



10 octobre 2012

**Rapport du Conseil fédéral «Les autorités
sous la pression de la crise financière et de
la transmission de données clients d'UBS
aux Etats-Unis», en réponse au postulat
10.3390 CdG CN / 10.3629 CdG CE du 30 mai
2010**

Condensé

Par le postulat 10.3390 CdG CN / 10.3629 CdG CE, les Commissions de gestion (CdG) du Conseil national (CN) et du Conseil des Etats (CE) ont chargé le Conseil fédéral d'examiner les questions soulevées dans leur rapport du 30 mai 2010 intitulé «Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis» à propos de l'application de l'art. 271 du Code pénal suisse (CP) et de la compatibilité de l'accord d'intermédiaire qualifié («Qualified Intermediary Agreement», QIA) avec le secret bancaire suisse. Dans le présent rapport, le Conseil fédéral répond à ce postulat et tire, là où c'est possible, les enseignements qui s'imposent pour l'avenir.

Le Conseil fédéral commence par examiner la compatibilité du QIA avec le secret bancaire suisse. Selon le système de l'intermédiaire qualifié en vigueur, les intermédiaires qualifiés doivent classer leurs clients en deux catégories, les «U.S. persons» et les «non-U.S. persons». Tandis que les «non-U.S. persons» ne sont pas tenues de dévoiler leur identité à l'autorité fiscale américaine («Internal Revenue Service», IRS), les «U.S. persons» ne peuvent, depuis le 1^{er} janvier 2001, détenir des titres américains que si elles sont disposées à signer le formulaire W-9. Les indications figurant sur ce formulaire permettent à l'intermédiaire qualifié de communiquer à l'IRS les revenus provenant des titres détenus et de divulguer ainsi l'identité des «U.S. persons». Lorsque des dispositions légales comme l'art. 47 de la loi sur les banques s'opposent à une telle divulgation, le QIA distingue entre les comptes ouverts avant le 1^{er} janvier 2001 et ceux ouverts après cette date. Pour les premiers, l'intermédiaire qualifié pouvait soit obtenir le consentement du titulaire du compte à la divulgation de son identité ou à la vente de ses titres américains, soit l'inviter à dévoiler lui-même son identité à l'aide du formulaire W-9. En cas de refus du client, il devait vendre les titres avant la fin de 2002 et prélever un impôt à la source de 31 %. Pour les seconds, l'intermédiaire qualifié doit faire en sorte que le client accepte que son identité soit dévoilée ou renonce à ce que des titres américains soient détenus pour son compte.

Etant donné que les «non-U.S. persons» ne sont pas tenues de dévoiler leur identité et que les U.S. persons» ont le choix entre divulguer leur identité et vendre leurs titres ou, le cas échéant, renoncer à la détention de titres américains, le Conseil fédéral conclut que le QIA ne viole pas le secret bancaire.

Le Conseil fédéral se penche ensuite sur les questions des autorisations accordées sur la base de l'art. 271, ch. 1, CP. L'enquête des CdG faisait suite à l'octroi par le DFF, le 7 novembre 2000, d'une autorisation générale aux personnes chargées de l'exécution des QIA conclus entre l'IRS et des banques ou des négociants en valeurs mobilières suisses. Aujourd'hui, le Conseil fédéral estime que les demandes selon l'art. 271, ch. 1, CP revêtant une telle importance politique doivent lui être soumises pour décision et qu'il aurait, en outre, été préférable d'opter dans ce cas pour une réglementation générique et abstraite plutôt que pour une autorisation individuelle en faveur d'un cercle de destinataires indéterminé.

Dès lors qu'il a répondu au postulat 10.3390 CdG CN / 10.3629 CdG CE, le Conseil fédéral propose de le classer.

1 Contexte

Dans leur rapport «Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis»¹ du 30 mai 2010, les CdG CN et CE ont notamment analysé des questions relatives à l'interprétation et à l'application de l'art. 271 CP et à l'accord d'intermédiaire qualifié («Qualified Intermediary Agreement», QIA). Par le postulat 10.3390 CdG CN / 10.3629 CdG CE, elles ont chargé le Conseil fédéral d'examiner de manière approfondie, dans un rapport détaillé, les questions soulevées par leur rapport à propos de l'application de l'art. 271 CP et de la compatibilité du QIA avec le secret bancaire suisse.

