

Revue

Lexbase Hebdo édition fiscale n°495 du 26 juillet 2012

[Fiscalité financière] Questions à...

Fatca : les Etats-Unis déclarent la guerre aux évadés fiscaux américains — Questions à Pascal Noël, Associé fiscal, Deloitte Luxembourg

N° Lexbase: N3139BTG



par *Sophie Cazaillet, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo — édition fiscale*

A la suite notamment de l'affaire UBS, qui avait secoué les banques et les administrations fiscales au cours de l'été 2009, les Etats-Unis ont adopté, le 18 mars 2010, une loi qui oblige les institutions financières principalement à documenter et à divulguer les renseignements au sujet de leurs titulaires de comptes à l'administration fiscale américaine (*Internal Revenue Service* — "IRS"). Cette réglementation, qui défie tous les principes du droit international, entrera en vigueur le 1er janvier 2013. En cas de non-respect de ces règles, les Etats-Unis opèreront une retenue fiscale de 30 % sur certains revenus de source américaine ou, le cas échéant, le produit brut de la vente de titres qui pourraient générer des intérêts ou des dividendes de source américaine. Dans un souci de lutte intensive contre l'évasion fiscale, et au prix de moyens qui dépassent les frontières et les compétences américaines, *Foreign Account Tax Compliance* (Fatca) bouleverse les institutions financières mondiales. Ces dernières doivent se préparer et organiser la mise en place de Fatca dans leurs procédures internes.

Afin de mieux comprendre les impacts de Fatca, Lexbase Hebdo — édition fiscale a interrogé **Pascal Noël, Associé fiscal, Deloitte Luxembourg**.

Lexbase : Quel est le champ d'application de Fatca ?

Pascal Noël : A quelques rares exceptions, toutes les institutions financières mondiales seront impactées par cette nouvelle loi américaine. Quand cette loi a vu le jour, il y a plus de deux ans, la plupart des observateurs étaient dubitatifs sur ses chances de succès. Il semble maintenant que les USA aient réussi à convaincre de nombreux

pays (plus de 40), en faisant miroiter une certaine réciprocité et la promesse de faciliter la mise en œuvre de ces dispositions.

Le concept développé par les USA est original, mais risque de coûter des fortunes à mettre en œuvre. Contrairement aux autres réglementations visant à éliminer la fraude fiscale, Fatca ne vise pas les agents payeurs, mais toute la chaîne de paiement. Pourtant, ce sont, en général, les banques agissant comme agent payeur qui sont le dernier maillon de la chaîne de paiement, et ce sont elles qui ont le plus de facilités à identifier les personnes ayant potentiellement "oublié" de déclarer leurs avoirs. Fatca se veut plus global et vise à contrôler la totalité de la chaîne de paiement des revenus de source américaine, peu importe le nombre d'intervenants. Et il suffira qu'un seul des intervenants (banque, *broker*, fonds de pension, société d'assurance, fonds d'investissements mais aussi certaines sociétés *holdings*...) n'ait pas signé d'accord avec l'IRS pour que le système de retenue à la source "punitive" entre en vigueur. Peu importe de savoir qui sera, en définitive, le bénéficiaire du revenu.

Ces retenues de 30 % porteront sur l'ensemble des revenus de source US dès 2014, et sur le produit des ventes ou le remboursement des titres dès 2015. Il est même prévu que ce système s'applique également aux revenus de sources non US (mais qui dérivent de sources US, comme les revenus et remboursements de parts d'organismes de placements collectifs investis en actifs US) à partir de 2017.

Comme vous le voyez, les investisseurs devront se montrer prudents. Ceux désirant investir sur des actifs US auront intérêt à vérifier attentivement les prospectus des produits dans lesquels ils envisagent d'investir. Car, si leur banque fera (sans doute) partie du système, il n'est pas certain que tous les produits d'investissement (OPC, assurances vies, fonds de pension...) seront considérés comme "*compliant*" par l'administration américaine dès 2013.

Et tout retard pourrait entraîner une perte en revenu ou même en capital pour les investisseurs, chaque revenu et chaque rachat de source US étant soumis à la retenue "punitive" de 30 % en amont, sans possibilité de récupération.

L'objectif pour l'IRS est que Fatca devienne universel : l'idée est qu'aucune des grandes institutions financières mondiales ne voudra se séparer de ses clients ayant des actifs US et qu'elles seront donc prêtes à dépenser des millions pour introduire tous les outils nécessaires à obtenir la certification requise et dénoncer les fraudeurs US à l'IRS.

