

Ce texte est une version provisoire. Seule la version qui sera publiée dans la Feuille fédérale fait foi.



19.xxx

**Message
relatif à la modification de la loi fédérale sur
l'échange international automatique de renseignements
en matière fiscale**

du ...

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une modification de la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

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 et mises en œuvre de façon cohérente au niveau international. Il s'agit de créer ainsi 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 dans leur droit national. Les États concernés sont tenus de suivre ces recommandations. En 2018, dans le cadre d'un examen préliminaire des bases juridiques 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 l'adoption des mesures nécessaires à la mise en œuvre de ces recommandations.

Contexte

La Suisse met en œuvre la norme internationale sur l'échange automatique de renseignements (EAR) depuis le 1^{er} janvier 2017. Depuis cette date, les institutions financières suisses déclarantes collectent les renseignements qu'elles doivent transmettre 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 renseignements sont remis une fois par année à l'autorité compétente de l'État partenaire. Le premier échange 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'examens par les pairs. Les examens par les pairs concernant l'EAR débuteront 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. Le premier élément de ces examens 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. Le troisième élément développé par le Forum mondial est 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 a suivi en 2018. Les bases juridiques en question sont la loi fédérale et l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR et OEAR). Vu son importance dans la mise en œuvre pratique, la directive que l'Administration fédérale des contributions (AFC) a con-

sacrée 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 modifications des bases juridiques suisses deviennent nécessaires. Dans un délai de douze mois (c'est-à-dire d'ici à la fin de 2019), la Suisse est tenue de rendre compte au Forum mondial des mesures prises pour mettre en œuvre les recommandations qu'il a émises. L'examen relatif au troisième élément a lieu en continu, tandis que le quatrième élément est 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 modifications 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 appliquer les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements.

Contenu du projet

Le projet de loi prévoit la suppression de l'exception applicable aux communautés de propriétaires par étage. En outre, des modifications 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 (trustee-documented trusts, TDT) et pour insérer une disposition habilitant l'autorité compétente à suspendre l'EAR avec un État partenaire de sa propre compétence lorsque cet État ne remplit pas les exigences de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en matière de confidentialité et de sécurité des données. Le Conseil fédéral entend mettre en vigueur ces modifications au 1^{er} janvier 2021.

Message

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés

En vue de l’introduction de la norme sur l’échange automatique de renseignements (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 du 25 janvier 1988 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 (norme commune de déclaration; 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 du 18 décembre 2015 sur l’échange international automatique de renseignements (LEAR)³ et l’ordonnance du 23 novembre 2016 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 juridiques de l’EAR, qui ont permis de procéder en automne 2018 à un premier échange de renseignements entre la Suisse et 36 États 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’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. 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.

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» ; peut être consulté à l’adresse www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf (état au 4.9.2019).

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 juridiques 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 est examiné à partir de 2019.

L'évaluation des bases juridiques 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 déclarantes, la NCD contient à la section 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 de s'assurer ainsi qu'il ne subsiste aucune faille pouvant être exploitée pour contourner la norme sur l'EAR. Il s'avère que le Forum mondial vérifie de manière stricte les bases légales par rapport aux prescriptions de la NCD et n'accepte pas le moindre écart. Cette procédure d'interprétation et de vérification 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 modifications de son droit interne. La majorité des dispositions suisses, dont l'ensemble des dispositions dérogatoires relatives à la prévoyance, ont néanmoins été jugées conformes et approuvées par le Forum mondial.

Dans un délai de douze mois (c'est-à-dire d'ici à la fin de 2019), la Suisse est tenue de rendre compte au Forum mondial des mesures prises pour mettre en œuvre les recommandations qu'il a émises. Cette mise en œuvre sera évaluée lors de l'examen de la Suisse par les pairs qui commencera en 2020. Elle aura une influence sur la

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 4.9.2019).

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 fiscale.

Le projet vise à l'adoption 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 pairs. La Suisse souligne en même temps qu'elle est prête à mettre en œuvre les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales.