L'enquête des CdG faisait suite à l'octroi par le DFF, le 7 novembre 2000, de l'autorisation générale fondée sur l'art. 271, al. 1, CP aux personnes chargées de l'exécution des QIA conclus entre l'autorité fiscale américaine IRS et des banques ou des négociants en valeurs mobilières suisses. En accordant cette autorisation, le DFF accédait à une demande en ce sens de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 2 août 2000. L'autorisation du DFF permettait aux personnes chargées d'appliquer le QIA – à savoir les organes, employés et représentants des banques et des courtiers, ou leurs organes de révision et mandataires – d'accomplir sur le territoire suisse les opérations prévues par le «Final Qualified Intermediary Withholding Agreement» (IRS Revenue Procedure 2000.12), en particulier le prélèvement d'impôts à la source selon le droit américain, la divulgation d'informations à des tiers pour assurer ledit prélèvement et la réalisation de contrôles sur ces activités. Cette autorisation a été communiquée par écrit à l'ASB à l'intention des établissements ayant conclu un QIA avec l'IRS. Des copies en ont été adressées à la Chancellerie fédérale (ChF), au Ministère public de la Confédération (MPC), au Secrétariat général du DFF, au Département fédéral des affaires étrangères (DFAE, Direction du droit international public), à l'Administration fédérale des contributions (AFC), à la Commission fédérale des banques (CFB) et à la Banque nationale suisse (BNS). L'autorisation s'appuyait sur les bases légales de l'art. 271, ch. 1, CP déjà mentionné, et de l'art. 31, al. 1 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1).

Les CdG posent tout d'abord la question de savoir s'il était licite d'accorder une telle autorisation globale à un cercle de personnes indéfini pour une durée indéterminée. Il faudrait en outre éclaircir la question de l'autorité compétente pour accorder une telle autorisation. Selon les CdG, en effet, si l'art. 31, al. 1, OLOGA accorde aux départements et à la ChF la compétence de décider, dans leur domaine, des autorisations au sens de l'art. 271, ch. 1, CP, l'art. 31, al. 2, OLOGA précise que «les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral». Les CdG indiquent qu'elles n'ont pas pu vérifier si tel a été le cas (rapport p. 317). C'est pourquoi elles considèrent «qu'il serait souhaitable que les autorités suisses fassent toute la lumière sur cette question et, notamment, qu'elles déterminent clairement le rôle joué par les autorités suisses dans le cadre de la négociation de contrats privés entre les banques suisses et l'Etat américain – ou celui qu'elles doivent y jouer. Il conviendrait en outre d'examiner si des autorisations telles que celle susmentionnée ne devraient pas faire l'objet d'un réexamen périodique» (rapport p. 318). Dans le cadre de leur enquête, les CdG n'ont pas examiné «jusqu'à quel point le QIA conclu en l'an 2000 entre l'Etat américain et l'Association suisse des banquiers était effectivement compatible avec le secret bancaire ni si, après son durcissement unilatéral par l'IRS, il l'était demeuré, s'il l'était initialement» (rapport p. 317).

Par le présent rapport, le Conseil fédéral répond aux questions posées par les CdG.

¹ Le rapport peut être consulté à l'adresse: <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/berichte-aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommission-gpk/berichte-2010/Documents/bericht-gpk-ns-ubs-kundendaten-usa-2010-05-30-f.pdf>.

