



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF

Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI

Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation portant sur la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale

10 Juin 2016

Table des matières

1.	Contexte.....	4
2.	Procédure de consultation et évaluation.....	4
2.1.	Procédure de consultation.....	4
2.2.	Méthode d'évaluation.....	5
3.	Principaux résultats de la consultation.....	5
4.	Evaluation de la procédure de consultation dans le détail.....	5
4.1.	Avis individuels.....	5
4.2.	Autres remarques et propositions des participants à la consultation.....	8

Abréviations et sigles des participants à la consultation

ASB	Association suisse des banquiers
ASG	Association suisse des gérants de fortune
CDF	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances
FPC	Fondation pour la protection des consommateurs
FSA	Fédération Suisse des Avocats
GSCGI	Groupement suisse des conseils en gestion indépendants
Les Verts	Parti écologiste Suisse PES
ODA	Ordre des avocats de Genève
PBD	Parti bourgeois-démocratique
PDC	Parti démocrate-chrétien
PLR	PLR. Les Libéraux-Radicaux
PS	Parti socialiste suisse
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UDC	Union démocratique du centre
UIR	Union intercantonale de réassurance
USAM	Union suisse des arts et métiers
USS	Union syndicale suisse

1. Contexte

D'après l'art. 7, let. c, LAAF, il n'est pas entré en matière sur une demande d'assistance administrative qui viole le principe de la bonne foi, notamment lorsqu'elle se fonde sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse.

A l'été 2013, une procédure de consultation relative à la modification de la LAAF entrée en vigueur le 1er février 2013 a été menée. Le projet proposait de limiter la teneur du texte de l'art. 7, let. c, LAAF, afin que la non-entrée en matière s'applique uniquement pour les cas où la demande était fondée sur des renseignements que l'Etat requérant avait obtenus activement par des actes punissables au regard du droit suisse. La modification de la disposition a finalement été abandonnée en raison des vives critiques formulées dans le cadre de la consultation afin de ne pas compromettre le principal objectif de la révision, à savoir l'introduction d'une exception relative à l'information ultérieure des personnes habilitées à recourir. En effet, de nombreuses demandes étaient bloquées parce que l'Etat requérant avait requis qu'elles soient tenues secrètes, ce qui était impossible en l'absence d'une telle exception. L'introduction de cette disposition exceptionnelle était nécessaire pour que la Suisse puisse passer à la deuxième phase de l'examen par les pairs dans le cadre du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial). En renonçant à modifier l'art. 7, let. c, LAAF, on était conscient que l'attitude de la Suisse en ce qui concerne les données acquises illégalement était considérée par des pays partenaires importants comme non conforme à la norme de l'OCDE concernant l'assistance administrative en matière fiscale. On était également conscient du fait que l'attitude de la Suisse pourrait avoir un impact négatif sur son évaluation lors de la deuxième phase de l'examen par les pairs.

Dans le rapport supplémentaire de la Suisse lors de la première phase de l'examen par les pairs, le Forum mondial a demandé à la Suisse d'appliquer l'art. 7, let. c, LAAF conformément à la norme de l'OCDE. Le présent projet de modification de la loi tient compte de cette situation et des exigences internationales. Il vise à assurer une application de la LAAF conforme à la norme de l'OCDE en matière d'échange de renseignements sur demande, notamment dans le contexte de la phase 2 d'examen par les pairs de la Suisse, mais aussi en vue du nouveau cycle d'évaluation qui a débuté en 2016.

Dorénavant, il sera entré en matière si la demande de l'Etat requérant est fondée sur des renseignements certes obtenus initialement par des actes punissables au regard du droit suisse, mais dont l'Etat requérant est entré en possession dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative et en l'absence d'un comportement actif. Lorsque l'Etat entre en possession des données via des sources accessibles au public, comme les médias, il ne fait pas non plus preuve d'un comportement actif. En revanche, le principe contenu dans l'art. 7, let. c, LAAF est maintenu. L'obtention de renseignements au moyen d'actes punissables selon le droit suisse continuera d'être un motif de refus d'entrée en matière si l'Etat requérant est entré en possession des renseignements sur lesquels il fonde sa demande en dehors d'une procédure d'assistance administrative et par un comportement actif.

2. Procédure de consultation et évaluation

2.1. 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, douze partis politiques, les trois associations faîtières nationales des communes, des villes et des régions de montagne, huit associations faîtières de l'économie et 37 autres milieux intéressés.

L'invitation a été acceptée par 25 cantons (AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH), six partis politiques (PBD, PDC, PLR, Les Verts, PS, UDC), la CDF, cinq associations faïtières de l'économie (Economiesuisse, Union patronale suisse, ASB, USS, USAM), l'Association des communes suisses, l'Union des villes suisses ainsi que 13 représentants des milieux concernés (Swissholdings, Expert Suisse, Fiduciaire Suisse, UIR, Centre Patronal, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, FSA, GSCGI, ASG, TF, TAF, FPC, Alliance Sud).

