



Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation relative à l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA et au projet de loi fédérale sur l'application de cet accord

Avril 2013

Table des matières

1.	Contexte.....	4
1.1.	Foreign Account Tax Compliance Act	4
1.2.	Accord visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA	4
2.	Négociations entre la Suisse et les Etats-Unis.....	5
3.	Procédure de consultation et principes d'évaluation	6
3.1	Procédure de consultation	6
3.2	Principes d'évaluation	6
4.	Principaux résultats de la consultation.....	6
4.1	Position de principe des participants à la consultation	6
4.2	Principales réserves des partisans du projet.....	7
4.2.1	Accord FATCA.....	7
4.2.2	Loi FATCA.....	8
4.3	Réserves des opposants à l'accord FATCA	8
5.	Evaluation détaillée de la procédure de consultation	8
5.1.	Accord FATCA.....	8
5.1.1.	Avis individuels	8
5.1.2.	Autres remarques et propositions des participants à la consultation	11
5.2.	Protocole d'entente	13
5.3.	Loi FATCA	13
5.3.1.	Avis individuels	13
5.3.2.	Autres remarques ou propositions des participants à la consultation	20

Noms abrégés des participants à la consultation

ABPS	Association des banquiers privés suisses
AFBS	Association des banques étrangères en Suisse
ASA	Association suisse d'assurances
ASB	Association suisse des banquiers
ASDI	Association suisse de défense des investisseurs
ASG	Association suisse des gérants de fortune
ASIN	Action pour une Suisse indépendante et neutre
ASIP	Association suisse des institutions de prévoyance
CDF	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances
CP	Centre Patronal
FER	Fédération des Entreprises Romandes
Forum-OAR	Forum Suisse des organismes d'autorégulation
Les Verts	Parti écologiste suisse
OSE	Organisation des Suisses de l'étranger
PBD	Parti bourgeois-démocratique suisse
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PEV	Parti évangélique suisse
PLR	PLR.Les Libéraux-Radicaux
PS	Parti socialiste suisse
pvl	Parti vert'libéral
SATC	Swiss Association of Trust Companies
SEC Suisse	Société suisse des employés de commerce
SFA	Swiss Funds Association
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UBCS	Union des banques cantonales suisses
UDC	Union démocratique suisse
UIR	Union intercantonale de réassurance
USAM	Union suisse des arts et métiers
USS	Union syndicale suisse

1. Contexte

1.1. Foreign Account Tax Compliance Act

Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) du 18 mars 2010 doit permettre aux Etats-Unis d'imposer selon leur droit fiscal tous les comptes détenus à l'étranger par des personnes pleinement soumises à l'impôt aux Etats-Unis. Le FATCA entrera progressivement en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2014.

Le FATCA exige des établissements financiers étrangers (foreign financial institution, FFI) qu'ils s'enregistrent auprès des autorités fiscales américaines (Internal Revenue Service, IRS) et concluent un éventuel un contrat FFI. Par établissement financier, on entend tout établissement qui gère, directement ou indirectement, des comptes ou des dépôts pour des tiers (banques, assurances vie, fonds de placement, fondations, etc.).

Dans le contrat FFI, l'établissement financier s'engage à identifier, parmi les comptes qu'il gère, ceux qui sont détenus par des personnes américaines et à communiquer périodiquement des renseignements sur ses relations avec ces clients à l'IRS. Il doit obtenir à cet effet le consentement du titulaire du compte. S'il ne donne pas son consentement, le titulaire du compte est considéré comme non disposé à coopérer et les paiements qui lui sont destinés sont soumis à un impôt à la source de 30 %.

S'il refuse de conclure un contrat FFI bien qu'il y soit tenu, l'établissement financier étranger est réputé non participant. Dans ce cas, les établissements financiers américains et les établissements financiers étrangers participants sont tenus de retenir un impôt à la source de 30 % sur tous les paiements provenant des Etats-Unis et destinés à un établissement financier non participant, même si le paiement est encaissé pour un client non américain. A moyen terme, les autres établissements financiers devront rompre toute relation avec les établissements financiers non participants. Ne pouvant pas se permettre une telle rupture, les établissements financiers suisses sont de fait contraints d'appliquer le FATCA.

1.2. Accord visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA

Pour répondre aux critiques internationales suscitées par les lourdes charges administratives et financières que la mise en œuvre du FATCA impose aux établissements financiers étrangers, le Trésor américain s'est déclaré disposé à conclure avec les autres juridictions des accords bilatéraux prévoyant certaines simplifications d'ordre administratif, à condition toutefois que ces juridictions partenaires garantissent la participation de tous leurs établissements financiers. Le Trésor américain propose à cet effet les deux modèles d'accord ci-dessous:

- Publié le 25 juin 2012, le modèle 1 repose sur l'échange automatique de renseignements, ce qui signifie que les établissements financiers de la juridiction partenaire communiquent les renseignements sur les comptes américains à leurs propres autorités fiscales, qui les communiquent ensuite à l'IRS.

Cinq Etats membres de l'Union européenne (UE), à savoir l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, l'Italie et l'Espagne, ont fait connaître dès le 8 février 2012, dans une déclaration commune avec les Etats-Unis, leur intention de conclure des accords bilatéraux conformes à ce modèle.

Entre-temps, les Etats-Unis ont conclu des accords de ce type le 12 septembre 2012 avec le Royaume-Uni, le 15 novembre 2012 avec le Danemark et le 19 novembre 2012 avec le Mexique.

- Publié le 14 novembre 2012, le modèle 2 est destiné prioritairement aux Etats qui refusent l'échange automatique de renseignements. Il peut toutefois également

intéresser des Etats qui, sur le fond, préfèrent le modèle 1, mais ne sont pas encore en mesure de l'appliquer, par exemple pour des raisons juridiques. Le modèle 2 prévoit un flux de renseignements direct entre les établissements financiers de la juridiction partenaire et l'IRS (autrement dit sans passer par les autorités fiscales de la juridiction partenaire), fondé sur une déclaration de consentement du client américain et complété par un échange de renseignements sur demande, qui permet aux Etats-Unis d'obtenir des informations sur les comptes de personnes américaines n'ayant pas fourni de déclaration de consentement.

La Suisse et le Japon ont fait connaître dès le 21 juin 2012, chacun dans une déclaration commune avec les Etats-Unis, leur intention de négocier un tel accord bilatéral.

Le 8 novembre 2012, le Trésor américain a publié un communiqué de presse selon lequel plus de 50 juridictions avaient annoncé être intéressées à conclure un accord visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA. Les négociations avec ces juridictions sont plus ou moins avancées.

2. Négociations entre la Suisse et les Etats-Unis

Le 15 juin 2012, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) de préparer avec les Etats-Unis une déclaration d'intention commune concernant l'ouverture de négociations sur la conclusion d'un accord visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA (ci-après: accord FATCA). Cette déclaration d'intention commune devait inclure les éléments suivants:

- a. garantie de la part de la Suisse que tous les établissements financiers suisses, hormis ceux exemptés du FATCA (*exempt*) ou réputés conformes à ce dernier (*deemed compliant*), concluront un contrat FFI avec l'IRS;
- b. octroi à ces établissements financiers, par la Suisse, d'une autorisation relevant de l'art. 271 du Code pénal (CP; RS 311.0), leur permettant de remplir les obligations découlant du contrat FFI;
- c. fourniture, par la Suisse, d'une assistance administrative reposant sur la convention en vue d'éviter les doubles impositions liant les deux Etats, en cas de demande groupée de l'IRS concernant des clients américains non disposés à coopérer;
- d. définition de catégories particulières d'établissements financiers suisses réputés exemptés du FATCA ou conformes à ce dernier;
- e. adoption de mesures visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA par les autres établissements financiers suisses sur le plan administratif;
- f. renonciation, de la part des Etats-Unis, à l'obligation de prélever l'impôt à la source FATCA sur les paiements destinés aux établissements financiers suisses.