2 Eventail de questions relatives au système de l'intermédiaire qualifié

2.1 Contexte juridique initial

2.1.1 Secret bancaire suisse

Le secret bancaire trouve son origine dans le droit privé.² Selon la doctrine actuelle, il résulte en premier lieu de la relation contractuelle qui unit le client à la banque, cette dernière étant contractuellement tenue, avec ses collaborateurs, de garder le secret sur la situation personnelle du client. Même sans être expressément convenu, ce devoir fait partie intégrante de la relation contractuelle selon la coutume en vigueur. Il perdure en outre au-delà de la durée du rapport contractuel, conformément au principe de la confiance.³ Le secret bancaire se fonde également sur le droit légal à la protection de la personnalité de toute personne physique et morale.⁴ Enoncé aux art. 28 ss du Code civil (CC; RS 210), ce droit concrétise par voie légale l'art. 13 de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101), qui énonce que toute personne a droit au respect de sa sphère privée et à la protection contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

En outre, avec l'art. 47 de la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0), le législateur a octroyé aux clients bancaires une protection pénale supplémentaire en ce qui concerne l'obligation de garder le secret sur la relation bancaire. Cette disposition pénale ne protège cependant le secret bancaire que dans la mesure où il a été concrètement fondé par le contrat et le droit de la personnalité. Sont tenus au respect du secret bancaire, conformément à l'énumération figurant dans la loi, les organes, les employés, les mandataires ou les liquidateurs d'une banque, ou encore les organes et les employés d'une société d'audit. Sont passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire non seulement la violation du secret bancaire par une des personnes tenues au secret, mais aussi la tentative d'une personne extérieure de percer le secret en question.⁵

Il est possible de restreindre le secret bancaire préalablement ou a posteriori avec le consentement de l'ayant droit. Ce consentement n'est cependant valable que s'il ne repose pas sur un dol, une erreur, une menace ou une contrainte. Il peut y avoir notamment contrainte lorsque les tribunaux américains enjoignent un client bancaire de divulguer des informations protégées en le menaçant de sanctions.⁶ Dans ce cas, il se peut que le client ne jouisse pas d'une réelle autodétermination et que l'effet du consentement soit insuffisant. Toutefois, même lorsque le consentement a été obtenu par une mesure officielle, il peut y avoir autodétermination, et donc un consentement «réel» à la renonciation au secret bancaire. Il faut pour cela que le client bancaire ayant droit au secret bancaire opte pour la divulgation après en avoir pesé les avantages et les inconvénients, et que le droit de la banque de refuser la divulgation des informations ne soit pas plus avantageux pour lui.⁷ Enfin, les devoirs légaux de témoigner et de renseigner priment le secret bancaire, surtout dans les procédures pénales et en matière d'assistance administrative et d'entraide judiciaire internationales.⁸ La violation

² Cf. BSK BankG-Stratenwerth, art. 47 n. 1.

³ Cf. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, art. 47 n. 4.

⁴ Bodmer/Kleiner/Lutz (note de bas de page 3), n. 5.

⁵ BSK BankG-Stratenwerth, art. 47 n. 5, 11.

⁶ BSK BankG-Stratenwerth, art. 47 n. 25 ss; Bodmer/Kleiner/Lutz (note de bas de page 3), art. 47 n. 11 ss.

⁷ Examen approfondi des questions qui se posent dans ce contexte, Günter Stratenwerth, Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, pp. 227 ss, 235 s.

⁸ BSK BankG-Stratenwerth, art. 47 n. 33 ss; Bodmer/Kleiner/Lutz (note de bas de page 3), art. 47 n. 56 ss.

du secret bancaire est poursuivie d'office; est punissable la violation non seulement intentionnelle, mais aussi commise par négligence.⁹

2.1.2 Introduction du système de l'intermédiaire qualifié

Dans le cadre de leur système fiscal, les Etats-Unis prélèvent un impôt à la source de 30 % sur les intérêts et les dividendes générés par des titres américains et versés à un bénéficiaire qui ne réside pas aux Etats-Unis («non-resident alien», NRA). L'établissement financier responsable de cette retenue d'impôt est appelé «U.S. withholding agent». Si un investisseur est domicilié dans un pays qui a signé une convention de double imposition (CDI) avec les Etats-Unis, il peut faire valoir un dégrèvement de tout ou partie de l'impôt à la source américain.

