



27 février 2019

Rapport explicatif sur la modification de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale

Condensé

Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial) veille à ce que les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales soient respectées au niveau international et mises en œuvre de façon cohérente. Il s'agit ainsi de créer des conditions de concurrence identiques sur le plan mondial, ce qui correspond aux intérêts de la place financière suisse. Le Forum mondial émet des recommandations à l'intention des États qui ne transposent pas entièrement les prescriptions internationales. Les États concernés sont tenus de suivre ces recommandations. En 2018, dans le cadre d'un examen préliminaire des bases légales régissant l'échange international automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (EAR), le Forum mondial a adressé des recommandations à la Suisse. Le présent projet vise à ce que soient prises les mesures nécessaires à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial.

Contexte

La Suisse met en œuvre la norme internationale sur l'EAR depuis le 1^{er} janvier 2017. Depuis cette date, les institutions financières suisses déclarantes collectent des renseignements sur leurs clients pour autant que ceux-ci aient leur résidence fiscale dans un État partenaire de la Suisse dans le cadre de l'EAR. Ces données sont transmises une fois par année à l'autorité compétente de l'État partenaire. Le premier échange de données suisses avec 36 États partenaires a eu lieu en automne 2018.

Comme dans le cas de l'échange de renseignements sur demande, le Forum mondial vérifie la mise en œuvre de la norme sur l'EAR au niveau national au moyen d'examen par les pairs (*peer reviews*). Les examens par les pairs concernant l'EAR débutent en 2020. Afin de garantir dès le début l'intégrité de la norme sur l'EAR, ses éléments centraux font l'objet depuis 2017 d'examen préliminaires par étapes. Le premier élément de ces examens préliminaires par étapes consiste à vérifier si les dispositions en matière de confidentialité et de sécurité des données sont respectées. Dans un deuxième temps, le Forum mondial vérifie si les États ont entièrement transposé la norme sur l'EAR dans leur droit national. En tant que troisième élément, le Forum mondial a développé un processus de suivi concernant la création d'un réseau adéquat d'États partenaires en matière d'EAR. Le quatrième élément porte quant à lui sur la mise en place des ressources administratives et informatiques nécessaires au bon fonctionnement de l'EAR.

À ce jour, la Suisse a fait l'objet d'examen préliminaires portant sur deux de ces quatre éléments. Le respect des dispositions en matière de confidentialité et de sécurité des données a été évalué en 2017 et a été jugé conforme. L'évaluation des bases légales de l'EAR a suivi en 2018. Les bases légales en question sont la loi fédérale et l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale. Vu son importance dans la mise en œuvre pratique, la directive que l'Administration fédérale des contributions (AFC) a consacrée à ce sujet a également été prise en compte dans l'évaluation. En ce qui concerne la mise en œuvre des prescriptions internationales, cet examen s'est traduit par des clarifications sur la base desquelles certaines adaptations deviennent nécessaires dans les bases légales suisses. La Suisse est tenue de rendre compte au Forum mondial, dans un délai de douze mois (c'est-à-dire d'ici à la fin de 2019), des mesures qui sont prises pour mettre en œuvre les recommandations qu'il a émises. L'examen relatif au troisième élément a lieu de manière continue, tandis que le quatrième élément sera examiné à partir de 2019.

À l'issue des examens préliminaires par étapes, c'est-à-dire à partir de 2020, le Forum mondial procédera à de premières notations dans le cadre de l'examen complet par les pairs. La question de savoir si les États qui ont reçu des recommandations lors des examens préliminaires par étapes ont ou non effectué les adaptations nécessaires sera prise en compte dans l'évaluation du Forum mondial.

Le projet vise à l'adoption des mesures nécessaires à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial. La Suisse souligne ainsi qu'elle est prête à mettre entièrement en œuvre les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements.

Contenu du projet

L'avant-projet de loi prévoit la suppression de l'exception applicable aux communautés de propriétaires par étage. En outre, des adaptations doivent être apportées aux obligations en matière de diligence, les montants doivent être exprimés en dollars américains, et l'obligation pour les institutions financières suisses déclarantes de conserver les documents doit être inscrite dans le texte légal. Par ailleurs, indépendamment de l'examen effectué par le Forum mondial, il faut profiter de l'occasion pour inscrire dans la loi la pratique concernant l'inscription des trusts documentés par le trustee et insérer une disposition habilitant l'autorité compétente à suspendre l'EAR avec un État partenaire de sa propre compétence lorsque l'État partenaire ne remplit pas les exigences de l'OCDE en matière de confidentialité et de sécurité des données. Dans l'ordonnance, certaines dispositions dérogatoires précisées à ce niveau doivent être abrogées ou modifiées, et des dispositions relatives aux obligations en matière de diligence et d'enregistrement ainsi qu'à la définition des montants en dollars américains doivent être précisées conformément à l'avant-projet de loi. Les modifications apportées aux deux actes législatifs doivent être mises en vigueur par le Conseil fédéral simultanément le 1^{er} janvier 2021.

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Nécessité d'agir et objectifs

En vue de l'introduction de la norme sur l'EAR, le Conseil fédéral a signé, le 19 novembre 2014, l'Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (accord EAR ou *Multilateral Competent Authority Agreement, MCAA*)¹. Le MCAA se fonde sur l'art. 6 de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (convention sur l'assistance administrative)² et prévoit l'échange de renseignements collectés conformément à la norme commune de déclaration et de diligence raisonnable (NCD) élaborée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans le cadre de la norme sur l'EAR. La NCD définit qui doit collecter des renseignements, quels renseignements doivent être collectés, et sur quels comptes ils doivent être collectés. En Suisse, elle est une annexe et une partie intégrante du MCAA. Le MCAA et la NCD fixent les bases légales matérielles de l'EAR entre la Suisse et ses États partenaires. Cependant, leurs dispositions ne sont pas toutes suffisamment détaillées, justiciables et directement applicables, raison pour laquelle la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements (LEAR)³ et l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements (OEAR)⁴ qui en découle ont été édictées. La convention sur l'assistance administrative et le MCAA sont entrés en vigueur conjointement avec la LEAR et l'OEAR le 1^{er} janvier 2017. On a ainsi créé les bases légales de l'EAR, qui ont permis de procéder en automne 2018 à un premier échange de renseignements entre la Suisse et 36 partenaires.

Comme dans le cas de l'échange de renseignements sur demande, le Forum mondial vérifie la mise en œuvre de la norme sur l'EAR au niveau national au moyen d'examens par les pairs (*peer reviews*). Les examens par les pairs concernant l'EAR débutent en 2020. Afin de garantir dès le début l'intégrité de la norme sur l'EAR, ses éléments centraux font l'objet depuis 2017 d'examens préliminaires par étapes. Sont examinés tous les États qui se sont engagés à mettre en œuvre l'EAR⁵.

Le premier élément de ces examens préliminaires par étapes consiste à vérifier si les dispositions en matière de confidentialité et de sécurité des données sont respectées. Dans un deuxième temps, le Forum mondial vérifie si les États⁶ ont entièrement transposé la norme sur l'EAR dans leur droit national. En tant que troisième élément, le Forum mondial a développé un processus de suivi concernant la mise en place d'un réseau adéquat d'États partenaires en matière d'EAR. Le quatrième élément porte quant à lui sur la mise en place des ressources administratives et informatiques nécessaires au bon fonctionnement de l'EAR.

À ce jour, la Suisse a fait l'objet d'examens préliminaires portant sur deux de ces quatre éléments. Le respect des dispositions en matière de confidentialité et de sécurité des données a été évalué en 2017 et a été jugé conforme. L'évaluation des bases légales de l'EAR, à savoir la LEAR et l'OEAR, a suivi en 2018. L'examen a également pris en compte la directive de l'AFC sur la norme relative à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (directive sur l'EAR)⁷. L'examen relatif au troisième élément a lieu en continu, tandis que le quatrième élément sera examiné à partir de 2019.

L'évaluation des bases légales se focalise sur la transposition correcte dans le droit national des dispositions de la NCD ainsi que de certains éléments définis comme essentiels du commentaire relatif à la NCD. Outre des définitions et des obligations s'appliquant aux institutions financières

1 RS 0.653.1

2 RS 0.652.1

3 RS 653.1

4 RS 653.11

5 Forum mondial, «AEOI: Status of Commitments», <https://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf> (état au 16.1.2019).

6 Le terme «États» comprend aussi bien les États que les territoires.

7 Administration fédérale des contributions. Peut être consulté à l'adresse: www.estv.admin.ch > Droit fiscal international > EAR > Publications > Directives (état au 16.1.2019).

déclarantes, la NCD contient dans la sect. VIII, par. B et C, des catégories spécifiques d'institutions financières non déclarantes et de comptes exclus, ainsi qu'une clause générale pour chaque paragraphe. Ces clauses générales permettent aux États d'exclure d'autres entités ou d'autres comptes du champ d'application de l'EAR pour autant qu'ils ne présentent qu'un faible risque d'être utilisés dans un but de fraude fiscale et qu'ils affichent des caractéristiques substantiellement similaires à celles des catégories d'institutions financières non déclarantes et de comptes exclus décrites dans la NCD. L'évaluation de ces dispositions dérogatoires internes constitue l'un des thèmes centraux de la procédure d'examen. Il s'agit ainsi de s'assurer qu'il ne subsiste aucune faille pouvant être exploitée pour contourner la norme sur l'EAR. Il s'avère que les bases légales sont vérifiées de manière stricte par rapport aux prescriptions de la NCD et que le Forum mondial n'accepte pas le moindre écart. Cette procédure stricte est appliquée pour assurer une lutte à armes égales (*level playing field*) sur le plan mondial. C'est également la raison pour laquelle il n'est en principe pas tenu compte des conditions générales internes en matière juridique et économique lors de cet examen. En ce qui concerne la mise en œuvre des prescriptions internationales, l'évaluation s'est traduite par des clarifications qui amènent la Suisse à procéder à des adaptations de son droit interne.

La Suisse est tenue de rendre compte au Forum mondial, dans un délai de douze mois (c'est-à-dire d'ici à la fin de 2019), des mesures qui sont prises pour mettre en œuvre les recommandations qu'il a émises. La mise en œuvre des recommandations sera évaluée lors de l'examen de la Suisse par les pairs qui aura lieu à partir de 2020. Elle aura une influence sur la note attribuée par le Forum mondial. Cette dernière est pour sa part un critère essentiel lorsqu'il s'agit d'évaluer si un État doit être identifié comme coopératif en matière de transparence fiscale⁸.

Le projet vise à l'adoption de la majeure partie des mesures nécessaires à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial, afin que la Suisse ne reçoive pas une note insuffisante lors de l'examen complet par les pairs⁹. Par la même occasion, la Suisse souligne qu'elle est prête à mettre entièrement en œuvre les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales.

