



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF

11.11.2020

Commentaires sur la modification de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale

Département fédéral des finances DFF
Bundesgasse 3, 3003 Berne
Téléphone +41 58 467 86 57
E-mail vernehmlassungen@sif.admin.ch
www.admin.ch

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 appliquées de la même manière au plan international. Il s'agit ainsi de créer des conditions de concurrence identiques au niveau mondial, ce qui correspond aux intérêts de la place financière suisse. Le Forum mondial émet des recommandations à l'intention des États qui ne mettent pas entièrement en œuvre 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 les renseignements qui doivent être transmis 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 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 interne de la norme sur l'EAR au moyen d'examen par les pairs (*peer reviews*). Les examens par les pairs concernant l'EAR débutent en automne 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 (LEAR et OEAR). 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. L'examen relatif au troisième élément a lieu de manière continue, tandis que le quatrième élément est examiné à partir de 2019.

À l'issue des examens préliminaires par étapes, c'est-à-dire en automne 2020, le Forum mondial procède 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 présent 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 en œuvre les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales.

Contenu du projet

Le 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 (*trustee documented trusts*, TDT) et y insérer une disposition habilitant l'autorité compétente à suspendre l'EAR avec un État partenaire de sa propre compétence lorsque celui-ci ne remplit pas les exigences de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en matière de confidentialité et de sécurité des données.

Dans l'ordonnance, certaines dispositions dérogatoires précisées à ce niveau doivent être abrogées, 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 au 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 Introduction

La modification de l'ordonnance doit être adoptée par le Conseil fédéral et mise en vigueur par ce dernier au 1^{er} janvier 2021, en même temps que la LEAR¹ révisée.

Les mesures proposées s'insèrent dans le projet global de révision des bases légales suisses relatives à l'EAR (LEAR et OEAR). Pour des explications concernant les grandes lignes du projet global, la consultation, les développements internationaux et le droit comparé ainsi que l'évaluation du projet global, il faut se référer au message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale².

2 Réglementation proposée

Sur la base des recommandations émises par le Forum mondial, certaines dispositions dérogatoires précisées par voie d'ordonnance doivent être abrogées dans l'OEAR. Les dispositions dérogatoires touchées sont celles qui se rapportent aux communautés de copropriétaires et aux comptes qui sont exclus en vertu de la législation 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 citées dans le message relatif à la modification de la LEAR, les dispositions dérogatoires qui se rapportent aux associations et fondations ainsi qu'à leurs comptes ne doivent à l'heure actuelle pas être abrogées (voir ch. 2.2 du message). Cela s'applique également à l'introduction d'un délai de 90 jours pour l'exemption des comptes de consignation de capital demandée par le Forum mondial, qui n'est pas mise en œuvre par la présente proposition. Le traitement de ces comptes doit être discuté d'abord au niveau du groupe de travail 10 de l'OCDE.

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

3 Adéquation des moyens requis

La mise en œuvre par voie d'ordonnance des mesures proposées est liée à de faibles charges pour les milieux concernés et les parties prenantes.

Conséquence de l'abrogation de la disposition dérogatoire au niveau de l'institution financière

L'abrogation de l'exception concernant 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. En outre, étant donné que les comptes de communautés de copropriétaires restent exclus du champ d'application de l'EAR, l'abrogation de la disposition dérogatoire n'entraîne aucun changement pratique.

Conséquence de l'abrogation / de la modification des dispositions dérogatoires au niveau du compte financier

La disposition dérogatoire relative aux comptes qui sont exclus en vertu de la législation du pays de résidence de leur titulaire n'est pas utilisée en pratique. Dans ce contexte, l'abrogation de cette disposition semble appropriée et n'aura aucune conséquence sur la place financière.

Conséquence des autres modifications

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

¹ FF 2019 7721

² FF 2019 7693

cumentés par le trustee. Les modifications proposées ont pour seul effet de consigner explicitement cette obligation au niveau de la loi et de la préciser au niveau de l'ordonnance.

4 Commentaire des dispositions de l'OEAR

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 (voir 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. 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 du pays 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 dans le pays 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 exception.