Cette déclaration commune exprimant la volonté des parties d'ouvrir des négociations a été publiée le 21 juin 2012. Le 29 août 2012, le Conseil fédéral donnait mandat au DFF d'entamer les négociations. Le 30 novembre 2012, le Conseil fédéral approuvait le contenu d'un accord FATCA allant dans le sens du projet présenté et fixait la suite de la procédure devant aboutir à l'entrée en vigueur de l'accord FATCA.

Les négociations avec les Etats-Unis se sont achevées le 3 décembre 2012, date à laquelle les parties ont paraphé l'accord FATCA. Ce dernier est complété par deux annexes, qui en font partie intégrante. L'une décrit les obligations de diligence à observer en matière d'identification de comptes américains (annexe I) et l'autre définit les établissements financiers suisses exemptés du FATCA ou réputés conformes à ce dernier (annexe II). Enfin,

un protocole d'entente viendra s'ajouter à l'accord FATCA. Ce protocole ne crée pas de nouveaux droits ou obligations, il comprend simplement certaines règles d'interprétation sur lesquelles les deux parties se sont entendues. L'accord FATCA a été signé le 14 février 2013, à Berne. Il contient des dispositions relativement détaillées et par conséquent directement applicables. Certains points doivent toutefois être précisés dans une loi fédérale. La loi FATCA (ci-après: loi FATCA) renferme des dispositions sur la mise en œuvre de l'accord.

L'accord FATCA et la loi FATCA ont fait l'objet d'une procédure de consultation du 14 février au 15 mars 2013.

3. Procédure de consultation et principes d'évaluation

3.1 Procédure de consultation

Ont été invités à participer à la procédure de consultation: les gouvernements des 26 cantons, la Conférence des gouvernements cantonaux, la CDF, quatorze partis politiques, sept associations faïtières de l'économie et 20 autres milieux intéressés.

Parmi les destinataires de la consultation, 24 cantons (AG, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH), la CDF, huit partis politiques (PBD, PDC, PEV, PLR, pvl, Les Verts, PS, UDC), six associations faïtières de l'économie (economiesuisse, SEC Suisse, ASB, USS, USAM, SwissHoldings) et treize représentants de milieux intéressés (AFBS, TF, TAF, Forum-OAR, UIR, RBA-Holding, SFA, SIX Group, ASA, Chambre fiduciaire, UBCS, ABPS, ASG) se sont exprimés.

Renoncent à prendre position: AR, SG, le TAF, Forum-OAR et l'UIR.

Les cantons d'AG, BE, BL, GL, JU, LU, NW, OW, SH, SZ et UR se rallient à la position de la CDF. AFBS, RBA-Holding et l'ABPS renvoient à la position de l'ASB. economiesuisse souscrit aux remarques de fond et aux détails techniques figurant dans la réponse de l'ASB, de l'ABPS, de SIX Group et de l'ASA.

En outre, d'autres participants se sont exprimés (OSE, ASIN, CP, FER, SATC, ASDI, ASIP).

3.2 Principes d'évaluation

Les avis exprimés ne sont pas détaillés un par un dans le présent rapport, qui reflète plutôt la position de principe des participants à la consultation et présente en particulier leurs propositions de modifications. Pour les détails, nous renvoyons directement aux prises de position reçues, qui peuvent être consultées au Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI).

4. Principaux résultats de la consultation

4.1 Position de principe des participants à la consultation

La grande majorité des participants à la consultation approuvent le projet.

Sur les 26 cantons, 24 se sont exprimés; parmi eux, aucun ne s'est prononcé contre le projet. BE, BS, GE, OW, SO, TG, UR, ZH et ZG soutiennent le projet. La CDF, AG, BL, FR, GL, NE,

SH, SZ, TI, VD et VS se sont exprimés sur certains points, mais pas sur le projet dans son ensemble. AR et SG n'ont pas émis de position matérielle.

La CDF, FR, JU, SH et VS s'en tiennent à des remarques générales, en faisant valoir que l'accord FATCA ne touche pas aux compétences fiscales et financières des cantons. La CDF, BL, GL, NE, SH, SZ, TI, VD et VS constatent que la place financière suisse n'a pas d'autre choix que de reprendre le FATCA.

Sur les quatorze partis politiques consultés, huit ont répondu. Le PBD, le PDC, le PEV, le PLR et le pvl soutiennent le projet. Les Verts et l'UDC jugent l'accord FATCA superflu. Le PS ne sait pas encore s'il approuvera ou non au Parlement la loi FATCA et l'accord FATCA. Comme condition préalable, il faudrait que le Conseil fédéral reformule sa stratégie pour la place financière et qu'il abandonne son attitude hostile à l'échange automatique de renseignements. Le PS estime que la voie solitaire empruntée par le Conseil fédéral, consistant à négocier bilatéralement des accords fiscaux sur l'impôt libérateur, constitue une impasse politique au moins depuis que la Chambre haute du Parlement allemand a rejeté un tel accord.

Parmi les 26 organisations ayant donné leur avis, 18 soutiennent le projet (AFBS, ASIP, CP, economiesuisse, FER, SEC Suisse, RBA-Holding, SATC, ASB, SFA, USS, USAM, SIX Group, SwissHoldings, Chambre fiduciaire, UBCS, ABPS, ASG). L'OSE, le TF et l'ASA ne s'expriment que sur certains points, le TAF, Forum-OAR et l'IUR n'émettent pas de position matérielle, tandis que l'ASIN et l'ASDI jugent l'accord FATCA superflu.

4.2 Principales réserves des partisans du projet

4.2.1 Accord FATCA

Parmi les réserves formulées, il convient de relever les points suivants:

- a) L'USAM regrette qu'en définitive, l'accord FATCA implique des coûts de réglementation tout en offrant à la Suisse peu de possibilités de participation. Le CP partage l'avis de l'USAM sur la question des coûts.
- b) FR, VS, le pvl et la FER regrettent que la réciprocité complète ne soit pas garantie. Le PS juge incompréhensible que le Conseil fédéral ait renoncé à la réciprocité offerte par les Etats-Unis.
- c) Pour des raisons de principe, l'USS appellerait certes de ses vœux le modèle 1, prévoyant une communication exhaustive des relations avec des clients américains, un échange de renseignements entre les autorités compétentes ainsi que la réciprocité. Mais dans les faits le modèle 2, prévoyant une communication par les banques avec l'accord des clients américains ainsi que des demandes groupées pour les autres clients américains, déploierait à ses yeux des effets quasiment équivalents.
- d) La CDF, FR, GE, GL, SH, UR et ZG constatent qu'en pratique, le modèle 2 basé sur les demandes groupées aboutit à un échange automatique de renseignements. Le PS considère qu'il s'agit d'un échange automatique de renseignements, à ceci près qu'il donne beaucoup de travail et comporte un décalage temporel.
- e) Le PDC constate que divers domaines de l'accord sont difficiles à comprendre et ne correspondent pas à l'esprit du droit suisse. En outre, les délais imposés à la Suisse pour la transmission des informations seraient très difficiles à respecter.
- f) Le pvl constate que le droit reconnu aux Etats-Unis de consulter les comptes de leurs

ressortissants en Suisse créera un précédent pour la pratique avec d'autres Etats.