Par ailleurs, l'ODA a pris position.

Ont renoncé à prendre position: l'Association des communes suisses, l'UIR, la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, TF, FPC.

L'Union patronale suisse renonce à prendre position, car la question entre dans le champ de compétence d'Economiesuisse.

2.2. Méthode d'évaluation

Le présent rapport ne reproduit pas l'intégralité des avis exprimés, mais cherche plutôt à dégager la position générale des participants. Pour les détails, on se référera aux réponses à la consultation, qui peuvent être consultées au Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI).

3. Principaux résultats de la consultation

Parmi les 25 cantons qui ont pris position, 24 sont favorables au projet (AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH). Un canton (SZ) le rejette.

Sur les six partis politiques qui ont pris position, trois approuvent le projet (PBD, Les Verts, PS) et trois s'y opposent (PDC, PLR, UDC).

Sur les 16 organisations qui ont pris position, sept approuvent le projet (CDF, Economiesuisse, ASB, USS, Union des villes suisses, Swissholdings, Alliance Sud) et sept le rejettent (USAM, Centre Patronal, FSA, GSCGI, ASG, TAF, ODA). Expert Suisse et Fiduciaire Suisse approuvent le projet si certaines conditions sont réunies.

4. Evaluation de la procédure de consultation dans le détail

4.1. Avis individuels

4.1.1 Opposants

SZ, PDC, PLR, UDC, USAM, Centre Patronal, FSA, GSCGI, ASG, TAF et ODA rejettent la modification proposée.

PLR, UDC, FSA et ASG considèrent que le fait d'accéder à des demandes d'assistance administrative qui sont fondées sur des données volées est problématique au regard de l'Etat de droit. De leur point de vue, on ne doit pas faire de différence entre données illégales acquises activement et données illégales acquises passivement. Le PLR est cependant conscient du fait que les raisonnements économiques qui sous-tendent le projet de révision sont fondés et il souhaite également prendre toutes les mesures possibles pour ne pas mettre les bâtons dans les roues aux entrepreneurs suisses. Le PDC s'oppose également au projet, qui prévoit l'octroi de l'assistance administrative sur la base de données volées. Le PLR et l'ODA rappellent que le Parlement a adopté, en 2014, une initiative parlementaire du PLR déposée par le groupe libéral-radical (10.450) qui prévoyait une répression plus dure de la

vente de données bancaires. Cette décision du Parlement est un signe clair contre le vol de données. Le PLR et le PDC argumentent en outre que cette révision est précipitée, car le Forum mondial examinera tout d'abord les demandes d'assistance administrative qui ont été déposées entre le 1^{er} juillet 2012 et le 30 juin 2015. La révision proposée ne peut donc plus déployer ses effets sur le résultat de la Suisse dans le cadre de l'examen par les pairs. Selon l'UDC et le Centre Patronal, la nouvelle pratique proposée en matière d'assistance administrative ne s'appliquerait qu'avec les Etats avec lesquels la Suisse ne conclut pas d'accord EAR, c'est-à-dire notamment les pays concernant lesquels on peut émettre des doutes sur l'application des principes de l'Etat de droit. L'UDC estime qu'un tel projet ne peut pas être approuvé. Pour le PLR, la FSA et l'ASG, l'exemple du Liechtenstein montre d'ailleurs qu'il est également possible d'obtenir un résultat favorable si l'assistance administrative a été refusée du fait que la demande était fondée sur des données volées. Le canton de SZ et le PDC renvoient au rapport explicatif concernant la modification législative proposée, d'après lequel les Etats partenaires de la Suisse pourraient se révéler moins intéressés par les données bancaires volées après le passage à l'EAR dès 2017, puisque ces données bancaires leurs seraient transmises automatiquement. Ils considèrent dès lors qu'il n'est pas judicieux d'introduire une modification de la loi qui tombera dans l'obsolescence à compter de 2018. Pour cette même raison, l'ODA estime que la modification législative proposée ne revêt plus d'importance pratique.

D'après le canton de SZ, un moyen de preuve acquis frauduleusement ne devient pas recevable par le fait qu'il est transmis à une autre personne ou à un autre Etat. Pour garantir que les comportements délictueux ne soient pas récompensés dans le cadre de l'assistance administrative, la condition sine qua non est que les données bancaires acquises frauduleusement soient clairement irrecevables. Aux yeux du TAF, le présent projet est contraire à la jurisprudence du TF concernant l'effet indirect de l'interdiction d'utiliser une preuve. Au regard du canton de SZ, du TAF et de la FSA, la modification législative proposée pourrait violer le principe de la bonne foi, car on ne comprend pas pourquoi seul le comportement du premier Etat, qui se procure activement des données volées, serait contraire à la bonne foi, tandis que le second Etat pourrait utiliser sans problème les données dans la mesure où il les a reçues du premier Etat par la voie de l'assistance administrative.

