

Madame la Conseillère fédérale
Eveline Widmer-Schlumpf
Département fédéral des finances
Bernerhof
Bundesgasse 3
3003 Berne
Par e-mail: vernehmlassungen@sif.admin.ch

Bâle, le 18 septembre 2013
St.1 / JBR

Modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale: procédure de consultation accélérée

Mesdames,

Nous vous remercions de nous soumettre le projet de modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale dans le cadre d'une procédure de consultation accélérée.

Nous saluons le principe d'une modification de la loi sur l'assistance administrative afin de permettre une adaptation au standard international, de sorte que la Suisse puisse passer à la phase 2 du Forum mondial et afin de réussir le moment venu l'examen dans le cadre de cette deuxième phase également. En résumé, voici notre position:

- Demandes groupées: nous sommes d'accord avec le principe d'une adaptation de la législation suisse, et proposons quelques adaptations de nature technique.
- Recours à des données acquises illicitement pour fonder une demande d'assistance administrative: nous nous opposons à l'octroi de l'assistance administrative basée sur des données volées, y compris dans le cas où elles ont été obtenues passivement.
- Exception à la notification de la personne concernée par une demande d'assistance administrative: nous sommes d'accord avec l'introduction d'une exception, celle-ci doit cependant être interprétée de façon restrictive et ne doit s'appliquer ni aux personnes résidant en Suisse ni aux personnes résidant dans un pays n'assurant pas une protection juridique appropriée ou ne garantissant pas le respect des conditions de l'Etat de droit.

Remarques liminaires

2

Nous constatons que le projet de modification de la loi sur l'assistance administrative est dans une très large mesure motivé par la volonté de la Suisse de se conformer au standard international en matière d'échange de renseignements. En effet, depuis la «Mise à jour du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant» le 17 juillet 2012, les demandes groupées font partie du standard international. De plus, selon le rapport du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales du 1^{er} juin 2011 (phase 1 de l'examen par les pairs de la Suisse), la mise en œuvre intégrale de l'une des mesures suivantes devrait permettre à la Suisse d'être admise à la deuxième phase de cet examen:

- a) admission, dans des cas exceptionnels, de la transmission de données sans information préalable de la personne concernée;
- b) création de la transparence concernant les actions au porteur; ou
- c) conclusion d'un nombre suffisant de conventions contre les doubles impositions (CDI) prévoyant une assistance administrative conforme à la norme de l'OCDE.

Nous comprenons la volonté des autorités suisses de prendre les mesures nécessaires visant à assurer une conformité avec le standard international, afin que la Suisse puisse passer à la deuxième phase de l'examen par les pairs du Forum mondial et, une fois cet objectif atteint, passer avec succès l'examen par les pairs de cette phase également. Nous soutenons le principe de cette démarche sans réserve.

En ce qui concerne les dispositions relatives aux demandes groupées, nous rappelons que la loi actuelle permet déjà leur traitement, certaines adaptations étant toutefois utiles.

En outre, nous remarquons que la possibilité d'un recours à des données acquises illégalement ne constitue pas l'une des trois mesures que la Suisse doit prendre pour être admise à la phase 2 de l'examen par les pairs du Forum mondial.

Pour ce qui est de l'admission, dans des cas exceptionnels, de la transmission de données sans information préalable de la personne concernée, nous remarquons que ce point ne constitue que l'une des trois mesures à mettre en œuvre telles qu'indiquées par le Forum mondial. Dans ce contexte, nous regrettons de devoir constater que la Suisse qui a conclu un grand nombre de conventions fiscales reprenant le standard international en matière d'échange de renseignements, y compris avec ses partenaires économiques importants, ne remplit toujours pas, selon l'interprétation du Forum mondial, la condition de la conclusion d'un nombre suffisant de conventions prévoyant une assistance administrative conforme à la norme internationale.

Nouvelles dispositions sur les demandes groupées

Article 3

La définition des demandes groupées (art. 3 let. c du projet de loi) est correcte.