- g) SO, economiesuisse et le CP signalent que le FATCA porte atteinte à la souveraineté d'autres Etats. Le PLR assimile à un comportement inhabituel, inamical et devant être sévèrement critiqué l'unilatéralisme en matière extraterritoriale dont fait preuve le FATCA, ainsi que la complète ignorance des droits de souveraineté d'Etats avec lesquels les Etats-Unis entretiennent des relations de bon voisinage (dont la Suisse). Selon ZG, les Etats-Unis visent par le biais du FATCA à prendre le contrôle d'autres pays ou nations, au mépris du principe de territorialité sous-jacent à notre ordre juridique. L'USAM constate qu'à cette occasion, du droit étranger ferait son entrée dans le système juridique suisse. FR et NE ajoutent que l'accord FATCA soumettra au droit américain des entreprises domiciliées en Suisse. La possibilité accordée aux Etats-Unis de modifier les dispositions du FATCA sans devoir adapter simultanément le traité conclu avec la Suisse revient aux yeux du PS à une grave perte de souveraineté. SIX Group juge en particulier extrêmement contestable, d'un point de vue institutionnel, la mise en œuvre directe du droit étranger en Suisse, d'autant plus que notre pays serait contraint à une reprise dynamique des éventuelles modifications législatives adoptées unilatéralement par les Etats-Unis, sans avoir son mot à dire.

4.2.2 Loi FATCA

Il importe de souligner que ZH, la Chambre fiduciaire, l'UBCS et l'ASG ont émis des critiques de principe sur les dispositions pénales (art. 16 ss). Elles sont parfois considérées comme inutiles et allant au-delà des obligations helvétiques prévues par l'accord FATCA. En outre, il risque d'y avoir des problèmes de délimitation entre les diverses dispositions qui, à certains égards, ne seraient pas suffisamment abouties.

4.3 Réserves des opposants à l'accord FATCA

De l'avis des Verts, la Suisse a besoin d'une stratégie de l'argent propre qui s'applique à tous les pays de manière égale. Elle devrait donc promouvoir activement un standard international pour l'échange automatique de renseignements, au lieu de rechercher des solutions bilatérales particulières – comme le FATCA. Autre motif de refus pour les Verts, aucune solution juridique n'a été trouvée pour le passé. L'UDC justifie principalement son attitude de refus par la perte de souveraineté que subirait la Suisse en se soumettant aux règles dictées par les Etats-Unis. Il s'agirait de savoir comment la Suisse se positionne dans ce contexte en tant qu'Etat souverain. En outre, la Suisse s'abaisserait au rôle d'agent du fisc américain et soutiendrait ainsi une approche indéfendable d'un point de vue institutionnel. Par ailleurs, l'UDC rejette par principe toute reprise dynamique du droit, chose que prévoit l'accord FATCA. Les Verts ajoutent que cette reprise dynamique du droit serait unilatérale et que la conclusion de cet accord créerait un précédent regrettable. Aux yeux de l'ASIN, l'accord FATCA n'a que des inconvénients, notamment en affaiblissant encore le secret bancaire, en intégrant le FATCA dans le droit suisse et en introduisant l'échange automatique de renseignements. L'ASDI explique son opposition avant tout par la perte de souveraineté, la violation des principes de l'Etat de droit et le manque de protection de la sphère privée.

5. Evaluation détaillée de la procédure de consultation

5.1. Accord FATCA

5.1.1. Avis individuels

Art. 2

L'ASG relève que l'accord FATCA a été négocié sur la base d'un texte provisoire. Les dispositions d'exécution définitives (*final regulations*) s'écarteraient sur divers points de la version discutée. Ainsi, le projet prévoyait d'exclure du champ de la loi les entreprises tirant moins de 50 % de leurs revenus bruts d'une activité définie comme étant celle d'une entreprise d'investissement. Or ce point est absent de l'art. 2, par. 1, ch. 11 de l'accord FATCA, qui renvoie à la place aux définitions du GAFI. Avec pour conséquence que des entreprises suisses seraient assimilées à des établissements financiers étrangers, alors même que les dispositions correspondantes des lois fiscales américaines ne s'appliquent pas à elles. D'où de sérieux inconvénients à prévoir notamment pour les petites entreprises ayant une activité accessoire d'intermédiaires financiers. Cela concernerait en Suisse des centaines de fiduciaires, d'études d'avocats, de notaires et d'autres petits fournisseurs de services financiers qui, du fait de cette activité accessoire, tomberaient sous le coup de l'art. 2, par. 1, ch. 11, let. c de l'accord. L'ASG exige, par conséquent, soit (a) de renégocier la disposition en question de l'accord avec les Etats-Unis, soit (b) de préciser dans le cadre d'un protocole d'entente ou d'un échange de lettres avec les Etats-Unis que les sociétés n'étant pas assimilées en droit américain à des entreprises d'investissement ne sont pas non plus concernées par l'accord FATCA.

La SATC demande d'exclure de la définition d'«établissement financier» les trusts ne faisant pas l'objet d'une gestion professionnelle, pour les ranger parmi les NFFE passives. Quant à la définition d'«entreprise d'investissement», la SATC souhaite savoir si une *professional trust company*, ou un trust géré par une telle société, en font partie.

Le PLR aimerait savoir si les autorités américaines sont habilitées à modifier sans la participation de la Suisse la définition de «personne américaine spécifiée» à l'art. 2, par. 1, ch. 27 de l'accord, comportant des renvois à l'U.S. Internal Revenue Code. Il demande encore de préciser qui est visé par la définition de «personne américaine» et dans quelle mesure une adaptation dynamique de cette définition serait possible à une date ultérieure. Afin de garantir un minimum de sécurité juridique, le PLR demande enfin d'exclure au moins les modifications rétroactives et de n'autoriser les adaptations qu'avec des délais transitoires adéquats.

La SATC relève un point peu clair: le terme «personnes exerçant le contrôle» (voir art. 2, par. 1, ch. 32 de l'accord) désigne-t-il une personne américaine effectuant des paiements pour une entreprise, ou alors une personne américaine faisant partie d'un organe de surveillance (*protector committee*)? Il serait souhaitable de prévoir une liste de critères ou une définition plus précise.

Art. 5

Le PBD signale que le Sénat américain n'a toujours pas ratifié la convention contre les doubles impositions conclue entre la Suisse et les Etats-Unis. Or selon le par. 1, l'échange de renseignements ne peut intervenir qu'après l'entrée en vigueur du protocole et ne s'applique qu'aux renseignements concernant la période postérieure à l'entrée en vigueur de l'accord.

L'UBCS propose de prolonger le délai de dix jours indiqué au par. 3, let. a. Le cas échéant, le nouveau délai pourrait dépendre du nombre de comptes faisant l'objet d'une demande.

Annexe I

Par. II – Comptes individuels préexistants

Let. B

L'UBCS signale que les comptes privés préexistants sont soumis, dans la procédure de vérification, à des recherches électroniques ou manuelles, en fonction de l'état du compte. Or l'accord ne dit pas, au sujet des comptes commerciaux préexistants (*preexisting entity accounts*), si la vérification doit se faire électroniquement ou manuellement. Si cette omission est intentionnelle, cela obligerait les établissements financiers à vérifier manuellement tous les comptes commerciaux dont le solde excède 250 000 dollars. Pour alléger la charge de travail des établissements financiers, il faudrait envisager une procédure de vérification analogue à celle en place pour les comptes privés, qui permette des recherches par voie électronique.

