

---

# Mise en place d'un système de communication de renseignements: le système FATCA\*

---

## Mme Patrizia Ascari

titulaire du brevet d'avocat,  
Master en droit fiscal international,  
spécialiste en impôts sur les transactions  
auprès d'une banque internationale

---

## M. Jean Brunisholz

lic. rer. pol., M.A.,  
expert fiscal diplômé,  
responsable questions fiscales,  
Association suisse des banquiers (ASB)

---

## 1 Introduction

Le 16 mars 2010, HIRE et son Sous-titre A du Titre V FATCA (ou, ci-après la loi)<sup>1</sup>, ont été adoptés sans oppositions majeures par le Congrès américain. Le 18 mars, le Président Obama a apposé sa signature sur HIRE et par là même a rendu définitif FATCA. Incontestablement, pour les autorités américaines le but de FATCA est de lutter contre la soustraction fiscale des contribuables américains. FATCA contient de nombreuses dispositions en ce sens, mais la plus importante, et la seule qui sera illustrée dans cet article, concerne sans aucun doute l'introduction d'un nouveau chapitre 4 dans le code fiscal américain, lequel établit une retenue de 30% applicable sur de très larges catégories de revenus de source américaine. Cette retenue a pour vocation de pénaliser les instituts financiers étrangers (non U.S.) qui refuseront de se conformer aux devoirs de FATCA, notamment et surtout l'obligation de divulguer automatiquement les noms des contribuables

américains avec lesquels ils entretiennent une relation financière.

FATCA prévoit un système de reporting et de retenue sans précédent, appelé à avoir un impact sur un cercle très important d'instituts financiers étrangers situés dans le monde entier. FATCA va exiger de ces derniers des investissements conséquents en termes de procédures d'identification des clients et d'adaptation des systèmes informatiques. La loi elle-même ne peut être appliquée telle quelle et exige des directives qui seront émises conjointement par le Trésor et l'IRS, auxquels la loi donne un certain pouvoir discrétionnaire. Afin de permettre aux instituts financiers concernés de se préparer et aux autorités fiscales d'établir les règlements d'application, FATCA prévoit que reporting et paiements s'appliqueront à partir des versements effectués après le 31 décembre 2012<sup>2</sup>. La première circulaire en matière de reporting et retenue a été émise en date du 27 août 2010 (ci-après Notice, selon le terme consacré)<sup>3</sup>. Elle se focalise essentiellement sur la définition d'institut financier étranger et sur la procédure à suivre pour l'identification des comptes existants et nouveaux. Ce document apporte quelques clarifications bienvenues, mais

---

\* Il convient de spécifier que l'article a été rédigé en septembre 2010 à titre personnel par les auteurs et qu'il ne saurait être interprété comme reflétant l'opinion de leurs employeurs ou engageant leur responsabilité.

manque cependant de réponses appropriées dans certains domaines sensibles. En outre, à plusieurs reprises, le Trésor et l'IRS demandent des commentaires pour pouvoir être en mesure de finaliser leurs recommandations.

## 2 Fonctionnement de FATCA

FATCA introduit un nouveau système de reporting ayant pour objet la divulgation des comptes détenus directement ou indirectement par des contribuables américains. Le devoir de reporting incombe à un cercle très étendu d'instituts financiers étrangers (ci-après FFI). En l'état actuel de la législation américaine, les FFI ayant un statut de Qualified Intermediary (ci-après QI), devront appliquer le reporting FATCA en sus du reporting QI. La fusion des deux systèmes ne semble toutefois pas être l'objectif recherché aujourd'hui.

Le levier utilisé pour inciter les FFI à communiquer les informations requises prend la forme d'une nouvelle retenue à la source de 30%, appelée à grever de très vastes catégories de revenus de source américaine («*Withholdable payments*» et «*passbrü*») perçus par des FFI non coopérants ou défaillants, ou par leurs clients éventuellement récalcitrants. Le taux est donc identique à celui applicable dans le cadre de la réglementation QI aux investisseurs non américains<sup>4</sup>, mais il s'agit bien de deux retenues distinctes, dont les conditions d'application sont différentes. La retenue FATCA a caractère de sanction, et elle trouve sa source dans le nouveau Chapitre 4 introduit dans l'Internal Revenue Code par FATCA, alors que les impôts usuels applicables dans le cadre du contrat QI sont traités dans le Chapitre 3 du même code. La loi contient une déclaration de principe quant à la nécessité de coordonner la retenue FATCA avec les prélèvements à la source prévus par d'autres dispositions de la législation

## Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Fonctionnement de FATCA
- 3 FFI et Non-FFI
- 4 Retenue
- 5 Comptes faisant l'objet d'un reporting – U.S. Accounts
- 6 Contenu du reporting
- 7 Identification des comptes selon la Notice
  - a) Comptes existants détenus par des personnes physiques
  - b) Nouveaux comptes détenus par des personnes physiques
  - c) Comptes existants détenus par des entités
  - d) Nouveaux comptes détenus par des entités
- 8 Conclusion

américaine, mais la Notice se limite à signaler que des directives seront ultérieurement émises à ce sujet<sup>5</sup>. Il est certes indispensable que les circulaires à venir éliminent les risques, réels, de chevauchements, mais finalement seule une adaptation sophistiquée des systèmes informatiques permettra d'éviter les duplications non justifiées de retenues à la source sur des revenus américains.

Pour que la retenue FATCA de 30% ne s'applique pas, un FFI a trois options, dont deux seulement sont explicitement prévues par la loi et rencontrent la faveur des autorités américaines.

Première option: le FFI conclut un accord avec le fisc américain<sup>6</sup>, par lequel il s'engage<sup>7</sup> à (i) identifier les comptes qualifiés d'américains sur la base des définitions contenues dans FATCA (ii) respecter les niveaux de diligence requise par la contrepartie américaine (iii) effectuer un reporting annuel détaillé de ces comptes (iv) appliquer le prélèvement de 30% sur les paiements de source américaine attribuables à des détenteurs de compte refusant de donner

les informations demandées ou refusant d'en autoriser leur divulgation (détenteur de compte récalcitrant)<sup>8</sup>, ou attribuables à des FFI non participants (qui n'ont pas signé l'accord). Le FFI s'engage en outre, sur demande du fisc américain, à fournir tout renseignement supplémentaire relatif aux comptes faisant l'objet du reporting mais également à devoir clôturer les comptes dont les détenteurs n'accepteraient pas d'autoriser leur divulgation dans un délai raisonnable. La prochaine circulaire devrait déjà contenir un premier projet d'accord. L'accord signé par la maison-mère s'appliquera ipso facto à toutes les entités qualifiées d'affiliées par FATCA<sup>9</sup>.