Fin 1997, l'IRS a édicté des règles plus strictes pour l'imposition des étrangers non domiciliés aux Etats-Unis, ainsi que des obligations d'annonce correspondantes. Le but principal de ce changement était de mettre un terme aux abus très répandus dans le domaine des exemptions de l'impôt à la source prévues par les CDI. En effet, d'après les règles jusqu'alors en vigueur, le dégrèvement de l'impôt était accordé dès que le domicile du bénéficiaire d'un versement était situé dans un pays signataire d'une CDI. Le destinataire du paiement pouvait également être une banque. De nombreuses personnes résidant aux Etats-Unis et ressortissants d'Etats qui n'avaient pas signé de CDI avec les Etats-Unis ont pu profiter du dégrèvement fiscal en détenant des titres, notamment des actions, par l'intermédiaire d'une banque sise dans un Etat signataire d'une CDI. Notons que de tels abus ne pouvaient pas être commis par l'intermédiaire de banques suisses. Ces dernières étaient en effet tenues de transmettre à l'AFC une retenue d'impôt supplémentaire (à hauteur du dégrèvement prévu par la CDI) prélevée sur les revenus de capitaux américains détenus pour le compte de clients, et de rétablir ainsi l'impôt à la source de 30 % dû selon le droit américain. Les personnes résidant en Suisse pouvaient demander le remboursement de cette retenue d'impôt supplémentaire s'ils déclaraient correctement leurs revenus de capitaux américains, et l'AFC virait périodiquement aux autorités fiscales américaines le montant des retenues non réclamées. Alors que les personnes résidant dans des pays signataires d'une CDI avec les Etats-Unis pouvaient demander le remboursement de la retenue d'impôt supplémentaire aux Etats-Unis, celles de pays n'ayant pas conclu de CDI avec les Etats-Unis se voyaient imputer définitivement la déduction totale, comprenant le montant réduit de l'impôt à la source américain et la retenue d'impôt supplémentaire. Ce système permettait d'éviter que les personnes ne résidant pas en Suisse fassent valoir la CDI conclue entre la Suisse et les Etats-Unis pour bénéficier indûment d'un dégrèvement de l'impôt à la source américain. Les Etats-Unis visaient une nouvelle réglementation, uniforme à l'échelle mondiale, de la procédure de dégrèvement et n'étaient plus intéressés par la retenue supplémentaire suisse.

Les règles de procédure édictées fin 1997 définissaient des exigences en matière d'identification des bénéficiaires de revenus provenant de sources américaines et en matière d'annonce. Dans la version originale, les contribuables domiciliés hors des Etats-Unis pouvaient profiter des réductions fiscales uniquement à condition de dévoiler leur identité à l'«U.S. withholding agent». Ce texte a suscité de vives inquiétudes parmi les places financières concernées dans la mesure où les établissements financiers ne sont en général pas très enclins, pour des raisons de concurrence, à fournir des informations sur les clients au dépositaire intermédiaire. En guise d'alternative, l'IRS a introduit le système de l'intermédiaire qualifié («Qualified Intermediary System»), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001. L'idée fondamentale du système était de reporter une partie des obligations de l'«U.S. withholding agent» sur un établissement financier étranger, appelé intermédiaire qualifié. Celui-ci endosse la responsabilité de l'identification des bénéficiaires des versements conformément aux

⁹ BSK BankG-Stratenwerth, art. 47 n. 4.

instructions de l'IRS et, le cas échéant, des devoirs d'annonce et de retenue fiscale pour le compte de l'IRS. A cet effet, il signe un accord appelé «Qualified Intermediary Agreement» (QIA). Cet accord consiste en un formulaire rédigé par l'IRS, qui l'utilise dans le monde entier. Pour pouvoir conclure un QIA avec l'IRS, l'établissement doit, condition essentielle, respecter les prescriptions d'identification (règles dites du «Know your customer», KYC), qui se fondent en grande partie sur les procédures d'identification imposées par le droit bancaire local. Un établissement peut aussi utiliser des formulaires américains pour l'attestation par le client.¹⁰ Les formalités spéciales d'identification des clients prévues pour les intermédiaires qualifiés suisses sont spécifiées dans une annexe au QIA («Attachment for Switzerland»).¹¹ Des procédures semblables ont été engagées pour d'autres Etats. Les annexes spécifiques aux autres pays sont très similaires et ne diffèrent que sur certains détails concernant les documents admis pour l'identification des clients.