Article 6

La formulation de l'art. 6 al. 2^{bis} du projet de loi selon lequel «*Le contenu requis d'une demande groupée se fonde sur le commentaire de l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE dans sa teneur de 2012*» est claire. Par contre, nous ne comprenons pas l'art. 6 al. 2^{ter} qui prévoit une délégation de compétence au Conseil fédéral, qui pourrait «*adapter le contenu requis d'une demande groupée au standard international repris par la Suisse*». En effet, s'il s'agit de reprendre un nouveau standard ne correspondant plus au commentaire de 2012, le Conseil fédéral devrait modifier la loi dans laquelle figure cette référence précise et pour ce faire, il doit passer par le Parlement. Il en découle qu'une délégation de compétence, telle qu'elle est prévue, n'est pas possible. Une solution pragmatique concernant le contenu des demandes groupées serait de le définir dans le cadre d'une ordonnance que le Conseil fédéral pourrait adapter le cas échéant.

Sur le contenu de l'art. 6, nous souhaitons préciser que si les demandes groupées devaient être admises dans le cas de toutes les conventions de double imposition reprenant le standard international en matière d'échange de renseignements, il convient de le préciser explicitement dans la loi. Cela nous paraît nécessaire du fait que certains messages portant sur des conventions reprenant l'art. 26 OCDE, rédigés peu après la reprise par la Suisse de ce standard, décrivent des pratiques qui ne correspondent plus au standard actuel en matière d'échange de renseignements. Assurer la primauté de la loi sur un traité international de droit public (Treaty Override) est la seule façon de clarifier de difficiles questions d'interprétation et de lever l'insécurité juridique qui pourrait en découler. Comme les conventions sont des traités internationaux qui ont la primauté sur la loi sur l'assistance administrative, il est nécessaire de préciser dans cette loi, par une disposition expresse, que les dispositions de la loi sur les demandes groupées priment sur d'éventuelles dispositions divergentes des conventions. Une telle primauté doit toutefois se limiter aux conventions reprenant le standard international en matière d'échange de renseignements négociées après le 13 mars 2009 et ne saurait s'étendre à l'ensemble des conventions de double imposition conclues par la Suisse.

Proposition

Art. 6 al. 2^{bis} et 2^{ter}

En allemand

^{2bis} Der Bundesrat bestimmt den erforderlichen Inhalt eines Gruppensuchens und kann diesen an internationale Standards anpassen.

^{2ter} Im Anwendungsbereich von Doppelbesteuerungsabkommen oder anderen internationalen Abkommen, die einen auf Steuersachen bezogenen Informationsaustausch vorsehen, die nach dem 13. März 2009 verhandelt worden und in Kraft getreten sind und eine Amtshilfeklausel enthalten, werden Gruppenanfragen zugelassen.

En français

^{2bis} Le Conseil fédéral détermine le contenu requis d'une demande groupée et peut l'adapter au standard international.

^{2ter} Les demandes groupées entrent dans le champ d'application des Conventions de double imposition ou d'autres conventions internationales qui prévoient un échange de renseignements en matière fiscale, qui ont été négociées et sont entrées en vigueur après le 13 mars 2013 et qui contiennent une clause sur l'assistance administrative.

Article 14a

Nous souhaitons en premier lieu faire une remarque rédactionnelle. L'art. 14a concerne les demandes groupées et son titre est en conséquence: «*Information lors de demandes groupées*». L'art. 14 concerne par contre les demandes individuelles, son titre pourrait dès lors être adapté comme suit: «*Information des personnes habilitées à recourir lors de demandes individuelles*».

L'art. 14a al. 2 du projet prévoit que «*L'AFC informe de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées ou ont leur siège en Suisse. Si une personne habilitée à recourir est domiciliée ou a son siège à l'étranger, l'AFC informe de la demande le détenteur des renseignements.*». Nous ne comprenons pas la deuxième phrase de cet alinéa, étant donné que le détenteur de renseignements a déjà été informé du contenu de la demande (art. 10 al. 2 de la loi) et que c'est le détenteur des renseignements qui doit justement identifier les personnes concernées par la demande (art. 14a al. 1 du projet).