La deuxième option prévoit que le FFI puisse bénéficier d'une présomption en sa faveur en vertu de laquelle il serait considéré comme remplissant toutes les exigences de l'accord<sup>10</sup>, à la condition toutefois que le FFI atteste formellement ne détenir aucun compte pouvant être qualifié d'américain selon FATCA. Ces FFI devront clôturer tous les comptes détenus directement ou indirectement par des contribuables américains, et ne pas en accepter de nouveaux. En outre, puisque ce point n'est pas explicitement prévu par la loi, les directives à venir devront clarifier si ces FFI devront également fermer les comptes détenus par des FFI non participants. Si cette option devrait permettre d'éviter les coûts et les complications liés à la mise en place du reporting selon l'accord (option 1), elle ne permettra sans doute pas d'alléger les charges administratives liées à l'identification des clients. La Notice publiée en août ne contient aucune indication sur l'option 2 ni si cette option peut être choisie par une entité d'un groupe dont le siège a conclu l'accord. Il appartiendra au Trésor et à l'IRS de détailler cette procédure, afin de mettre les FFI en position de prendre une décision pondérée sur la meilleure option à suivre (coût d'opportunité).

En effet, il ne peut aujourd'hui être exclu que la possibilité d'émettre une telle certification ne provoque un accroissement des exigences de due diligence et d'audit particulièrement en matière d'identification des comptes.

La troisième option, par défaut, revient à ne participer à aucune des deux options précédemment illustrées<sup>11</sup>. Pour éviter la retenue de 30%, ces FFI non participants devront se désinvestir complètement du marché américain, et donc à tout le moins sortir du système QI<sup>12</sup>. Cette dernière option n'est simplement pas viable pour les FFI ayant des ramifications internationales, ni pour les banques locales désireuses d'offrir des portefeuilles diversifiés incluant des titres américains. Il n'est cependant pas exclu que certains établissements bancaires, en particulier les instituts financiers locaux, de petite ou moyenne taille, examineront cette option pour des raisons commerciales. Il sied toutefois de rappeler que sous réserve de l'éventuelle exclusion par voie de directive à venir de certains rapports purement interbancaires, FATCA est rédigé de façon à capter les revenus de source américaine (directs ou indirects) perçus par un FFI non participant dont le compte serait ouvert auprès d'un FFI qui se serait engagé à appliquer l'accord. La loi et la Notice n'indiquent d'ailleurs pas clairement si un FFI avec accord serait in fine obligé de mettre un terme à ses relations avec un FFI non participant. Enfin, il reste bien entendu la question de la concurrence entre FFI qui pourront continuer à offrir l'accès au marché américain, et ceux qui verront leur marge de manœuvre restreinte par le prélèvement de 30%.

### 3 FFI et Non-FFI

Les FFI sont tous ces instituts financiers appelés à appliquer les obligations établies par FATCA, ou à supporter le prélèvement de

30% sur les revenus de source américaine. La loi distingue trois catégories de FFI<sup>13</sup>: (1) les banques dépositaires et assimilées (2) les FFI dont une partie substantielle de l'activité a pour but de détenir des biens pour le compte d'autres personnes, et enfin (3) une dernière catégorie très ouverte comprenant toute entité essentiellement (« *primarily* ») engagée dans une activité d'investissement, de réinvestissement ou d'achat-vente de titres et matières premières (y compris le marché des options). FATCA n'offrant que des définitions générales, la Notice donne des exemples de FFI pour chacune des trois catégories susmentionnées:

Catégorie (1): la Notice indique qu'il s'agit de tous les types de banques; elle précise toutefois que l'existence de réglementations étatiques est importante, mais pas toujours déterminante, ce qui implique que des entités non réglementées pourraient néanmoins être classifiées de FFI.

Catégorie (2): la Notice élargit le cercle des FFI, puisqu'en sus des brokers-dealers et sociétés de clearing qui entrent clairement dans la définition de la loi, la Notice précise que les sociétés de trusts qualifient également de FFI.

Catégorie (3): la Notice confirme que la troisième catégorie inclut bien tous les types de fonds (mutuel, fonds de fonds, ETF, private equity, etc.)<sup>14</sup>.

La Notice signale également que la définition de FFI est assez large pour inclure certaines compagnies d'assurance et leurs produits<sup>15</sup>, mais requiert des commentaires à ce sujet, notamment en ce qui concerne la catégorie des assurances-vie avec valeur de rachat<sup>16</sup>. Bien que bénéficiant de quelques aménagements, les succursales américaines de banques étrangères sont des FFI<sup>17</sup>. Quant aux « *Controlled Foreign Corporations* »<sup>18</sup> ayant les caractéristiques d'un FFI, la Notice semble exclure qu'elles puissent être considérées comme bénéficiant d'une présomption de conformité.

Il est important de signaler que FATCA exclut de son champ d'application les paiements effectués en faveur (i) des gouvernements étrangers et de leurs entités, (ii) des organisations internationales et de leurs entités, (iii) des banques centrales, (iv) de toute autre catégorie présentant un risque fiscal peu élevé<sup>19</sup>. Le Trésor et l'IRS ont déjà utilisé leur pouvoir discrétionnaire en excluant les paiements en faveur de fonds de pension étrangers présentant certaines caractéristiques<sup>20</sup>. Le statut des organisations à but caritatif n'a pas encore été tranché. De plus, la classification des *Family Offices* demeure incertaine.

Les entités qualifiant de FFI devront choisir l'une des trois options illustrées plus haut: conclure l'accord, accepter la procédure de certification ou ne prendre aucune de ces deux options et supporter la retenue de 30% sur les revenus de source américaine. Pour les autorités fiscales américaines, cela impliquera non seulement de devoir gérer des milliers de FFI à travers le monde, mais également de stocker, trier et utiliser la masse énorme d'informations qui leur parviendra.