Pour FSA et ODA, il n'est pas certain si la réglementation unilatérale proposée serait conforme au droit international. La doctrine estime majoritairement que les autorités fiscales ne doivent pas accéder aux demandes d'assistance administrative qui sont fondées sur des données acquises illégalement; elle se fonde sur le principe fixé par la convention de Vienne sur le droit des traités selon laquelle les accords internationaux doivent être interprétés en vertu du principe de la bonne foi. L'ODA ajoute que lorsque l'Etat requérant utilise les résultats de sa propre enquête pour fonder sa demande, il viole le principe de la bonne foi si son enquête a été initiée sur la base de données volées. L'ODA mentionne par ailleurs que la législation suisse, mais également celle d'autres pays interdisent l'utilisation de données volées, car le recours à ce type de données contreviendrait à la notion de procédure équitable. Comme le commentaire sur le modèle de Convention fiscale de l'OCDE mentionne qu'il n'est pas possible de fournir des renseignements qui ne pourraient l'être sur la base de la législation ou dans le cadre de la pratique administrative normale de l'Etat requis ou celles de l'autre Etat contractant, la pratique suisse actuelle en matière de données volées est conforme au droit international et à la norme de l'OCDE. L'ODA relève finalement que l'entraide en matière pénale est également soumise au principe de la bonne foi et ne permet aucune coopération sur la base de données volées sauf dans des cas exceptionnels. La FSA souligne que le Conseil fédéral invoque en bonne partie les mêmes arguments qu'en 2013 dans le cadre de la première révision partielle de la LAAF. Or, en proposant à nouveau une

modification qui a été fortement critiquée dans le cadre de la consultation menée en 2013, le Conseil fédéral témoignerait d'un certain dédain de la procédure politique.

L'ASG souligne également que le nouveau projet de révision ne serait justifié que si le contexte avait fortement évolué depuis 2013. Or, cela n'est pas le cas et il n'existe par ailleurs pas d'autres arguments défendables qui rendraient une adaptation nécessaire. L'ASG et l'ODA critiquent en outre le fait que des principes reconnus par les Etats de droit, comme le principe qui veut que les moyens de preuve doivent être rassemblés par voie légale dans le cadre de toutes les procédures, devraient être sacrifiés à titre préventif, juste pour se mettre à l'abri de la critique du Forum mondial. D'après l'ASG et l'ODA, lorsque des autorités se procurent des données, que ce soit par voie d'assistance administrative ou par les médias, elles agissent toujours activement, car même des données acquises passivement nécessitent un traitement actif avant de pouvoir être utilisées à des fins fiscales.

4.1.2 Partisans

Les cantons AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH, les partis PBD, Les Verts et PS ainsi que les organisations CDF, Economiesuisse, ASB, USS, Union des villes suisses, Swissholdings et Alliance Sud sont favorables au projet.

AG, AR, BS, LU, NW, OW, SG, SH, SO, TG, UR, VS, et ZG partagent l'avis du Conseil fédéral d'après lequel la poursuite de la pratique actuelle de la Suisse pourrait entraîner de gros désavantages pour la Suisse et, dès lors, qu'une nouvelle adaptation de la LAAF se révèle nécessaire.

L'Union des villes suisses et la Conférence des directrices et directeurs des finances des villes sont favorables à la révision, car elle est dans l'intérêt national comme dans l'intérêt international et constitue une participation active de la Suisse dans la prévention de la soustraction et de l'escroquerie fiscale dans un contexte international.

Aux yeux du PBD, le Luxembourg offre un exemple édifiant des conséquences pouvant s'ensuivre d'une interprétation non conforme à la norme. Pour la Suisse, les conséquences seraient également lourdes et ce, non seulement du point de vue des marchés financiers, mais également dans l'optique des menaces qui pèsent sur la place économique de la Suisse.

Economiesuisse et ASB admettent que le contexte en matière d'assistance administrative a évolué ces dernières années et que le fait de refuser d'accorder l'assistance administrative lorsque la demande se fonde sur des données volées est contraire, du point de vue des Etats partenaires de la Suisse, à la norme internationale actuelle. Le maintien de la pratique actuelle de la Suisse aurait une influence défavorable sur l'examen par les pairs (seconde phase) effectué par le Forum mondial, ce qui aurait des conséquences négatives sur la Suisse.

