

Rapport sur les questions de la CER-N relatives à l'introduction de l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers avec 41 États partenaires dès 2018/2019

à l'attention de la CER-N en vue de sa séance du 11 septembre 2017

4 septembre 2017

Table des matières

| | |
|--|---|
| 1. Proposition consolidée pour un arrêté fédéral sur le mécanisme de contrôle | 3 |
| 1.1 Introduction | 3 |
| 1.2 Procédé pour l'introduction et la mise en œuvre de l'EAR avec les États partenaires..... | 3 |
| 1.3 Critères de contrôle | 4 |
| 1.4 Obligation de consultation des commissions compétentes | 7 |
| 2. Mise en œuvre de la protection des droits des personnes..... | 8 |
| 3. Conclusions..... | 8 |

1. Proposition consolidée pour un arrêté fédéral sur le mécanisme de contrôle

1.1 Introduction

Lors des discussions de la CER-N du 15 août 2017, le SFI a été mandaté d'élaborer une proposition consolidée concernant une adaptation de l'arrêté fédéral sur le mécanisme de contrôle.

Dans le cadre du projet concernant l'introduction de l'EAR avec 41 autres États partenaires sur la base de MCAA, un arrêté fédéral supplémentaire a été préparé en vue du premier échange de renseignements relatifs aux comptes financiers. Cet arrêté ne s'applique qu'aux États et territoires qui ont été préalablement notifiés comme États partenaires pour l'EAR par le Conseil fédéral sur la base des décisions du Parlement. Cet arrêté fédéral vise à ce que le Conseil fédéral s'assure encore une fois peu avant la première transmission de renseignements relatifs aux comptes financiers que chaque État partenaire remplisse véritablement les conditions fixées par les traités internationaux pour l'EAR. De cette façon, les résultats des analyses de chacun des Etats partenaires contenues dans le message seront réexaminés au vu de la situation la plus actuelle.

Au cas où des faits substantiels devaient être constatés après la notification des États partenaires qui auraient pour effet de jeter un sérieux doute sur la fiabilité d'un État partenaire et sur sa capacité à respecter ses engagements internationaux, le Conseil fédéral pourra, après avoir consulté les commissions parlementaires compétentes, enclencher le « freinage d'urgence » et suspendre l'EAR avec l'État concerné.

1.2 Procédé pour l'introduction et la mise en œuvre de l'EAR avec les États partenaires

Au vu de ce qui précède, il convient de garder à l'esprit le déroulement du processus d'introduction et de mise en œuvre de l'EAR avec les Etats partenaires proposés :

Dans un premier temps, il s'agira de prendre une décision au sujet des arrêtés fédéraux concernant l'introduction de l'EAR avec les États partenaires désignés pour lesquels le Conseil fédéral est autorisé à procéder aux notifications nécessaires et vis-à-vis desquels l'EAR sera activé de manière contraignante en vertu du droit international. L'activation de l'EAR avec chacun des États partenaires fondée sur la Convention et le MCAA est effectuée sur la base de l'arrêté fédéral propre à chaque pays. L'Assemblée fédérale détermine ainsi si elle souhaite en principe activer l'EAR avec un État particulier ou non. Afin de trancher la question de savoir si l'EAR doit être introduit avec ces États, des réflexions de nature générale et de principe peuvent être prises en considération.

Sur la base des arrêtés fédéraux de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral procédera à la notification de chacun des États partenaires, ce qui a pour effet d'activer les droits, obligations et compétences figurant dans la Convention et le MCAA de manière contraignante en vertu du droit international. Dès ce moment-là, la Suisse est engagée vis-à-vis des Etats partenaires concernés et seuls des motifs concrets découlant des traités en vigueur dans un contexte fiscal plus large peuvent être opposés à l'échange de

données avec un État partenaire. Après l'activation contraignante de l'EAR sur la base du droit international, des circonstances générales concernant un pays (par ex. le niveau global de corruption ou une situation généralement problématique concernant l'État de droit) sont seulement opposables envers un État partenaire avant le premier échange d'information si l'ordre public suisse est concrètement touché par l'échange de données fiscales. En outre, il est toujours possible de résilier le MCAA à l'égard de cet État. La proposition révisée d'arrêté fédéral sur le mécanisme de contrôle tient compte de cette situation et établi les critères de vérification déterminants en vue du premier échange de données après la notification des États partenaires.