FATCA introduit également le concept de Non-FFI<sup>21</sup> (ou NFFE, « *Non-Financial Foreign Entities* » pour utiliser les termes de la loi et de la Notice). Conformément à une logique fréquemment utilisée dans la législation américaine, le Non-FFI se définit par la négative, soit toute entité ne qualifiant pas de FFI, sans autre spécification. Dans les deux cas, il s'agit toutefois toujours d'entités non américaines. Il est important de comprendre que pour FATCA, les NFFE n'ont pas à appliquer l'une des deux options (option 1 ou 2) décrites plus haut. D'après la loi, la NFFE devra se limiter à<sup>23</sup>: soit (a) attester qu'il n'y a aucun contribuable américain derrière l'entité NFFE, soit (b) mettre le FFI avec accord en position d'effectuer son reporting, en lui communiquant les noms,

adresses et code fiscal (TIN<sup>24</sup>) des contribuables américains ayant un intérêt dans l'entité concernée. La NFFE qui refuse d'obtempérer se verra appliquer par le FFI avec accord la retenue de 30% sur ses revenus de source américaine.

Avant la publication de la Notice, les sociétés offshore à investisseur unique, ou les trusts de famille non américains, étaient souvent cités comme exemple de NFFE par la plupart des commentateurs. Or, pour ces structures, la Notice<sup>25</sup> semble vouloir créer une nouvelle catégorie de FFI ad hoc, qui bénéficierait d'un régime allégé, dans la mesure où ces entités ne seraient ni dans l'obligation de conclure l'accord (option 1), ni d'émettre une attestation de conformité (option 2). La charge administrative serait donc transférée auprès du «*Withholding agent*» (non défini dans la Notice, mais le FFI avec accord devrait pouvoir revêtir cette fonction), lequel devra (i) identifier (ii) documenter et le cas échéant (iii) divulguer les noms des personnes américaines ayant un intérêt dans l'entité. Si toutes ces tâches sont menées à terme, ce nouveau type de FFI sera alors qualifié de conforme à FATCA. La Notice donne l'exemple du «*small family trust*», pour lequel les obligations dérivant d'un accord avec l'IRS seraient disproportionnées.

Il est trop tôt pour conclure si l'IRS et le Trésor, par le biais d'une utilisation large de la catégorie de FFI, sont en train de vider de leur substance les dispositions de lois prévoyant l'existence des NFFE. Les devoirs du «*withholding agent*» décrits dans la Notice sont d'ailleurs identiques aux charges que FATCA impose aux NFFE, sauf que leur réalisation serait alors transférée chez l'agent. En outre, la Notice demande néanmoins des commentaires quant à la possibilité de classer ces entités dans la catégorie des NFFE. Du fait que le régime applicable aux NFFE diffère de celui applicable aux FFI, il est nécessaire qu'une

distinction claire soit établie entre ces deux types d'entités ainsi que sur le régime qui leur serait applicable. De ces clarifications dépendra la classification de nombreuses entités dont le statut est pour l'instant non défini<sup>26</sup>.

Pour conclure sur ce sujet, il sied de signaler que la Notice établit également, mais cette fois conformément à la loi, quatre types de NFFE considérées comme exemptées de toute retenue à la source<sup>27</sup>: (1) certains types de sociétés holding (2) des start-up, (3) des sociétés non financières en liquidation, et enfin (4) des sociétés de financement de sociétés non financières. Dans une section différente et de façon moins explicite, la circulaire semble vouloir également considérer tout type de société commerciale active comme qualifiant de NFFE exemptée<sup>28</sup>.

## 4 Retenue

Afin de pénaliser les opérateurs financiers qui ne respecteraient pas ses exigences, FATCA introduit une nouvelle retenue de 30% appelée à être appliquée sur de très vastes catégories de paiements et revenus de source américaine perçus par ces mêmes opérateurs et/ou par leurs clients. Ces revenus ou paiements de source américaine sont désignés de «*Withholdable payments*<sup>29</sup>» dans la loi.

Les types de revenus de source américaine touchés par FATCA sont très vastes. Il s'agit non seulement de tous les revenus classiques de type FDAP<sup>30</sup>, comme par exemple intérêts, dividendes, salaires, primes ou compensations de source américaine, mais également des types de revenus jusqu'ici moins ciblés, comme le produit brut provenant de la vente de biens pouvant générer des intérêts et dividendes de source américaine. S'agissant de la retenue sur le produit brut («*gross proceeds*»), il est important de noter qu'elle s'appliquera indépendam-

ment d'une plus-value ou d'une perte en capital. FATCA introduit aussi un concept complémentaire, dit de «*passthru payments*»<sup>31</sup>, sur lesquels la retenue de 30% devra également s'appliquer. Le but de cette clause est de capturer également tout versement attribuable (lié) à un revenu de source américaine. La loi n'offre aucune définition quant à la nature et à l'intensité de ce lien. Les spécialistes ont déjà commencé à signaler les conséquences possibles d'une définition aussi large<sup>32</sup>.

Pour illustrer ce concept de «*passthru*», l'exemple du fonds non-américain dont le revenu est généré, ne serait-ce que partiellement, par des investissements de source américaine, est souvent retenu. Sous l'empire des règles en vigueur, les revenus distribués par ce fonds devraient en principe qualifier de revenu de source étrangère en raison du statut non-U. S. du fonds. Par contre, sous l'empire de FATCA, de tels revenus risquent d'être requalifiés de versements «*passthru*» en raison de leur lien économique avec des revenus de source américaine, et par conséquent soumis à la retenue de 30%. Il sied de se demander si ce concept pourrait aller jusqu'à capturer également les intérêts de dépôts fiduciaires reversés par une banque à des clients récalcitrants, générés par des placements de sa trésorerie sur des marchés américains.