1.1.2 Conséquences possibles de la notation du Forum mondial

Les notes du Forum mondial sont utilisées par les pays du G20, l'OCDE et l'Union européenne (UE) 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 révisés⁸ ci-après 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:

- a. dans le domaine de l'échange de renseignements sur demande, il faut au moins obtenir la note globale «conforme pour l'essentiel»;
- b. dans le domaine de l'EAR, les dispositions légales requises doivent être créées 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;
- c. 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 doit exister.

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 s'il obtient la note globale «non conforme» en matière d'échange de renseignements sur demande (let. a) ou s'il ne remplit pas le critère relatif à l'EAR (let. b)⁹.

Les États non coopératifs sont inscrits sur des listes, c'est-à-dire sur une liste OCDE/G20¹⁰ et sur une liste de l'UE des pays non coopératifs à des fins fiscales (liste commune de l'UE). L'inscription sur la liste commune de l'UE des États figurant

⁸ Les premiers critères ont été définis en 2016.

⁹ OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Buenos Aires, juillet 2018, p. 7, ch. 2, p. 66 s.; peut être consulté à l'adresse www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2018.pdf (état au 4.9.2019).

¹⁰ OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors (note de bas de page 11), p. 7, ch. 2

sur la liste OCDE/G20 entre en considération qu'ils soient ou non soumis à un examen de l'UE¹¹.

L'inscription d'un État dans l'une de ces listes 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'attrait d'un pays comme lieu d'implantation d'entreprises étrangères¹².

Il est évident que, pour le bien de la place économique suisse, tout doit être mis en œuvre pour empêcher l'inscription de notre pays dans l'une de ces listes. Si la Suisse ne tenait pas correctement compte des recommandations exprimées dans le cadre des examens préliminaires par étapes, cela pourrait avoir des conséquences négatives sur sa note 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'EAR¹³. 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 disposer d'un cadre légal adéquat et de procédures administratives appropriées pour s'assurer que les obligations légales sont respectées en pratique. Le degré de mise en œuvre des recommandations formulées par le Forum mondial lors de son évaluation des bases juridiques de l'EAR va jouer un rôle important dans l'évaluation de la conformité avec cette exigence fondamentale.

La deuxième exigence fondamentale concerne le réseau d'États 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 et appropriés») conformément aux engagements pris. Ces échanges doivent respecter les conditions de la norme pour ce qui est de la transmission des données.

- 11 Document FISC 345/ECOFIN 1088 «EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes» du 5 décembre 2017 sur les conclusions du Conseil de l'UE relatives à la liste commune de l'UE, p. 23 s.; peut être consulté à l'adresse data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15429-2017-INIT/en/pdf (état au 4.9.2019).
- 12 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, ch. 1.1.2).
- 13 Forum mondial, «The framework for the full AEOI reviews: the Terms of Reference»; peut être consulté à l'adresse www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-terms-of-reference.pdf (état au 4.9.2019).

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 ch. 1.1.1), l'accent étant cette fois mis sur le traitement des renseignements concrètement échangés.

Le Forum mondial doit encore définir d'ici à la fin de 2019 la méthodologie selon laquelle la conformité avec les deux premières exigences fondamentales sera mesurée. En 2020, il doit procéder à une première évaluation (ou *determination*) concernant la conformité des bases légales nationales en matière d'EAR. À ce titre, il se fondera sur les recommandations qu'il a formulées dans le cadre de l'examen préliminaire et sur la manière dont l'État soumis à l'évaluation applique ses recommandations. Les premières notes d'ensemble seront probablement attribuées en 2021. L'évaluation concernant la conformité des bases juridiques en matière d'EAR sera prise en compte dans ces notes d'ensemble. Seule la méthodologie de l'évaluation de l'exigence fondamentale 3 a déjà été adoptée par la réunion plénière du Forum mondial en novembre 2018.

1.3 Solutions étudiées et solution retenue

Compte tenu des conséquences possibles d'une non-mise en œuvre des recommandations du Forum mondial et des répercussions négatives qui en découleraient pour la place financière suisse, et au vu du faible coût d'une mise en œuvre pour la branche concernée, il semble approprié et acceptable de procéder à la totalité des modifications demandées au niveau de la loi.