1.1.2 Possibles conséquences de la notation du Forum mondial

Les notes du Forum mondial sont utilisées par le G20, l'OCDE et l'Union européenne pour déterminer si un État doit être identifié comme non coopératif en matière de transparence fiscale. En juin 2018, l'OCDE a adopté les critères d'évaluation révisés ci-après¹⁰ pour identifier les États non coopératifs en matière de transparence fiscale, critères qui ont ensuite été acceptés par les ministres des finances et les directeurs des banques centrales du G20:

- dans le domaine de l'échange de renseignements sur demande, il faut au moins obtenir la note globale «conforme pour l'essentiel»;
- dans le domaine de l'EAR, les dispositions légales requises doivent être introduites et l'échange de données doit démarrer pour la fin de 2018; d'ici à la fin de 2019, des accords doivent être activés avec l'essentiel des partenaires intéressés et appropriés;
- la convention sur l'assistance administrative doit être en vigueur, ou un réseau d'accords bilatéraux suffisamment étendu permettant aussi bien l'échange de renseignements sur demande que l'EAR.

Un État est réputé coopératif quand il remplit au moins deux des trois critères. En revanche, même s'il remplit deux des trois critères, il est identifié comme non coopératif a) s'il obtient la note globale «non conforme» en matière d'échange de renseignements sur demande ou b) s'il ne remplit pas le critère relatif à l'EAR figurant sous le deuxième point¹¹.

⁸ Voir à ce sujet les commentaires concernant le chiffre 1.1.2.

⁹ La recommandation concernant les comptes en monnaie électronique ne sera pas mise en œuvre. Voir à ce sujet les commentaires concernant le chiffre 3.1.

¹⁰ Les premiers critères ont été définis en 2016.

¹¹ OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Buenos Aires, juillet 2018, p. 7, ch. 2, p. 66 s.; www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2018.pdf (état au 16.1.2019).

Les États non coopératifs sont inscrits sur des listes, c'est-à-dire sur une liste OCDE/G20¹² et sur une liste de l'Union européenne des pays non coopératifs à des fins fiscales (liste commune de l'Union européenne), étant précisé que l'inscription sur la liste commune de l'Union européenne des États figurant sur la liste OCDE/G20 entre en considération qu'ils soient ou non soumis à un propre examen de l'Union européenne¹³.

L'inscription d'un État dans une liste correspondante peut amener des États partenaires à prendre des mesures défensives. Les mesures de ce genre peuvent par exemple comprendre un durcissement du contrôle des transactions avec des entreprises sises dans des États non coopératifs. La menace de mesures défensives nuit par ailleurs à l'attractivité d'un pays comme lieu d'implantation d'entreprises étrangères¹⁴.

Il est évident que, pour le bien de la place économique suisse, tout doit être mis en œuvre pour empêcher l'inscription de la Suisse sur l'une de ces listes. Si la Suisse ne répondait pas correctement aux recommandations exprimées dans le cadre des examens préliminaires par étapes, cela pourrait avoir des conséquences négatives sur la note obtenue dans le cadre de l'examen par les pairs concernant l'EAR.

1.2 Aperçu de l'examen complet par les pairs débutant en 2020

À l'occasion de sa réunion plénière de novembre 2018 à Punta del Este, le Forum mondial a approuvé les termes de référence des futurs examens complets de la mise en œuvre de l'EAR¹⁵. Ces derniers sont subdivisés en trois exigences fondamentales (*core requirements*).

La première de ces exigences prescrit que les États doivent veiller à ce que toutes les institutions financières déclarantes appliquent des procédures de diligence raisonnable conformes à la norme sur l'EAR et qu'elles déclarent les renseignements requis par cette dernière. Pour ce faire, les États concernés doivent bénéficier d'un cadre légal adéquat et de procédures administratives appropriées pour s'assurer que les obligations légales sont respectées en pratique. La mise en œuvre des recommandations faites par le Forum mondial dans le cadre de son évaluation des bases légales de l'EAR va jouer un rôle important dans l'évaluation de la conformité avec cette exigence fondamentale.

La deuxième exigence concerne le réseau de partenaires. Il est attendu que les États échangent des données avec tous les partenaires qui ont exprimé un intérêt et remplissent les conditions de la norme sur l'EAR (c'est-à-dire les «partenaires intéressés appropriés») conformément aux engagements pris. Les échanges doivent respecter les conditions de la norme pour ce qui est de la transmission des données.

Finalement, la troisième exigence fondamentale a trait au respect des mesures de confidentialité et de sécurité des données échangées. Il s'agit d'une poursuite des évaluations déjà effectuées dans le cadre des examens préliminaires (voir chiffre 1.1.1), qui cette fois sera focalisée sur le traitement des données reçues en pratique.

Le Forum mondial doit encore définir la méthodologie selon laquelle la conformité avec ces exigences fondamentales sera mesurée. Des discussions auront lieu à ce sujet dans le courant de l'année 2019. Il est attendu que les premières notes d'ensemble soient attribuées en 2021. À noter que la méthodologie de l'évaluation de l'exigence fondamentale 3 a déjà été adoptée par la plénière du Forum mondial en novembre 2018.

¹² OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors (note de bas de page 11), p. 7, ch. 2.

¹³ Document FISC 345/ECOFIN 1088 «EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes» du 5 décembre 2017 sur les conclusions tirées par le Conseil de l'Union européenne de la liste commune de l'Union européenne, p. 23 s.; <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15429-2017-INIT/en/pdf> (état au 16.1.2019).

¹⁴ Pour des exemples, l'on se référera aux commentaires figurant dans le message sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse (FF 2019 277, chapitre 1.1.2).

¹⁵ Forum mondial, «The framework for the full AEOI reviews: the Terms of Reference», <http://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-terms-of-reference.pdf> (état au 16.1.2019).

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹⁶, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹⁷. Cela est dû au fait que la nécessité des modifications de loi proposées n'est apparue qu'à l'automne 2018. Compte tenu de l'obligation de rendre compte au Forum mondial dans un délai de douze mois (c'est-à-dire d'ici à la fin de 2019) des mesures qui sont prises pour mettre en œuvre les recommandations qu'il a émises, il est judicieux d'effectuer rapidement les adaptations proposées.

Le projet correspond à la ligne directrice 1 du programme de législature: «La Suisse assure durablement sa prospérité». Conformément à l'objectif 2, qui lui est subordonné, la Suisse crée un environnement économique optimal à l'intérieur du pays et renforce ainsi sa compétitivité. Cela implique notamment la nécessité de clarifier les conditions générales à long terme pour la place financière suisse afin que la sécurité juridique et la stabilité puissent être préservées. Il faut simultanément mettre en œuvre les décisions de reprise de normes internationales, assurer la conformité et formuler les réglementations nécessaires de façon ciblée et mesurée.

2 Développements internationaux et droit comparé

À ce jour, la grande majorité des États ont subi un examen portant sur leurs bases légales. Les évaluations encore en cours doivent être bouclées d'ici à la fin du premier trimestre 2019.

2.1 Évaluation des dispositions générales et des obligations de diligence

Le Forum mondial compare le libellé des dispositions figurant dans les bases légales des États examinés à celui de la NCD. S'il existe une divergence matérielle ou si un élément défini comme essentiel de la NCD n'est pas repris dans le droit interne ou ne l'est que de façon incomplète, l'État examiné est tenu d'adapter la disposition ou de reprendre les éléments manquants dans son droit interne. Dans la grande majorité des cas, cette procédure se traduit par des clarifications concernant les réglementations de la NCD. Diverses places financières concurrentes, dont le Liechtenstein¹⁸ et le Royaume-Uni¹⁹, ont déjà révisé et mis en vigueur leurs bases légales sur l'EAR en se fondant sur les résultats de cet examen préliminaire, ou prévoient de les modifier en ce sens. Ces États, ainsi que d'autres États tels que l'Allemagne, la France, l'Italie ou le Luxembourg, qui n'ont reçu que peu ou pas de recommandations dans leur évaluation concernant la mise en œuvre des obligations de diligence, car ils ont repris l'intégralité de la NCD dans leur droit interne et n'y ont apporté que peu ou pas de précisions, ont tout intérêt à ce que le libellé des bases légales des autres États déroge aussi peu que possible à celui de la NCD.

2.2 Évaluation des institutions financières non déclarantes et des comptes exclus

La NCD contient des catégories spécifiques d'institutions financières et de comptes qui sont exclus du champ d'application de l'EAR (voir sect. VIII, par. B et C, NCD). Elle contient en outre, pour chaque paragraphe, une clause générale sur la base de laquelle d'autres institutions financières et comptes peuvent être exclus du champ d'application de l'EAR pour autant qu'ils ne présentent qu'un faible risque d'être utilisés dans un but de fraude fiscale et qu'ils affichent des caractéristiques substantiellement similaires à celles des exceptions décrites dans la NCD. Ces dispositions dérogatoires revêtent une grande importance lorsque le Forum mondial évalue si un État partenaire met correctement en œuvre la norme sur l'EAR dans son droit interne. Il faut exposer au

¹⁶ FF 2016 981

¹⁷ FF 2016 4999

¹⁸ Gesetz vom 7. September 2017 über die Abänderung des Gesetzes vom 5. November 2015 über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Gesetz), Landesgesetzblatt 2017 Nr. 293

¹⁹ The International Tax Compliance (Amendment) Regulations 2017, 2017 No. 598

Forum mondial sur quelle catégorie d'institutions financières non déclarantes ou de comptes exclus au sens de la NCD une disposition dérogatoire se fonde et lui indiquer si les conditions en vigueur pour cette catégorie sont remplies ou si des caractéristiques substantiellement similaires garantissent qu'il n'existe qu'un faible risque que l'exception soit utilisée dans un but de fraude fiscale. À ce jour, le Forum mondial a examiné plus de 300 dispositions dérogatoires internes.

En Suisse, les dispositions dérogatoires fondées sur les clauses générales au sens de la NCD ont notamment été formulées sur le modèle de celles qui figurent dans l'accord du 14 février 2013 entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA (accord FATCA; cf. annexe II de l'accord FATCA)²⁰ ou sur la base des conditions générales économiques ou juridiques caractérisant le pays. Cependant, pour les raisons énoncées sous chiffre 1.1.1, il n'est en principe pas tenu compte des conditions générales internes en matière juridique et économique. Les États doivent par conséquent rectifier leurs dispositions dérogatoires ne correspondant pas aux prescriptions de la norme EAR et du Forum mondial. Il s'avère que les institutions financières ou les comptes qui sont touchés par le présent projet n'ont été exclus du champ d'application de l'EAR par aucun autre État; plus précisément, que le Forum mondial a également émis des recommandations à l'intention des États qui connaissent des exceptions identiques ou similaires.

3 Réglementation proposée

3.1 Mise en œuvre des recommandations

Le projet vise à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial dans leur ensemble, à l'exception de la recommandation portant sur l'abrogation de la disposition dérogatoire concernant les comptes en monnaie électronique (art. 16 OEAR)²¹.

À cet effet, l'avant-projet de loi prévoit l'abrogation de l'exception applicable aux communautés de propriétaires par étage ainsi que certaines modifications des obligations de diligence actuellement en vigueur. Il s'agit en outre d'exprimer désormais les montants en dollars américains exclusivement et d'inscrire dans le texte légal l'obligation pour les institutions financières suisses déclarantes de conserver les documents. Cette obligation de conserver existe déjà aujourd'hui dans les faits, mais elle doit maintenant être inscrite explicitement à des fins de clarification.