La Notice n'offre pas plus de précision, mais indique que le concept de «*passthru*» encouragerait la conclusion de l'accord par tous ces FFI qui sans même investir directement aux Etats-Unis ou dans des titres américains recevraient des paiements attribuables à des revenus de source américaine<sup>33</sup>. Ceci n'est pas le signal attendu d'une application plus restrictive du concept de «*passthru*». La Notice demande toutefois des commentaires quant à la définition des «*passthru*». Si un concept trop large devait finalement être retenu, la charge administrative qui en découlerait risquerait de rendre

l'identification de tels versements difficilement réalisable.

En résumé, d'après les principes généraux que semble dessiner la loi:

- Pour les FFI non participants (option 3), la retenue de 30% devrait toucher tout investissement de source américaine<sup>34</sup>, c'est-à-dire ceux de l'institut lui-même<sup>35</sup> comme les revenus de source américaine perçus par ses clients, américains ou non.
- En ce qui concerne les FFI ayant conclu l'accord (option 1), l'application de la retenue repose sur un mécanisme extrêmement complexe d'identification des comptes et donc du revenu qui doit leur être attribué. En consolidant les diverses dispositions de la loi et les quelques rares indications de la Notice, ces FFI avec accord seraient appelés à devoir appliquer la retenue de 30% sur au moins quatre catégories de paiements: (i) les versements «*passthru*» effectués en faveur des détenteurs de compte considérés comme récalcitrants<sup>36</sup>; (ii) les versements «*passthru*» effectués en faveur de FFI non participants (sans accord)<sup>37</sup>; (iii) en principe, si les directives à venir ne vident pas de son contenu la catégorie de Non-FFI, les versements de revenus de source américaine effectués par le FFI avec accord en faveur de ces Non-FFI<sup>38</sup> n'attestant pas l'absence de bénéficiaires effectifs américains ou n'en divulguant pas les noms<sup>39</sup>; (iv) les versements pour lesquels un autre FFI avec accord a opté pour déléguer le prélèvement<sup>40</sup>.

Il sied en effet de signaler que les FFI avec accord peuvent choisir de déléguer le prélèvement de la retenue de 30% à un «*withholding agent*» non défini dans la Notice mais qui pourrait être un autre FFI ou plus probablement intermédiaire financier américain. La Notice invite à fournir des commentaires sur cette possibilité de délégation, notamment quant aux

informations qui devront être communiquées à l'agent payeur pour lui permettre d'effectuer la retenue appropriée.

Il est très important de souligner que pour les FFI ayant conclu l'accord, la retenue de 30% ne doit en aucun cas être considérée comme une alternative permanente au devoir de communiquer les informations relatives aux contribuables américains<sup>41</sup>. La retenue n'a pas caractère d'impôt libératoire, preuve en est que la loi exige des FFI comme mesure ultime la clôture des comptes des clients récalcitrants<sup>42</sup>. Malheureusement la Notice n'a pas dissipé les doutes quant à la définition de détenteurs récalcitrants, et encore aujourd'hui il est difficile de conclure avec certitude si la mesure ne devra être appliquée qu'aux contribuables américains refusant toute divulgation, ou également à tout type de compte non coopérant, comme un FFI hors du système FATCA ou un individu sans aucune connexion U.S. qui refuserait pour des motifs tout autres que fiscaux de fournir la documentation visant à établir qu'il n'est pas américain. Du fait de ses implications commerciales, le point est crucial et demande à être résolu de façon raisonnable dans les directives à venir.

Il sied de signaler qu'en conséquence du caractère de sanction de cette nouvelle retenue de 30%, l'application à la source de taux réduits sur la base des traités contre la double imposition signés par les Etats-Unis est exclue. La loi ne prévoit que des procédures de remboursement ou de crédit d'impôts en cas de prélèvements en excès<sup>43</sup>. Toutefois, afin d'éviter les duplications inutiles de prélèvements, les directives à venir devront coordonner sans ambiguïté les dispositions du chapitre 3 (retenues applicables dans le cadre du QI) avec celles du chapitre 4 (FATCA), au besoin en établissant une hiérarchie de normes. Il ne serait pas souhaitable que seules des procédures

longues et coûteuses de remboursements puissent suppléer aux duplications injustifiées de prélèvements.

### 5 Comptes faisant l'objet d'un reporting – U.S. accounts

FATCA introduit l'obligation de devoir faire un reporting des «*U.S. accounts*» (ci-après les comptes américains<sup>44</sup>).

Un compte est américain:

- lorsqu'il est directement détenu par une personne physique américaine<sup>45</sup>, ou toute entité incorporée selon le droit américain qualifiant de contribuable américain («*Specified U.S. Person*»)
- lorsqu'il est détenu par une entité étrangère dans laquelle un contribuable américain a un intérêt («*U.S. Substantial Owner*»).

Une entité étrangère (non américaine) est détenue par un contribuable américain («*Specified U.S. Person*») lorsque celui-ci<sup>46</sup>: (i) a une participation directe ou indirecte de plus de 10% du capital ou des droits de vote dans une société de capitaux; (ii) participe directement ou indirectement dans une société de personnes pour plus de 10% des bénéfices ou du capital; (iii) a un intérêt de plus de 10% dans un trust ou toute part d'un «*grantor trust*»<sup>47</sup>, (iv) pour les FFI<sup>48</sup> classés dans la catégorie 3 (voir supra) le seuil de détention doit simplement être supérieur à 0%.

La nouveauté de FATCA est l'application d'une approche par transparence des entités étrangères, permettant de capter les contribuables américains qui aujourd'hui, dans certains cas ne sont pas visés par le système QI.

La Notice contient une partie substantielle sur l'identification des comptes détenus auprès des FFI avec accord (option 1), mais en l'état reste muette sur les procédures que devront suivre les FFI qui choisiront la voie de l'attestation

(option 2). Il est intéressant de remarquer que la Notice ne propose pas d'harmonisation avec la Directive européenne sur le blanchiment qui prévoit actuellement un seuil de 25%<sup>49</sup>.

## 6 Contenu du reporting<sup>50</sup>

Un FFI avec accord devra fournir annuellement les informations suivantes à l'IRS<sup>51</sup>:

- Nom, adresse et code fiscal (TIN) du contribuable américain détenant directement et indirectement le compte.
- Le numéro de compte.
- Le solde ou la valeur du compte.
- Les versements et retraits du compte.