Le déroulement du processus d'introduction et de mise en œuvre de l'EAR est reproduit schématiquement dans la figure à la page suivante.

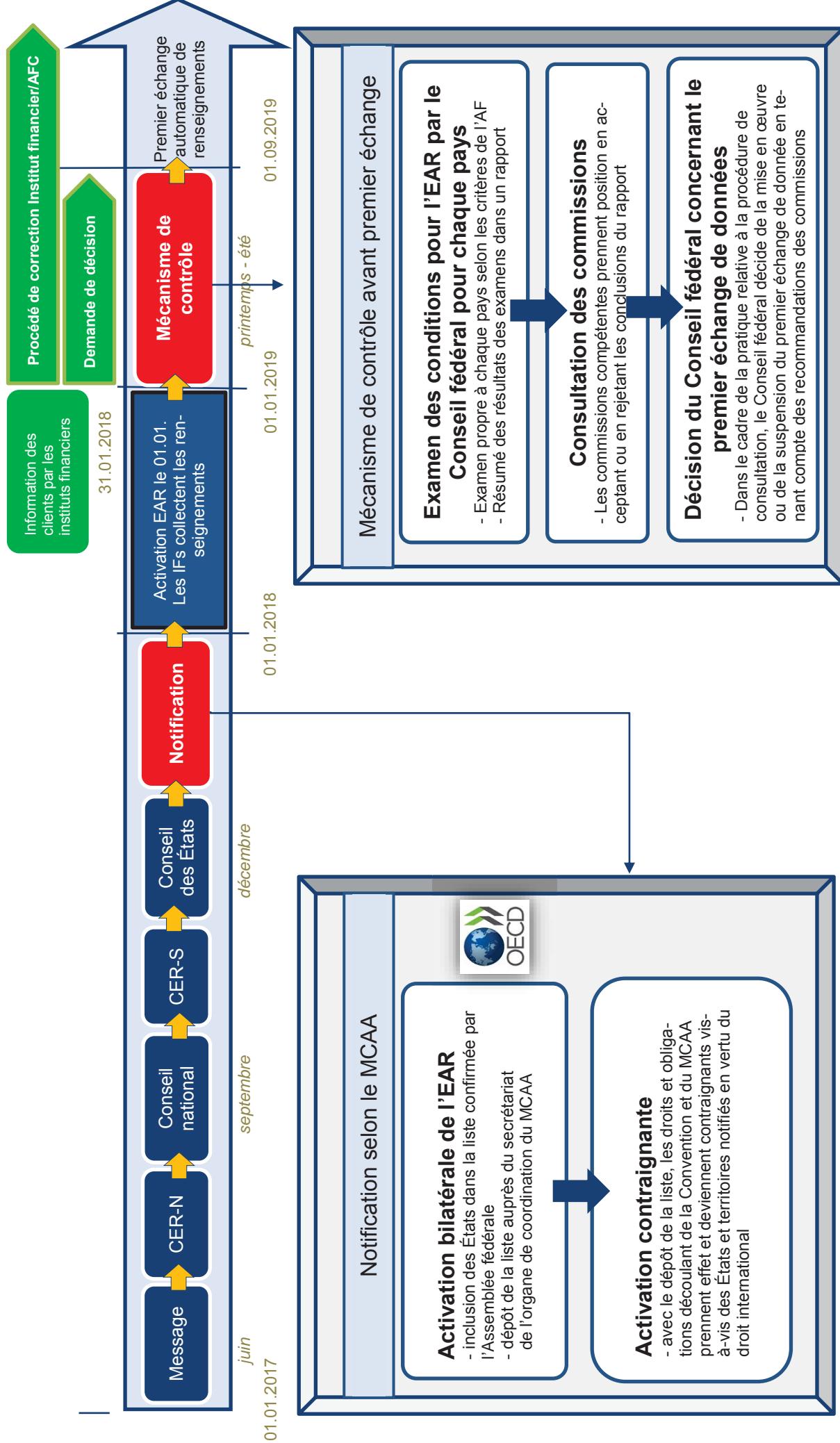
1.3 Critères de contrôle

Lors de la séance du 15 août 2017, la CER-N a demandé à ce que le mécanisme de contrôle proposé avant le premier échange de données soit précisé dans le sens où les critères de contrôle doivent expressément être repris dans l'arrêté fédéral. Il est ainsi possible d'expliquer de manière compréhensible sur quelle base le Conseil fédéral effectuera le contrôle.

