements signed by Switzerland provide for three types of exchange of information between States in tax matters: on request, automatic and spontaneous exchange of information.

**The exchange of information on request** allows the transmission of information related to a specific case (taxpayer or group of taxpayers) exclusively on the basis of a specific request filed by another State. **Automatic exchange** implies that the information specifically defined, such as banking information, be communicated on an annual basis between the contracting States. **Spontaneous exchange** allows a given State to communicate information to another State when it believes that this information will be of interest to the other for tax purposes; Switzerland will only apply it initially for "tax rulings", therefore we shall not deal with it hereinafter.

These EOI find their source in various international agreements, for Switzerland: Double Taxation Agreements ("DTA") and Tax Information Exchange Agreements ("TIEA"), the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (the "Convention"), the Multilateral Competent Authority Agreement on the Automatic Exchange of Information ("MCAA") and the Agreement on the Automatic Exchange of Information between Switzerland and the European Union ("Agreement CH-EU").

## Exchange of Information Instruments

d'échanger et aux outils de transmission qu'ils prévoient.

Les CDI conformes au Modèle de l'OCDE («Modèle OCDE CDI») permettent l'échange (uniquement sur demande) des renseignements «*vraisemblablement pertinents*» pour la mise en œuvre du droit fiscal, **sans restriction quant au type d'impôts**.

La Convention prévoit les trois modes d'échange de renseignements. En vertu de la réserve émise par la Suisse, la Convention ne s'applique à son égard qu'en rapport avec **les impôts sur le revenu, les bénéfices, les gains en capital et la fortune**. Le MCAA concrétise le principe de l'échange automatique d'informations prévu par la Convention; dès lors, la réserve émise par la Suisse en lien avec cette norme s'applique également: les données reçues, respectivement transmises automatiquement sur la base du MCAA ne peuvent être exploitées qu'en relation avec les impôts susvisés.

L'Accord CH-UE comprend à la fois l'échange automatique et l'échange sur demande d'informations «*vraisemblablement pertinents*» pour l'application du droit fiscal relatif à **tous les types d'impôts**.

Le principe de spécialité tel que nous le connaissons en droit suisse pose deux limites à l'utilisation des renseignements reçus: **l'une quant à l'objet** (les renseignements transmis pour l'application de l'impôt sur le revenu et la fortune de Madame X ne peuvent pas être utilisés, par exemple, en relation avec une procédure pénale pour blanchiment d'argent visant cette dernière); **l'autre quant au sujet** (les renseignements sur Madame X ne peuvent pas être utilisés pour contrôler la déclaration fiscale de Monsieur Y).

Dans la Convention, le principe de spécialité trouve son siège à l'article 22. La règle prévue par cette disposition a une teneur similaire à celles des CDI et AERF calquées sur l'art. 26 du Modèle OCDE CDI, ainsi qu'à celle de l'art. 6 de l'Accord CH-UE.

**Ces normes fixent de manière claire la limite quant à l'objet:** les renseignements reçus par un Etat contractant ne doivent être communiqués qu'aux personnes ou autorités chargées de la taxation ou de la perception des impôts visés par la convention,

des procédures de poursuite y afférentes, ou des décisions sur les recours relatifs à ces impôts; ces personnes ou autorités ne peuvent les utiliser qu'aux fins prévues dans la convention en question. Par exemple, les informations que l'Australie recevra automatiquement de la Suisse en vertu du MCAA, ne pourront être utilisées que pour l'application des impôts australiens sur le revenu, les bénéfices, les gains en capital et la fortune et non pas pour d'autres types d'impôts (tels que les droits de succession ou de donation).

Même si cela ne ressort pas expressément des textes conventionnels, la poursuite pénale des infractions concernant les impôts visés fait également partie des finalités d'utilisation autorisées; les autorités de mise en œuvre du droit pénal fiscal, qu'elles soient administratives ou judiciaires, peuvent donc exploiter les informations reçues par leur Etat en vertu des accords internationaux évoqués ci-dessus.

En revanche, le principe de spécialité tel que prévu par les conventions susvisées, interdit l'utilisation des données fiscales pour la poursuite d'autres infractions pénales. Bien qu'elle ne soit pas toujours claire, la frontière entre le droit pénal fiscal et le droit pénal «ordinaire», qui englobe notamment le blanchiment d'argent (y compris de fraude fiscale), doit scrupuleusement être surveillée.

**La limite quant au sujet**, ne ressort pas expressément des conventions susvisées.

Elle est toutefois reconnue **par la jurisprudence suisse**, selon laquelle les renseignements reçus par un Etat en application d'une disposition conforme à l'article 26 du Modèle OCDE CDI ne peuvent être utilisés qu'en lien avec le contribuable visé par la demande d'assistance.