2.1.3 Teneur du QIA

Le QIA oblige l'intermédiaire qualifié notamment à classer ses clients selon des critères précis, le principal étant la qualité de «U.S. person» ou de «non-U.S. person».

Depuis le 1^{er} janvier 2001, la première catégorie de clients peut uniquement détenir des titres américains si elle a accepté de signer le formulaire W-9. Les indications faites dans ce dernier autorisent l'intermédiaire qualifié à annoncer à l'IRS les revenus générés par lesdits titres et, partant, à dévoiler l'identité de l'«U.S. person». Lorsque des dispositions légales, dont l'art. 47 LB, s'opposent à la divulgation de l'identité, le QIA fait la différence entre les comptes ouverts avant le 1^{er} janvier 2001 et ceux ouverts après cette date. Dans le cas d'un compte ouvert avant la date de référence, l'intermédiaire qualifié pouvait se dégager de l'interdiction de divulgation (a) en obtenant le consentement du titulaire du compte à la communication de son identité, (b) en obtenant son autorisation de vendre les titres américains, ou (c) en enjoignant le titulaire du compte de déclarer lui-même son identité au moyen du formulaire W-9. Si le client s'opposait à ces trois procédures, l'intermédiaire qualifié devait vendre les titres jusqu'à fin 2002 et prélever, à certaines conditions, un impôt à la source anonyme de 31 % («backup withholding tax», aujourd'hui fixé à 28 %). Pour les comptes ouverts après le 1^{er} janvier 2001, l'intermédiaire qualifié doit obtenir l'accord du client (a) quant à la divulgation de son identité ou (b) quant à l'interdiction qui lui est faite de détenir des titres américains ou, en cas de détention illicite de tels titres, quant à l'assujettissement de leurs revenus au «backup withholding tax» et à leur vente dans un certain délai, sous déduction dudit impôt sur le produit brut.

Pour leur part, les «non-U.S. persons» qui détiennent des titres américains dans leur dépôt peuvent être identifiées soit au moyen du formulaire américain W-8BEN, soit au moyen des documents d'identification mentionnés dans l'annexe nationale au QIA (en général, documents prévus par les prescriptions KYC en vigueur dans les établissements bancaires). En procédant de la sorte, les clients étrangers sont entièrement exonérés de l'impôt américain à la source sur les revenus d'intérêts («portfolio interest exemption»), ou bénéficient d'un impôt à la source réduit selon les règles d'une CDI. L'identité des clients n'a pas besoin d'être déclarée à cet effet. Si la documentation est lacunaire, l'intermédiaire qualifié doit s'assurer que les revenus en question provenant de sources américaines sont assujettis à l'impôt à la source américain intégral de 30 %.¹²

¹⁰ Renseignements complémentaires: cf. rapport succinct de la FINMA du 18.02.2009: Enquête de la CFB concernant l'activité transfrontalière de l'UBS SA avec des clients privés aux USA, ch. 3.1; rapport des CdG (note de bas de page 1, p. 136 s.); annexe 1 à la circulaire n° 6971 de l'ASB du 7 avril 2000, pp. 1 ss.

¹¹ Rapport succinct de la FINMA (note de bas de page 10), p. 9

¹² Renseignements complémentaires concernant la teneur du QIA, cf. notamment le rapport succinct de la FINMA (note de bas de page 10), ch. 3.2; annexe 1 à la circulaire n° 6971 de l'ASB du 7 avril 2000, p. 5 ss; circulaire n° 6999 de l'ASB du 24 août 2000 et annexe «Trusts, Foundations and Offshore Companies» du 21 août 2000; Urs R. Behnisch, Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, in: Jusletter du

Enfin, il convient de mentionner qu'en plus des prescriptions applicables aux «U.S. persons», la réglementation et l'exécution correcte de la procédure d'imposition à la source des «non-U.S. persons» étaient et restent un élément crucial du système de l'intermédiaire qualifié.