Certaines dispositions dérogatoires précisées au niveau de l'ordonnance doivent être abrogées ou adaptées. Les dispositions dérogatoires visées sont celles qui se rapportent aux communautés de copropriétaires, associations et fondations ainsi qu'à leurs comptes, aux comptes de consignation et aux comptes qui sont exclus en vertu de la loi du pays de résidence de leur titulaire. En outre, certaines dispositions relatives aux obligations en matière de diligence et d'enregistrement ainsi qu'à la définition des montants en dollars américains doivent être précisées conformément à l'avant-projet de loi. Il faut par ailleurs introduire des dispositions transitoires dans l'ordonnance afin de fixer les obligations de diligence applicables pour les institutions financières touchées par l'abrogation des dispositions dérogatoires et d'accorder à ces institutions des délais appropriés pour assumer les obligations nouvelles ou supplémentaires imposées dans le cadre de l'EAR.

Certaines recommandations du Forum mondial vont également être intégrées à la directive sur l'EAR. Ces travaux seront assurés par l'AFC en collaboration avec un groupe d'experts.

3.2 Autres modifications

Indépendamment de l'examen effectué par le Forum mondial, il faut profiter de l'occasion pour consigner dans la loi la pratique concernant l'inscription des trusts documentés par le trustee et

²⁰ RS 0.672.933.63

²¹ La manière de traiter les établissements de monnaie électronique et les comptes en monnaie électronique est actuellement discutée dans le cadre du Groupe de travail n° 10 du Comité des affaires fiscales de l'OCDE. Les résultats de ces discussions seront intégrés à une éventuelle révision de la norme sur l'EAR (dont la date n'est pas fixée). Il est prévu que certains produits en monnaie électronique soient exclus du champ d'application de l'EAR. Il faut donc attendre les résultats des discussions du Groupe de travail n° 10 avant de modifier les bases légales suisses.

insérer une disposition habilitant l'autorité compétente à suspendre l'EAR avec un État partenaire de sa propre compétence lorsque l'État partenaire ne remplit pas les exigences en matière de confidentialité et de sécurité des données.

3.3 Adéquation des moyens requis

Par sa proposition de prendre en compte la grande majorité des recommandations du Forum mondial, la Suisse souligne qu'elle est prête à entièrement mettre en œuvre les normes internationales en matière fiscale. Cela implique des charges pour les milieux concernés et les parties prenantes. C'est ainsi que l'abrogation des dispositions dérogatoires pour les associations et les fondations qui remplissent les conditions énoncées dans la NCD pour une qualification en tant qu'institution financière a pour conséquence que celles-ci, dès l'entrée en vigueur des modifications proposées, devront assumer les obligations découlant des accords internationaux et des bases légales suisses en matière d'EAR. Étant donné qu'en pratique seules de rares associations devraient être qualifiées d'institutions financières, les conséquences d'une abrogation des dispositions dérogatoires les concernant devraient rester limitées. Dans le cas des fondations concernées, en revanche, les conditions d'une qualification en tant qu'institution financière devraient être plus souvent remplies en pratique. Dans les cas de ce genre, des questions de mise en œuvre parfois complexes pourraient se poser, qu'il faudra aborder en compagnie des institutions concernées. Cependant, étant donné que le rattachement des fondations au champ d'application de l'EAR constitue l'un des piliers de la norme sur l'EAR et que les autres États n'excluent pas les fondations du champ d'application de cette dernière, il y a une forte attente pour que la Suisse abroge cette exception. Avec l'abrogation de la disposition dérogatoire les concernant, le traitement des fondations qui ont été constituées en Suisse et qui remplissent les conditions énoncées sera identique à celui des autres fondations. L'abrogation de l'exception concernant les communautés de propriétaires par étage et les communautés de copropriétaires n'aura aucune conséquence en pratique, car selon le Forum mondial ces entités sont dans chaque cas qualifiées d'entité non financière (ENF) et en aucun cas d'institution financière.

Telle qu'elle est proposée, l'abrogation des dispositions dérogatoires pour les comptes d'associations et de fondations et les comptes qui sont exclus en vertu de la loi du pays de résidence de leur titulaire a pour conséquence que les institutions financières suisses déclarantes auprès desquelles sont ouverts les comptes correspondants devront leur appliquer les obligations de diligence et de déclaration découlant des accords internationaux et des bases légales suisses en matière d'EAR dès l'entrée en vigueur des modifications proposées. Ces comptes sont en règle générale ouverts auprès d'institutions financières ou détenus par des institutions financières (par ex. des banques) qui mettent déjà en œuvre l'EAR et disposent de ce fait des systèmes techniques et règles internes nécessaires. L'abrogation des dispositions dérogatoires susnommées ne devrait par conséquent causer à cet égard qu'un surcroît de dépenses limité. Au vu du grand nombre de comptes d'associations, il faut par contre s'attendre à ce que les institutions financières concernées aient une charge supplémentaire dans le domaine de l'identification et de la documentation des titulaires de comptes et/ou des personnes détenant le contrôle. Cela vaut également pour la limitation dans le temps dont devra désormais être assortie l'exception relative aux comptes de consignation de capital. En raison du faible nombre de comptes concernés, les charges supplémentaires causées par l'abrogation des autres dispositions dérogatoires devrait rester limitée. La disposition dérogatoire relative aux comptes qui sont exclus en vertu de la loi du pays de résidence de leur titulaire n'est en particulier guère utilisée en pratique. Son abrogation semble appropriée dans ce contexte. L'introduction de dispositions transitoires dans l'OEAR vise à faciliter la tâche des institutions financières concernées par ces modifications et empêche qu'elles aient à assumer des obligations avec effet rétroactif. Le surcroît de dépenses prévisible peut ainsi être nettement atténué.

Les modifications proposées concernant les obligations de diligence, l'inscription de l'obligation d'inscrire les trusts documentés par le trustee, la formulation des montants en dollars américains et l'inscription dans le texte légal d'une obligation de conserver les documents pourraient causer un faible surcroît de dépenses aux institutions financières concernées. En pratique, ces obligations sont aujourd'hui déjà en grande majorité assumées de façon correspondante. De plus, il existe aujourd'hui déjà une obligation de conserver les documents et, selon une directive de l'AFC, une

obligation d'inscrire les trusts documentés par le trustee. Les modifications proposées ne feront ainsi que consigner explicitement ces obligations dans la LEAR.

3.4 Appréciation

Au cours des dernières années, la Suisse a fait de grands efforts pour se conformer aux normes internationales en matière fiscale, entre autres en mettant entièrement en œuvre la norme sur l'EAR. Ces efforts constituent une contribution décisive à la crédibilité et à la réputation de la place financière suisse. L'examen effectué par le Forum mondial s'est traduit par des clarifications supplémentaires concernant la mise en œuvre de la norme sur l'EAR. Cela a d'une part pour conséquence que la Suisse est invitée par le Forum mondial à apporter des modifications à ses bases légales alors que l'EAR vient tout juste d'être introduit. D'autre part, l'examen sévère effectué permet aussi de créer la transparence en ce qui concerne la mise en œuvre de la norme sur l'EAR dans les places financières concurrentes et de garantir des conditions de concurrence équitables sur le plan international. La Suisse ayant tout mis en œuvre pour mettre en œuvre correctement les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales, elle a tout intérêt à ce que leur mise en œuvre dans les places financières concurrentes corresponde également aux prescriptions internationales.

Les recommandations du Forum mondial concernent dans leur grande majorité des dispositions dérogatoires que d'autres États ne connaissent pas. La communauté internationale compte donc sur leur abrogation pour créer des conditions de concurrence équitables. Cela s'applique également à la mise en œuvre entière des obligations de diligence. Depuis 2018, le Forum mondial publie chaque année un rapport relatif à l'état de la mise en œuvre de l'EAR dans les États²². Ce rapport fait mention des États qui présentent des lacunes en matière de mise en œuvre. Dans ce contexte, la pression politique exercée sur les États pour qu'ils mettent en œuvre les recommandations du Forum mondial se renforce encore plus.

La présente proposition consistant à mettre en œuvre la grande majorité des recommandations du Forum mondial vise à renforcer la sécurité juridique, mais aussi à empêcher que la Suisse soit exposée sur le plan politique lors de l'examen complet par les pairs débutant en 2020 et que sa place financière coure le risque de perdre sa crédibilité. Cela pourrait avoir des répercussions négatives sur la réputation de la place financière suisse et sur l'évaluation globale de la mise en œuvre de l'EAR par la Suisse, ce qu'il convient d'éviter pour les raisons évoquées sous chiffre 1.1.2.

Il faut relever qu'il n'est pas possible d'évaluer l'influence individuelle de chaque mesure sur la future notation. Cependant, la position de la Suisse pourrait être affaiblie si l'une des mesures de mise en œuvre des recommandations devait être retirée du présent train de mesures.

4 Commentaire des dispositions

4.1 LEAR

Remplacement d'une expression (art. 2, al. 2, let. k et l, et art. 9, al. 1, let. d)

La NCD et son commentaire prévoient différents seuils en fonction desquels il est possible d'exempter un compte de la procédure d'examen, d'identification et de déclaration ou d'appliquer des obligations de diligence simplifiées. Ces montants sont fixés en dollars américains. Lors de la transposition de la NCD dans le droit national, ces montants ont été exprimés en francs dans la LEAR et l'OEAR. Ils correspondent aux montants de la NCD, car le franc et le dollar américain se situaient quasiment à parité lors de l'adoption des bases légales sur l'EAR. Un montant de 1 million de dollars américains figurant dans la NCD devient donc 1 million de francs dans la LEAR. Le Conseil fédéral peut adapter les montants exprimés en francs si des circonstances particulières l'exigent (voir art. 12, al. 3, LEAR). Par circonstances particulières, on pense en premier lieu à des

²² Le premier rapport a été publié en novembre 2018. *Automatic Exchange of Information Implementation Report 2018*. Peut être consulté à l'adresse: www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-Implementation-Report-2018.pdf (état au 16.1.2019).

adaptations dues à des fluctuations de change. Il s'agit ainsi d'assurer une mise en œuvre conforme de la norme sur l'EAR.

Conformément à cette norme de délégation, un mécanisme de vérification des fluctuations de change a été défini. Selon ce mécanisme, l'AFC fixe, à la fin du mois d'octobre et pour le 1^{er} janvier de l'année civile suivante, le rapport dollar/franc permettant de convertir en francs suisses les montants en dollars américains indiqués dans la convention applicable et dans les dispositions alternatives des commentaires de l'OCDE sur la NCD. À la fin du mois d'octobre de l'année concernée, si le taux de change dollar/franc appliqué par l'AFC diffère de plus de 10 % par rapport à celui de l'année précédente, l'AFC adapte le rapport dollar/franc en vigueur.

Le Forum mondial considère que ce mécanisme n'est pas clair et recommande de formuler dorénavant les montants en dollars américains, conformément au libellé de la NCD.

Les montants en francs doivent désormais être exprimés en dollars américains. Le mécanisme de vérification des fluctuations de change devient ainsi obsolète, et la branche appliquera à partir de l'entrée en vigueur de la modification des montants fixes pour calculer les seuils applicables.