Pour Swissholdings, il est important depuis des années que la Suisse fasse tout son possible pour réussir l'examen par les pairs du Forum mondial. Les sanctions fiscales nuiraient non seulement la place bancaire helvétique, mais surtout la place industrielle de la Suisse, qui est fortement internationalisée. C'est pourquoi Swissholdings estime que la révision proposée est nécessaire.

Les cantons AR, SG, SH, CDF et Economiesuisse soulignent que suite à l'introduction prévue de l'échange automatique de renseignements, le refus d'accorder l'entraide administrative ne ferait plus sens voire ne serait plus admissible dans le cas des données volées acquises passivement.

Pour BS et JU, la solution proposée règle de façon pragmatique un problème qui ternit les relations de la Suisse avec ses Etats partenaires et porte un voile sur les progrès réalisés ces dernières années en matière de transparence fiscale. La pratique actuelle en matière de demandes d'assistance administrative, qui est restrictive, nuit à l'acceptation internationale de notre système fiscal et n'est donc pas dans l'intérêt de la Suisse. Pour USS et Les Verts, la révision soutient une normalisation des relations en ce qui concerne l'assistance administrative entre la Suisse et ses partenaires, entraîne des effets favorables sur le résultat de l'examen par les pairs du Forum mondial et renforce la reconnaissance internationale de la Suisse pour les progrès qu'elle a réalisés ces dernières années dans le domaine de la transparence en matière fiscale. Cette reconnaissance revêt une importance centrale pour la place économique de la Suisse et pour la crédibilité de la Suisse au sein des organisations internationales.

De l'avis d'Alliance Sud, la révision proposée intervient trop tard par rapport à la seconde phase de l'examen par les pairs du Forum mondial. Son influence indirecte sur l'évaluation de la Suisse par le Forum mondial ne doit toutefois pas être sous-estimée, ne serait-ce que parce que l'Inde y occupe une place importante.

L'Union des villes suisses se demande s'il est réellement possible d'examiner, dans un cas particulier, si les données récoltées illégalement ont été acquises «activement» ou «passivement».

Pour la CDF et les cantons AI, AR, LU, SH, TG, UR, ZG, VS et ZH la question reste ouverte si la différenciation induite par la révision proposée, qui veut que l'assistance administrative sera accordée dans les cas où les données volées ont été acquises passivement mais pas dans les cas où elles ont été acquises activement, sera reconnue à long terme par tous les Etats requérants.

En guise d'argument en faveur de la révision proposée, les cantons AI, AR, GL, LU, OW, SG, TG, VS et ZH soulignent que la pratique fiscale suisse actuelle admet également l'utilisation de données acquises passivement et ce, même si elles ont été récoltées à l'étranger moyennant la violation d'un secret professionnel.

Expert Suisse et Fiduciaire Suisse approuvent le projet dans la mesure où certaines conditions sont réunies. Expert Suisse souhaite disposer d'une analyse approfondie, dans le contexte de la situation politique actuelle et à la lumière de l'examen par les pairs du Liechtenstein, pour déterminer si l'assistance administrative en ce qui concerne les données acquises de manière passive doit être accordée ou non. Si le maintien du statu quo entraînerait des désavantages nets, une révision de la loi devrait être acceptée. Fiduciaire Suisse est favorable au projet à condition que la révision soit une condition sine qua non pour la réussite de l'examen par les pairs. Une modification de l'art. 7, let. c, LAAF est envisageable dans la mesure où l'Etat requérant indique la provenance des données et confirme qu'il n'a pas participé activement à leur récolte illégale. En outre, il faudrait prévoir une réglementation transitoire en vertu de laquelle la révision législative ne serait applicable qu'en ce qui concerne les données acquises illégalement après l'entrée en vigueur de la révision.

4.2. Autres remarques et propositions des participants à la consultation

- a) TI estime que le fait que la LAAF soit révisée dès que la moindre pression internationale se fait sentir entraîne une insécurité légale aussi bien pour les contribuables que pour les institutions financières.

- b) BL demande que d'avantage de considération soit portée aux intérêts de la Suisse à l'avenir afin d'éviter que le nombre des solutions unilatérales contraires à la conception du droit suisse devant être adoptées n'augmente.
- c) SO estime qu'il serait indéfendable que l'art. 7, let. c, LAAF s'applique à des demandes qui ont été déposées avant l'entrée en vigueur de cette disposition.
- d) BE estime qu'il est désormais contraire à la logique que les autorités fiscales suisses n'aient le droit de demander des renseignements bancaires que dans les cas où ces renseignements pourraient être demandés en vertu du droit suisse (art. 22, al. 6, LAAF). De même, l'interdiction d'exploiter des renseignements bancaires fournis à l'étranger (art. 21, al. 2, LAAF) n'est plus de mise. FR demande également que l'on renonce à cette limitation que la Suisse s'inflige elle-même.