L'art. 14a al. 3 du projet prévoit ce qui suit: «*Le détenteur des renseignements doit informer de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées ou ont leur siège à l'étranger et les prier de désigner un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications.*». L'obligation d'information prévue pour le détenteur de renseignements de même que l'obligation en relation avec la désignation d'un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications ne correspondent pas, comme cela est indiqué dans le rapport explicatif, à la procédure prévue à l'art. 20I de l'Ordonnance concernant la convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996 qui précise: «*l'Administration fédérale des contributions invite le détenteur de renseignements à identifier ces personnes et à faire désigner par celles-ci une personne en Suisse habilitée à recevoir des notifications*». De même, l'art. 80I de la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP) prévoit un droit d'information et non pas une obligation. De plus, la loi sur l'assistance administrative prévoit à l'art. 14 al. 3, dans le cadre de demandes individuelles, que «*Lorsqu'une personne visée à l'al. 1 ou 2 (personne habilitée à recourir) est domiciliée à l'étranger, l'AFC invite le détenteur des renseignements à faire désigner par cette personne un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications. Elle lui fixe un délai pour ce faire*». En conséquence, il n'y a pas de raison de prévoir une obligation d'information pour les détenteurs de renseignements dans le cadre de l'assistance administrative pour les demandes groupées: l'obligation d'informer revient à l'AFC. Un droit d'information doit par contre être aménagé.

Il convient encore de mentionner dans ce contexte que le détenteur de renseignements a une relation contractuelle avec ses clients mais pas forcément avec le bénéficiaire effectif. Introduire l'obligation pour le détenteur de renseignements d'informer la personne concernée (bénéficiaire effectif) pourrait conduire à contrevenir à l'art. 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB). Cet élément constitue une raison supplémentaire de ne pas prévoir d'obligation d'information pour le détenteur de renseignements, mais seulement un droit.

Proposition

Art. 14a al. 2 et 3

En allemand

² Die ESTV informiert die beschwerdeberechtigten Personen mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz über das Ersuchen. ~~Hat eine beschwerdeberechtigte Person ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland, so informiert die ESTV die Informationsinhaberin oder den Informationsinhaber über das Ersuchen.~~

³ Die Informationsinhaberin oder der Informationsinhaber wird ersucht, die beschwerdeberechtigten Personen mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland über das Ersuchen zu informieren und sie gleichzeitig aufzufordern, eine zur Zustellung bevollmächtigte Person in der Schweiz zu bezeichnen.

En français

² L'AFC informe de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées ou ont leur siège en Suisse. ~~Si une personne habilitée à recourir est domiciliée ou a son siège à l'étranger, l'AFC informe de la demande le détenteur des renseignements.~~

³ Le détenteur des renseignements est invité à informer de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées ou ont leur siège à l'étranger et à les prier de désigner un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications.

L'art. 14a al. 4 du projet décrit le contenu de la publication dans la Feuille fédérale portant sur l'information des personnes concernées par une demande groupée. Par souci de clarté, il convient de préciser que la publication dans la Feuille fédérale prévue à l'art. 14a al. 4 devrait se faire, comme cela figure à l'al. 6 du même article, sans indiquer de nom de la personne concernée. Ni le projet de loi, ni le rapport explicatif ne précisent quand cette publication aura lieu. Si au moment de cette publication, l'AFC était en possession de noms de personnes visées par la demande groupée, ces dernières devraient pouvoir profiter d'une protection.

L'art. 14 al. 5 du projet prévoit un délai de 20 jours pour désigner le représentant autorisé à recevoir des notifications. Le même délai devrait valoir pour l'indication de l'adresse en Suisse.

Proposition

Art. 14a al. 4 et 5

En allemand

⁴ Die ESTV informiert zudem die vom Gruppensuchen betroffenen Personen, ohne Namensnennung, durch Publikation im Bundesblatt:

a. über Eingang und Inhalt des Amtshilfeersuchens;

[...]

⁵ Die Frist zur Bezeichnung der Schweizer Adresse oder der zur Zustellung bevollmächtigten Person beträgt 20 Tage. Sie beginnt am Tag nach der Publikation im Bundesblatt zu laufen.