Lexbase : Comment une loi américaine peut-elle avoir un tel impact en-dehors de ses frontières ?

Pascal Noël : Une loi américaine n'a normalement pas vocation à s'appliquer outre-Atlantique. Si deux pays veulent coopérer dans ce domaine, ils doivent signer des traités ou conventions internationales qui devront être ratifiés par leur parlement respectif. Même les Directives européennes doivent faire l'objet d'une transposition en droit interne. Pour Fatca, l'approche initiale est différente, car unilatérale. L'idée c'est d'avoir la carotte et le bâton en main (celle des USA). Car Fatca ne prévoit pas seulement l'application de ces retenues à la source "punitives". L'objectif premier est d'obtenir des informations sur les avoirs et les revenus perçus par les personnes ayant des obligations fiscales américaines (quelles soient résidentes fiscales aux USA ou pas) et de superviser le nombre de clients "*recalcitrant*" de ces institutions. Les clients "*recalcitrant*" sont ceux qui disposent d'avoir de plus de 50 000 USD (environ 40 757,64 euros) et qui n'ont pas de documentation à jour (sur base des règles US) pouvant prouver qu'ils ne sont pas soumis à des obligations fiscales US (ou qui sont des clients avec obligations fiscales US qui ne souhaitent pas que les informations sur leurs avoirs soient transmises à l'administration fiscale américaine). La menace du fisc US est de résilier la certification des *Foreign Financial Institutions* (FFI) dont le nombre de clients "*recalcitrant*" est trop élevé.

Mais les demandes US impliquent de maintenir des listes de clients basées sur la nationalité, d'imposer des retenues à la source étrangères ou d'envoyer des informations privées de nature fiscale directement à l'administration américaine.

Ces pratiques sont contraires aux dispositions légales de la plupart des pays européens. Et pourtant, par ces temps de disette budgétaire, la chasse aux fraudeurs fiscaux intéresse de nombreux pays. Les USA ont réussi à convaincre les cinq plus importants Etats de l'UE (France, Allemagne, Royaume-Uni, Espagne et Italie) de signer des accords bilatéraux permettant l'application de Fatca dans ces pays. Ceci nécessitera la transposition de Fatca dans leur législation nationale et de procéder à un *reporting* des informations requises au travers des Trésors nationaux. La contrepartie est la suivante : la possibilité d'identifier les résidents de l'UE ayant ouvert des comptes dans les banques US.

Ces accords devraient rapidement s'étendre à d'autres pays (plus de 40 ont déjà marqué leur intérêt) et devraient permettre de réduire certains coûts d'implémentation (tous les intermédiaires financiers du pays en question étant

censés être "*compliant*" avec les règles US). Surtout, ces accords faciliteront l'application de Fatca par-delà les frontières, étant donné que les dispositions de Fatca seront transposées dans le droit national.

Mais ces accords ne sont qu'un début, les cinq pays de l'UE et les USA ayant pris l'engagement de développer, avec l'aide de l'OCDE, un système devant aboutir à l'échange multilatéral et automatique d'informations fiscales.

Cela signerait-il la mort du secret bancaire et des diverses initiatives européennes dont la Directive "Epargne" (Directive (CE) 2003/48 du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts N° Lexbase : L6608BH9) visant également l'échange automatique d'informations fiscales ? Rien n'est moins sûr. Un tel système multilatéral sera très difficile à mettre en place et va se heurter à de nombreuses résistances. Surtout, l'engagement d'aller vers un système multilatéral d'échange automatique d'informations fiscales ne sera plus un prérequis pour signer un accord bilatéral avec le Trésor US. En effet, fin juin 2012, la Suisse et le Japon ont annoncé la signature d'accords bilatéraux différents de ceux envisagés par les cinq pays de l'UE. L'accord Suisse rendra l'application de Fatca possible pour les institutions financières locales sans contrevenir aux dispositions légales sur le secret bancaire. Mais il n'y aura ni réciprocité avec les USA, ni intervention de l'administration locale dans la transmission d'information, ni engagement sur un système multilatéral d'échange d'informations fiscales. Les banques suisses devront directement contracter avec l'IRS !

Lexbase : Quelles sont les conséquences de l'entrée en vigueur de Fatca pour les institutions financières ?

Pascal Noël : Les conséquences sont très nombreuses, c'est la raison pour laquelle les coûts d'implémentation seront très élevés.