Art. 2, al. 1, let. i et j

L'art. 2, al. 1, let. i et j, de la version française de la LEAR utilise pour la définition des termes «compte préexistant» et «nouveau compte» la formulation «géré par une institution financière». Dans l'usage francophone, le verbe «gérer» se rapporte à la gestion, dans le cas particulier à la gestion de fortune; il n'est pas l'équivalent du verbe «führen» utilisé dans la version allemande. La formulation doit par conséquent être adaptée («ouvert auprès»). Ce changement touche de manière analogue la version italienne de la LEAR.

Art. 3, al. 10

D'après l'art. 3, al. 10, les communautés de propriétaires par étage fondées sur l'art. 712I, al. 2, CC²³ sont réputées institutions financières non déclarantes. Cette disposition a été prévue parce que, au vu des caractéristiques et de l'affectation de ces fonds, le risque de contournement a été jugé faible. Pour les mêmes raisons, ces entités sont également réputées non déclarantes au sens de l'annexe II de l'accord FATCA.

Le Forum mondial juge l'art. 3, al. 10, obsolète. À son avis, les communautés de propriétaires par étage ne sont en aucun cas qualifiées d'institutions financières et doivent par conséquent, conformément à la NCD, toujours être traitées en tant qu'ENF. Il recommande à la Suisse d'abroger cette disposition.

L'art. 3, al. 10, doit être abrogé. Par conséquent, à partir de l'entrée en vigueur de la modification, ces communautés de propriétaires par étage seront dans chaque cas qualifiées d'ENF, conformément à la recommandation du Forum mondial. Cette abrogation n'aura donc aucune conséquence en pratique.

Art. 4, al. 1, let. a, et 2, let. a

L'art. 4, al. 1, let. a, et 2, let. a, de la version française de la LEAR utilise le verbe «gérer». Dans l'usage francophone, le verbe «gérer» se rapporte à la gestion, dans le cas particulier à la gestion de fortune; il n'est pas l'équivalent du verbe «führen» utilisé dans la version allemande. La formulation doit par conséquent être adaptée («ouvert auprès»). Ce changement touche de manière analogue la version italienne de la LEAR.

Art. 4, al. 1, let. c

L'art. 4, al. 1, let. c, de la version française de la LEAR utilise le terme «assurance de prévoyance liée auprès d'institutions de prévoyance» au lieu du terme «contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances» figurant à l'art. 1, al. 1, let. a, de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)²⁴ et le terme «convention de prévoyance liée avec des fondations bancaires» au lieu du terme «convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires» figurant à l'art. 1,

²³ RS 210

²⁴ RS 831.461.3

al. 1, let. b, OPP 3. Étant donné que le texte français s'écarte ainsi de l'art. 1, al. 1, OPP 3, mais aussi des versions allemande et italienne de la LEAR, il faut adapter l'art. 4, al. 1, let. c, LEAR. En outre, à l'art. 4, al. 1, let. c, LEAR, le mot «reconnues» doit être déplacé immédiatement après le mot «formes».

Art. 5, al. 3

En raison du remplacement de l'expression «géré par» par l'expression «ouvert auprès de» à l'art. 2, al. 1, let. i et j, LEAR, une adaptation analogue est nécessaire à l'art. 5, al. 3.

Art. 10, al. 1, première phrase

Du fait du changement proposé au sujet de la formulation des montants en dollars américains, le calcul du solde total ou de la valeur totale déterminants pour la constatation des seuils doit désormais, sur recommandation du Forum mondial, être effectué exclusivement en dollars américains. C'est pourquoi la référence de l'art. 10, al. 1, à l'art. 12, al. 4, LEAR, lequel doit être supprimé en raison du changement de monnaie proposé, doit être remplacée par le terme «dollar américain». La formulation de la disposition subit en outre une adaptation pour délimiter sa portée par rapport à celle de la deuxième phrase.

Art. 11, al. 5, 6, let. b, ch. 2, et 8 à 10

Al. 5

La sect. III, par. B(1), NCD prévoit qu'une institution financière déclarante peut se fonder, pour l'identification des comptes déclarables parmi les comptes de personnes physiques préexistants, sur la procédure dite de l'adresse de résidence. Cette procédure est exclusivement réservée aux comptes de faible valeur. Dans ce contexte, la résidence fiscale est déterminée par une adresse de résidence attestée par des pièces justificatives. Une institution financière ne peut s'appuyer sur une adresse figurant dans ses documents que si celle-ci est à jour. La procédure de l'adresse de résidence représente une procédure simplifiée pour l'accomplissement des obligations de diligence.

Le chiffre marginal 10 du commentaire sur la sect. III, par. B(1), NCD explique sur quelles pièces justificatives une institution financière déclarante peut se fonder dans le cadre de la procédure de l'adresse de résidence. C'est ainsi que les pièces justificatives enregistrées dans son système doivent être établies par une autorité gouvernementale (par ex. contrôle des habitants, bureau de déclaration de domicile, ambassade ou consulat). Les pièces justificatives entrant en ligne de compte sont par exemple les cartes d'identité, les permis de conduire ou les attestations de résidence. Lorsque ces pièces justificatives ne contiennent pas d'adresse de résidence ou seulement une adresse incomplète, les conditions en matière de documentation sont également remplies si l'adresse de résidence actuelle enregistrée dans les systèmes de l'institution financière déclarante concorde avec l'adresse de résidence enregistrée sur d'autres pièces justificatives établies par exemple par une autorité gouvernementale ou avec l'adresse de résidence figurant sur une auto-certification émanant du titulaire du compte, cela pour autant que l'établissement intentionnel d'une autocertification fautive soit punissable.

D'après l'art. 11, al. 5, une adresse relevée conformément aux obligations de diligence de la lutte contre le blanchiment d'argent au moyen d'un formulaire indiquant que la communication d'une fausse information est passible d'une peine remplit cette condition. Il s'agit en pratique notamment du formulaire A servant à l'identification de l'ayant droit économique.

Le fait de se fonder directement sur une adresse de résidence enregistrée à l'aide d'un tel formulaire sans réclamer une pièce justificative supplémentaire établie par une autorité gouvernementale est incompatible avec la NCD. Le Forum mondial recommande par conséquent à la Suisse d'abroger cette disposition.

L'art. 11, al. 5, doit être abrogé. De ce fait, à compter de l'entrée en vigueur de la modification, ce sont les conditions énoncées à la sect. III, par. B(1), NCD et dans son commentaire qui s'appliqueront dans le cadre de la procédure de l'adresse de résidence. Pour autant que les conditions énoncées dans la NCD soient remplies, les institutions financières suisses déclarantes pourront donc continuer de se fonder, mais à titre uniquement subsidiaire, sur une adresse relevée confor-

mément aux obligations de diligence de la lutte contre le blanchiment d'argent au moyen d'un formulaire indiquant que la communication d'une fausse information est passible d'une peine.

Al. 6, let. b, ch. 2

En raison du remplacement de l'expression «géré par» par l'expression «ouvert auprès de» à l'art. 2, al. 1, let. i et j, LEAR, une adaptation analogue est nécessaire à l'al. 6, let. b, ch. 2.

Al. 8

Commentaire relatif à l'abrogation de la disposition actuelle

D'après l'al. 8 actuel, une institution financière suisse déclarante doit clôturer le compte si le nom, l'adresse et la date de naissance du titulaire du compte ou de la personne détenant le contrôle ne lui ont pas été présentés dans les 90 jours qui suivent l'ouverture du nouveau compte. Le Forum mondial considère que le fait qu'il soit possible d'ouvrir un nouveau compte en Suisse sans que ces renseignements fondamentaux soient disponibles est incompatible avec les prescriptions de la NCD. Il recommande d'abroger l'al. 8.

L'al. 8 actuel doit être abrogé conformément à la recommandation du Forum mondial.

Commentaire relatif à la nouvelle disposition

Les procédures prévues à la sect. IV, par. A, et à la sect. VI, par. A, NCD pour identifier les comptes déclarables parmi les nouveaux comptes de personnes physiques et d'entités prévoient que, dans le cadre du processus d'ouverture du compte, une institution financière déclarante doit se procurer une autocertification du titulaire du compte et/ou de la personne détenant le contrôle. La vraisemblance de l'autocertification doit être confirmée le jour même (processus «day one»). Dans ses commentaires relatifs à la NCD, l'OCDE stipule à ce sujet que la confirmation de la vraisemblance de l'autocertification doit être achevée dans un délai maximum de 90 jours si cela n'est pas possible le jour même, par exemple parce qu'elle est effectuée par un service d'appui (processus «day two») ²⁵. Les commentaires relatifs à la NCD précisent en outre que, dans des cas exceptionnels, il peut arriver que l'institution financière déclarante ne dispose d'aucune autocertification au moment de l'ouverture du compte. Dans les cas de ce genre, il faut après coup se procurer l'autocertification et en confirmer la vraisemblance aussi rapidement que possible, mais au plus tard dans un délai de 90 jours. Étant donné que l'autocertification revêt un rôle central dans la procédure d'ouverture d'un compte, il existe une attente pour que les États fixent dans leur droit interne des mesures strictes garantissant qu'une autocertification soit présentée lors de l'ouverture de tout nouveau compte, abstraction faite des cas exceptionnels et des cas visés à la sect. VI, par. A(1)(b), NCD.

Les bases légales suisses concernant l'EAR ne contiennent aucune disposition explicite précisant que l'ouverture d'un nouveau compte n'est en principe pas autorisée sans délivrance préalable d'une autocertification. Ce fait est critiqué par le Forum mondial. Il recommande à la Suisse de fixer dans la loi que, en dehors du cas visé à la sect. VI, par. A(1)(b), NCD, l'ouverture d'un nouveau compte sans qu'une autocertification ait été présentée n'est autorisée que dans des cas exceptionnels. Il doit en outre être précisé que, dans ces cas, il faut en principe que l'autocertification soit présentée et que sa vraisemblance soit confirmée aussi rapidement que possible, mais dans un délai de 90 jours au plus tard.

Conformément aux commentaires qui précèdent, il faut stipuler à l'al. 8 qu'ouvrir un nouveau compte sans disposer d'une autocertification n'est autorisé que dans des cas exceptionnels. L'al. 8 énumère les exceptions autorisées.

Let. a

Il faut stipuler à la let. a que, dans le cadre des procédures servant à l'identification des comptes déclarables parmi les nouveaux comptes d'entités, une institution financière suisse déclarante peut renoncer à se procurer une autocertification si des renseignements en sa possession ou qui sont accessibles au public lui permettent de déterminer avec une certitude suffisante que le titulaire du compte n'est pas une personne devant faire l'objet d'une déclaration. Cette exception à l'obligation

²⁵ OCDE. *CRS-related Frequently Asked Questions, FAQ 22 (timing of self-certifications)*. Peut être consulté à l'adresse: www.oecd.org/tax/automatic-exchange/ > CRS Implementation and Assistance > FAQs (état au 16.1.2019).

de se procurer une autocertification lors de l'ouverture d'un nouveau compte est en l'occurrence dûment prévue par la NCD (voir sect. VI, par. A[1][b], NCD). D'après la sect. VIII, par. D(2), NCD, sont réputées personnes ne devant pas faire l'objet d'une déclaration les sociétés de capitaux qualifiées cotées en bourse, les sociétés de capitaux qui sont des entités liées d'une société de capitaux qualifiée cotée en bourse, les entités publiques, les organisations internationales, les banques centrales et certaines institutions financières. Sont notamment réputés renseignements accessibles au public au sens du commentaire relatif à la sect. V, par. D(1)(b), NCD les renseignements publiés par des autorités ou institutions de l'État (par ex. la *FATCA Foreign Financial Institution List* du *US Internal Revenue Service*), les renseignements figurant dans des registres publics (par ex. le registre du commerce), les renseignements diffusés par une autorité boursière reconnue ainsi que toute classification accessible au public concernant l'entité, établie selon une norme reconnue par l'industrie et attribuée par une organisation professionnelle ou une chambre de commerce.