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 notamment 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 (en autres 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 celle-ci 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 dans le cadre de l'examen par l'institution financière suisse déclarante sont soumis aux règles énoncées à la sect. I, par. C, NCD. 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), ceux dans lesquels l'État soumis à déclaration ne délivre pas un tel numéro et ceux dans lesquels le droit interne de l'État soumis à déclaration concerné n'oblige pas à saisir 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 à titre d'exemple les exceptions possibles.

Let. a

Dans le domaine de l'assurance-vie, un nouveau compte au sens de l'EAR peut être ouvert sans que l'assureur sur la vie y contribue ou puisse refuser la création du nouveau compte. Étant donné que, dans les cas de ce genre, il n'est pas possible de se procurer préalablement une autocertification 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.

Dans le cas d'une assurance au décès d'autrui, les rôles du preneur d'assurance (partie contractante) et de la personne assurée (objet du contrat) sont assumés par des sujets de droit différents. En cas de transmission des droits due à une succession universelle, le changement de partie contractante, c'est-à-dire de preneur d'assurance, ne nécessite pas l'assentiment de l'assureur sur la vie. On pense notamment à une fusion de deux sociétés à la suite de laquelle la qualité de preneur d'assurance passe de la société reprise (partie contractante) à la société reprenante (nouvelle partie contractante) en vertu de l'universalité de la succession, tandis que le contrat d'assurance et donc l'objet du contrat restent en revanche inchangés. En pareil cas, l'assureur a l'obligation d'enregistrer le nouveau preneur d'assurance.

Let. b

D'après la let. b, il doit également 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 création du nouveau compte.

Let. c

Pour certaines institutions financières, il arrive que des statuts (notamment dans le cas des fondations) ou des actes constitutifs de trust provoquent la création de nouveaux comptes que l'institution financière ne peut ni empêcher, ni refuser, ni fermer. C'est pourquoi il est nécessaire de formuler une disposition dérogatoire pour ces cas à la let. c. Dans les cas de ce genre, un nouveau compte peut par exemple prendre naissance à l'expiration du délai ou lorsque surviennent certains événements indépendants de la volonté de l'institution financière. On pense ici notamment à la naissance d'un enfant qui a été désigné à l'avance comme bénéficiaire d'un *fixed interest trust*.

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 le trust faisant usage du principe du TDT auprès de l'AFC, 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

L'art. 35a 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.

Il convient de souligner que la disposition transitoire proposée n'est pas contraire 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. La disposition transitoire ne peut du reste pas être exploitée 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.

5 Entrée en vigueur

Les modifications de l'OEAR doivent être mises en vigueur par le Conseil fédéral conjointement avec celles de la LEAR. La date prévue est 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 des exceptions jusqu'alors possibles pour les communautés de copropriétaires et pour les comptes exclus en vertu de la législation du pays de résidence du titulaire du compte entraînent une augmentation limitée du nombre de déclarations adressées de Suisse à l'étranger. À l'opposé, il n'en résulte aucune augmentation du nombre de déclarations adressées à la Suisse. Il ne faut pas s'attendre à une diminution des recettes de la Confédération, des cantons et des communes.

6.1.2 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.

6.2 Conséquences économiques

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 dans le message relatif à la modification de la LEAR (voir ch. 1.1.2 du message).

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.

En raison de l'activité économique 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.

6.2.2 Conséquences pour les groupes concernés

6.2.2.1 Institutions financières actuellement non déclarantes

L'abrogation des dispositions dérogatoires relatives aux institutions financières non déclarantes concerne les communautés de copropriétaires, pour autant qu'elles aient jusqu'à présent relevé de ces dispositions dérogatoires. Cependant, les communautés de copropriétaires ne remplissent en aucun cas les critères conférant le statut d'institution financière au sens du Forum mondial. Ces entités ne sont par conséquent pas directement touchées par l'abrogation des dispositions dérogatoires.

6.2.2.2 Autres institutions financières

L'abrogation des dispositions dérogatoires pour les comptes qui sont exclus en vertu de la législation 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, et parce que cette disposition dérogatoire n'est jusqu'à présent pas utilisée par les institutions financières suisses déclarantes, les coûts de ce changement sont limités et peuvent être maîtrisés dans le cadre des charges d'exploitation usuelles.

D'après une évaluation de l'Association suisse des banquiers (ASB), 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 négligeable³.

³ L'ASB a conduit des entretiens avec plusieurs banques aux fins de cette analyse d'impact de la réglementation.