Tout d'abord, il va falloir adapter les conditions générales, les documents d'ouverture de compte, la documentation à obtenir des clients... afin d'identifier tout nouveau client qui aurait des obligations fiscales américaines. Cela ne concerne pas seulement les résidents fiscaux US mais tous les citoyens US, même ceux n'ayant jamais vécu aux USA et ayant plusieurs autres passeports. Comment une banque française ayant ouvert un compte à un client de nationalité française (résident fiscal français) va-t-elle pouvoir prouver que, derrière ce compte, ne se cache pas un fraudeur US ? En testant des indices d'américanité (numéro de téléphone US, porteur de procuration US, naissance aux USA par exemple). Si ces indices apparaissent lors de l'entrée en relation ou lors de la revue des comptes plus anciens, le client sera considéré comme "*recalcitrant*" c'est-à-dire qu'il s'agira d'un client avec des obligations fiscales US ne souhaitant pas se dévoiler : un fraudeur en puissance ! Et donc il faudra lui appliquer des retenues à la source "punitives", jusqu'à ce que preuve soit faite qu'il n'a pas d'obligation fiscale US. Cette preuve passera, entre autres, par la production de certificats fiscaux US spécifiques (formulaire W8) particulièrement complexes. Cette revue et cette classification des clients selon les critères Fatca seront encore plus complexes pour les clients des banques ayant la forme de société ou d'entité (*trust*— fondations-fonds...). Il faudra classer ces clients au travers d'une vingtaine de régimes différents impliquant des obligations en matière de retenue à la source ou de *reporting* spécifiques à chaque catégorie. Et si ces sociétés ou entités proviennent de pays étrangers, il faudra vérifier leur classification Fatca en suivant les accords bilatéraux éventuels signés entre leur pays de résidence et les USA. Une telle classification sera à opérer pour les nouveaux clients dès la signature d'un accord avec le Trésor américain (ou de l'entrée en vigueur de Fatca sur base de loi locale), la classification des clients existants pouvant être opérée au cours des deux années suivantes.

Une fois les clients correctement classés suivant les critères Fatca, il faudra être à même de pratiquer, entre autres :

- l'application de la retenue à la source de 30 % sur les revenus de source US à partir du 1er janvier 2014 (sur les prix de vente/valeur de remboursement à partir de 2015) sur tous les paiements aux clients "*recalcitrant*" et aux intermédiaires financiers ne pouvant pas prouver leur participation au système ;

- un *reporting* à l'IRS (ou au travers de l'administration locale), d'abord sur les avoirs (septembre 2014), et ensuite sur les opérations des clients US, ainsi que des statistiques globales sur les clients "*recalcitrant*" et des réconciliations sur base des retenues prélevées avec les informations fournies par les autres intermédiaires financiers ;

- l'application de la retenue à la source et le *reporting* pour le compte d'autres organismes financiers qui ne souhaitent pas signer directement avec le Trésor américain, faute de ressources internes pour gérer ces problématiques ("*owner documented FFI*").

Lexbase : Quelles sanctions le texte prévoit-il ? Comment ces dernières seront-elles appliquées à l'étranger ?

Pascal Noël : Le système ne prévoit pas d'audit indépendant obligatoire. Mais l'audit "*qualified intermediary*" déjà appliqué pour les banques permettra de s'assurer que celles-ci sont "*compliant*". Les sanctions américaines sont de nature pénale, et il est peu probable que le responsable interne qui devra certifier les données à fournir, mais

également les administrateurs et commissaires aux comptes, voire l'audit interne des institutions financières en question se satisfassent de simples affirmations concernant la mise en place des procédures et le parfait fonctionnement du système. Dans les pays avec accords intergouvernementaux, il s'agira de toute manière de respecter la législation fiscale locale, au risque de contrôles (locaux ou de l'IRS suivant les accords).

Mais la sanction ultime risque d'être la perte du statut d'intermédiaire "*compliant*", qui se traduirait par la retenue "punitif" sur tous les paiements venant des USA et par le risque de perdre tout ou partie de la clientèle investissant sur des produits US.

Lexbase : Selon vous, est-il possible que des répliques européennes de Fatca soient créées dans les années à venir ?

Pascal Noël : Non, cela est peu probable car peu de pays pourraient imposer au reste du monde un tel système. De plus, l'UE a déjà mis en place son propre système basé sur l'échange automatique d'informations fiscales. Cette Directive sur l'imposition de l'épargne devrait faire l'objet d'une nouvelle mouture visant à améliorer son efficacité et qui étendrait son application à de nombreux produits qui en étaient jusqu'alors exclus.