L'accord FATCA ne permet pas non plus de savoir avec certitude si la documentation existante liée à l'accord QI peut être utilisée. De l'avis de l'UBCS, il serait judicieux de ne pas soumettre au processus électronique ou manuel de recherche d'indices les comptes correctement documentés sur la base de l'accord QI (W-8BEN ou documentation comparable).

Par. III – Nouveaux comptes individuels

Avant toute ouverture de compte, le client devra dorénavant donner son consentement à la communication des données de son compte ou communiquer son numéro TIN. L'UBCS rappelle qu'expérience à l'appui, le numéro TIN n'est généralement pas disponible en cas d'ouverture immédiate d'un compte. Le client devrait toutefois pouvoir prouver qu'il a fait une demande dans ce sens. L'UBCS propose d'utiliser à cet effet un formulaire W-9 portant l'inscription «demandé» (*applied for*), moyennant confirmation (via une copie de SS-5 ou W-7) qu'un numéro TIN a été demandé.

Annexe II

Par. II – Etablissements financiers réputés conformes au FATCA

Le PLR demande pourquoi il n'est pas permis aux établissements financiers avec clientèle locale au sens de la let. A. 1. c de démarcher de manière active des clients résidant dans l'UE, alors que la règle des 98 % permet de comptabiliser les avoirs de clients résidant tant en Suisse que dans l'un des Etats membres de l'UE (voir let. A. 1. e).

L'UBCS s'étonne que l'aire géographique des établissements n'ait pas été étendue à l'UE, ce qui aurait permis aux banques ne possédant des établissements que dans l'UE de bénéficier elles aussi du statut d'établissement financier avec clientèle locale. Un accord FATCA définitif devrait dûment tenir compte de ce point.

En outre, il faudrait fixer des critères sur la manière de calculer les 98 %. On ignore notamment si les avoirs sont déterminés sur la base du bénéficiaire effectif ou du titulaire formel du compte. Il serait logique selon l'UBCS de retenir la première solution.

L'UBCS préconise encore de se référer, pour le calcul de la limite des 98 %, non au statut de «résidents» mais à la nationalité. Cela exclurait du champ de l'accord les citoyens suisses vivant en dehors de l'UE, qui continueraient à pouvoir être pris en charge par leur établissement. En outre, l'UBCS juge étonnant que les Etats membres de l'AELE n'aient pas été mentionnés, alors qu'ils font également partie de l'Europe et pourraient être intégrés dans la réglementation relative aux établissements financiers jugés conformes au FATCA.

Le PLR rejette la disposition en vertu de laquelle un établissement financier suisse avec clientèle locale ne peut désavantager, en ce qui concerne l'ouverture ou le maintien de comptes, les personnes américaines résidant en Suisse (let. A. 1. j). La liberté économique constitue un bien supérieur et chaque établissement doit être libre de décider avec qui il souhaite ou non établir des relations commerciales.

Au cas où la définition des «entreprises d'investissement» inclurait les *professional trust companies* (voir avis de la SATC sur l'art. 2), la SATC préconise de les traiter de la même manière que les conseillers suisses en placements.

Quant à la définition des «conseillers suisses en placements» figurant à la let. A. 2, la SFA invite à indiquer entre parenthèses non seulement les véhicules de placement collectif qualifiés, mais au moins aussi les établissements financiers participants, qui sont entièrement assujettis et soumis à une réglementation plus sévère. En effet, ces deux types d'établissements financiers s'enregistrent auprès de l'IRS et reçoivent un numéro distinctif FATCA (Global Intermediary Identification Number, GIIN).

5.1.2. Autres remarques et propositions des participants à la consultation

- a) Le TF déplore que l'accord exclue la voie du recours au Tribunal fédéral. Car la réglementation en vigueur pour la procédure d'assistance administrative au sens de la loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF; RS 672.5) n'entraînerait aucun retard de procédure significatif. En revanche, elle permettrait au TF de réexaminer des questions de principe, à la demande des particuliers concernés ou de l'autorité compétente.
- b) La CDF, AG, BE, BL, FR, GE, GL, NE, OW, SO, SH, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG, le PEV, le PLR, l'ASB, economiesuisse, la FER, SEC Suisse, la SFA et SIX Group rappellent que les Etats-Unis appliqueront de toute façon le FATCA, et que les établissements financiers suisses seront bien obligés de s'y soumettre pour ne pas perdre le marché américain.
- c) La CDF, GE, GL, NE, TI, VD, VS et ZH attribuent à l'accord un avantage, à savoir que les Etats-Unis sont désormais obligés de ratifier la CDI bloquée, qui précise les modalités des demandes groupées.
- d) SwissHoldings, la Chambre fiduciaire et l'ASG jugent la traduction allemande de l'accord parfois imprécise et incomplète. L'ASG se demande s'il est judicieux de traduire les termes anglais ayant été définis dans cette langue.
- e) Le PLR veut savoir où en sont les négociations américaines avec les places financières concurrentes, comme Singapour ou Hong Kong, et s'il faut s'attendre à ce que la Chine et Singapour signent un tel accord. Si ce n'était pas le cas, il faudrait se demander en quoi ces Etats diffèrent de la Suisse pour qu'ils n'aient pas besoin d'un tel accord.
- f) Le PLR souligne que la Suisse n'est pas obligée de ratifier l'accord FATCA. D'où la question de savoir si oui ou non, celui-ci lui procure des améliorations justifiant son approbation. Le PLR tient beaucoup à ce que le message rappelle, à l'aide d'exemples, ce que signifie au juste l'accord FATCA et quels avantages spécifiques il procure aux banques, aux institutions de prévoyance et aux autres intermédiaires financiers. Le PLR aimerait aussi obtenir des exemples concrets à propos des obligations de diligence simplifiées, et regrette que le rapport explicatif n'en ait pas dit davantage à ce sujet.
- g) Afin que la branche bénéficie d'une sécurité juridique accrue et de conditions cadres plus stables, l'ASB suggère aux autorités compétentes d'adopter des instructions concernant l'application de l'accord FATCA. D'autres pays l'auraient déjà fait en concluant un accord FATCA, ou s'apprêteraient à le faire. Au cas où la Suisse ne le ferait pas, elle subirait par rapport à ces pays un sérieux désavantage concurrentiel (sur le plan réglementaire).