Concernant le solde et la valeur du compte, la Notice signale que le Trésor et l'IRS sont en train de considérer que doit être reporté le montant le plus élevé observé sur un relevé bancaire remis au cours de l'année. En outre, le FFI devra remettre toute information additionnelle que l'IRS jugera nécessaire (par exemple le relevé trimestriel).

Pour ce qui est des versements et retraits la Notice demande des commentaires. La question se pose de savoir si cette exigence additionnelle va être maintenue, ceci d'autant plus que les informations remises par ailleurs à l'IRS devraient suffire à satisfaire l'objectif poursuivi par FATCA.

En outre, la Notice prévoit une obligation supplémentaire de reporting qui va au-delà de ce que prévoit la loi. En effet, selon la Notice, le Trésor et l'IRS envisageraient de requérir des FFI avec accord qu'ils reportent le nombre et la valeur agrégée des comptes de détenteurs récalcitrants présentant ou non des indices de connexion U.S.<sup>52</sup> Cette nouvelle exigence non seulement alourdit les charges administratives des FFI, mais en outre impose une obligation de reporting qui pourrait aller jusqu'à inclure des informations relatives à des

comptes non-américains, quand bien même il s'agit de données agrégées.

Il convient de signaler que la Notice évoque la problématique de la superposition de plusieurs niveaux de FFI<sup>53</sup>. La Notice reprend l'exemple du fonds, entité qualifiant en principe de FFI (catégorie 3), dont les parts seraient déposées auprès d'une banque, elle aussi FFI. Les directives à venir pourraient confirmer que le reporting devra être effectué uniquement par le FFI ayant la relation la plus proche avec l'investisseur, soit dans l'exemple mentionné, la banque dépositaire. La mesure semble vouloir transférer la responsabilité d'identifier les détenteurs de parts de fonds vers les banques, probablement du fait que ces instituts ont un système en principe plus développé de AML/KYC<sup>54</sup>. Toujours dans le sens d'un certain allègement du régime applicable aux fonds, il sied de signaler que la Notice annonce que le Trésor et l'IRS pourraient d'emblée classer comme bénéficiaire d'une présomption de conformité à FATCA, les véhicules de placements collectifs dont la vente serait interdite aux personnes américaines (sens fiscal du terme).

Pour ce qui est de la forme du reporting, le Trésor et l'IRS ont clairement manifesté leur préférence pour un reporting électronique<sup>55</sup>.

Enfin, les FFI peuvent également choisir d'être sujets aux mêmes obligations de reporting que des FI américains, ce qui implique un type de reporting différent<sup>56</sup>.

## 7 Identification des comptes selon la Notice

Une partie substantielle de la Notice donne des indications aux FFI avec accord sur la manière de classer les comptes. Essentiellement, la Notice demande aux FFI d'identifier (i) les comptes américains, (ii) les FFI avec accord (option 1), (iii) les FFI avec

attestation (option 2), (iv) les FFI non participants, (v) les entités hors champ d'application FATCA, (vi) les NFFE exemptées, (vii) les autres NFFE (en l'état non définies de façon positive); (viii) les détenteurs de comptes récalcitrants. Il faut en outre ajouter la nouvelle catégorie hybride de FFI (voir supra) qui bénéficierait d'un régime allégé, si cela est confirmé par les directives à venir.

La méthodologie proposée par la Notice est de faire une distinction d'ordre qualitative et temporelle. Il y a d'une part les comptes détenus par des personnes physiques et ceux détenus par des entités, et d'autre part les comptes existants (avant l'entrée en vigueur de l'accord signé par le FFI) et les nouveaux comptes (après l'entrée en vigueur de l'accord). En outre pour les comptes de personnes physiques qui ne peuvent d'emblée être qualifiés de comptes américains, la Notice prévoit six indices de connexion U.S.<sup>57</sup>: (i) résidence ou nationalité américaine, (ii) adresse américaine, (iii) lieu de naissance aux Etats-Unis, (iv) «c/o», «*hold mail*», case postale comme unique adresse, (v) procuration ou pouvoir de signature en faveur d'une personne avec une adresse américaine, (vi) ordre permanent de virer des montants vers un compte aux Etats-Unis ou instructions reçues à partir d'une adresse américaine. Ces indices de connexion sont plus larges que ceux appliqués dans le système QI, qui ne prévoit pas la procuration ou le pouvoir de signature, ni en principe les instructions venant des Etats-Unis<sup>58</sup>.

### **a) Comptes existants détenus par des personnes physiques**

Les comptes ayant un solde inférieur à USD 50 000 peuvent être considérés comme hors du champ d'application de FATCA; il s'agit toutefois d'une option offerte au FFI, qui peut décider

de la retenir ou de l'écartier. Le FFI doit ensuite considérer d'emblée comme américains, les comptes pour lesquels il a de la documentation le prouvant (par exemple Formule W-9). Pour les autres comptes, en se basant sur l'information dont il dispose électroniquement, le FFI doit vérifier la présence d'indices de connexion U.S. permettant de déterminer s'il s'agit ou non d'un compte américain; la documentation requise peut différer selon les indices détectés<sup>59</sup>. Toutes les tâches décrites ci-dessus doivent être accomplies dans un délai d'un an depuis l'entrée en vigueur de l'accord. Pour les FFI signant des accords avant 2013, il n'est pas exclu que ces tâches doivent commencer avant l'entrée en vigueur officielle du reporting le 1<sup>er</sup> janvier 2013. En outre, dans un délai de deux ans depuis l'entrée en vigueur de l'accord, pour les comptes non classés comme américains dont le solde est supérieur à USD 1 million, le FFI doit vérifier qu'ils puissent continuer à être considérés comme non-américains sur la base de la procédure applicable aux nouveaux comptes, sauf si le FFI a des moyens de preuves documentaires suffisantes pour qualifier le compte de non-américain. La Notice introduit un troisième délai de cinq ans depuis l'entrée en vigueur de l'accord durant lequel le FFI, toujours sur la base de la procédure applicable aux nouveaux comptes, devra revoir tous les comptes existants sans prise en compte du seuil de USD 1 million. Le but de cette superposition de délais est d'éviter que les FFI maintiennent des comptes non identifiés pour un temps indéterminé.