2.2 Réponse aux questions soulevées par les CdG en relation avec le QIA

Afin de juger la compatibilité du QIA en vigueur avec le secret bancaire suisse, le Conseil fédéral doit vérifier si les banques ou les négociants en valeurs mobilières, en leur qualité d'intermédiaires qualifiés, violent ou ont violé le secret bancaire en livrant à l'IRS les données bancaires de leurs clients requises par le QIA. La réponse dépend exclusivement du droit suisse, plus précisément de l'art. 47 LB (cf. ch. 2.1.1); en dehors de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire, il n'existe en l'occurrence aucun devoir de renseignement envers une autorité étrangère.

Comme expliqué au ch. 2.1.3, les «non-U.S. persons» détenant des titres américains dans leur dépôt doivent uniquement attester leur statut au moyen du formulaire W-8BEN ou des documents suffisants. Elles ne sont pas tenues de dévoiler leur identité à l'IRS. Dans ce cas, il n'y a pas de transfert d'informations qui viole le secret bancaire.

En relation avec leurs comptes ouverts avant le 1^{er} janvier 2001, les «U.S. persons» ont dû soit dévoiler leur identité, soit vendre leurs titres américains. Si elles n'acceptaient aucune de ces deux possibilités, l'intermédiaire qualifié devait procéder à la vente des titres américains avant fin 2002. Le consentement du client à la divulgation de son identité résultait donc d'un choix entre deux options. La vente des titres peut être considérée comme une alternative valable à la divulgation. Partant, le libre choix nécessaire au consentement justifiant la divulgation du secret bancaire semble respecté, et il n'y a pas exercice d'une contrainte. Lorsque des titres américains ont été vendus sous déduction d'un impôt à la source anonyme, il n'y a pas eu communication d'informations à l'IRS, ni par conséquent violation du secret bancaire.

Il n'y a pas de commentaire supplémentaire à faire sur les comptes ouverts après le 1^{er} janvier 2001, pour lesquels le client a dû soit renoncer à détenir des titres américains, soit accepter de divulguer son identité.

3 Eventail de questions relatives à l'art. 271 CP

3.1 Contexte juridique initial

En vertu de l'art. 271, ch. 1, CP, est punissable celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, ou celui qui aura favorisé de tels actes. Le bien protégé par l'art. 271 est la sphère d'influence étatique. Il s'agit de préserver l'inviolabilité du territoire et la souveraineté territoriale de l'Etat.¹³ L'objet de l'attaque est la souveraineté de la Suisse, c'est-à-dire son droit à ce que des actes étatiques ne soient effectués sur son territoire que par ses propres institutions, à moins qu'une norme n'y autorise une autorité étrangère (par ex. traité international, loi ou autorisation exceptionnelle accordée par une autorité suisse).¹⁴ Sont punissables les Suisses et

26 janvier 2009, ch. marg. 16 ss.

¹³ Praxiskommentar StGB-Trechsel/Vest, art. 271 n. 1.

¹⁴ BSK Strafrecht II-Hopf, art. 271 n. 6.

les étrangers, les particuliers et les fonctionnaires qui exécutent de tels actes. Le caractère de l'acte ne dépend pas de son auteur, mais du fait de savoir si l'acte, de par sa nature, relève de la compétence d'une autorité ou d'un fonctionnaire.¹⁵

En vertu de l'art. 31 OLOGA, l'octroi des autorisations selon l'art. 271, ch. 1, CP ressortit aux départements et à la Chancellerie fédérale dans leur domaine (al. 1), ou au Conseil fédéral pour les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre (al. 2). L'art. 31 OLOGA ne comporte aucune prescription matérielle pour l'octroi de l'autorisation, ni aucun critère permettant d'apprécier si un cas présente une importance politique ou autre. Il précise juste que les décisions doivent être communiquées au Ministère public de la Confédération et aux départements concernés (art. 31, al. 3, OLOGA).