Les limites que nous venons d'évoquer sont importantes, mais il faut **relativiser** la protection qu'elles offrent aux personnes concernées.

• **Premièrement**, quand bien même la Suisse assortit systématiquement les transmissions d'informations à d'autres Etats du rappel du principe de spécialité, cette précaution ne constitue pas une réelle protection contre le risque d'une utilisation des renseignements reçus contrevenant aux limites fixées.

These agreements differ with respect to their scope of application, the nature of the information they authorize to exchange and the exchange instruments that they encompass.

Pursuant to the DTA conventions which conform to the OECD Model Convention ("OECD Model DTA"), States shall exchange (exclusively on request) information "foreseeably relevant" to the implementation of tax law, **with no restrictions regarding the type of taxes**.

The Convention provides for all three types of exchange of information. Under the reservation made by Switzerland, the Convention only applies as regards **income, profit, capital gains and wealth taxes**. The MCAA materializes the principle of automatic exchange of information provided for in the Convention; thus, the reservation made by Switzerland with regard to this rule also applies: the information received, respectively transmitted automatically pursuant to the MCAA, may only be exploited with regard to the above-mentioned taxes.

The CH-EU Agreement includes both the automatic exchange and the exchange on request of information "foreseeably relevant" for the implementation of tax law with regard to **all types of taxes**.

The principle of specialty as known under Swiss law places two limitations to the use of the information received: **the first one concerns the object** (the information transmitted for the purpose of the taxation of Mrs X's income and wealth may not be used, for instance, within the framework of criminal proceedings for money laundering against the latter); the second one concerns the subject (information on Mrs X cannot be used to check Mr X's tax return).

In the Convention, the principle of specialty is enshrined in Article 22. The content of this provision is similar to those of the DTA and the TIEA modelled on Art. 26 of the OCDE DTA Model, as well as to Art. 6 of the CH-EU Agreement.

**These rules clearly establish the limitation regarding the object:** the information received by a contracting State must only be



Certes, les Etats sont sensés se comporter de bonne foi lors de l'application des traités; on peut cependant craindre des écarts lorsque les enjeux sont importants, à l'instar de l'affaire UBS évoquée en introduction où la caution pénale versée par la banque dépasse le milliard d'Euros; la prudence dont a fait preuve l'AFC dans ce contexte - en interpellant son homologue français quant au respect du principe de spécialité - était parfaitement justifiée.

De tels écarts sont d'autant plus prévisibles lorsque la législation interne de l'Etat récipiendaire impose à ses fonctionnaires l'obligation de dénoncer les infractions pénales dont ils ont connaissance. Une fois le magistrat pénal en possession des données remises par l'administration fiscale en violation du principe de spécialité, il ne pourra en faire abstraction; quand bien même ces éléments de preuve devaient être invalidés, respectivement écartés de la procédure pénale, ils auront influencé le magistrat.

S'agissant de la limite quant au sujet, selon une prise de position de l'OCDE du 29 juin 2017, émise à la demande de l'AFC, les renseignements reçus conformément à la règle de l'art. 26 du Modèle OCDE CDI peuvent être utilisés contre des tiers de la même manière que contre le contribuable visé par la demande d'assistance. Cette conception bat en brèche la protection des tiers que la Tribunal fédéral a toujours vue dans le principe de spécialité.

- Deuxièmement, les clauses de mise en œuvre du principe de spécialité prévoient

communicated to the persons or authorities in charge of the taxation or collection of the taxes covered by the convention, the debt recovering proceedings thereto related, or the decisions on the appeal to these taxes; these persons or authorities may only use it for the purposes provided for in the applicable convention. For instance, information received automatically by Australia from Switzerland pursuant to the MCAA may only be used for the purpose of collecting Australian income, profit, capital gains and wealth taxes and not for other types of taxes (such as inheritance and gift taxes).

Criminal proceedings pertaining to offences related to the taxes concerned also form part of the authorised use, even if this does not clearly result from the wording of the conventions; accordingly, the administrative or judicial authorities in charge of the implementation of criminal tax law may use the information received by their State pursuant to the international agreements mentioned above.

However, pursuant to the principle of specialty such as provided for in the above-mentioned agreements, the use of tax information for the prosecution of other criminal offences is forbidden. Even if it is not always clear, the boundary between criminal tax law and "ordinary" criminal law, which encompasses notably money laundering (including that of tax fraud), must be closely monitored.