En français

⁴ L'AFC informe en outre, par publication dans la Feuille fédérale, sans indiquer de nom, les personnes concernées par la demande groupée:

a. de la réception et du contenu de la demande d'assistance administrative;

[...]

⁵ Le délai accordé pour indiquer l'adresse en Suisse ou désigner le représentant autorisé à recevoir des notifications est de 20 jours. Il court à compter du jour qui suit la publication dans la Feuille fédérale.

Enfin, d'un point de vue de la systématique le contenu de l'art. 14a al. 6 devrait plutôt être placé dans la Section 4 (« *Transmission des renseignements* »).

Demandes d'assistance administrative basées sur des données acquises illicitement

L'art. 7 let. c du projet de loi restreint la non entrée en matière lorsque la demande d'assistance se fonde sur des renseignements obtenus activement par des actes punissables au regard du droit suisse. Une demande de renseignements basée sur un comportement passif de l'Etat requérant devrait par contre être traitée.

Nous souhaitons rappeler que, dans le Message concernant l'adoption d'une loi sur l'assistance administrative fiscale du 6 juillet 2011 (commentaire à l'art. 7 let. c), le Conseil fédéral indiquait ce qui suit au sujet du recours à des données acquises illégalement: «*Enfin, l'AFC n'entre pas en matière lorsque la demande viole le principe de la bonne foi, notamment si elle se fonde sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse. C'est par exemple le cas de données bancaires obtenues illégalement, puis remises ou vendues à un Etat.*». Le Conseil fédéral semblait donc exclure un comportement passif de l'Etat requérant qui aurait reçu par le biais de l'échange de renseignements spontané des données acquises illégalement, le principe de la bonne foi étant violé dans ce cas également. Le rapport explicatif ac-

compagnant le projet de loi actuel indique désormais ce qui suit dans ce contexte: « *Un Etat qui se procure activement des données par des moyens illégaux et fonde une demande d'assistance sur ce genre de données court-circuite l'assistance administrative convenue, ce qui peut être considéré comme une violation du principe de la bonne foi. En revanche, on ne peut guère reprocher à un Etat qui reçoit des données acquises illégalement d'une manière entièrement passive (p. ex. via l'assistance administrative spontanée) et fonde sa demande d'assistance sur ces données de violer le principe de la bonne foi tel qu'il est interprété en droit international* ». Nous avons de la peine à comprendre une telle évolution de l'interprétation du principe de la bonne foi entre la publication du message en juillet 2011 et celle du rapport explicatif en août 2013. Les tentatives de pression d'Etats étrangers ne constituent dans ce contexte pas une base légitime suffisante pour forcer la Suisse à modifier sa position.

De plus, la copie et la vente subséquente de données de clients bancaires remplit les conditions de l'art. 162 du code pénal (CP) portant sur la violation du secret de fabrication ou du secret commercial, de l'art. 271 CP, portant sur des actes exécutés sans droit pour un Etat étranger, de l'art. 273, portant sur le service de renseignements économiques, de l'art. 47 LB de même que de l'art. 23 en relation avec l'art. 6 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), portant sur la concurrence déloyale en relation avec la violation des secrets de fabrication ou d'affaires.

Nous remarquons aussi qu'accorder l'assistance administrative sur les demandes basées sur des données acquises illégalement ne constitue pas l'une des trois mesures que la Suisse doit prendre pour passer à la phase 2 du Forum mondial.

Il est vrai que le rapport du Forum mondial sur la Suisse de 2011 mentionnait sur ce sujet et à propos de l'ordonnance sur l'entraide administrative alors en vigueur ce qui suit:

183. Overall, to the extent that Article 5(2)(c) of the OACDI may go beyond the concept of ordre public or good faith, Article 5(2) may create an additional threshold which is not consistent with the standard. In such a case, the AFC would not be empowered to use the access powers described in Articles 6-9 of the OACDI. Whether or not in practice this provision is applied inconsistently with the standard should be considered in the Phase 2 review of Switzerland.