Pour ce faire, il convient de prendre en compte tous les aspects pertinents découlant des conventions applicables et d'évaluer leur validité comme critères de contrôle. La constatation générale selon laquelle les principes fixés dans la Convention sont également applicables pour l'EAR constitue le point de départ des réflexions qui suivent. Ainsi, il est possible de définir les critères de contrôle qui sont essentiels à ce stade et pourraient servir de base pour justifier la suspension de l'échange de données envers un État partenaire non conforme. Il convient de noter ici que ces critères ne sont ni exhaustifs, ni absous. L'approche envisagée a pour conséquence que certains critères discutés jusqu'à maintenant deviendraient caducs étant donné qu'ils n'ont pas de lien direct avec les fondements de droit international de l'EAR et, de ce fait, ne rentrent pas dans le cadre du contrôle des conditions déterminantes de la norme EAR, ni ne permettent de tirer de conclusions objectivement utilisables (c'est en particulier le cas de critères comme le « niveau général de corruption » ou les « relations économiques »). Pour ces motifs, des classifications rigides et globales comme le Corruption Perception Index ou l'index de démocratie Freedom-House ne peuvent pas être retenues dans la proposition consolidée en tant que critères de contrôle appropriés et contraignants.

Les critères de contrôle de la proposition consolidée sont énumérés à l'art. 1, al. 1^{bis}, de l'arrêté fédéral. Ces derniers ne sauraient constituer d'une liste exhaustive. D'autres éléments pertinents peuvent être pris en compte lors de l'évaluation de la situation dans un pays.

Échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers – Procédé prévu



En particulier, le Conseil fédéral examine si les conditions déterminantes suivantes sont remplies:

- (a) L'État partenaire dispose des dispositions légales nécessaires pour la mise en œuvre de l'EAR ;¹
- (b) L'état de la confidentialité et des mesures pour la sécurité des données ainsi que la protection des données dans l'État partenaire correspond au standard de l'accord EAR ;
- (c) L'État partenaire dispose d'un réseau d'États partenaires adéquat, y compris les places financières concurrentes importantes, avec lesquels il met en œuvre l'EAR² ;
- (d) Le fait que le secrétariat de l'organe de coordination n'a pas reçu de notification relative à une violation des dispositions concernant la confidentialité ou à une défaillance des mesures de protection dans l'État partenaire ;
- (e) Le fait que les autorités suisses chargées de la mise en œuvre de l'EAR n'ont pas constaté qu'en vertu de l'article 21 de la Convention du 25 janvier 1988 concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale³, la Suisse n'est pas tenue d'échanger automatiquement des renseignements sur la base de la situation générale ou dans le cas d'espèce ;
- (f) Des personnes concernées par l'échange de données ne sont pas exposées à des procédures dans l'État partenaire qui, dans le contexte de l'échange de renseignements fiscaux, pourraient de manière vérifiable impliquer ou entraîner de sévères violations des droits de l'homme⁴.

A l'exception de la lettre c, cette formulation a l'avantage d'être directement en relation avec les bases légales qui auront été activées au moment du contrôle. Les manquements constatés qui pourraient entraîner une suspension de l'EAR s'inscrivent ainsi

¹ Cette notion couvre toutes les bases légales de l'EAR, c'est-à-dire les conventions multilatérales et l'ensemble de la législation de transposition interne.

² Les conditions de concurrence équitable (*Level Playing Field*) sous-jacentes à la norme internationale EAR visent à garantir qu'aucun des États ne retire d'emblée un avantage concurrentiel. Concrètement cela signifie que tous les États et territoires qui se sont engagés à introduire l'EAR doivent le mettre en œuvre rapidement et conformément à la norme avec tous les États et territoires signataires du MCAA. Le Forum mondial analysera et évaluera le réseau des Etats partenaires dans le cadre de la mise en œuvre de l'EAR.