The limitation regarding the subject does not expressly result from the above-mentioned agreements.

toutes que les renseignements reçus par un Etat contractant peuvent être utilisés à des fins autres que fiscales à condition que cette possibilité résulte des lois des deux Etats et que l'«Autorité Compétente» de l'Etat qui fournit les renseignements y consente.

En droit interne suisse, l'exploitation de données fiscales pour la poursuite d'infractions pénales (autres que fiscales) ne pose en principe pas de difficulté; la question de savoir si la Suisse donnera son consentement à l'utilisation à des fins pénales (telles que le blanchiment de fraude fiscale) par l'Etat requérant des renseignements obtenus par des OER dépendra de la volonté politique en cette matière; dans

un contexte où les rapports de force entre Etats jouent un rôle indéniable, la Suisse pourrait être tentée de favoriser la coopération, en tous les cas lorsque les infractions visées sont également punissables selon le droit suisse.

En juillet dernier, le Conseil fédéral a annoncé que la Suisse et la France avaient clarifié certaines questions d'application en matière d'échange de renseignements fiscaux. En réalité, ces «clarifications» ne constituent qu'un rappel de la règle selon laquelle l'utilisation à des fins autres que fiscales des renseignements reçus en vertu de la CDI n'est possible que moyennant l'autorisation préalable du pays qui les livre; les autorités

étrangères ne manqueront pas d'exploiter cette exception au principe de spécialité en «faisant pression» sur la Suisse pour obtenir son consentement.

Dans ce contexte, on peut s'attendre à ce que les renseignements transmis par la Suisse en application des multiples conventions fiscales signées ces dernières années soient exploitées à l'avenir dans des procédures pénales ordinaires, dirigées non seulement contre les contribuables concernés par les instruments d'échanges convenus, mais également d'autres tiers, y compris des prestataires et conseillers domiciliés en Suisse. ■

However, it is recognized by **Swiss case law**, under which information received by a State pursuant to a provision compliant with Art. 26 of the OECD Model DTA may only be used with regard to the taxpayer concerned by the request for assistance.

The limitations we have just mentioned are important, but the protection they provide to the persons concerned must be **put into perspective**.

- **Firstly**, even if information transmitted to other States by Switzerland is always accompanied by a reminder of the principle of specialty, this precaution does not constitute a real protection against the risk that the information received be used in breach of the established limitations.

Admittedly, States are supposed to act in good faith when applying the conventions; however, one may fear deviations when stakes are high, such as in the UBS case mentioned in our introduction, where the bail paid by the bank exceeds one billion euros; the prudence shown by the FTA in this context - by reminding its French counterpart of the necessity to comply with the principle of specialty - proved fully justified.

These deviations are all the more predictable when the internal legislation of the recipient State imposes on its public servants the duty to report criminal offences they become aware of. Once the criminal magis-

trate is in possession of the information sent by the tax administration in breach of the principle of specialty, he will not be able to ignore it; even if these elements of proof are invalidated, respectively discarded from the criminal proceedings, they will have influenced the magistrate.

As for the limitation regarding the subject, according to an OECD statement issued on 29 June 2017 on request of the FTA, the information received pursuant to Art. 26 of the OECD Model DTA may be used against third parties in the same manner as it is used against the taxpayer concerned by the request for assistance. This perception undermines the protection of third parties, which the Federal Tribunal has always seen in the principle of specialty.

- **Secondly**, the provisions governing the implementation of the principle of specialty all provide that the information received by a contracting State may be used for other purposes than tax purposes, on the condition that the laws of both States provide for this possibility and that the "Competent Authority" of the State transmitting the information agrees thereto.

In principle, under Swiss domestic law, the use of tax information for the prosecution of criminal offences (other than tax offences) poses no problems; the question of knowing whether Switzerland will give its consent for the use of the information received

through the EOI for purposes of criminal prosecution by the requesting State (such as tax fraud laundering) will depend on the political will in this matter; in a context where the balance of power between States undeniably plays a role, Switzerland could be tempted to favour cooperation, at least when the offences concerned are also punishable under Swiss law.

Last July, the Federal Council announced that Switzerland and France had clarified some enforcement issues related to the exchange of information for tax purposes. In fact, these "clarifications" are merely a reminder of the rule by which the use of the information received under the DTA for non-tax purposes is only possible provided that the requested State previously agrees; foreign authorities will not fail to exploit this exception to the principle of specialty by "pressuring" Switzerland to obtain its consent.

In this context, one can expect that the information transmitted by Switzerland pursuant to several tax conventions signed over the past years be used in the future in ordinary criminal proceedings, aiming not only at the taxpayers concerned by the exchange of information instruments agreed, but also at other third parties, including providers and advisors domiciled in Switzerland. ■