Il est important de signaler qu'il n'y a pas de symétrie parfaite entre les documents requis par la Notice<sup>60</sup> pour identifier les détenteurs de comptes et les documents requis dans le cadre du QI.

## b) Nouveaux comptes détenus par des personnes physiques

Sont considérés comme nouveaux comptes, les comptes ouverts après la date à laquelle l'accord entre en force et ceux des clients existants pour lesquels une nouvelle relation bancaire est établie. Les comptes ayant un solde inférieur à USD 50 000 ainsi que les comptes d'emblée considérés comme américains sont sujets au même régime que les comptes existants (voir supra) étant toutefois précisé que la Notice oblige le FFI à demander les documents d'identification à l'ouverture du compte<sup>61</sup>. La Notice rappelle que le FFI doit bien entendu également tenir compte des indices de connexion U.S. et documenter en conséquence<sup>62</sup>. A la différence de la procédure applicable aux comptes existants, le FFI devra tenir compte de toutes les informations disponibles et non seulement de celles stockées électroniquement. Il est intéressant de souligner qu'au terme d'un délai de cinq ans tous les comptes anciens seront considérés comme nouveaux comptes et devront se soumettre à ce contrôle plus approfondi.

Si le FFI n'a pas obtenu la documentation requise pour les comptes existants et pour les nouveaux comptes dans les délais requis, il devra considérer le détenteur de compte comme étant récalcitrant.

Il est important de signaler que dans ce cadre également, il n'y a pas de symétrie parfaite entre les documents requis par la Notice<sup>63</sup> pour identifier les détenteurs de comptes et les documents requis dans le cadre du QI.

## c) Comptes existants détenus par des entités

Le FFI doit classer les comptes existants détenus par des entités avant l'entrée en vigueur de l'accord. Les entités américaines seront d'emblée

considérées comme comptes américains lorsque la documentation existante permet de l'établir (par exemple Formule W-9). Pour les autres comptes, se basant sur l'information dont il dispose électroniquement, le FFI doit vérifier la présence d'éléments<sup>64</sup> permettant de déduire qu'il s'agit de comptes américains. Les détenteurs de comptes classés d'américains selon ces deux modes précités ont un délai d'un an pour contester ce classement. Sans preuve du contraire, ces comptes seront qualifiés d'américains; de plus, leurs détenteurs seront considérés récalcitrants tant que le FFI n'aura pas reçu l'information nécessaire au reporting prévu par FATCA.

Si à ce stade, le détenteur du compte n'a pas été classé de personne américaine, c'est-à-dire d'entité américaine, le FFI avec accord devra déterminer si l'entité est un FFI ou une NFFE. Sur la base de certains éléments (par exemple le nom), le FFI avec accord va provisoirement classer l'entité de FFI. Si l'entité n'a pas fourni son code d'identification fiscale<sup>65</sup> et une certification dans les neuf mois, le FFI lui demandera de fournir la documentation nécessaire à permettre la qualification de l'entité dans le délai d'un an suivant l'entrée en vigueur de l'accord. Pendant ce délai d'un an, le FFI avec accord traitera le détenteur de compte de NFFE exemptée, à moins que l'entité ne figure déjà sur une liste, publiée par l'IRS, sous la rubrique des FFI sans accord. Après l'écoulement du délai d'un an, le FFI avec accord qualifiera l'entité de FFI sans accord. Cette classification sera maintenue tant que la documentation appropriée, permettant un classement différent, ne sera pas fournie au FFI avec accord.

Si à ce stade, une entité n'est considérée ni comme une personne américaine ni comme FFI, le FFI avec accord pourra classer l'entité de NFFE exemptée<sup>66</sup> sur la base de preuves suffisantes selon lesquelles, la NFFE a une

activité commerciale. Toutefois si dans un délai d'un an après l'entrée en vigueur de l'accord une entité n'est qualifiée ni de personne américaine ni de FFI, et que le FFI avec accord n'a pu la classer de NFFE exemptée, cette entité sera alors considérée de FFI sans accord. Enfin, si la documentation fournie par le détenteur de compte prouve qu'il est une NFFE, le FFI devra identifier toute personne américaine ayant une participation directe ou indirecte dans la NFFE; la Notice demeure toutefois muette sur le type d'entités entrant dans cette catégorie de NFFE. Si le FFI participant à FATCA n'est pas en mesure d'obtenir dans un délai de deux ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord la documentation nécessaire concernant toute personne identifiée comme américaine, la NFFE sera alors considérée comme détenteur de compte récalcitrant.

### **d) Nouveaux comptes détenus par des entités**

Les procédures de classement des comptes détenus par de nouvelles entités devraient être semblables à celles retenues pour les entités existantes. Toutefois, à la différence de la procédure applicable aux comptes existants le FFI doit examiner toute l'information en sa possession et non seulement celle disponible électroniquement. Il s'agit notamment de l'information rassemblée dans le cadre de la documentation requise pour satisfaire les exigences en matière de blanchiment (AML/KYC) et réglementaires.

## **8 Conclusion**

FATCA poursuit un objectif différent du système QI même s'il s'inscrit dans une certaine continuité: alors que le mécanisme QI se déclenche à partir des titres américains, FATCA

visite les clients américains. FATCA devrait donc permettre de capter les contribuables américains non investis en titres américains, et d'atteindre ces mêmes contribuables détenant leurs biens par l'intermédiaire d'entités étrangères qualifiées par la législation américaine elle-même de non transparentes<sup>67</sup>. Il faut bien comprendre que le reporting FATCA doit être effectué indépendamment de la détention de titres américains. La retenue de 30% sur les revenus de source américaine n'est en principe qu'un levier pour inciter les FFI à coopérer avec les autorités fiscales américaines.

Le but de FATCA n'est par conséquent pas de trouver une source de revenus fiscaux supplémentaires, mais de passer à un système où tous les contribuables américains (détenteurs directs de comptes ou détenteurs de comptes par l'intermédiaire de structures) devront faire l'objet d'un reporting sur l'ensemble de leur fortune placée auprès d'un FFI avec accord. Il s'agit donc de promouvoir une communication automatique de renseignements en direction des autorités fiscales américaines.