- h) Une mesure complémentaire à l'adoption d'instructions consisterait, aux yeux de l'ASB, à créer une commission d'experts formée de représentants des autorités compétentes et du secteur financier. L'ASB préconise, en se référant à l'art. 14 de l'accord FATCA, l'institutionnalisation d'un comité permanent chargé de résoudre les questions d'interprétation, et souhaite qu'il soit fait part de cette intention dans le protocole d'entente.
- i) SZ relève que le droit suisse actuel n'autorise que l'approche via le modèle 2. Or même si la banque doit demander au client une déclaration de consentement avant toute communication de renseignements, le modèle instaure, par le biais des demandes groupées, un échange automatique de renseignements. Toujours selon SZ, il incombe au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence de juger si une telle manière d'agir est conforme au principe de la proportionnalité inscrit à l'art. 4, al. 2, de la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1).
- j) L'USS demande de passer au modèle 1 dès que la Suisse aura aboli dans son droit interne le secret bancaire dont bénéficient les avoirs non déclarés.
- k) VD déplore que l'accord FATCA ne prévoit pas d'indemnisation des prestations de service (prélèvement de l'impôt à la source notamment) fournies aux Etats-Unis. Il faudrait envisager une telle approche lors des futures négociations.
- l) SIX Group tient à ce que le contenu du contrat FFI renvoie expressément aux mécanismes réglementaires en vigueur aux Etats-Unis, à l'accord FATCA et à la loi FATCA. Toute redondance serait un facteur d'insécurité juridique et créerait des difficultés d'application.
- m) Selon l'OSE, le FATCA permettrait de résoudre les problèmes rencontrés par les Suisses vivant aux Etats-Unis lorsqu'ils souhaitent ouvrir un compte bancaire.
- n) L'OSE plaide pour des frais de gestion de compte adéquats et supportables. Le FATCA ne doit pas fournir aux banques un prétexte pour augmenter leurs frais.
- o) Le PLR et le PBD s'engageront au Parlement afin que le projet FATCA soit rapidement traité. Le PLR soutiendra le traitement du projet aux deux Chambres en juin 2013. De l'avis du PBD, du PDC et du PLR, il faut que le FATCA puisse être mis en œuvre dans les délais au 1^{er} janvier 2014. Sinon, les établissements financiers suisses seraient obligés d'appliquer le FATCA sans simplifications administratives, ce qui les pénaliserait par rapport à la concurrence étrangère. Or il faut absolument empêcher un tel scénario.
- p) SFA, la Chambre fiduciaire et l'UBS signalent que l'IRS ouvrira le 15 juillet 2013 le portail en ligne en vue de l'enregistrement des FFI. Un enregistrement après le 25 octobre 2013 a beau être possible, l'IRS ne garantit pas, le cas échéant, que les intermédiaires financiers obtiendraient pour le 1^{er} janvier 2014 leur numéro distinctif GIIN. Or un enregistrement est impossible sans base légale. Compte tenu du délai référendaire, il resterait très peu de temps pour un enregistrement.
- q) Au cas où l'accord FATCA ne serait pas ratifié, la SATC souhaite savoir à quelles sanctions les établissements financiers suisses devraient s'attendre en s'enregistrant auprès de l'IRS et en lui transmettant des renseignements, et si pour cet enregistrement les établissements financiers recevraient une autorisation relevant de l'art. 271 du code pénal (CP; RS 311.0).
- r) Le pvl attend du Conseil fédéral qu'il empêche toute extension à d'autres pays des concessions accordées aux Etats-Unis dans le cadre du FATCA. Une telle extension ne serait acceptable que si le FATCA devait constituer la norme internationale.

- s) Le PS exige du Conseil fédéral qu'il expose, à l'occasion du message relatif au FATCA, les modalités d'un échange automatique de renseignements à des fins fiscales que la Suisse pourrait mettre au point avec l'UE ainsi que dans le cadre de l'OCDE. L'adoption d'une solution spécifique et unilatérale pour les Etats-Unis n'est pas à ses yeux une approche praticable.
- t) De même, la CDF, FR, GL, SH, SO, VS et ZG jugent prioritaire de préciser la politique suisse en matière d'échange de renseignements. Il faudrait envisager les solutions possibles dans le cadre de l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE. Dans tous les cas, la norme OCDE actuelle ne justifie pas l'échange automatique de renseignements.
- u) SEC Suisse voit également dans le oui à l'accord FATCA «extorqué» par les Etats-Unis un signal au Conseil fédéral pour qu'il finalise au plus vite sa stratégie de l'argent propre et garde ainsi sa liberté d'action dans ce dossier.
- v) VD s'attend à une recrudescence des demandes de renseignements provenant de l'étranger et juge nécessaire que la Suisse se prépare à y faire face.
- w) TG regrette que le secret bancaire ne soit plus guère invoqué que face au fisc suisse.

5.2. Protocole d'entente

L'ASB s'attend à de nombreuses questions concrètes d'application, découlant de la marge d'interprétation parfois considérable offerte par l'accord FATCA (et des règles figurant dans les dispositions d'exécution du Trésor américain). Il lui paraît donc indispensable d'aborder dès aujourd'hui les questions d'interprétation dans le protocole d'entente.

SIX Group rappelle que les négociations n'ont pas permis de régler toutes les exceptions nécessaires à ses sociétés affiliées. D'où sa demande de régler les problèmes connus dans le cadre du protocole d'entente.

De l'avis de l'UBCS, les deux modèles du FATCA présentent des contradictions aussi bien entre eux qu'avec les dispositions d'exécution définitives (*final regulations*). L'accord FATCA renforcerait l'insécurité juridique et compliquerait la mise en œuvre du FATCA, au lieu de faciliter la tâche des établissements financiers suisses. L'UBCS invite donc le DFF à préciser rapidement l'accord FATCA. Cela permettrait d'éviter, ou du moins de restreindre, tout risque d'interprétation discrétionnaire du FATCA par la suite, de la part des Etats-Unis. En outre, il faudrait s'assurer que les banques appliquant le modèle 2 ne soient pas défavorisées par rapport à celles obéissant au modèle 1.

5.3. Loi FATCA

5.3.1. Avis individuels

Art. 2

ZH propose de biffer cette disposition n'apportant rien de nouveau par rapport à l'accord FATCA.

Al. 1:

TI propose une formulation qui aille moins loin. Il s'agit de déclarer que le droit américain n'est pas directement applicable, ou du moins de désigner un organe fédéral de contrôle (par ex. FINMA, SFI, AFC) qui surveille les dispositions américaines applicables et qui reçoive des Etats-Unis des copies de leurs règles de droit, à des fins d'information et de contrôle.

SIX Group signale que la mise en œuvre directe du droit américain en Suisse soulève de sérieux problèmes institutionnels, a fortiori si elle implique l'obligation de reprendre automatiquement les éventuelles modifications législatives unilatéralement décidées par les Etats-Unis, sans que la Suisse ait son mot à dire.

La Chambre fiduciaire souhaite modifier la disposition, afin de préciser que le droit américain ne sera repris que dans la mesure où l'accord FATCA le prévoit expressément, et encore uniquement le droit applicable lors de la conclusion de l'accord FATCA. En outre, il serait indiqué de s'en tenir à une application indirecte, comme aide à l'interprétation, du droit américain, selon la formulation de l'art. 3, al. 2, de la loi FATCA.

Al. 2:

L'ASB suggère de formuler cette disposition comme suit:

«sous réserve du droit d'option prévu par l'annexe I C de l'accord FATCA en faveur [...] établissements financiers. Les établissements financiers peuvent faire usage de ce droit d'option pour chaque compte. Le choix ~~des définitions~~ ne doit pas aller à l'encontre du but de l'accord FATCA.»

Art. 3

Al. 1:

ZH, l'ASB et la Chambre fiduciaire préconisent de compléter la liste de termes.

Al. 2:

L'ASB recommande de préciser cette disposition comme suit:

«Si un établissement financier fait usage de son droit d'option selon l'art. 2, al. 2, les termes concernés par ce droit d'option et utilisés dans la présente loi doivent être compris au sens de la législation applicable aux Etats-Unis.»

Art. 4

SIX Group et la Chambre fiduciaire regrettent que cette disposition renferme une définition négative du cercle des établissements assujettis, alors que l'accord FATCA en donne une définition positive. Cette situation pourrait entraîner des difficultés d'interprétation. D'où la proposition de renoncer à la définition légale au profit de celle de l'accord FATCA.