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

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹⁴ ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹⁵. Cela est dû au fait que la nécessité des modifications de la 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 prises pour mettre en œuvre les recommandations qu'il a émises, il est judicieux d'effectuer rapidement les modifications proposées.

Le projet correspond à la ligne directrice 1 du programme de législature: «La Suisse assure durablement sa prospérité». Conformément à l'objectif 2 de cette ligne directrice, 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

¹⁴ FF 2016 981

¹⁵ FF 2016 4999

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 Consultation

Le projet de modification de la LEAR et de l'OEAR a fait l'objet d'une procédure de consultation du 27 février au 12 juin 2019. Au total, 55 avis ont été recueillis. Ont pris position 24 cantons (AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, VD, VS, ZG, ZH) et la Conférence suisse des impôts, 6 partis politiques (PBD, PDC, PLR, Les Verts, PS, UDC), 4 organisations (Association suisse des banquiers, economiesuisse, Union suisse des arts et métiers, Union syndicale suisse) et 20 représentants des milieux intéressés.

Le projet mis en consultation a mis en lumière les mesures proposées tant au niveau de la loi qu'à celui de l'ordonnance. Les participants à la consultation ont ainsi eu l'occasion de s'exprimer sur l'ensemble du dispositif prévu pour mettre en œuvre les recommandations du Forum mondial. Le projet prévoyait, outre quelques adaptations de moindre portée, les dix mesures principales suivantes:

Avant-projet de loi:

- a. indication des montants déterminants en dollars américains et non en francs suisses;
- b. abrogation de la disposition dérogatoire pour les communautés de propriétaires par étage;
- c. modification des obligations de diligence lors de l'ouverture d'un nouveau compte;
- d. consignation de l'obligation de conserver les documents;
- e. consignation de la procédure d'inscription pour les trusts documentés par le trustee (*trustee-documented trusts*, TDT);
- f. introduction d'une délégation de compétence du Conseil fédéral à l'autorité compétente pour la suspension des accords sur l'EAR avec les États partenaires qui ne remplissent pas les exigences de l'OCDE en matière de confidentialité et de sécurité des données.

Projet d'ordonnance:

- g. abrogation des dispositions dérogatoires pour certaines institutions d'utilité publique (associations et fondations qui remplissent les conditions pour être qualifiées d'institutions financières), ainsi que pour leurs comptes;
- h. abrogation de la disposition dérogatoire pour les communautés de copropriétaires;
- i. introduction d'une limitation dans le temps de 90 jours pour l'exception relative aux comptes de consignation de capital;

- j. définition des exceptions concernant les obligations de diligence proposées lors de l'ouverture d'un nouveau compte.

2.1 Résultats

Les modifications proposées ont reçu un accueil généralement favorable de la majorité des participants à la consultation¹⁶. En plus des propositions de modification formulées par quelques participants, des réserves ont en particulier été émises au sujet de trois mesures (let. d, g et j). La proposition d'abroger les dispositions dérogatoires pour les associations et les fondations ainsi que pour leurs comptes (let. g) a suscité la controverse. Elle a été expressément rejetée par tous les acteurs concernés ainsi que par d'autres participants à la consultation. Il a notamment été allégué que ces institutions d'utilité publique ne peuvent pour plusieurs raisons pas être utilisées dans un but de fraude fiscale. Leur assujettissement à l'EAR aurait donc, notamment en raison des frais qui en découleraient, des conséquences importantes sur le secteur de l'utilité publique sans apporter de plus-value sensible aux États partenaires de la Suisse. Les adversaires de l'abrogation de la disposition dérogatoire concernant les comptes de ces institutions estiment en outre que cette abrogation causerait un surcroît de dépenses aux banques auprès desquelles ces comptes sont ouverts. Plusieurs participants rejettent par ailleurs la proposition d'inscrire dans la LEAR une obligation de conserver les documents (let. d). Ils allèguent que le code des obligations (CO)¹⁷ contient déjà une obligation correspondante, raison pour laquelle l'introduction d'une norme redondante aurait pour seul effet de créer une incertitude juridique. D'autres participants exigent l'inscription au niveau de l'ordonnance d'une exception supplémentaire concernant l'obligation de se procurer une autocertification avant l'ouverture d'un nouveau compte (let. j). Il s'agit de couvrir ainsi les cas dans lesquels, sur la base de l'acte de fondation ou de l'acte constitutif d'un *trust*, il y a changement du titulaire du compte ou de la personne détenant le contrôle et par conséquent fondation d'un nouveau compte que l'établissement financier ne peut ni empêcher ni fermer. Citons à titre d'exemple la naissance d'un enfant qui a été désigné par avance comme le bénéficiaire d'un *fixed interest trust*.