D'après les commentaires de la NCD, le droit de renoncer à se procurer une autocertification dans les cas de ce genre existe aujourd'hui déjà. En raison de la modification proposée à la let. b, il est judicieux, à titre de clarification, de consigner désormais ce droit de façon explicite dans la LEAR.

Let. b

Conformément aux recommandations du Forum mondial, il faut stipuler à la let. b que, en dehors du cas visé à la let. a, l'ouverture d'un nouveau compte sans qu'une autocertification ait été présentée n'est autorisée que dans des cas exceptionnels. D'après les commentaires de l'OCDE sur la NCD, il faut, en ce qui concerne ces cas exceptionnels, penser aux particularités d'une branche déterminée qui empêchent de se procurer l'autocertification le jour même. Le Conseil fédéral définit les exceptions de façon plus précise²⁶. Dans les cas de ce genre, l'institution financière suisse déclarante doit recevoir l'autocertification en suspens et en confirmer la vraisemblance dans un délai de 90 jours au plus tard. À défaut, les mesures visées à l'al. 9 doivent être prises.

Al. 9

D'après l'al. 9, une institution financière déclarante dispose d'un délai de 90 jours pour se procurer, auprès du titulaire du compte et/ou de la personne détenant le contrôle, les renseignements qui ne lui ont pas été présentés et dont l'obtention est prescrite par la NCD dans le cadre du processus d'ouverture du compte. Elle peut étendre le délai prévu de 90 jours à une période d'une année au plus lorsqu'il existe des raisons particulières pour la non-présentation des renseignements. Le Forum mondial considère que la prolongation à une année du délai pour se procurer les renseignements manquants est contraire à la norme. Il recommande de supprimer ce passage.

L'al. 9 doit être modifié dans le sens que le délai pour se procurer les renseignements manquants ne puisse pas dépasser 90 jours. Une prolongation du délai de 90 jours à une année au maximum ne doit plus être possible. Il s'agit en outre d'établir clairement que, si les renseignements nécessaires en vertu de la convention applicable et de la LEAR ne lui ont pas été présentés dans les 90 jours qui suivent l'ouverture d'un nouveau compte, une institution financière suisse déclarante peut non seulement bloquer le compte mais aussi le clôturer. Ce complément est nécessaire en raison de l'abrogation de l'al. 8 actuel. Étant donné que la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (loi sur le contrat d'assurance, LCA)²⁷ ne prévoit qu'un nombre restreint d'états de fait permettant à l'assureur de résilier unilatéralement le contrat, un droit extraordinaire de résiliation doit être inscrit à cet effet à l'al. 9. En revanche, une institution financière suisse soumise à déclaration ne peut pas clôturer un nouveau compte si ce dernier fait l'objet d'une obligation de déclarer au sens de l'art. 9 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)²⁸. C'est le cas lorsqu'un intermédiaire financier a des soupçons fondés de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. En règle générale, l'intermédiaire financier doit bloquer les valeurs patrimoniales déclarées au bureau de communication (voir art. 10 LBA).

L'al. 9 s'applique à l'al. 8, let. b, ainsi qu'aux cas dans lesquels l'autocertification a bien été délivrée avant l'ouverture du compte, mais dans lesquels il est nécessaire de se procurer des renseigne-

²⁶ Voir à ce sujet les commentaires concernant l'art. 27 OEAR sous chiffre 4.2.

²⁷ RS 221.229.1

²⁸ RS 955.0

ments supplémentaires afin d'achever la confirmation de la vraisemblance de l'autocertification, si cette opération n'a pas pu être effectuée le jour même (processus «day two»).

Al. 10

Les modifications susmentionnées rendent nécessaire une adaptation de l'al. 10. Cette adaptation vise à habiliter le Conseil fédéral à définir plus précisément les exceptions évoquées à l'al. 8, let. b. À cet effet, il doit tenir compte de la pratique d'autres États. Il s'agit ainsi de garantir que la Suisse met en œuvre l'EAR conformément à la norme mais que les institutions financières suisses déclarantes concernées ne se voient pas imposer des obligations plus strictes que les institutions financières d'autres États.

Art. 12, al. 2 à 4

Les al. 2 à 4 de l'art. 12 doivent être abrogés en raison de la modification concernant les montants en francs. Étant donné que les montants doivent désormais être exprimés exclusivement en dollars américains, ces dispositions deviennent obsolètes.

Art. 13, al. 4

D'après la sect. VIII, par. B(1)(e), NCD, un trust constitué selon les lois d'un État soumis à déclaration est réputé institution financière non déclarante dans la mesure où le trustee de ce trust est une institution financière déclarante et communique toutes les informations requises en vertu de la sect. I concernant l'ensemble des comptes déclarables du trust. Ce principe du trust documenté par le trustee (principe du *trustee-documented trust*; principe du TDT) a été inscrit à l'art. 3, al. 9, LEAR. D'après le chiffre marginal 56 du commentaire de la sect. VIII, par. B(1)(e), NCD, le trustee doit transmettre les informations comme le ferait le trust lui-même et indiquer le nom du trust aux fins d'identification de ce dernier.

En pratique, un trustee gère en règle générale une quantité de trusts. Dans ce cas, une déclaration collective au nom du trustee pour tous les trusts gérés par ses soins sans indication du nom des trusts n'est pas non plus possible, car le commentaire de la NCD précise que le nom du trust doit dans chaque cas être indiqué.

Afin de garantir une application du principe du TDT qui soit conforme à la norme, l'AFC, se fondant sur l'art. 22, al. 2 et 4, LEAR, a clarifié ce sujet dans sa directive sur l'EAR²⁹. Selon ce document, le trustee, nonobstant la classification du trust en tant qu'institution financière suisse non déclarante, doit inscrire auprès de l'AFC le trust recourant au principe du TDT et munir le nom du trust du préfixe «TDT=». De plus, le nom du trust doit être indiqué dans l'élément «Reporting FI» du schéma XML de la NCD. Il faut là aussi munir le nom du trust du préfixe «TDT=».

La réglementation en vigueur, qui a fait ses preuves en pratique, doit désormais être fixée dans l'OEAR³⁰. Une norme de délégation doit être inscrite à cet effet à l'art. 13, al. 4.

D'autres États, parmi lesquels des places financières concurrentes de la Suisse, connaissent des réglementations analogues garantissant qu'une déclaration complète conforme aux prescriptions de la NCD soit effectuée en cas d'utilisation du principe du TDT.

Art. 15, al. 1

En raison du remplacement de l'expression «géré par» par l'expression «ouvert auprès de» à l'art. 2, al. 1, let. i et j, LEAR, une adaptation analogue est nécessaire à l'art. 15, al. 1.

Art. 17a

D'après le chiffre marginal 7 du commentaire sur la sect. IX NCD, le droit interne doit comporter une disposition selon laquelle les institutions financières déclarantes doivent conserver les documents qu'elles ont établis et les pièces justificatives qu'elles se sont procurées pour remplir leurs obligations relevant de l'EAR pendant au moins cinq ans à compter de la transmission de la déclaration.

²⁹ Administration fédérale des contributions. Peut être consulté à l'adresse: www.estv.admin.ch > Droit fiscal international > EAR > Publications > Directive sur la Norme relative à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (état au 16.1.2019).

³⁰ Voir à ce sujet les commentaires concernant l'art. 31, al. 4, sous chiffre 4.2.

Certes, l'art. 958f, al. 1, du code des obligations (CO)³¹ contient une disposition générale concernant la comptabilité commerciale et la présentation des comptes précisant que les livres et les pièces comptables ainsi que le rapport de gestion et le rapport de révision doivent être conservés pendant dix ans. Le droit suisse ne contient cependant pas de disposition explicite se référant à l'EAR. Le Forum mondial déplore cette situation et recommande l'introduction d'une disposition explicite concernant l'obligation de conserver dans la LEAR.

Al. 1

Un nouvel art. 17a doit prévoir que les institutions financières suisses déclarantes ont l'obligation, conformément au libellé de la NCD, de conserver pendant cinq ans les documents qu'elles ont établis et les pièces justificatives qu'elles se sont procurées pour remplir leurs obligations.

Al. 2

L'obligation de conserver pendant cinq ans court dès la fin de l'année civile au cours de laquelle l'institution financière suisse déclarante ou le prestataire de service auquel elle fait appel au sens de l'art. 9, al. 1, let. a, LEAR transmet la déclaration à l'AFC.

Art. 31, al. 2

S'il est prouvé sur la base des circonstances qu'un État partenaire ne remplit pas les exigences systémiques conditionnant l'EAR en matière de confidentialité et de sécurité des renseignements échangés, les accords pertinents prévoient que l'EAR peut être suspendu à l'égard de l'État partenaire défaillant.

En matière de confidentialité et de sécurité des données, l'OCDE a développé une pratique selon laquelle les États partenaires ne remplissant pas les exigences de la norme sur l'EAR doivent participer à l'EAR de façon non réciproque. Cela est le cas lorsque les États concernés, à la suite de l'examen du Forum mondial portant sur l'observation des dispositions en matière de confidentialité et de sécurité des données, doivent mettre en œuvre un plan d'action dans lequel sont fixées les mesures à l'aide desquelles les lacunes identifiées doivent être éliminées. Selon la sect. 7(1)(b) MCAA, ces États partenaires notifient à l'OCDE qu'ils sont temporairement considérés comme États non réciproques jusqu'à ce que le plan d'action soit mis en œuvre et que les mesures prises soient validées. Les États partenaires n'ont rien à entreprendre dans ce contexte, car l'EAR est suspendu de fait dans les mécanismes inhérents au MCAA.

En cas d'accord bilatéral sur l'EAR, la situation est certes identique sur le plan matériel, mais elle exige que la partie contractante soit active envers la partie défaillante et signale la suspension de l'échange de données conformément aux dispositions pertinentes de l'accord. En pareil cas, la suspension de l'EAR ne nécessite aucune appréciation légale ou politique des circonstances, mais résulte de faits pouvant être constatés objectivement, à savoir l'existence d'un plan d'action du Forum mondial. Pour des raisons d'économie administrative, il est par conséquent indiqué de décharger le Conseil fédéral dans les cas de ce genre et de déléguer la suspension de l'échange de données à l'autorité compétente.

Le nouvel al. 2 prévoit par conséquent que l'autorité suisse compétente peut suspendre l'EAR de sa propre compétence lorsque les exigences de l'OCDE en matière de confidentialité et de sécurité des données ne sont pas remplies.