La Chambre fiduciaire signale qu'en vertu de l'accord FATCA, la Suisse doit contraindre les établissements financiers à s'enregistrer auprès de l'IRS et à accepter de remplir les obligations figurant dans un contrat FFI, y compris en ce qui concerne les obligations de diligence, les communications et la retenue d'impôt à la source. Or la loi FATCA n'astreint les établissements financiers qu'à s'enregistrer auprès de l'IRS et à remplir leurs obligations pour tous leurs clients. Ainsi, elle omettrait de mentionner qu'ils doivent conclure un contrat FFI et remplir les obligations qui en découlent. Cette lacune devrait être comblée.

En outre, la Chambre fiduciaire juge problématique que les établissements financiers soient tenus de respecter un contrat dont le contenu n'est pas encore connu et que l'IRS est habilité à modifier unilatéralement en tout temps. Pour résoudre le problème, il serait envisageable par exemple d'intégrer le contrat dans l'accord FATCA sous la forme d'une annexe III et d'y renvoyer dans la loi FATCA, ou alors d'en définir le contenu dans le protocole d'entente.

Al. 1:

Comme cette disposition ne reprend pas précisément la réglementation américaine applicable, l'ASB propose d'en modifier la teneur comme suit:

«[...] ou des établissements financiers ~~certifiés~~ réputés conformes au FATCA et non soumis à l'obligation d'enregistrement [...]»

L'ASG préconise de biffer cette disposition, qui ne ferait que paraphraser l'accord FATCA et qui d'ailleurs ne serait pas conforme au droit fiscal américain. Il faudrait au moins indiquer sous une forme adéquate que certains établissements financiers ne sont pas soumis à l'obligation d'enregistrement auprès des autorités fiscales américaines. D'où la nécessité de reformuler cette disposition comme suit:

«Les établissements financiers [...] qui ne sont pas considérés comme des établissements financiers exemptés ou des bénéficiaires effectifs ou des établissements financiers certifiés conformes...»

Al. 2:

Comme la let. b ne renvoie pas avec une précision suffisante à l'accord FATCA, l'ASB recommande de la modifier comme suit:

«Les établissements financiers suisses mentionnés à l'annexe II, par. II. A. 1 de l'accord FATCA doivent, selon les let. f à h, remplir les obligations pour tous les comptes qu'ils gèrent et qui sont détenus par des personnes physiques ne résidant pas en Suisse ou dans un des Etats membres de l'Union européenne ou par des entreprises.»

Al. 3:

De l'avis de l'UBCS, le passage «les obligations [...] se limitent à la constatation [...]» n'est pas suffisamment précis.

Art. 5

L'ASG suggère de biffer cette disposition, qui ne ferait que paraphraser l'accord FATCA.

La Chambre fiduciaire juge la formulation trompeuse, car elle renvoie pour l'obligation d'identification à l'obligation de communication. Elle propose à la place l'énoncé suivant:

Les établissements financiers identifient les comptes américains conformément à l'annexe I de l'accord.»

Art. 6

ZH propose de préciser cette disposition, où l'on ne voit pas qui doit apporter quelle preuve que le titulaire du compte n'est pas une personne américaine.

L'ASA appelle de ses vœux une base légale prévoyant que le consentement de la personne à la communication des données peut être défini comme irrévocable pour toute la durée du contrat. La réglementation prévue dans l'accord FATCA, où le consentement est irrévocable pour l'année civile en cours et est prolongé automatiquement d'année en année jusqu'à sa révocation, soulève à son avis des difficultés de surveillance opérationnelle, avec un risque d'actions en dommages et intérêts. Il faudrait également prévoir, dans la directive relative aux accords concernant la coopération avec d'autres Etats en matière fiscale et à la loi fédérale sur l'imposition internationale à la source (LISint; RS 672.4), que les agents payeurs peuvent

édicter des règles limitant la possibilité de révoquer le consentement à la communication des données.

L'ASG exige de remplacer le terme «documents relatifs au compte» par «documents», car il est possible de qualifier un titulaire de compte de personne américaine à l'aide d'autres documents que ceux relatifs au compte.

Art. 7

L'ASA vise à limiter la possibilité de révocation du consentement (voir explications de l'art. 6).

Al. 1:

L'ASB relève que la loi FATCA est plus restrictive que les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain. D'où sa recommandation de reformuler comme suit cette disposition, pour garantir à l'avenir aussi que des comptes puissent être ouverts selon la procédure rapide actuellement en place:

«Un établissement financier suisse rapporteur ne peut ouvrir de nouveau compte et le gérer [...] dans les délais son numéro TIN. Si le numéro TIN n'a pas été indiqué au moment d'un paiement soumis à la retenue d'impôt à la source en vertu du FATCA ou au plus tard dans les 90 jours suivant l'ouverture du compte, le titulaire du compte doit être traité comme un titulaire non coopératif.»

SwissHoldings relève que selon l'annexe I, par. III. A. 1 de l'accord FATCA, un établissement financier suisse rapporteur ne doit pas vérifier, identifier ou déclarer comme comptes américains les nouveaux comptes individuels consistant en des comptes de dépôt, à moins qu'ils ne présentent, à la fin d'une année civile, une valeur de rachat excédant 50 000 dollars. Or l'art. 3, par. 1, let. c de l'accord FATCA exige de se procurer auprès du titulaire du compte, avant toute ouverture de compte, son consentement à ce que des communications soient effectuées conformément aux dispositions d'un contrat FFI. De même, l'art. 7, al. 1, de la loi FATCA stipule qu'un établissement financier suisse rapporteur ne peut ouvrir de nouveau compte pour une personne américaine que si le titulaire du compte donne son consentement à la communication des données concernant le compte à l'IRS et indique son numéro TIN à l'établissement financier. Par contre, selon le ch. 4.3.1 du rapport explicatif, les comptes de dépôt ouverts après le 31 décembre 2013 ne seraient pas soumis à vérification, identification et communication si leur solde en fin d'année civile n'excède pas 50 000 dollars.

SwissHoldings juge ces formulations contradictoires. Par conséquent, il faudrait ajouter à l'art. 7, al. 1, que l'accord FATCA peut prévoir des exceptions à l'obligation d'obtenir du titulaire, avant toute ouverture de compte, son consentement à la communication des données concernant le compte à l'IRS.

Al. 2:

SwissHoldings se réfère à l'art. 3, par. 2, let. b de l'accord FATCA prévoyant qu'en ce qui concerne les nouveaux comptes à ouvrir pour un établissement non participant ou les engagements à contracter envers un établissement non participant après le 1^{er} janvier 2014, en relation avec lesquels il s'attend à payer un montant étranger soumis à communication, l'établissement financier rapporteur devra se procurer auprès de chacun de ces établissements son consentement à ce que des communications soient effectuées conformément au contrat FFI. Par contre, l'art. 7, al. 2 de la loi FATCA ne mentionne pas une telle attente vis-à-vis de l'établissement financier rapporteur, d'où une contradiction. SwissHoldings invite donc à signaler à l'art. 7, al. 2 la possibilité de prévoir des exceptions basées sur l'accord FATCA.

Cette disposition est extrêmement large aux yeux de la Chambre fiduciaire. Dans la pratique, aucun établissement financier ne serait en mesure de garantir que suite à un changement de

créancier, un de ses engagements ne soit pas transféré à un établissement non participant. Il faudrait donc biffer cette disposition, ou la déclarer applicable dans la mesure où c'est «raisonnablement exigible» ou «opérationnellement possible».