En outre, la majeure partie des cantons et d'autres participants à la consultation relèvent que la qualité des données reçues de l'étranger doit être améliorée et qu'il faudra s'assurer, dans le cadre des futurs examens par les pairs, que les États partenaires de la Suisse s'acquittent eux aussi correctement de leurs obligations relevant de l'EAR, en particulier de l'obligation de se procurer le numéro d'identification fiscale (NIF).

¹⁶ Le rapport sur les résultats de la consultation peut être consulté à l'adresse: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2019 > DFF.

¹⁷ RS 220

2.2 Nouveautés par rapport au projet mis en consultation

Au niveau de la loi

En ce qui concerne l'obligation de conserver les documents proposée à l'art. 17a P-LEAR, il est fait référence à l'art. 958f, al. 1, CO de façon à garantir la cohérence nécessaire entre les deux normes.

L'art. 31, al. 2, P-LEAR est formulé sous forme de disposition contraignante. Il s'agit ainsi d'indiquer clairement que l'autorité compétente est tenue de suspendre l'accord sur l'EAR conclu avec un État partenaire lorsque celui-ci ne remplit pas les exigences de l'OCDE en matière de confidentialité et de sécurité des données. Dans pareil cas, l'autorité compétente n'a pas de marge d'appréciation.

La modification proposée à l'art. 11, al. 8, P-LEAR vise à établir clairement qu'un nouveau compte peut être ouvert sans qu'une autocertification du titulaire du compte soit disponible uniquement dans les cas mentionnés à l'al. 8. Dans tous les autres cas, l'institution financière a l'obligation de se procurer une autocertification avant l'ouverture du compte. Il est évident qu'elle ne peut pas ouvrir un nouveau compte si les renseignements fondamentaux, tels que le nom, l'adresse ou la résidence fiscale, manquent dans l'autocertification. C'est pourquoi l'art. 11, al. 9, P-LEAR définit les informations nécessaires en vertu de la convention applicable et de la loi comme l'ensemble des informations nécessaires pour confirmer la vraisemblance de l'autocertification. Il est ainsi clair qu'avant l'ouverture d'un compte, l'institution financière doit vérifier si les renseignements fondamentaux mentionnés sont disponibles. Par exemple, elle ne peut pas accepter une autocertification vierge ni l'utiliser comme base pour ouvrir un compte. Elle détermine ultérieurement, dans le cadre de l'examen de la vraisemblance de l'autocertification, si les indications qui y figurent sont correctes et si le titulaire du compte doit fournir d'autres informations (par ex. un NIF). Dans ces cas et dans les cas visés à l'art. 11, al. 8, let. b, P-LEAR, la vraisemblance de l'autocertification doit être confirmée au plus tard 90 jours après l'ouverture du nouveau compte, sans quoi les mesures prévues à l'al. 9 doivent être engagées. En ce qui concerne les cas de l'art. 11, al. 8, let. b, P-LEAR, il est précisé que le délai de 90 jours ne se rapporte pas uniquement aux renseignements nécessaires pour confirmer la vraisemblance, mais aussi à l'autocertification.

Enfin, l'art. 4, al. 1, let. c, P-LEAR est formulé plus clairement dans les versions allemande et italienne.