Dès que l'État partenaire concerné a éliminé les lacunes (fait qui doit être validé de façon appropriée par le Forum mondial), les conditions de l'EAR sont objectivement remplies, si bien que l'autorité compétente peut alors abroger la suspension de l'échange de données de sa propre compétence. Les renseignements sur des comptes financiers qui ont été collectés pendant la suspension sont échangés conformément à l'accord dès que la suspension de l'EAR a été annulée.

³¹ RS 220

4.2 OEAR

Art. 5

D'après l'art. 5, les associations à but non lucratif constituées et organisées en Suisse qui remplissent les conditions de la NCD pour une qualification en tant qu'institution financière (cf. sect. VIII, par. A[1], NCD) sont réputées institutions financières non déclarantes. Cette disposition avait été prévue parce que le risque de contournement avait été jugé faible.

Le Forum mondial ayant estimé que cette disposition ne correspond à aucune catégorie d'exceptions de la NCD, elle doit être abrogée. Par conséquent, ces associations, pour autant qu'elles remplissent les conditions de la NCD pour une qualification en tant qu'institution financière, seront considérées comme institutions financières déclarantes à partir de l'entrée en vigueur de la modification et devront donc assumer à partir de cette date les obligations découlant des accords internationaux et des bases légales suisses en matière d'EAR³².

Art. 6

D'après l'art. 6, les fondations constituées et organisées en Suisse qui remplissent les conditions de la NCD pour une qualification en tant qu'institution financière (cf. sect. VIII, par. A, NCD) et simultanément les conditions citées à l'art. 6 sont réputées institutions financières non déclarantes. Cette disposition avait été prévue parce que le risque de contournement avait été jugé faible. Pour les mêmes raisons, ces entités sont également réputées non déclarantes au sens de l'annexe II de l'accord FATCA.

Le Forum mondial ayant estimé que cette disposition ne correspond à aucune catégorie d'exceptions de la NCD, elle doit être abrogée. Par conséquent, ces fondations, pour autant qu'elles remplissent les conditions de la NCD pour une qualification en tant qu'institution financière, seront considérées comme institutions financières déclarantes à partir de l'entrée en vigueur de la modification et devront donc assumer à partir de cette date les obligations découlant des accords internationaux et des bases légales suisses en matière d'EAR³³.

Art. 7

D'après l'art. 7, les communautés de copropriétaires qui remplissent les conditions de la NCD pour une qualification en tant qu'institution financière (cf. sect. VIII, par. A, NCD) et simultanément les conditions citées à l'art. 7 sont réputées institutions financières non déclarantes. Cette disposition avait été prévue parce que le risque de contournement avait été jugé faible.

Le Forum mondial juge l'art. 7 obsolète. À son avis, les communautés de copropriétaires ne peuvent jamais être qualifiées d'institutions financières et doivent par conséquent, conformément à la systématique de la NCD, toujours être traitées en tant qu'ENF. Il recommande à la Suisse d'abroger cette disposition.

L'art. 7 doit être abrogé. De ce fait, dès l'entrée en vigueur de la modification, ces communautés de copropriétaires seront dans chaque cas qualifiées d'ENF, conformément à la recommandation du Forum mondial. L'abrogation de la disposition n'aura donc aucune conséquence pratique.

Art. 9, let. d

D'après l'art. 9, les comptes de consignation de capital qui remplissent les conditions énoncées dans l'article sont réputés comptes exclus. Cette disposition avait été prévue parce que le risque de contournement avait été jugé faible.

Le Forum mondial critique le fait que ces comptes de consignation de capital ne sont soumis à aucune limitation dans le temps et qu'il y a de ce fait un risque de fraude fiscale lorsque des fonds sont consignés durablement sur un tel compte et que la fondation ou l'augmentation de capital prétextée est retardée ou n'a même jamais lieu. Pour cette raison, le Forum mondial est d'avis que les comptes de consignation de capital ne peuvent pas être exclus de façon générale du champ d'application de l'EAR. Il recommande d'abroger cette disposition ou de l'assortir d'une limitation dans le temps de 90 jours au maximum. Si le montant versé sur ce compte de consignation de

³² Voir à ce sujet les commentaires concernant l'art. 35a OEAR sous chiffre 4.2.

³³ Voir note de bas de page 32.

capital n'est pas utilisé conformément à son affectation dans ce délai de 90 jours, le compte concerné ne peut pas être qualifié plus longtemps de compte exclu.

La nouvelle let. d prévoit que la fondation ou l'augmentation de capital aux fins de laquelle le compte de consignation de capital a été ouvert doit être effectuée dans les 90 jours suivant l'ouverture du compte. Si tel n'est pas le cas, l'institution financière suisse déclarante, se fondant sur les procédures énoncées dans la NCD, doit établir si le compte en question est un compte déclarable.

En pratique, cette réglementation ne devrait avoir qu'une portée limitée, car les comptes de consignation de capital sont en règle générale ouverts immédiatement avant la fondation ou l'augmentation de capital et, dans les jours qui suivent, clôturés ou transformés en comptes de dépôt relevant à leur tour du champ d'application de l'EAR. Il est ainsi garanti que la consignation de capital n'est pas utilisée en tant que transaction fictive à des fins de fraude fiscale.

Art. 10

D'après l'art. 10, les comptes d'associations à but non lucratif constituées et organisées en Suisse peuvent être traités comme des comptes exclus. Cette disposition avait été prévue parce que le risque de contournement avait été jugé faible.

Le Forum mondial ayant estimé que cette disposition ne correspond à aucune catégorie d'exceptions de la NCD, elle doit être abrogée. Les institutions financières suisses déclarantes seront donc tenues de vérifier la présence de comptes déclarables parmi les comptes de telles associations dès l'entrée en vigueur de la modification³⁴.

Art. 11

D'après l'art. 11, les comptes de fondations constituées et organisées en Suisse qui remplissent les conditions prévues par l'art. 6, let. a et b, OEAR peuvent être traités comme des comptes exclus. Cette disposition avait été prévue parce que le risque de contournement avait été jugé faible.

Le Forum mondial ayant estimé que cette disposition ne correspond à aucune catégorie d'exceptions de la NCD, elle doit être abrogée. Les institutions financières suisses déclarantes seront donc tenues de vérifier la présence de comptes déclarables parmi les comptes de ces fondations dès l'entrée en vigueur de la modification³⁵.

Art. 12

L'art. 7 OEAR doit être abrogé. Étant donné que l'art. 12 renvoie aux conditions qui y sont énoncées, une adaptation de l'art. 12 est nécessaire. Les conditions précédemment énoncées à l'art. 7 OEAR doivent être transférées à l'art. 12.

Art. 14

Étant donné que les montants des seuils figurant dans la NCD et son commentaire doivent désormais être exprimés exclusivement en dollars américains, une adaptation de l'art. 14 est nécessaire. Le terme «franc» doit être remplacé par «dollar américain».

Art. 15

D'après l'art. 15, les comptes considérés comme des comptes exclus en vertu de la législation relative à la mise en œuvre de la NCD de l'État de résidence du titulaire du compte peuvent être traités comme des comptes exclus. Il incombe à l'institution financière suisse déclarante d'identifier les comptes qui sont considérés comme exclus au sens de la législation de l'État de résidence du titulaire du compte. Cette disposition avait été prévue pour assurer des conditions de concurrence équitables sur le plan international et parce que le risque de contournement avait été jugé faible.

Le Forum mondial ayant estimé que cette disposition ne correspond à aucune catégorie d'exceptions de la NCD, elle doit être abrogée. Dès l'entrée en vigueur de la modification, les institutions financières suisses déclarantes seront donc tenues de vérifier la présence de comptes déclarables parmi les comptes concernés par cette exception³⁶.

³⁴ Voir note de bas de page 32.

³⁵ Voir note de bas de page 32.

³⁶ Voir note de bas de page 32.

Art. 24

Cette modification ne concerne que le texte italien, qui sera ainsi adapté aux versions allemande et française.

Art. 26, al. 2, let. a

En raison du remplacement de l'expression «géré par» par l'expression «ouvert auprès de» à l'art. 2, al. 1, let. i et j, LEAR, une adaptation analogue est nécessaire à l'art. 26, al. 2, let. a.

Art. 27

Commentaire relatif à l'abrogation de la disposition actuelle

D'après le chiffre marginal 7 du commentaire sur la sect. IV NCD et le chiffre marginal 14 du commentaire sur la sect. V NCD, une autocertification est réputée valable si elle est datée, si elle est signée (ou authentifiée par tout autre moyen) par une personne autorisée à le faire et si elle contient au moins les renseignements suivants: nom, adresse, État(s) de résidence fiscale, numéro d'identification fiscale (NIF) pour chaque État soumis à déclaration, pour autant que l'État attribue un tel numéro, et dans le cas des comptes de personnes physiques la date de naissance, pour autant que le titulaire du compte soit résident dans un État soumis à déclaration.

L'art. 27 prévoit qu'il n'y pas lieu de prendre les mesures visées à l'art. 11, al. 9, LEAR au seul motif que le NIF fait défaut. Le Forum mondial a jugé cette exception incompatible avec les prescriptions de la NCD. Les expériences recueillies jusqu'à présent dans l'EAR par les autorités compétentes montrent en outre que le NIF joue un rôle crucial dans la procédure d'attribution des données (*matching*). Pour les autorités fiscales suisses, il est également important, en prévision de l'attribution des données EAR, que les États partenaires relèvent et transmettent systématiquement le NIF. C'est pourquoi, en ce qui concerne la qualité des données, l'examen complet par les pairs portera en particulier sur la présence du NIF et sur l'application correcte de la procédure prévue à cet effet dans la NCD. Si cette procédure d'examen devait révéler (notamment sur la base de feedbacks négatifs de la part d'États partenaires) que les données d'un État sont transmises sans NIF avec une fréquence supérieure à la moyenne, cela pourrait se répercuter négativement sur la notation de l'État en question.

Dans ce contexte, l'art. 27 doit être abrogé. S'il y a lieu de se procurer une autocertification en application des accords internationaux et des bases légales relatives à l'EAR, cette autocertification devra par conséquent, dès l'entrée en vigueur de la modification, toujours contenir un NIF en plus des renseignements nécessaires habituels si le titulaire du compte et/ou la personne détenant le contrôle a sa résidence dans un État soumis à déclaration – c'est-à-dire dans un État partenaire de la Suisse envers lequel elle s'est engagée à transmettre des données EAR – et que l'État en question délivre un tel numéro. Les comptes déjà ouverts le jour précédant l'entrée en vigueur de la modification et pour lesquels une autocertification sans NIF a été obtenue par l'institution financière suisse déclarante sont soumis aux règles énoncées à la sect. I, par. C, NCD³⁷. Sont exclus de manière générale de l'obligation d'obtenir un NIF les cas dans lesquels le titulaire du compte et/ou la personne détenant le contrôle a sa résidence fiscale dans un État non soumis à déclaration (par ex. en Suisse), dans lesquels l'État soumis à déclaration ne délivre pas un tel numéro ou dans lesquels le droit interne de l'État soumis à déclaration concerné n'oblige pas à enregistrer le NIF délivré par l'État soumis à déclaration (voir sect. I, par. D, NCD en relation avec chiffre marginal 7 du commentaire sur la sect. IV NCD et chiffre marginal 14 du commentaire sur la sect. V NCD).