Il est possible que l'application de FATCA contrevienne à l'ordre juridique interne de certains pays. La question se pose pour la Suisse qui connaît le secret bancaire<sup>68</sup> et interdit l'exécution sans droit d'actes pour un Etat étranger<sup>69</sup>. Il ne peut être exclu aujourd'hui qu'une autorisation des autorités fédérales soit nécessaire pour permettre une conciliation de FATCA avec le système juridique suisse, comme cela a été le cas pour certains aspects du régime QI. En l'état actuel de la législation, le FFI avec accord devra en plus obtenir de chacun de ses clients qualifiés de contribuables américains, la permission de lever le secret bancaire pour ce qui est des informations qui seront communiquées (*waiver*)<sup>70</sup>.

En ce qui concerne l'identification des comptes par les FFI avec accord, la Notice apporte

quelques éléments de clarification, mais à ce stade il faut craindre qu'elle ne contienne pas de réponses suffisantes pour permettre aux banques d'adapter d'ores et déjà leurs systèmes. Par contre, la loi et en particulier la Notice offrent des pistes pour l'identification des contribuables américains, que ce soient des personnes physiques ou des entités. Dans tous les cas, la Notice appelle sur un certain nombre de points importants des commentaires, et ceci jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2010, ce qui indique bien que les provisions contenues dans la Notice ne doivent pas être considérées comme définitives, mais pourraient être sujettes à des modifications ultérieures. Les acteurs intéressés, dont la Fédération bancaire européenne<sup>71</sup>, l'ASB et d'autres fédérations nationales prévoient de faire part de leurs opinions sur les propositions du Trésor et de l'IRS.

Il est important de signaler que FATCA n'a pas rendu obsolète l'Announcement 2008-98, émis par l'IRS en octobre 2008 en vue d'une modification du contrat QI. Parmi les changements souhaités, l'IRS retient qu'à l'avenir

des informations relatives à des indices de connexions U. S. pourraient devoir lui être communiquées, à un certain stade de l'audit, afin de lui permettre d'évaluer si les comptes sont contrôlés par des contribuables américains. Pour parvenir à cet objectif, l'Announcement propose de modifier la partie du contrat QI stipulant les instructions pour les auditeurs<sup>72</sup>, afin d'obliger le QI à préparer des dossiers d'audit indiquant les pouvoirs de la personne U. S. sur un compte donné, comme les pouvoirs de signature ou les autorisations de retirer des fonds<sup>73</sup>. A ce jour, l'Announcement n'a pas été suivi d'un changement formel du contrat QI, mais il faut rappeler que l'IRS semble s'être réservé le droit de modifier de façon unilatérale cet accord dans certaines circonstances<sup>74</sup>. Il n'est donc pas possible d'exclure que par le biais d'un changement dans les dispositions d'audit, l'Announcement puisse permettre de développer une nouvelle pratique en matière d'identification des personnes américaines, laquelle pourrait servir de passerelle jusqu'à l'application formelle de FATCA en 2013.

<sup>1</sup> *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010 (HIRE); Foreign Account Tax Compliant Act (FATCA).*

<sup>2</sup> FATCA, section 1474 (d), *Special Rules.*

<sup>3</sup> Notice 2010-60, www.irs.gov.

<sup>4</sup> NRA *withholding tax.*

<sup>5</sup> V. FATCA, section 1474 (d), *Coordination with other withholding provisions*, et même article ch. (4) *Certain withholding taxes*; Notice, section IV. A., *In general*, dernier paragraphe, p. 48.

<sup>6</sup> FATCA, section 1471 (b), *Reporting Requirements*; dans la Notice, le terme utilisé est «*Participating FFI*».

<sup>7</sup> Pour la définition précise des devoirs du FFI avec accord, v. FATCA section 1471 (b) (1), *In general.*

<sup>8</sup> Pour la définition de «*Recalcitrant account holder*», v. FATCA section 1471 (d) (6).

<sup>9</sup> FATCA, section 1471 (e), *Affiliated groups.*

<sup>10</sup> FATCA, section 1471 (b) (2), *Financial institutes deemed to meet requirements.*

<sup>11</sup> Le terme utilisé par la Notice est «*non participating*».

<sup>12</sup> FATCA ne semble pas prévoir la possibilité pour les FFI sans accord de faire une déclaration individuelle des ayants droit économiques pour éviter de supporter la retenue.

<sup>13</sup> FATCA, section 1471 (d) (5) (A) (B) (C), *Financial institutions.*

<sup>14</sup> Notice, section II. A., p. 5 et ss pour une illustration détaillée des trois catégories de FFI.

<sup>15</sup> Notice, section II. B. 2., p. 11, en ligne avec les explications préliminaires, *Joint Committee, Technical Explanation of the revenue provisions in HIRE*, 23.02.2010, p. 44.

<sup>16</sup> Les *insurance wrappers* sont visés, soit des produits d'assurance avec une forte composante financière.

<sup>17</sup> Notice, section II. D. 1., p. 16.

<sup>18</sup> Notice, section II. D. 2., p. 18; comme définies par la législation américaine, c'est-à-dire des sociétés non