Au niveau de l'ordonnance

Il est donné suite à la demande de la majorité des participants de maintenir les dispositions dérogatoires pour les institutions d'utilité publique (associations et fondations au sens des art. 5 et 6 OEAR), ainsi que pour leurs comptes (art. 10 et 11 OEAR). Sachant que les discussions au niveau international sur le traitement des institutions d'utilité publique dans le cadre de la norme sur l'EAR ne sont pas encore closes, il semble prématuré de mettre en œuvre les recommandations de l'OCDE en supprimant ces exceptions. S'il devait se révéler que le maintien des exceptions actuelles pour les institutions d'utilité publique a des répercussions négatives sur la Suisse, la situation devra être réexaminée.

Sur la base des autres propositions de modification, une exception supplémentaire à l'obligation de se procurer une autocertification lors de l'ouverture d'un nouveau compte est inscrite dans l'OEAR. Cette exception couvre les cas nommés par la branche du *trust* et tient ainsi compte de ses préoccupations.

3 Développements internationaux et droit comparé

3.1 Évaluation des dispositions générales et des obligations de diligence

Le Forum mondial compare le libellé des dispositions figurant dans les bases juridiques 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 juridiques 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 pays (par ex. l'Allemagne, la France, l'Italie et le Luxembourg) n'ont reçu dans leur évaluation que peu ou pas de recommandations 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; ils ont donc tout intérêt à ce que le libellé des bases juridiques des autres États déroge aussi peu que possible à celui de la NCD.

3.2 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 (cf. section 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 transpose correctement la norme sur l'EAR dans son droit national. Il faut exposer au 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

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

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. Le Forum mondial a examiné au total presque 500 dispositions dérogatoires internes et a formulé des remarques ou des recommandations sur environ un tiers d'entre elles.

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 FATCA²⁰ (accord FATCA; cf. annexe II de l'accord FATCA) ou sur la base des conditions générales économiques ou juridiques caractérisant le pays. Cependant, pour les raisons énoncées sous ch. 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 sur l'EAR et du Forum mondial. Il s'avère que la Suisse prévoit pour les institutions financières ou les comptes certaines exclusions du champ d'application de l'EAR qui n'existent dans 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.

4 Réglementation proposée

4.1 Mise en œuvre des recommandations

Le projet vise à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial.

À cet effet, le 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 de consigner 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.

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

²⁰ RS 0.672.933.63

4.3 Modifications de l'ordonnance et de la directive de l'AFC

Diverses recommandations du Forum mondial concernent l'OEAR. La grande majorité d'entre elles doit également être mise en œuvre²¹.

À cet effet, diverses 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, 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 au projet de loi.

Pour les raisons exposées au ch. 2.2, les dispositions dérogatoires applicables aux associations et fondations ainsi qu'à leurs comptes ne doivent pas être abrogées pour le moment.

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

4.4 Adéquation des moyens requis

Par sa proposition de prendre en compte les recommandations du Forum mondial, la Suisse souligne qu'elle est prête à mettre en œuvre les normes internationales en matière fiscale. Cela implique, pour les milieux concernés et les parties prenantes, des charges, qui devraient toutefois être faibles selon les estimations.

C'est ainsi en particulier que l'abrogation de l'exception concernant les communautés de propriétaires par étage n'aura aucune conséquence, car selon le Forum mondial ces entités sont dans chaque cas qualifiées d'entités non financières (ENF) et en aucun cas d'institutions financières. Étant donné qu'en plus les comptes de communautés de propriétaires par étage resteront exclus du champ d'application de l'EAR, l'abrogation de la disposition dérogatoire n'entraînera aucun changement pratique. Les modifications proposées concernant les obligations de diligence, la consignation de l'obligation d'inscrire les TDT, la formulation des montants en dollars américains et la consignation dans le texte légal d'une obligation de conserver les documents ne devraient elles aussi causer qu'un faible surcroît de dépenses aux institutions financières concernées. En pratique, ces obligations sont aujourd'hui déjà en grande majorité assumées. De plus, il existe actuellement déjà une obligation de conserver les documents et, selon une directive de l'AFC, une obligation d'inscrire les TDT. Les modifications proposées consistent désormais explicitement dans la LEAR les obligations actuelles.

²¹ Cf. à ce sujet les explications figurant dans le commentaire de la procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale. Le commentaire peut être consulté à l'adresse: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2019 > DFF.