³ Les dispositions pertinentes de l'art. 21 (Protection des personnes et limites de l'obligation d'assistance) sont les suivants :

1. Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme limitant les droits et garanties accordés aux personnes par la législation ou la pratique administrative de l'Etat requis.
2. [...] les dispositions de la présente Convention ne peuvent être interprétées comme imposant à l'Etat requis l'obligation:
 - a. de prendre des mesures qui dérogent à sa législation ou à sa pratique administrative, ou à la législation ou à la pratique administrative de l'Etat requérant;
 - b. de prendre des mesures qui seraient contraires à l'ordre public;
 - c. de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial, ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public;
 - d. d'accorder une assistance administrative si et dans la mesure où il estime que l'imposition de l'Etat requérant est contraire aux principes d'imposition généralement admis ou aux dispositions d'une convention en vue d'éviter la double imposition ou de toute autre convention qu'il a conclue avec l'Etat requérant;

⁴ Il est ainsi expressément pris compte des garanties minimales en matière de droits de l'homme qui relèvent de l'ordre public, mais qui doivent impérativement avoir un lien avec l'échange de renseignements.

dans le cadre légal existant et peuvent être justifiés vis-à-vis des partenaires, de l'OCDE et du Forum mondial. Par ailleurs, la formulation choisie, notamment les lettres e et f, indiquent explicitement que les garanties minimales en matière de droits humains devraient être respectées, ce qui inclut également les principes de la procédure, les principes d'imposition généralement admis ou des réglementations pertinentes dans d'autres conventions conclues entre la Suisse et un autre État. Ainsi, les souhaits exprimés par les membres de la Commission sont dûment pris en compte dans le respect des obligations internationales de la Suisse.

1.4 Obligation de consultation des commissions compétentes

Dans son message, le Conseil fédéral est d'avis que dans le cadre de ce mécanisme de contrôle la compétence de décision en matière de suspension de l'EAR incombe au pouvoir exécutif compétent pour la conduite de la politique extérieure. Le message prévoit une obligation d'information des commissions avant que le Conseil fédéral ne prenne sa décision. Des membres de la CER-N considèrent cependant qu'une implication accrue des commissions lors de la prise de décision serait opportune et ont déposé une demande selon laquelle le Conseil fédéral doit soumettre son rapport de contrôle aux commissions compétentes pour consultation.

Le rapport du SFI du 3 août 2017 suggère une possibilité de modifier l'arrêté fédéral sur le mécanisme de contrôle dans le sens d'une participation accrue des commissions compétentes si tel était leur souhait. La formulation contenue à titre d'exemple dans le rapport a ensuite été reprise dans une proposition de

Comme il a déjà été précisé avant la séance de la CER-N du 15 août 2017, le mécanisme envisagé dans l'exemple mentionné ci-dessus, qui déboucherait sur un quasi veto des commissions, est problématique du point de vue de l'ordre constitutionnel et de la séparation des pouvoirs. Pour des raisons de la répartition des compétences prescrite par la loi (art. 153, al. 3 Cst., art. 31 LEAR et art. 152 LParl), l'obligation de consultation ne doit pas restreindre la marge de manœuvre juridique du Conseil fédéral (v. FF 2001 3439 ss; TRIPET CORDIER, dans: Kommentar zum Parlamentsgesetz, Bâle 2014, n° 28 relatif à l'art. 152). Le fait que les commissions doivent être consultées ne signifie pas que celles-ci peuvent décider en lieu et place du Conseil fédéral. Elles peuvent certes faire part au Conseil fédéral de leur point de vue favorable ou défavorable, mais celui-ci est compétent pour décider. Dans le cadre du processus de prise de décision, le Conseil fédéral tiendra compte des avis des commissions, mais n'est pas juridiquement tenu de suivre leurs recommandations. Il va de soi que le Conseil fédéral ne s'opposera pas de manière inconsidérée à un avis des commissions et serait contraint de justifier de façon précise une éventuelle décision divergente.