Art. 8

Al. 1:

La Chambre fiduciaire signale que la référence au droit américain faite à la let. a limite le droit d'option entre le droit américain et les directives locales prévues dans les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain. Le passage «conformément à la législation applicable aux Etats-Unis» serait donc à biffer.

L'ASA propose de remplacer, à la let. b, le passage «comptes américains dont les titulaires n'ont pas donné leur consentement» par «comptes américains sans déclaration de consentement», conformément à l'énoncé de l'accord FATCA.

Section 4: Echange de renseignements

L'ASG préconise de remplacer «échange de renseignements» par «assistance administrative», car les renseignements sont transmis sur la base de la CDI, et il s'agit donc d'assistance administrative.

Art. 10

L'UBCS ne juge pas suffisamment clair le rapport entre la loi FATCA et l'accord FATCA. Selon elle, on voit mal s'il y a deux publications ou une seule de la part de l'AFC. Il lui paraît également étonnant que l'information sur la décision finale de l'AFC puisse faire l'objet d'une publication «sans mention de nom» dans la Feuille fédérale ou sur son site Internet. Il en résulterait concrètement un traitement spécial des clients américains par rapport à tous les autres clients soumis à la LAAF. En outre, on ignore, selon l'UBCS, si l'AFC attend des banques qu'elles contactent et informent elles-mêmes leurs clients visés par une demande groupée.

Al. 1:

TI ne voit pas comment une personne concernée apprendrait que les informations publiées anonymement par l'AFC dans la Feuille fédérale la visent. Selon le canton, les droits de ces personnes ne seraient pas suffisamment sauvegardés, ce qui ressort déjà du fait qu'elles seraient informées non pas personnellement, mais par le biais de la Feuille fédérale et d'un site Internet. De même, le délai de 20 jours visé à la let. c est jugé trop court. Il faudrait prévoir un délai d'au moins 30 jours.

La Chambre fiduciaire se rallie à la proposition de prolonger le délai de 20 jours à au moins 30 jours.

Al. 2:

L'ASB signale qu'il y a des situations où la transmission électronique de documents qui, le cas échéant, n'existent que physiquement ou sur microfilm occasionnerait des charges disproportionnées à l'établissement financier. Elle exige par conséquent l'adaptation suivante de l'énoncé:

«²Simultanément, l'AFC demande à l'établissement financier rapporteur de lui transmettre séparément par voie électronique, dans les dix jours:

a. les données soumises à communication;

b. pour les personnes américaines, à l'exception des comptes visés à l'art. 12, les indices américains ayant servi à établir ce statut; les documents lui permettant de vérifier si les comptes concernés sont soumis à communication.

c. pour les établissements financiers non participants, l'information selon laquelle le titulaire de compte a confirmé ou non son statut d'établissement financier non participant.

³ A la demande de l'AFC, l'établissement financier rapporteur lui transmettra, à sa première communication, les documents ayant conduit à la qualification de personne américaine ou d'établissement financier non participant.»

La Chambre fiduciaire juge trop court le délai de 10 jours. Selon elle, il faudrait le prolonger à au moins 30 jours. En outre, elle signale que les données risquent le cas échéant de ne pas être disponibles sous forme électronique. La transmission électronique pourrait nécessiter des adaptations massives des interfaces et systèmes informatiques. Et comme les délais prévus sont très courts, tous les établissements financiers de Suisse devraient se préparer à l'éventualité d'une transmission de données, alors qu'en pratique il ne s'agirait que de cas isolés. D'où des charges exorbitantes par rapport aux revenus à prévoir. Il faudrait par conséquent biffer le terme «par voie électronique» et autoriser une transmission physique.

Al. 3:

ZH suggère, pour des raisons de protection juridique, de préciser au moins la teneur de l'art. 5, par. 3, let. b de l'accord FATCA.

Art. 12

Sur la base de la modification proposée à l'art. 10, l'ASB préconise d'adapter l'énoncé comme suit:

«Art. 12 Procédure relative aux avoirs en déshérence présentant des indices américains

¹ Si les avoirs [...], l'établissement financier rapporteur doit transmettre à l'AFC les indices américains ayant servi à établir le statut américain l'indiquer dans les documents permettant à l'AFC de vérifier le statut américain du titulaire du compte ainsi que sa qualité de bénéficiaire effectif.»

La Chambre fiduciaire juge problématique la transmission de données de comptes aux Etats-Unis en l'absence de décision finale. Cette disposition sacrifierait les intérêts légitimes du titulaire de compte inconnu.

Art. 13

ZH invite à vérifier si d'autres dispositions de la LAAF que l'art. 19 ne seraient pas applicables subsidiairement à l'échange de renseignements visé par l'accord FATCA. La question se poserait notamment pour la consultation des pièces (art. 15) ou pour la limitation de l'utilisation des renseignements pour la mise en œuvre du droit fiscal suisse (art. 21).

Art. 14

TI signale qu'on ignore ce qu'il adviendrait de l'impôt à la source prélevé s'il s'avérait par la suite que le titulaire du compte n'était pas une personne américaine ou qu'il n'était pas responsable du dépassement du délai de huit mois. Selon TI, ni l'accord FATCA ni la loi FATCA ne précisent les modalités d'un éventuel remboursement. Il faudrait en outre examiner si l'impôt à la source prévu ne risque pas d'aboutir à une double imposition.

Al. 1:

ZH se plaint de l'impossibilité de comprendre cette disposition à moins de consulter le rapport explicatif, et invite à la formuler plus précisément.

La Chambre fiduciaire recommande d'obliger l'AFC à annoncer à l'établissement financier concerné au moins 30 jours avant l'expiration du délai de huit mois qu'un impôt à la source devra être prélevé. En outre, il faudrait remplacer «le plus rapidement possible» par «dans les cinq jours qui suivent la transmission des renseignements».

Al. 2:

On ignore selon la Chambre fiduciaire si l'obligation de prélever un impôt à la source a des effets rétroactifs. Or cette obligation devrait clairement être limitée aux revenus réalisés à l'expiration du délai de huit mois.

L'UBCS s'interroge sur le taux applicable pour l'impôt à la source.

Art. 15

Outre l'impôt à la source proprement dit, l'ASA vise à faire supporter au titulaire du compte les frais liés à son prélèvement. En outre, il faudrait prévoir une formulation plus ouverte, étant donné qu'avec les assurances-vie on n'a pas affaire sur un plan juridique formel à des «paiements». L'ASA propose donc la formulation suivante:

«Le montant de l'impôt à la source prélevé sur un compte financier ainsi que les frais correspondants sont à la charge du titulaire du compte et peuvent être débités de son compte financier.»

Section 6: Dispositions pénales

Selon ZH, des problèmes de délimitation risquent de se poser entre l'art. 16, al. 1, let. b et l'art. 17 de la loi FATCA. En effet, la première disposition concerne la violation des obligations incombant aux établissements financiers suisses en vertu du contrat FFI selon l'art. 3, al. 1, let. a de l'accord FATCA. Quant à l'art. 17, il punit quiconque omet de demander au titulaire d'un compte américain ou à un établissement financier étranger non participant de donner son consentement à la communication des données concernant son compte. Dans l'hypothèse où cette obligation ferait l'objet du contrat FFI, sa violation serait déjà passible de la peine prévue à l'art. 16.

ZH ajoute que selon le rapport explicatif, l'inobservation de l'obligation de demander des documents visée à l'art. 17 est punissable même en cas de négligence. Il faudrait toutefois préciser ce point dans la loi FATCA, en vertu de l'art. 12 CP.