4.5 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 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 juridiques 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 fait 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 complète des obligations de diligence. Depuis la fin de 2018, le Forum mondial publie chaque année un rapport relatif à l'état de la mise en œuvre de l'EAR dans les États. Ce rapport fait mention des États qui présentent des lacunes en matière de mise en œuvre. À compter de 2020, ce rapport fera aussi état des évaluations (*determinations*) et des notations (*notes*) des différents États. 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 de mettre en œuvre les recommandations du Forum mondial au niveau de la loi 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 en 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 ch. 1.1.2.

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.

5 **Commentaire des dispositions**

Art. 2, al. 1, let. k et l, et 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. Les montants en francs correspondent aux montants de la NCD, car le franc et le dollar américain se situent quasiment à parité depuis l'adoption des bases juridiques 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 (art. 12, al. 3, LEAR). Par circonstances particulières, on entend en premier lieu des modifications dues à des fluctuations de change. Il s'agit d'assurer ainsi 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 applicables des commentaires de l'OCDE sur la NCD. À la fin du mois d'octobre de l'année concernée, si le taux de change entre le dollar et le franc appliqué par l'AFC diffère de plus de 10 % par rapport à celui de l'année précédente, celle-ci 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. 712l, al. 2, du code civil²² sont réputées institutions financières non déclarantes. Cette disposition avait été prévue parce que, au vu des caractéristiques et de l'affectation de ces fonds, 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 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 pratique.

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

Selon l'art. 4, al. 1, let. c, LEAR, les comptes exclus au sens de la convention applicable sont les formes reconnues de prévoyance établies sur la base de l'art. 82, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)²³. Aux termes de l'art. 1, al. 1, de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)²⁴, sont des formes reconnues de prévoyance les contrats de prévoyance liée conclus avec les établissements d'assurances et les conventions de prévoyance liée conclues avec les fondations bancaires. L'art. 4, al. 1, let. c, LEAR doit être modifié sur le plan formel de sorte qu'il soit clair que la liste composée des contrats de prévoyance liée conclus avec les établissements d'assurances et des conventions de prévoyance liée conclues avec les fondations bancaires est une liste exhaustive des formes reconnues de prévoyance visées à l'art. 82, al. 2, LPP.

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, OPP 3 et le terme «convention de prévoyance liée avec des fondations bancaires» au lieu du terme «convention de prévoyance liée conclue avec les fonda-

²² RS 210

²³ RS 831.40

²⁴ RS 831.461.3

tions bancaires» figurant à l'art. 1, 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 modification analogue est nécessaire à l'art. 5, al. 3.

Art. 10, al. 1, 1^{re} 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 abrogé en raison du changement de monnaie proposé, doit être remplacée par «dollars américains». 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

La section 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 ch. 10 du commentaire de la section 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 ses systèmes 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 gouvernemen-

tale ou avec l'adresse de résidence figurant sur une autocertification émanant du titulaire du compte, cela pour autant que l'établissement intentionnel d'une autocertification fautive soit punissable (cas d'application subsidiaire).

En vertu de l'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 fautive information est passible d'une peine remplit cette condition. En pratique, il s'agit 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'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 section 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 (cas d'application subsidiaire), sur 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 intentionnelle d'une fautive 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 modification analogue est nécessaire à l'al. 6, let. b, ch. 2.

Al. 8

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 et 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 ou de l'adapter à la procédure fixée par l'OCDE dans ses commentaires relatifs à la NCD²⁵.

L'al. 8 actuel doit être abrogé conformément à la recommandation du Forum mondial et remplacé par la disposition commentée ci-après.

Les procédures prévues à la section IV, par. A, et à la section VI, par. A, NCD pour identifier les comptes déclarables parmi les nouveaux comptes de personnes phy-

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 4.9.2019).

siques et d'entités prévoient que, dans le cadre du processus d'ouverture du compte, une institution financière déclarante doit se procurer une autocertification. La vraisemblance de l'autocertification doit être confirmée le jour même (processus *day one*). Dans les commentaires relatifs à la NCD cités ci-dessus, l'OCDE précise 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*). 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 se procurer l'autocertification et en confirmer la vraisemblance après coup 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 cités et des cas visés à la section VI, par. A(1)(b), NCD.