Commentaire relatif à la nouvelle disposition

Le nouvel art. 11, al. 8, let. b, LEAR doit préciser que, en dehors du cas visé à l'art. 11, al. 8, let. a, LEAR, ouvrir un nouveau compte sans disposer d'une autocertification du titulaire du compte n'est autorisé que dans des cas exceptionnels. L'art. 27 énumère les exceptions.

³⁷ Voir note de bas de page 32.

Let. a

Dans le domaine de l'assurance-vie, un nouveau compte au sens de l'EAR peut être fondé sans que l'assureur sur la vie y contribue ou puisse refuser la naissance du nouveau compte. Étant donné que, dans les cas de ce genre, il n'est pas possible de se procurer préalablement une auto-certification mais que l'assureur est tout de même tenu d'enregistrer le nouveau preneur d'assurance, la formulation d'une exception est nécessaire.

La let. a précise que cette exception vaut pour les assurances au décès d'autrui (assurances-vie de tiers) pour lesquelles une succession entraîne un changement du preneur d'assurance.

Let. b

D'après la let. b, il doit par ailleurs exister une exception dans les cas où il se produit un changement du titulaire du compte sur ordre d'un tribunal ou d'une autorité. Citons à titre d'exemple le changement de preneur d'assurance découlant d'une convention de divorce prévoyant qu'une police du pilier 3b doit être transmise au partenaire. Dans les cas de ce genre, il y a également fondation d'un nouveau compte sans que l'institution financière suisse déclarante y contribue ou puisse refuser la naissance du nouveau compte.

D'après l'art. 11, al. 8, let. b, LEAR, dans les cas visés aux let. a et b, l'institution financière suisse déclarante doit avoir reçu l'autocertification manquante et en confirmer la vraisemblance dans un délai maximum de 90 jours. À défaut, les mesures visées à l'art. 11, al. 9, LEAR doivent être prises.

Art. 30

L'art. 30 doit être abrogé en raison de la modification concernant les montants en francs. Étant donné que les montants doivent désormais être exprimés exclusivement en dollars américains, cette disposition devient obsolète.

Art. 31, al. 3 et 4

Al. 3

En raison du remplacement de l'expression «géré par» par l'expression «ouvert auprès de» à l'art. 2, al. 1, let. i et j, LEAR, une adaptation analogue est nécessaire à l'al. 3.

Al. 4

D'après l'art. 13, al. 4, LEAR, le Conseil fédéral doit régler dans l'ordonnance les modalités de l'inscription des trusts qui recourent au principe du TDT. L'al. 4 devant être inséré dans l'ordonnance reprend la réglementation actuellement pratiquée. Lorsque le trustee inscrit auprès de l'AFC le trust faisant usage du principe du TDT, il doit munir le nom du trust du préfixe «TDT=».

De plus, le nom du trust doit être indiqué dans l'élément «Reporting FI» du schéma XML de la NCD. Il faut là aussi munir le nom du préfixe «TDT=». Cette partie de la réglementation actuelle, qui ne concerne pas l'inscription mais bien la déclaration, a été reprise dans la directive sur l'EAR.

Art. 35a

Al. 1

Du fait de l'abrogation des dispositions dérogatoires les concernant, les institutions financières visées aux art. 5 et 6 OEAR sont qualifiées d'institutions financières suisses déclarantes dès l'entrée en vigueur des modifications. Dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord EAR, les droits et obligations de ces nouvelles institutions financières suisses déclarantes sont régis par l'annexe de cet accord et par les bases légales suisses concernant l'EAR.

Pour remplir ces obligations, les institutions financières concernées doivent disposer des mêmes procédures et des mêmes délais que celles qui mettent en œuvre l'EAR depuis le 1^{er} janvier 2017. Cela signifie qu'elles doivent pouvoir traiter les comptes ouverts le jour précédant l'entrée en vigueur de la modification comme des comptes préexistants. Ces comptes doivent donc faire l'objet des obligations de diligence définies pour les comptes préexistants dans les sect. III et V NCD, et l'examen doit être effectué dans les délais qui s'appliquent aux comptes préexistants conformément à l'art. 11, al. 2 à 4, LEAR. À compter de l'entrée en vigueur de la modification, les comptes de personnes physiques préexistants de valeur élevée doivent donc être vérifiés dans un délai

d'un an, et ceux de faible valeur, dans un délai de deux ans. À compter de cette date, l'examen des comptes d'entités préexistants doit avoir lieu dans un délai de deux ans. Les obligations de diligence définies pour les nouveaux comptes dans les sect. IV et VI NCD doivent s'appliquer aux comptes ouverts à partir de l'entrée en vigueur de la modification.

Étant donné que le terme «compte préexistant» est déjà défini à l'art. 2, al. 1, let. i, LEAR, l'introduction d'une disposition transitoire est nécessaire à la mise en œuvre de la procédure susmentionnée. Cette disposition transitoire doit permettre aux institutions financières concernées par l'abrogation des dispositions dérogatoires précitées de se fonder sur un jour de référence dérogeant à la réglementation existante pour subdiviser leurs comptes en comptes préexistants et en nouveaux comptes. Il s'agit ainsi de garantir qu'elles disposent d'un délai approprié pour vérifier la présence de comptes déclarables parmi l'ensemble de leur clientèle. En outre, on s'assure ainsi que les institutions financières concernées ne doivent assumer aucune obligation rétroactive du fait de l'abrogation des dispositions dérogatoires les concernant.

Étant donné que les communautés de propriétaires par étage concernées par la disposition dérogatoire énoncée à l'art. 3, al. 10, LEAR ne seront en aucun cas qualifiées d'institutions financières même après l'abrogation de cette disposition dérogatoire (voir à ce sujet les commentaires du chiffre 3.3), il est superflu d'introduire une disposition dérogatoire analogue dans la LEAR. Pour la même raison, les communautés de copropriétaires visées à l'art. 7 OEAR ne relèvent pas de la disposition transitoire proposée.

Al. 2

Pour les raisons invoquées par rapport à l'al. 1, les institutions financières suisses déclarantes auprès desquelles sont ouverts des comptes concernés par l'abrogation des dispositions dérogatoires des art. 10, 11 et 15 OEAR et qui doivent vérifier parmi eux la présence de comptes déclarables à partir de l'entrée en vigueur de la modification ont la possibilité de se fonder sur un jour de référence dérogeant à la réglementation existante pour subdiviser ces comptes en comptes préexistants et nouveaux comptes: les comptes visés aux art. 10, 11 et 15 OEAR ouverts le jour précédant l'entrée en vigueur de la modification doivent par conséquent faire l'objet des obligations de diligence définies pour les comptes préexistants par les sect. III et V NCD, et l'examen doit avoir lieu dans les délais qui s'appliquent aux comptes préexistants conformément à l'art. 11, al. 2 à 4, LEAR. Les comptes de personnes physiques préexistants de valeur élevée doivent donc être vérifiés dans un délai d'un an, et ceux de faible valeur, dans un délai de deux ans. À compter de cette date, l'examen des comptes d'entités préexistants doit avoir lieu dans un délai de deux ans. Les obligations de diligence définies pour les nouveaux comptes dans les sect. IV et VI NCD doivent s'appliquer aux comptes ouverts à partir de l'entrée en vigueur de la modification.

Al. 3

L'al. 3 dispose que, en ce qui concerne les comptes ouverts le jour précédant l'entrée en vigueur de la modification et pour lesquels l'institution financière suisse déclarante, dans le cadre de la mise en œuvre des obligations de diligence, s'est procuré une autocertification qui ne contient pas de NIF, les règles énoncées à la sect. I, par. C, NCD sont applicables. L'application de cette procédure pour comptes préexistants vise à ménager aux institutions financières concernées un délai approprié pour obtenir après coup le NIF manquant.

Étant donné que le terme «compte préexistant» est déjà défini à l'art. 2, al. 1, let. i, LEAR, l'introduction d'une disposition transitoire est nécessaire à la mise en œuvre de cette procédure.

En relation avec les commentaires qui précèdent, il convient de souligner que les dispositions transitoires proposées ne sont pas contraires au sens et au but de la NCD. C'est ainsi que la norme sur l'EAR prévoit explicitement les mêmes processus pour la phase d'introduction de l'EAR dans une institution financière. Les dispositions transitoires ne peuvent du reste pas être exploitées pour contourner la norme sur l'EAR, raison pour laquelle son introduction dans l'OEAR peut être considérée comme adéquate.

Se fondant sur l'art. 22, al. 4, LEAR, l'AFC peut édicter des directives sur l'art. 35a OEAR.

4.3 Entrée en vigueur

Les modifications de la LEAR doivent être mises en vigueur par le Conseil fédéral conjointement avec celles de l'OEAR. La date prévue est le 1^{er} janvier 2021.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

5.1.1 Conséquences financières

L'abrogation ou la modification des exceptions jusqu'alors possibles pour les communautés de propriétaires par étage, pour les communautés de copropriétaires, pour les associations et les fondations ainsi que leurs comptes, pour les comptes de consignation de capital et pour les comptes exclus en vertu de la loi du pays de résidence du titulaire du compte entraînent une augmentation limitée des déclarations adressées de Suisse à l'étranger. À l'opposé, il n'en résulte aucune augmentation des déclarations adressées à la Suisse. Compte tenu de la nature des entités qui bénéficiaient jusqu'à présent des dispositions dérogatoires, il ne faut guère s'attendre à des délocalisations ou à un exode de capitaux. Si des délocalisations se produisent, la diminution des recettes pouvant affecter l'impôt sur le bénéfice et l'impôt sur le capital est négligeable, car les fondations et associations qui bénéficiaient jusqu'à présent des dispositions dérogeant à l'EAR sont pour la plupart totalement ou partiellement exonérées d'impôt. Par conséquent, il ne faut pas s'attendre à une diminution notable des recettes de la Confédération, des cantons et des communes.

5.1.2 Conséquences pour le personnel

Les modifications apportées à la loi et à l'ordonnance ne devraient provoquer aucune conséquence pour le personnel de la Confédération et des cantons.

5.2 Conséquences économiques

5.2.1 Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence

La mise en œuvre de l'EAR en conformité avec la norme vise à renforcer la crédibilité et l'intégrité de la place financière suisse sur le plan international et à améliorer la sécurité du droit et de la planification. Les mesures proposées servent à garantir cet objectif dans l'optique de l'examen complet par les pairs débutant en 2020. La mise en œuvre de l'EAR en conformité avec la norme fournit ainsi une contribution essentielle à la réputation de la place financière suisse et réduit le risque que la Suisse soit inscrite sur l'une des listes citées au chiffre 1.1.2.

Étant donné que l'examen effectué par le Forum mondial vise à une mise en œuvre internationale uniforme de la norme sur l'EAR, l'adoption des mesures proposées ne provoque aucune discrimination de la place financière suisse dans la concurrence internationale. Au vu des commentaires qui précèdent, la place financière suisse va plutôt s'en trouver renforcée.