La Chambre fiduciaire recommande de limiter la portée des dispositions pénales à la violation des obligations découlant directement de la loi FATCA, au lieu de renvoyer à l'accord FATCA.

L'UBCS rappelle que la loi FATCA a pour but d'obliger les établissements financiers suisses à participer au FATCA ainsi que de créer les conditions juridiques nécessaires à la transmission, par les banques suisses, de données de leurs clients aux Etats-Unis. Or, selon elle, la loi FATCA va bien au-delà de cet objectif, en intégrant de manière trop généreuse ou trop vague des directives figurant dans les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain ou dans l'accord FATCA, en ajoutant sans nécessité au droit pénal suisse existant de nouvelles dispositions, ainsi qu'en conférant à l'AFC un rôle majeur dans la surveillance des établissements financiers suisses. Il paraît incongru à l'UBCS d'habiliter l'AFC à prononcer des amendes. La loi FATCA devrait être plus sobre et davantage faire appel à l'activité de surveillance de la FINMA. De même, il faudrait préciser le rôle incombant à la FINMA dans le contexte de la surveillance du FATCA. Dans l'hypothèse où les dispositions prévues seraient maintenues, il faudrait aussi habiliter l'AFC à donner sur l'application de l'accord FATCA des informations ayant force légale.

L'ASG estime que les dispositions pénales vont dans une large mesure au-delà des engagements imposés à la Suisse par l'accord FATCA. Le fait qu'elles se fondent en partie sur l'accord et non sur la loi serait en outre contestable du point de vue de l'Etat de droit. L'ASG propose par conséquent de biffer les dispositions problématiques. Sont notamment concernées les dispositions suivantes:

Art. 16

Al. 1, let. a:

L'ASG souligne que l'obligation de s'enregistrer en Suisse est régie par l'art. 4 de la loi FATCA. Selon elle, la Suisse se serait uniquement engagée à travers l'accord FATCA à rappeler aux établissements financiers leur obligation de participation. La Suisse n'aurait par contre pris aucun engagement à poursuivre les infractions. Et comme en parallèle le droit américain prévoit aussi des dispositions pénales, cette disposition créerait un risque de double sanction, qu'il y a lieu d'éviter.

Al. 1, let. b:

L'ASG souligne que le contrat FFI règle les obligations des établissements financiers vis-à-vis du fisc américain. La Suisse n'aurait donc pas à s'immiscer dans cette relation en édictant des normes pénales. L'analogie avec la LISint établie par le rapport explicatif serait hors de propos, étant donné l'absence, dans le champ d'application de cette dernière loi, d'obligations contractuelles qu'auraient des établissements suisses vis-à-vis du fisc étranger.

Al. 1, let. c:

L'ASG constate que quiconque remplirait ses obligations d'identification d'une autre manière autorisée par les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain échapperait à toute sanction. Seules les personnes procédant à une identification sur la base de l'annexe I de l'accord FATCA s'exposeraient à une sanction, ce qui montre l'absurdité d'une telle disposition.

5.3.2. Autres remarques ou propositions des participants à la consultation

- a) SZ tient à ce que les banques qui, à l'instar de la SZKB, ont une activité essentiellement régionale ne se voient pas infliger un fardeau excessif de travaux administratifs.
- b) De l'avis du pvl, les dispositions d'exécution devraient être conçues de façon à réduire au minimum les charges administratives et donc les coûts des établissements financiers et de la place bancaire suisse.
- c) economiesuisse recommande de veiller dans la loi FATCA à concrétiser de manière efficiente la réglementation du FATCA et à garantir la sécurité juridique. D'où l'importance de bien définir le but des nouvelles dispositions, qui ne devraient pas être utilisées à d'autres fins.
- d) Selon SEC Suisse, les sanctions prévues à la section 6 (Dispositions pénales) sont très sévères. Il ne serait pas acceptable que les employés de banque soient seuls à courir des risques. Il manque à ses yeux dans la loi l'obligation explicite pour les établissements financiers de s'assurer, par des pratiques, des instructions et des perfectionnements adéquats, que leurs employés ne soient pas d'emblée impliqués dans une procédure pénale. Il faudrait compléter les conditions de punissabilité, de façon à exclure ou limiter un tel risque.

- e) L'USS veut que la loi FATCA ou le protocole d'entente précisent que les banques ne sont autorisées à communiquer aux autorités américaines que des données de clients et des données de comptes, à l'exclusion de renseignements supplémentaires.
- f) SwissHoldings et SIX Group veulent qu'il soit précisé dans la loi FATCA que le Conseil fédéral vérifiera chaque année que la clause de la nation la plus favorisée (art. 12 de l'accord FATCA) est dûment appliquée.
- g) En outre, SwissHoldings demande que le message explique la notion d'«engagement» figurant à l'art. 7, al. 2 et précise que les vérifications de la plausibilité de l'autodéclaration du titulaire du compte incombant à l'établissement, dont il est question au ch. 4.3.2 du rapport explicatif, doivent s'effectuer sur la base du contrôle des indices américains prévu dans les dispositions d'exécution définitives.
- h) SwissHoldings, SIX Group et la Chambre fiduciaire exigent l'inscription dans la loi FATCA d'une disposition habilitant l'AFC à donner sur l'application de l'accord FATCA des informations ayant force légale.
- i) La Chambre fiduciaire demande que l'AFC ou le SFI publient des instructions sur les questions d'interprétation.
- j) La Chambre fiduciaire souhaite que le protocole d'entente et la loi FATCA reconnaissent l'égalité de fait de cette solution avec la norme du modèle 1, et que le Conseil fédéral, le SFI ou l'AFC prennent un engagement dans ce sens.
- k) La Chambre fiduciaire demande de prévoir dans le protocole d'entente une clause de tolérance en vertu de laquelle un établissement financier suisse ne subirait aucun inconvénient si, à cause de la lenteur du processus législatif, il devait ne pas pouvoir se conformer au FATCA pour le 1^{er} janvier 2014.
- l) La Chambre fiduciaire recommande de traiter expressément dans la section 3 (Obligations d'identification et de communication) les problèmes liés à l'obligation de communication. En feraient partie, outre le cas de l'art. 271 CP, les problèmes relevant du droit de la protection des données et les éventuels conflits de normes en matière de secret professionnel. De même, l'obligation de communication est jugée particulièrement délicate dans le cas des personnes américaines non clientes de l'établissement financier, mais constituant de simples ayants droit économiques (par ex. bénéficiaires irrévocables d'une assurance de capital et de rentes). Selon la Chambre fiduciaire, seraient également soumis à l'obligation de communication la banque ou l'assureur chargés d'*entity accounts*, de dépôts fiduciaires et autres comptes détenus par des personnes américaines. Autrement dit, l'établissement financier devrait signaler à l'IRS les données se rapportant à des «non-clients». La Chambre fiduciaire serait heureuse qu'outre les établissements financiers, la loi FATCA habilite expressément les éventuels tiers impliqués (par ex. avocats, agents fiduciaires, etc.) à transmettre des données.
- m) L'ASG exige en outre de prévoir à l'art. 12 une solution pour les avoirs en déshérence qui ne sont pas déposés dans une banque suisse, mais qui sont détenus par un trustee suisse ou gérés soit par le directeur suisse d'une société étrangère, soit par un gestionnaire de fortune indépendant suisse. Dans ces cas, on n'aurait pas affaire à une situation de déshérence au sens de la loi sur les banques (LB; RS 952.0).