Les bases juridiques 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 section VI, par. A(1)(b), NCD, l'ouverture d'un nouveau compte sans présentation d'une autocertification 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 au plus tard 90 jours après l'ouverture du compte.

Conformément aux commentaires qui précèdent, il faut préciser 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, let. a et b, énumère les exceptions autorisées.

Let. a

La let. a dispose 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 de se procurer une autocertification lors de l'ouverture d'un nouveau compte est en l'occurrence dûment prévue par la NCD (cf. section VI, par. A[1][b], NCD). D'après la section 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 section 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 de l'*Internal Revenue Service* des États-Unis), 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 auto-certification dans les cas de ce genre existe aujourd'hui déjà. Il est judicieux, à titre de clarification, de consigner désormais ce droit de façon explicite à la let. b dans la LEAR.

Let. b

En dehors du cas visé à la let. a, l'ouverture d'un nouveau compte sans qu'une auto-certification 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. Pour ce faire, il doit tenir compte de la pratique d'autres États. Il s'agit de garantir ainsi que la Suisse mettra en œuvre l'EAR conformément à la norme mais que les institutions financières suisses déclarantes concernées ne se verront pas imposer des obligations plus strictes que les institutions financières d'autres États. 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. À défaut, les mesures visées à l'al. 9 doivent être prises.

Al. 9

D'après l'al. 9 en vigueur, 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 de sorte 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

²⁶ Cf. à ce sujet les explications concernant l'art. 27 P-OEAR du commentaire de la procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale. Le commentaire peut être consulté à l'adresse: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2019 > DFF.

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 du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)²⁷ notamment 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 déclarante 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 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 (cf. 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 renseignements 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*; cf. à ce sujet les explications du ch. 2.2).

Al. 10

En raison des modifications susmentionnées de l'al. 8, l'al. 10 doit être abrogé.

Art. 12, al. 2 à 4

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

Art. 13, al. 4

D'après la section 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 son *trustee* est une institution financière déclarante et communique tous les renseignements requis en vertu de la section 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 ch. 56 du commentaire de la section VIII, par. B(1)(e), NCD, le *trustee* doit transmettre les renseignements 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 en son nom 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.

²⁷ RS 221.229.1

²⁸ RS 955.0

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'OEAR. Une norme de délégation doit être inscrite à cet effet à l'art. 13, al. 4³⁰.

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 modification analogue est nécessaire à l'art. 15, al. 1.

Art. 17a

D'après le ch. 7 du commentaire de la section 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 ainsi que les documents relatifs aux étapes de contrôle effectuées pendant au moins cinq ans à compter de la transmission de la déclaration.

En sa qualité de disposition générale concernant la comptabilité commerciale et la présentation des comptes, l'art. 958f, al. 1, CO prévoit que les livres et les pièces comptables ainsi que le rapport de gestion et le rapport de révision doivent être conservés pendant dix ans. En outre, d'après l'art. 7 LBA, les intermédiaires financiers doivent établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la LBA de manière que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA. Les intermédiaires financiers doivent conserver ces documents pendant au moins dix ans après la cessation

²⁹ Administration fédérale des contributions. La directive peut être consultée 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 4.9.2019).

³⁰ Cf. à ce sujet les explications concernant l'art. 31, al. 4, P-OEAR du commentaire de la procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale. Le commentaire peut être consulté à l'adresse: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2019 > DFF.

de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction. Le droit suisse ne contient cependant pas de disposition explicite se référant à l'EAR. Il n'est pas clair si les dispositions susmentionnées s'appliquent aussi aux documents et pièces justificatives que les institutions financières se procurent pour remplir leurs obligations de diligence au titre de l'EAR. Le Forum mondial déplore cette situation et recommande l'introduction dans la LEAR d'une disposition explicite concernant l'obligation de conserver.