En raison de l'activité commerciale limitée des entités qui bénéficiaient jusqu'à présent des dispositions dérogatoires précitées, la place financière suisse ne sera privée d'aucun avantage concurrentiel important du fait de l'abrogation ou de l'adaptation de ces exceptions. Aucune conséquence n'est à prévoir pour l'intensité de la concurrence à l'intérieur du pays, car le projet n'augmente pas les frais fixes de la plupart des institutions financières (l'infrastructure informatique nécessaire à l'EAR étant déjà disponible) et ne constitue donc pas un obstacle à l'accès au marché. Un effet négatif sur la croissance du secteur suisse des fondations est cependant envisageable.

5.2.2 Conséquences pour les groupes concernés

5.2.2.1 Institutions financières actuellement non déclarantes

L'abrogation des dispositions dérogatoires relatives aux institutions financières non déclarantes concerne les fondations, les associations, les communautés de propriétaires par étage et les communautés de copropriétaires, pour autant qu'elles aient jusqu'à présent relevé de ces dispositions dérogatoires. Cependant, comme cela est expliqué sous chiffre 3.3, la majeure partie des associations ne devraient pas même remplir les conditions conférant le statut d'institution financière. D'après le Forum mondial, les communautés de propriétaires par étage et les communautés de copropriétaires ne remplissent en aucun cas ces critères. Il faut par conséquent partir de l'idée que, parmi toutes ces entités, rares sont celles qui seront directement touchées par l'abrogation des dispositions dérogatoires. Il convient cependant de préciser qu'on ne dispose d'aucune indication concernant le nombre d'associations touchées par l'abrogation. Celle-ci pourrait avoir un impact plus fort sur les fondations remplissant les conditions dont est assortie la disposition dérogatoire actuelle. Elles pourraient en particulier remplir les conditions pour une qualification en tant que société d'investissement gérée de manière professionnelle au sens de la sect. VIII, par. A(6)(b), NCD. Pour le moment, il existe en Suisse quelque 15 800 fondations³⁸. Environ 15 % d'entre elles, soit quelque 2000 fondations, présentent une fortune dont l'importance laisse à penser qu'elle est gérée de manière professionnelle³⁹. Cette observation permet d'estimer sommairement l'ampleur du groupe de fondations qui font gérer leur fortune de manière professionnelle. Pour qu'une fondation soit qualifiée d'institution financière, il ne faut pas seulement qu'elle soit gérée professionnellement mais aussi qu'elle satisfasse au test du revenu, c'est-à-dire que ses revenus bruts proviennent principalement d'une activité d'investissement, de réinvestissement ou de négociation d'actifs financiers. Cela est le cas lorsque les revenus bruts de la fondation générés par les activités correspondantes sont égaux ou supérieurs à 50 % de ses revenus bruts durant la plus courte des deux périodes suivantes: i) la période de trois ans qui s'achève le 31 décembre de l'année précédant l'année au cours de laquelle le calcul est effectué; ou ii) la période d'existence de l'entité si celle-ci est inférieure à trois ans. Cette définition s'applique pour l'essentiel aux quelque 7500 fondations donatrices⁴⁰. Ce sont donc quelque 1000 fondations qui pourraient remplir aussi bien le critère de la gestion professionnelle que le test du revenu et avoir bénéficié jusqu'à présent des dispositions dérogatoires.

Pour les fondations concernées, des coûts d'introduction uniques (par ex. pour les systèmes informatiques, les formations et la documentation initiale de l'effectif de la clientèle) de 5000 à 10 000 francs semblent réalistes. À cela s'ajoutent des coûts supplémentaires annuels récurrents pour l'accomplissement des obligations découlant des accords internationaux et des bases légales sur l'EAR, coûts dont le montant dépend notamment du cercle de bénéficiaires. Si les bénéficiaires d'une fondation sont exclusivement des personnes ou des entités ayant leur résidence fiscale en Suisse, les charges annuelles récurrentes sont négligeables. Selon la statistique des fondations réalisée par le *Center for Philanthropy Studies*, quelque 60 % des fondations disposent d'un rayon d'action tout au plus national. Pour les autres fondations concernées, la charge annuelle pour la vérification des comptes et leur déclaration dans le cadre de l'EAR devrait se situer aux environs de 2000 francs si le nombre de bénéficiaires est faible et stable; si ce nombre est élevé et varie fréquemment, la charge annuelle se rapproche de celle assumée par les petites banques et peut

³⁸ Center for Philanthropy Studies (2018), *Stiftungsstatistik*. Disponible à l'adresse: www.stiftungsstatistik.ch (état au 16.1.2019).

³⁹ Cette estimation se fonde sur l'hypothèse que les fondations qui disposent d'une fortune d'au moins 5 millions de francs font gérer leurs fonds professionnellement. Cela correspond à une part de 15 % des fondations. Cette hypothèse se base sur une discussion avec SwissFoundations. L'estimation tient en outre compte du fait que le nombre de fondations éligibles pour l'exception actuelle fondée sur l'art. 6, let. b, OEAR se situe entre le nombre de fondations d'utilité publique, qui est d'environ 13 100, et le nombre total de fondations, qui est de 15 800. Au vu de la faible différence et du manque de données, il est renoncé au calcul du nombre de fondations autres que d'utilité publique qui sont éligibles pour l'exception actuelle; voir Center for Philanthropy Studies (2015), *Der Schweizer Stiftungsreport 2015*, page 5. Disponible à l'adresse: https://ceps.unibas.ch/fileadmin/user_upload/ceps/2_Forschung/Publikationen/Stiftungsreport/Schweizer_Stiftungsreport_2015.pdf; Center for Philanthropy Studies (2018), *Der Schweizer Stiftungsreport 2018*, page 6. Disponible à l'adresse: https://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/18003%20Swissfoundations%20Report%2018%20D%20%20%28Web%29_2.pdf (état au 16.1.2019).

⁴⁰ Corris (2018), *Schweizer Stiftungen auf einen Blick*. Disponible à l'adresse: <https://www.corris.ch/2014/06/schweizer-stiftungen-auf-einen-blick/> (état au 16.1.2019).

monter à plus de 10 000 francs⁴¹. En ce qui concerne les fondations potentiellement concernées, il faut partir de l'idée que, parmi les nouvelles fondations, la part de celles qui ont un rayon d'action international sera plus élevée que parmi les fondations existantes⁴². Cela peut renforcer l'effet négatif sur la croissance du secteur des fondations.

5.2.2.2 Autres institutions financières

L'abrogation des dispositions dérogatoires pour les comptes d'associations et de fondations et pour les comptes qui sont exclus en vertu de la loi du pays de résidence de leur titulaire occasionne certains coûts supplémentaires aux institutions financières suisses déclarantes auprès desquelles sont ouverts des comptes concernés par ces exceptions. Ces coûts sont surtout générés lors de la phase d'introduction des obligations découlant des accords internationaux et des bases légales sur l'EAR, qui doivent dorénavant être remplies à plus grande échelle (en particulier pour la vérification des comptes préexistants). Les banques concernées estiment que, grâce au fait que l'infrastructure utilisée pour l'EAR existe déjà, les coûts de ce changement sont limités et peuvent être maîtrisés dans le cadre des charges d'exploitation usuelles. Elles ne s'attendent pas à des augmentations de taxes pour la gestion des comptes qui relevaient jusqu'à présent des dispositions dérogatoires.

Les charges supplémentaires liées aux modifications proposées concernant les obligations de diligence, l'inscription de l'obligation d'enregistrer les trusts documentés par le trustee, la formulation des montants en dollars américains et l'introduction d'une obligation de conserver les documents sont limitées. En pratique, ces obligations sont le plus souvent déjà mises en œuvre conformément à la norme.

Le risque que les avoirs de clients étrangers gérés par des banques suisses reculent en raison de l'extension prévue des obligations fondées sur les accords internationaux et les bases légales sur l'EAR est négligeable⁴³.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La LEAR règle la mise en œuvre de l'EAR conformément aux accords internationaux applicables (convention sur l'assistance administrative, MCAA), mise en œuvre qui ne relève ni de la compétence législative des cantons ni de celle d'une autre autorité fédérale. La base légale de la LEAR se trouve donc à l'art 173, al. 2, de la Constitution fédérale (Cst.)⁴⁴, qui prévoit que l'Assemblée fédérale traite tous les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale.

6.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

Le projet vise à mettre en œuvre des recommandations que le Forum mondial a formulées au sujet des bases légales suisses concernant l'EAR. Ces recommandations visent à concilier les bases légales avec les obligations internationales contractées dans le cadre de l'EAR. Les autres obliga-

⁴¹ L'estimation du montant des coûts se fonde sur un sondage effectué par la Swiss Association of Trust Companies auprès de quatre prestataires d'externalisation pour petites institutions financières (en partant de l'hypothèse que les coûts de mise en œuvre de l'EAR sont similaires pour les trusts et pour les fondations).

⁴² En Suisse, le nombre de fondations d'utilité publique a augmenté de 17 % entre 2007 et 2017, mais celui des fondations placées sous la surveillance de la Confédération a augmenté de 51 %. Les fondations placées sous la surveillance de la Confédération sont celles qui ont un rayon d'action international; selon les experts de SwissFoundations, elles sont surreprésentées; voir Surveillance fédérale des fondations (2018), Statistique. Disponible à l'adresse: <https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/eidgenoessische-stiftungsaufsicht/repertoire-des-fondations/statistique.html>; Center for Philanthropy Studies (2010), *Der Schweizer Stiftungsreport 2010*, page 3. Disponible à l'adresse: https://ceps.unibas.ch/fileadmin/user_upload/ceps/2_Forschung/Publikationen/Stiftungsreport/Schweizer_Stiftungsreport_2010.pdf (état au 16.1.2019).

⁴³ L'Association suisse des banquiers (ASB) a conduit des entretiens avec plusieurs banques aux fins de cette analyse d'impact de la réglementation.

⁴⁴ RS 101

tions internationales – par exemple l'accord FATCA entre la Suisse et les États-Unis – ne sont pas touchées par le projet.

6.3 Forme de l'acte à adopter

La loi fédérale sur la modification de la LEAR est sujette au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. a, Cst.

6.4 Frein à l'endettement

Le projet n'est pas soumis au frein à l'endettement prévu à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., car il ne contient ni dispositions relatives à des subventions ni bases pour la création d'un crédit d'engagement ou d'un plafond de dépenses.

6.5 Délégation de compétences législatives

Le Conseil fédéral doit être habilité, à l'art. 11, al. 10 LEAR, à définir les exceptions relatives à l'obtention d'une autocertification. Cette délégation permet de tenir compte de façon appropriée des particularités de certaines branches et constitue pour les institutions financières concernées un allègement administratif lors de l'ouverture de nouveaux comptes. À cet effet, le Conseil fédéral doit tenir compte de la pratique d'autres États. Il s'agit ainsi de garantir que la Suisse met en œuvre l'EAR conformément à la norme mais que les institutions financières suisses déclarantes concernées ne se voient pas imposer des obligations plus strictes que les institutions financières d'autres États.

D'après l'art. 13, al. 4, LEAR, le Conseil fédéral règle les modalités de l'enregistrement des trusts qui recourent au principe du trust documenté par le trustee au sens de l'art. 3, al. 9, LEAR. Cette délégation visant à consigner la pratique existante semble justifiée sur le plan matériel et permet de s'adapter rapidement aux éventuels changements dans ce domaine.

6.6 Protection des données

Les mesures proposées ne soulèvent aucun problème sous l'angle de la législation sur la protection des données.