Il en découle que si un recours à des données acquises illégalement ne constitue pas un élément pouvant nuire au passage de la phase 1 à la phase 2, cet élément pourrait conduire à une difficulté lors de la phase 2, dans la mesure où il pourrait être considéré comme un élément ayant empêché un échange effectif de renseignements. Nous soulignons toutefois que d'autres pays ne permettent pas non plus l'utilisation de données acquises illicitement dans le cadre de procédures de taxation.

Le Tribunal fédéral s'est exprimé sur le recours à des données obtenues illégalement et a conclu que de telles données peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure de taxation à condition que ces données puissent également être obtenues directement par les autorités fiscales¹. Il convient de relever que le Tribunal fédéral se réfère

¹ Arrêt du TF 2C_514/2007 du 2 octobre 2007, considérant n° 3: «Aus diesen Gründen hätte die kantonale Veranlagungsbehörde sich die Informationen über die Familienstiftung des Beschwerdeführers auch direkt beim Treuhänder beschaffen

à l'accès par l'autorité fiscale à des informations détenues par des fiduciaires, auxquelles les autorités fiscales ont accès; la situation est différente pour les données bancaires auxquelles les autorités fiscales suisses n'ont de fait pas accès. De plus, cet arrêt ne doit pas nous permettre de conclure que le recours à des données acquises de manière illégale, mais ayant été obtenues passivement par un échange spontané de renseignements peut fonder une demande d'assistance administrative sur laquelle la Suisse doit entrer en matière: cela reviendrait à admettre le bien-fondé de demandes basées sur des actes punissables en Suisse.

Nous considérons dans ce contexte qu'il faut éviter l'encouragement du vol de données. Si la Suisse permet l'utilisation de données volées par les autorités fiscales d'Etats étrangers, il faut s'attendre à ce que l'attrait pour ce genre de données s'accroisse dangereusement et représente un véritable encouragement de ce type d'activité.

Nous remarquons enfin que depuis l'adoption des termes de référence du Forum mondial en 2010, sur lesquels se basent l'examen par les pairs de la Suisse, il y a eu un assouplissement considérable du standard international en matière d'assistance administrative, notamment par l'introduction de la possibilité de procéder à des demandes groupées, qui constituent des voies additionnelles d'accorder l'assistance administrative conformément à la législation suisse.

En conséquence, bien que nous comprenons que l'objectif recherché par la proposition d'admettre un échange de renseignements basé sur des données acquises illégalement aurait pour but de satisfaire aux exigences de la phase 2 de l'examen par les pairs du Forum mondial, nous ne pouvons pas accepter cette proposition et nous nous y opposons.

Transmission de données sans information préalable de la personne concernée

Le projet prévoit à l'art 21a une information de la personne habilitée à recourir, de manière exceptionnelle après que les renseignements ont été transmis; l'exception est prévue dans les deux cas suivants: l'urgence et le danger que l'aboutissement de l'enquête soit compromis.

Une telle exception prive les personnes habilitées à recourir d'une possibilité importante, à savoir celle de faire contrôler par le juge la transmission des données avant que cette dernière ait eu lieu. La possibilité d'un recours ultérieur dans lequel seule la constatation de la non-conformité au droit peut être invoquée, ne constitue pas un élément correctif équivalent.

Le standard international préconise toutefois une telle exception. A ce titre, nous souhaitons que le Conseil fédéral dans son message au Parlement indique quelle est la situation légale dans d'autres pays en relation avec l'information de la personne concernée et l'exception prévue selon le standard (par exemple pour l'Allemagne,

können. Die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung erlangten Beweise unterliegen daher keinem Beweisverwertungsverbot. Dass sie von einem liechtensteinischen Treuhänder stammen, ändert daran nichts. Für die Frage, ob die Daten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen oder nicht, kann es nicht darauf ankommen, ob sie aus inländischer oder ausländischer Quelle stammen.».

l'Autriche, les Etats-Unis, la France, le Luxembourg et le Royaume-Uni) de manière à permettre une comparaison internationale, qui serait également utile dans le cadre du Forum mondial.