- américaines détenues par des contribuables américains.
- <sup>19</sup> FATCA, section 1471 (f), *Exception for certain payments*.
- <sup>20</sup> La Notice, section II. C., p. 15, précise que de tels patrimoines qualifieraient en principe de FFI selon FATCA, section 1471 (d) (5), mais en sont exclus en raison justement du risque fiscal peu élevé.
- <sup>21</sup> FATCA, section 1471, décrit la procédure applicable au FFI, alors que FATCA, section 1472, séparé et distinct bien que connexe, établit le régime applicable aux Non-FFI.
- <sup>22</sup> FATCA, section 1472, *Withholdable payments to other foreign entities*.
- <sup>23</sup> FATCA, section 1472 (a), *In general*.
- <sup>24</sup> *Tax Identification Number*.
- <sup>25</sup> Notice, section II. B. 3., p.12, *Entities with certain identified owners*.
- <sup>26</sup> Par exemple, les sociétés de domicile ou les sociétés d'investissement passives.
- <sup>27</sup> Notice, section II., B., 1., p. 9 et ss; le terme consacré par la directive semble être «*excepted NFFE*» (v. aussi p. 12).
- <sup>28</sup> Notice, section III. B. 3. a. 4), p. 37: *the entity is engaged in an active trade or business (other than an FI business)*.
- <sup>29</sup> FATCA, section 1473 (1).
- <sup>30</sup> *Fixed, Determinable, Annual and Periodical*, chapter 3.
- <sup>31</sup> FATCA section 1471 (d) (7), (*catch all clause*).
- <sup>32</sup> Pour une excellente analyse de ces risques, v. l'article de Laurie Hatten-Boyd, *FATCA: Will This Penal Withholding Regime Have Its Intended Effect?*, *International Tax Journal*, July-August 2010, p. 46 et ss.
- <sup>33</sup> Notice, section V. B., p. 54.
- <sup>34</sup> FATCA, section 1471 (a).
- <sup>35</sup> Par exemple, les investissements effectués par la Trésorerie.
- <sup>36</sup> FATCA, section 1471 (b) (1) (D) (i).
- <sup>37</sup> *Idem*.
- <sup>38</sup> La Notice, section III. B. 4., p. 41, confirme que c'est bien le FFI avec accord qui doit être considéré comme «*Withholding agent*» au sens de l'art. 1472 (a).
- <sup>39</sup> En réalité, cette catégorie de NFFI ressemble beaucoup à la catégorie de détenteurs de comptes récalcitrants FATCA section 1471 (b) (D) (i). V. également Joint Committee p. 44.
- <sup>40</sup> FATCA, section 1471 (b) (3); Notice, section V. C., p. 55–56, limitativement aux paiements en faveur de détenteurs de compte récalcitrants et de FFI non coopérants.
- <sup>41</sup> Notice, section V. D., p. 57; v. aussi p. 40 des explications préliminaires du Joint Committee, cité supra.
- <sup>42</sup> FATCA, section 1471 (b) (1) (F) (ii).
- <sup>43</sup> FATCA, section 1474; v. aussi Joint Committee p.47 et 48. La loi utilise à juste titre le terme de «*overpayment*».
- <sup>44</sup> FATCA, section 1471 (d) (1); Notice, section III. A. 1., p. 21.
- <sup>45</sup> FATCA, section 1473 (3), *Specified United States Person*; le droit américain désigne notamment comme contribuable américain les citoyens américains, même double nationaux, les personnes nées sur le territoire américain, les détenteurs de *green card* et les personnes américaines ou étrangères remplissant les conditions des divers tests de présence sur le sol américain (*permanent, substantial or cumulative presence tests*).
- <sup>46</sup> FATCA section 1473 (2) (A); Notice, section III. A. 1., p. 21.
- <sup>47</sup> Il peut se révéler en pratique très difficile d'établir si la limite de 10% est atteinte, notamment dans le cas de participations croisées.
- <sup>48</sup> Il s'agit d'un FFI au sens FATCA, section 1471 (d) (5) (C).
- <sup>49</sup> Directive 2005/60 du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme; un rapport doit être fourni par la Commission pour le 15 décembre 2010 notamment sur l'opportunité et les conséquences possibles de la réduction du seuil de 25%.
- <sup>50</sup> Il est clair que dans les pays dans lesquels la législation interdit la divulgation de ce type d'information, le FFI doit obtenir un *waiver* (décharge) de la part du détenteur de compte.
- <sup>51</sup> FATCA, section 1471 (c) (1); Notice, section IV., *Reporting on U. S. Accounts* p. 47 et ss.
- <sup>52</sup> Notice, section IV. F., *Reporting with Regard to Recalcitrant Account*, p. 52.
- <sup>53</sup> Notice, section V. E., *Elimination of duplicative reporting*, p. 51.
- <sup>54</sup> *Anti-Money Laundering/Know your Customer*.
- <sup>55</sup> Notice, section V. F., *Electronic Filing Requirements for Financial Institutions*, p. 59.

- <sup>56</sup> FATCA, section 1471 (c) (2), *Election to be subject to same reporting as United States financial institutions*; soit un reporting 1099 complet comme une banque américaine, les nouvelles normes sur le *cost basis reporting* devront alors être respectées.
- <sup>57</sup> Notice, section III. B. 2., a., p. 27 et section III. B. 2. b., p. 32.
- <sup>58</sup> Sous réserve de la Section 2.44 B. de l'accord QI.
- <sup>59</sup> Selon les cas W-9, W-8BEN et/ou autre preuve documentaire de «*non-U. S. status*».
- <sup>60</sup> Notice, section III. B. 2. a. 4), p. 27 et p. 28.
- <sup>61</sup> Cette exigence semble s'adresser plutôt aux banques qui n'appliquent pas déjà des procédures AML/KYC sophistiquées.
- <sup>62</sup> Selon les cas W-9, W-8BEN et/ou autre preuve documentaire de «*non-U. S. status*».
- <sup>63</sup> Notice, section III. B. 2. b. 5), p. 32 et p. 33.
- <sup>64</sup> La Notice ne fournit pas de liste de critères, elle se borne à donner un exemple, à savoir le lieu de constitution d'une société aux Etats-Unis, section III. B. 3. a., p. 35
- <sup>65</sup> Il s'agit du «FFI EIN»; les FFI avec contrat recevront de l'IRS un «*Employer Identification Number*».
- <sup>66</sup> Le terme utilisé par la Notice est celui de «*excepted NFFE*».
- <sup>67</sup> Le système QI considère certaines entités dites non transparentes comme étant le bénéficiaire effectif des biens.
- <sup>68</sup> Art. 47 de la Loi sur les banques.
- <sup>69</sup> Art. 271 du Code pénal suisse.
- <sup>70</sup> V. sur ce point la Motion du Conseiller national M. Ulrich Schlüer «*Suppression du secret bancaire suisse par la loi américaine*» et la réponse du conseil fédéral du 1<sup>er</sup> septembre 2010 ([http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20103560](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103560))
- <sup>71</sup> L'Association Suisse des banquiers (ASB) en est membre.
- <sup>72</sup> QI Agreement, *Part III, Audit Guidance for External Auditors of Qualified Intermediaries*.
- <sup>73</sup> V. Announcement, p. 3, modification à l'art. 10.03 (A).1.
- <sup>74</sup> V. QI Agreement, section 12.02