Les actes visés par l'art. 271, ch. 1, CP peuvent être autorisés d'une manière générale par une disposition légale, un traité bilatéral entre Etats ou un accord multilatéral,¹⁶ à commencer notamment par toutes les bases juridiques de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire internationales.¹⁷ En l'absence de telles bases, ce qui est fréquent dans le domaine des procédures administratives, l'autorisation selon l'art. 271, ch. 1, CP offre une solution possible, du moins dans certains cas.

3.2 Réponse aux questions soulevées par les CdG en relation avec l'art. 271 CP

3.2.1 Compétence du DFF en relation avec l'autorisation du 7 novembre 2000

En exécutant les prescriptions d'identification définies dans le QIA¹⁸, l'intermédiaire qualifié agit pour le compte d'un Etat étranger au sens de l'art. 271, ch. 1, CP.

Conformément à l'art. 31, al. 1, OLOGA, les départements et la Chancellerie fédérale décident, dans leur domaine, des autorisations prévues à l'art. 271, ch. 1, CP. L'autorisation délivrée à l'ASB, qui a permis aux personnes chargées d'appliquer le QIA de procéder en toute autonomie à des actes étatiques sur le territoire suisse, fonde en quelque sorte une activité de surveillance des banques et un appui à des procédures de taxation étrangères. Cette activité relevait du champ d'application de l'ancienne ordonnance du 9 mai 1979¹⁹ réglant les tâches des départements, des groupements et des offices. Son art. 10, let. e et k, en relation avec l'art. 11, ch. 5, let. c, définissait que le DFF, agissant par l'intermédiaire de l'administration fiscale, était compétent pour le traitement des demandes suisses et étrangères dans le domaine du département, ainsi que pour la surveillance des banques.

A l'époque, les négociations sur la mise en œuvre du QIA en Suisse ont été menées par une délégation de représentants de l'AFC et de l'ASB. Le but principal visé par la délégation était d'élaborer une solution compatible avec le secret bancaire. Compte tenu du fait que les autorisations au sens de l'art. 271, ch. 1, CP doivent être accordées par l'Etat, il est justifié que

¹⁵ BSK Strafrecht II-Hopf, art. 271 n. 7.

¹⁶ BSK Strafrecht II-Hopf, art. 271 n. 18.

¹⁷ En font notamment partie la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP; RS 351.1); les accords bilatéraux dans le cadre de la coopération policière et/ou judiciaire; la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1); le règlement par traités internationaux de la thématique du contrôle financier dans le cadre des accords bilatéraux avec l'UE, dont l'Accord du 25 juin 2007 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part (RS 0.420.513.1), et les conventions de double imposition en vigueur.

¹⁸ Cf. ch. 2.1.2 ci-dessus.

¹⁹ RO 1979 684

celui-ci participe à la conception de la teneur des accords entre les autorités étrangères et les sujets de droit privé.

3.2.2 L'autorisation aurait-elle dû être accordée par le Conseil fédéral?

Selon l'art. 31, al. 2, OLOGA, les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral. L'autorisation qui nous occupe ici a été octroyée le 7 novembre 2000 par le DFF, c'est-à-dire sans avoir été soumise au Conseil fédéral pour décision. En revanche, le DFF a demandé au Conseil fédéral, le 20 octobre 2000, une révision partielle de l'ordonnance du 15 juin 1998²⁰ concernant la convention de double imposition américano-suisse du 2 octobre 1996²¹, et mentionné le QIA à cet égard. Dans son art. 11, l'ordonnance révisée par la modification du 1^{er} novembre 2000²² fait donc explicitement référence au QIA, considéré comme dossier fiscal. Les actes mentionnés dans l'autorisation du DFF du 7 novembre 2000 (cf. ch. 1) et prévus par le QIA, en particulier le prélèvement d'impôts à la source selon le droit américain, la divulgation d'informations à des tiers en vue de l'impôt, et la réalisation de contrôles sur ces activités, touchent à un domaine sensible sur le plan politique. C'est pourquoi le Conseil fédéral, dans l'optique actuelle, est d'avis que les demandes selon l'art. 271, ch. 1, CP qui présentent une importance politique, telles que la demande de l'ASB du 2 août 2000, doivent lui être soumises pour décision en application de l'art. 31, al. 2, OLOGA. Par ailleurs, la pratique en matière d'octroi d'autorisations selon l'art. 271, ch. 1, CP a été précisée. Lesdites autorisations ne sont plus accordées qu'aux personnes physiques ou morales individuelles (et non plus à des secteurs entiers).