Dans ces circonstances, la formulation proposée dans le projet est conforme au standard. L'exception ne doit cependant pas devenir la règle et doit être appliquée avec une grande retenue:

- le fait qu'il s'agit effectivement d'une exception doit être inscrit dans la loi;
- les autorités étrangères requérantes doivent rendre vraisemblables l'urgence et le danger que l'aboutissement de l'enquête soit compromis (cette dernière condition semble à notre avis devoir être rarement remplie, étant donné que dans le cadre des documents bancaires, la personne concernée n'est pas en mesure de les détruire et que les documents bancaires sont justement destinés à apporter la preuve permettant à l'enquête d'aboutir);
- les autorités étrangères ne peuvent pas chaque fois qu'elles adressent une demande, par exemple en relation avec des documents bancaires, invoquer l'exception;
- une telle exception, qui entame lourdement la protection de la personne concernée dans la procédure d'assistance administrative ne doit pas s'appliquer:
 - lorsqu'une demande d'assistance administrative concerne des personnes résidant en Suisse,
 - lorsque dans l'Etat requérant, une protection juridique appropriée n'est pas garantie ou que les conditions de l'Etat de droit ne sont pas suffisamment assurées; cet élément, qui peut paraître difficile à estimer, doit toutefois également être considéré par les pays pratiquant l'échange automatique de renseignements.

Enfin, nous proposons de ne pas punir les cas de négligence si l'interdiction d'informer est enfreinte. Cet état de fait nous paraît disproportionné en particulier en considérant que le dol éventuel («*Eventualvorsatz*») est déjà compris par la disposition. Il convient également de remarquer que l'information de la personne concernée est en règle générale permise et même garantie constitutionnellement. De ce point de vue également, punir une négligence serait disproportionné.

Proposition

Art. 21a al. 1, 1bis (nouveau), 4

En allemand

¹ Ausnahmsweise informiert die ESTV die beschwerdeberechtigten Personen erst nach Übermittlung der Informationen mittels Verfügung über ein Ersuchen, wenn die ersuchende Behörde bezogen auf die speziellen Verhältnisse im Einzelfall glaubhaft macht, dass:

[...]

^{1bis} Der Informationsaufschub nach Abs. 1 ist unzulässig, wenn die betroffene Person in der Schweiz ansässig ist oder wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschwerdeberechtigte Person ihre Rechte im Wohnsitzstaat voraussichtlich nicht wirksam geltend machen kann oder wenn Zweifel an einem angemessenen Rechtsschutz im ersuchenden Staat bestehen.

⁴ Verstösst eine Person vorsätzlich **oder fahrlässig** gegen das Informationsverbot nach Absatz 3, so wird sie oder er mit Busse bis zu 10 000 Franken bestraft.

En français

¹ Exceptionnellement, l'AFC informe d'une demande les personnes habilitées à recourir par une décision après la transmission des renseignements en relation à des circonstances spéciales au cas par cas, lorsque l'autorité requérante établit de manière vraisemblable que:

[...]


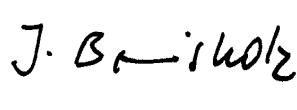
^{1bis} Le délai d'information de l'al. 1 n'est pas admissible si la personne concernée est domiciliée en Suisse ou s'il y a des indices selon lesquels la personne habilitée à recourir ne peut vraisemblablement pas faire valoir ses droits de manière effective dans l'Etat de domicile ou s'il y a des doutes concernant l'existence d'une protection juridique appropriée dans l'Etat requérant.

⁴ Si une personne enfreint volontairement **ou par négligence** l'interdiction d'informer fixée à l'al. 3, il ou elle est puni d'une amende pouvant atteindre 10 000 francs.

Nous souhaitons également mentionner qu'une limitation du droit de recours telle que prévue dans le cadre de l'assistance administrative en matière fiscale, basée sur un standard international, ne doit pas constituer un précédent pour l'assistance administrative dans le cadre du droit boursier.

Nous vous remercions de prendre bonne note de ce qui précède et nous vous prions de croire, Mesdames, à l'expression de notre considération distinguée.

Association suisse des banquiers

Urs Kapalle

Jean Brunisholz