Par conséquent, le libellé suivant de l'art. 2 de l'arrêté fédéral est proposé :

¹ Le Conseil fédéral soumet pour consultation le rapport aux commissions parlementaires compétentes.

² Il prend les mesures exigées par l'accord EAR en tenant compte des recommandations des commissions parlementaires compétentes.

2. Mise en œuvre de la protection des droits des personnes

Le procédé de l'échange automatique de renseignements prévoit divers mécanismes visant à protéger des personnes concernées par l'échange de données :

Les institutions financières suisses déclarantes informent les personnes dont les renseignements relatifs aux comptes financiers feront l'objet de l'échange directement, et au plus tard le 31 janvier 2019, que des renseignements les concernant seront transmis à l'AFC, puis aux États partenaires de la Suisse (art. 14 LEAR). L'obligation d'informer vise en particulier à rendre les personnes concernées attentives aux droits dont elles disposent en application de la loi sur la protection des données (LPD) et de la LEAR. Lorsqu'une personne est informée le 31 janvier de l'année de la première transmission de renseignements la concernant, elle dispose de cinq mois pour faire valoir ses droits auprès de l'institution financière déclarante, étant donné que cette dernière doit transmettre les renseignements à l'AFC le 30 juin (Art. 15 AIAG).

A l'égard de l'institution financière déclarante et l'AFC, les personnes concernées peuvent faire valoir le droit d'accès (complet) prévu à l'article 8 LPD. Ce droit n'est pas limité dans le temps.

Une personne concernée par l'échange de données dispose également du droit de requérir la rectification de données inexactes, conformément à l'art. 5, al. 2, LPD. Etant donné que les renseignements sont fournis par les institutions financières déclarantes, il faut faire valoir le droit à la rectification des données inexactes auprès de l'institution financière, si nécessaire par la voie du droit civil. A l'égard de l'AFC, ce droit est limité au cas d'erreur de transmission étant donné que l'AFC ne procède à aucune vérification matérielle des données (art. 19, al. 2, 1^{ère} phrase, LEAR). Si l'on constate dans le cadre d'un jugement définitif que des renseignements qui ont déjà été transmis à l'autorité compétente d'un État partenaire étaient inexacts, l'institution financière suisse déclarante transmet à l'AFC les renseignements rectifiés. L'AFC fait ensuite parvenir ces derniers à l'autorité concernée de l'Etat partenaire. Le procédé pour rectifier des données faisant l'objet d'une transmission n'a pas d'effet suspensif.

L'art. 19, al. 2, 2^{ème} phrase, LEAR en conjonction avec l'art. 25a de la loi sur la procédure administrative (PA) met à disposition des personnes concernées par l'échange de données un instrument important pour leur protection juridictionnelle. Si la transmission de données entraîne pour la personne concernée un préjudice déraisonnable par manque de garanties de l'État de droit, elle peut requérir l'AFC de s'abstenir d'échanger les données. L'autorité doit répondre à une telle requête par une décision susceptible de recours. Cette décision peut être attaquée par la voie ordinaire d'un recours auprès du Tribunal fédéral administratif (art. 44 ss PA).

3. Conclusions

La formulation de l'arrêté fédéral sur le mécanisme de contrôle proposée dans le présent rapport répond aux préoccupations de la CER-N en concrétisant les critères de contrôle et en instaurant une obligation de consulter les commissions. De ce fait, le mécanisme de contrôle est doté de contours tangibles qui tiennent compte des conditions juridiques et assurent une participation accrue des commissions. Cela permet d'évaluer de manière complète, au moment du premier échange de données, quels

sont États partenaires qui, depuis l'examen des conditions pertinentes avant la notification, sont encore conformes à la norme internationale EAR et ceux qui ne le sont pas. La décision relative au premier échange de données avec les États partenaires proposés est prise à la suite d'une consultation des commissions compétentes aux-quelles est accordée la possibilité d'influencer la décision du Conseil fédéral par le biais de recommandations. Dans tous les cas, le cadre législatif suisse permet aux personnes concernées de s'assurer que les données qui seront transmises sont correctes. Il offre en outre une voie judiciaire pour les personnes qui pourraient subir un préjudice déraisonnable en cas de manque de garanties en matière d'État de droit chez le partenaire.