En octobre 2009, le DFF a soumis au Conseil fédéral, conformément à la nouvelle pratique, la demande d'une SARL ayant son siège en Allemagne. La situation était la suivante: depuis le 1^{er} janvier 2009, l'Allemagne connaît une réglementation qui offre aux entreprises domiciliées en Allemagne la possibilité de tenir leurs comptes électroniques hors d'Allemagne également. A la demande du contribuable, les autorités financières allemandes peuvent même autoriser un déplacement des livres dans un pays hors de l'Union européenne. Pour ce faire, il faut toutefois que l'autorité compétente de l'Etat vers lequel les écritures électroniques doivent migrer approuve l'accès par les autorités financières allemandes aux livres et autres écritures électroniques de l'entreprise. Dans le cas d'espèce, le Conseil fédéral a octroyé l'autorisation demandée au fisc allemand. Dans sa décision d'octroi, il rappelle toutefois qu'il peut révoquer son autorisation à tout moment. Depuis lors, le DFF rend ses décisions lui-même sur des dossiers similaires, en s'appuyant sur la décision de principe du 21 octobre 2009. Cette procédure présente un double avantage: d'une part elle respecte le but de l'art. 31, al. 2, OLOGA (soumission d'un cas concret au Conseil fédéral); d'autre part elle satisfait au critère de commodité puisque le DFF peut prendre lui-même position sur des cas similaires.

Dans sa décision du 4 avril 2012, le Conseil fédéral a octroyé aux quelques banques suisses impliquées dans une procédure avec les autorités américaines l'autorisation au sens de l'art. 271, ch. 1, CP, de notamment donner, si la défense de leurs intérêts l'exigeait, des informations relatives à leurs activités transfrontalières avec les Etats-Unis. Cette autorisation est limitée dans le temps mais peut être prolongée sur demande.

²⁰ RS 672.933.61

²¹ RS 0.672.933.61

²² RO 2000 2998

3.2.3 Autorisation individuelle selon l'art. 271, ch. 1, CP ou solution législative générique et abstraite?

Selon l'avis du Conseil fédéral de l'époque, une décision accordée sans limite temporelle à un cercle indéterminé (mais définissable) de personnes, telle que celle du 7 novembre 2000, ne dépasse pas le cadre de l'art. 31 OLOGA. On peut toutefois légitimement se demander si cette procédure était optimale au regard des principes de l'Etat de droit. Sur ce point, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion qu'il aurait été préférable, dans le cas d'espèce et dans la perspective actuelle, d'opter pour une réglementation générique et abstraite plutôt que pour une autorisation individuelle en faveur d'un cercle de destinataires indéterminé. Pour régler les questions récurrentes, les principes de l'Etat de droit exigent des réponses génériques et abstraites de la part du législateur ou de l'autorité réglementaire. Il s'agit là de la seule manière de garantir l'égalité et la transparence dans le traitement des demandes, ainsi que la légitimation suffisante du point de vue démocratique des atteintes à la souveraineté, telles que l'acceptation de la réalisation d'actes relevant du pouvoir public par un Etat étranger sur le territoire suisse.

Pour les raisons évoquées plus haut, il faut sensibiliser à cette problématique les départements chargés d'accorder l'autorisation et leur conseiller de privilégier des solutions adéquates basées sur des traités internationaux ou des actes législatifs lorsqu'un grand nombre de demandes similaires se présente dans un contexte précis. Notons à cet égard que la nécessité d'améliorer la législation concernant l'octroi de telles autorisations est actuellement examinée sous l'égide de l'Office fédéral de la justice.