Un nouvel art. 17a doit par conséquent prévoir que les institutions financières suisses déclarantes ont l'obligation d'enregistrer les étapes effectuées et les pièces justificatives collectées pour remplir leurs obligations de diligence. À cet effet, elles sont tenues de conserver conformément aux prescriptions de l'art. 958f, al. 1, CO les documents qu'elles ont établis et les pièces justificatives qu'elles se sont procurées pour remplir leurs obligations. La référence à cette disposition vise d'une part à tenir compte du souhait du Forum mondial et d'autre part à assurer la cohérence entre la LEAR et le CO.

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. C'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 section 7(1)(b) MCAA, ces États partenaires notifient à l'OCDE qu'ils sont temporairement considérés comme États appliquant l'EAR de manière non réciproque 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 l'État partenaire défaillant 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 juridique 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, soit l'AFC.

Le nouvel al. 2 prévoit par conséquent que l'AFC suspend l'EAR de sa propre compétence avec un État partenaire non conforme aussi longtemps qu'il ne remplit pas

objectivement les prescriptions de l'OCDE en matière de confidentialité ou de sécurité des données.

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 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 de l'EAR sont échangés conformément à l'accord dès que celle-ci a été annulée.

Entrée en vigueur

Le Conseil fédéral devrait mettre en vigueur les modifications de la LEAR le 1^{er} janvier 2021.

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

6.1.1 Conséquences financières

L'abrogation ou la modification de l'exception jusqu'alors possible pour les communautés de propriétaires par étage n'entraîne aucune augmentation du nombre de déclarations adressées de Suisse à l'étranger, car leurs comptes restent exclus du champ d'application de l'EAR. À l'opposé, il n'en résulte pas non plus d'augmentation du nombre de déclarations adressées à la Suisse.

6.1.2 Conséquences pour le personnel

Les modifications de la loi ne devraient pas avoir de conséquences pour le personnel de la Confédération et des cantons.

6.2 Conséquences pour l'économie

6.2.1 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 sous ch. 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. Compte tenu des explications qui précèdent, la place financière suisse va plutôt s'en trouver renforcée.

Vu que, à l'avenir également, les communautés de propriétaires par étage ne seront en aucun cas qualifiées d'institutions financières, la place financière suisse ne sera privée d'aucun avantage concurrentiel important du fait de l'abrogation de cette exception. 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.

6.2.2 Conséquences pour les groupes concernés

L'abrogation des dispositions dérogatoires relatives aux institutions financières non déclarantes concerne les communautés de propriétaires par étage. Cependant, ainsi que cela a été expliqué sous ch. 4.4, celles-ci ne remplissent en aucun cas les conditions conférant le statut d'institution financière, si bien que l'abrogation de la disposition dérogatoire n'a aucune conséquence pratique.

Les charges supplémentaires liées aux modifications proposées concernant les obligations de diligence, l'inscription de l'obligation d'enregistrer les TDT, la formulation des montants en dollars américains et l'introduction d'une obligation de conserver les documents sont limitées. En pratique, ces obligations sont aujourd'hui déjà le plus souvent 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 juridiques sur l'EAR est négligeable. C'est aussi ce qu'indique l'Association suisse des banquiers dans une analyse d'impact de la réglementation qu'elle a effectuée après avoir mené des entretiens avec plusieurs banques.

7 Aspects juridiques

7.1 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 constitutionnelle de la LEAR est donc l'art 173, al. 2, de la Constitution (Cst.)³¹, 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.

³¹ RS 101

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet vise à mettre en œuvre des recommandations que le Forum mondial a formulées au sujet des bases juridiques suisses concernant l'EAR. Ces recommandations ont pour but de concilier les bases légales avec les obligations internationales contractées dans le cadre de l'EAR. Les autres obligations internationales – par exemple l'accord FATCA entre la Suisse et les États-Unis – ne sont pas touchées par le projet.

7.3 Frein aux dépenses

Le projet n'est pas soumis au frein aux dépenses 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.

7.4 Délégation de compétences législatives

Le Conseil fédéral doit être habilité, à l'art. 11, al. 8, let. b, 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 de garantir ainsi que la Suisse mettra en œuvre l'EAR conformément à la norme mais que les institutions financières suisses déclarantes concernées ne se verront pas imposer des obligations plus strictes que les institutions financières comparables 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 TDT 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.

7.5 Protection des données

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