

Les paroles prononcées font foi

Conventions de double imposition

Explications du Prof. Dr. Ulrich Cavelti, Conseiller juridique CDF,
séance de la CPE-E, 4 février 2010

Monsieur le Président,

Mesdames les Conseillères aux Etats, Messieurs les Conseillers aux Etats,

En rapport avec l'approbation des conventions de double imposition qui nous sont présentées ici, quelques nouvelles questions juridiques se posent au sujet desquelles je tiens à prendre position au nom de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances (CDF).

1. Ordonnance relative à l'assistance administrative
d'après les conventions contre les doubles impositions en vue d'appliquer le droit
interne des Etats contractants (OACDI)

Cette ordonnance n'est pas encore en vigueur. Le Conseil fédéral a ouvert la procédure d'audition le 20 janvier 2010 avec délai au 30 avril 2010. Mes explications auront donc un caractère encore provisoire. Mais j'aimerais dès aujourd'hui souligner ceci:

Cette ordonnance règle l'exécution de l'assistance administrative prévue dans les conventions destinées à éviter la double imposition. Les questions suivantes se posent à cet égard:

1.1. Les rapports entre l'art. 26 al. 3 et l'art. 25 MC-OCDE

L'interprétation est sujette à controverses. Le prof. Waldburger a défendu fermement l'idée selon laquelle, en l'état actuel du droit helvétique, la Suisse ne pourrait pas adresser à l'étranger une demande d'assistance administrative portant sur des informations bancaires au motif qu'elle soupçonne une simple évasion fiscale, car l'art. 26, al. 3, lettre b, MC OCDE dispose que l'Etat demandeur ne peut exiger que lui soient fournis des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale et parce que l'art. 26, al. 5, MC OCDE ne déroge pas sur ce point à l'art. 26, al. 3, 26 MC OCDE. En d'autres termes, la réserve émise à l'art. 26, al. 5, MC OCDE ne s'applique pas, selon le prof. Waldburger, à l'alinéa 3 de la disposition précitée. D'autres personnes – notamment au sein de l'AFC et de différentes administrations cantonales des contributions – affirment au contraire que l'alinéa 5 de l'art. 26 prévaudrait aussi sur l'alinéa 3 de cette même disposition. En conséquence, la Suisse pourrait également exiger de l'étranger des informations sur des contribuables, même si elle ne peut obtenir ce genre de renseignements chez elle. La réciprocité qui – comme exposé ci-dessus - est de toute façon déjà bancaire, ne serait donc pas complètement bouleversée. Le principal argument en faveur de la seconde interprétation est que l'on ne peut interpréter la décision du Conseil fédéral du 13 mars 2009 et, partant, l'affirmation selon laquelle il n'y aurait aucun changement en termes de secret bancaire fiscal pour les contribuables suisses en ce sens qu'il voulait protéger non seulement le secret bancaire suisse chez nous, mais aussi le secret bancaire étranger.

Dans le projet OACDI, ce problème est à présent réglé à l'art. 14 al. 5. On doit constater à cet égard que la Confédération a changé d'avis sur cette question. Selon cette disposition, les demandes d'assistance en matière d'information bancaire ne peuvent être déposées que si ces mêmes informations peuvent être obtenues conformément au droit suisse aussi. L'interprétation Waldburger est ainsi reprise et la réciprocité bancaire à nouveau renforcée. Il en résultera non seulement que la Suisse se verra dans l'obligation de rendre accessibles à l'étranger des informations qu'elle ne peut pas obtenir elle-même pour ses propres taxations. Des contraintes

supplémentaires sont imposées à la Suisse du fait qu'elle ne peut pas, de son côté, adresser des questions à l'étranger concernant des contribuables étrangers dans les cas où ceux-ci tomberaient sous le coup du secret bancaire en Suisse mais pas à l'étranger. Ainsi, le secret bancaire suisse est étendu aux banques étrangères.

1.2. Utilisation de données acquises de manière frauduleuse

Comme mentionné en introduction, le Conseil fédéral a suspendu son message sur le nouvel avenant à la convention de double imposition avec la France, après avoir appris que de nombreuses données bancaires avaient été volées à la banque HSBC, à Genève, et transmises au fisc français. Le conseiller fédéral Merz a motivé cette décision par le fait qu'il ne serait pas convenable de conclure une convention d'assistance administrative élargie à laquelle il faudrait se soumettre même dans le cas où le fisc étranger aurait obtenu des données de manière frauduleuse. Le Conseil fédéral a dès lors fixé cette règle dans l'art. 5 al. 2 OACDI. Toute demande d'assistance doit, conformément à cet article, répondre au principe de la bonne foi. Au nom de l'ordre public, il faut refuser toute demande si l'attribution de l'assistance administrative ne devait pas être compatible avec les valeurs fondamentales du droit suisse ou devait se heurter à des intérêts essentiels de la Suisse. La demande doit être spécialement rejetée si elle se fonde sur des informations qui ont été acquises à la suite d'une violation du droit pénal suisse. Quelques commentaires à ce sujet:

Il convient de retenir sur le fond qu'aucune des CDI paraphées, voire signées à ce jour ne règle cette question. Il serait par ailleurs juridiquement contestable que la Suisse établisse unilatéralement une réglementation en la matière, puisque le droit international prime le droit helvétique. La seule clause de sauvegarde est celle constituée par l'«ordre public». Cette clause est applicable lorsque des règles de procédure ou actions étrangères contreviennent à des principes du droit suisse ou de la conception suisse du droit à un point tel que le recours unilatéral à la clause d'exception est alors admis. Il est peu probable que l'attitude du fisc français représente une infraction aussi grave étant donné qu'il n'a pas joué un rôle actif dans l'affaire, mais que les données lui ont été proposées. Il en irait autrement dans

l'hypothèse où, par exemple, un service secret étranger les aurait dérobées. Invoquer le principe de la bonne foi ne nous avance pas beaucoup plus. Ce principe aurait été violé si, au moment de la signature de la Convention, les Etats contractants n'avaient tout simplement pas pensé qu'un tel acte pourrait se produire. Or depuis le vol de données fiduciaires au Liechtenstein, cette hypothèse ne peut plus être envisagée.

Dans son jugement du 2 octobre 2007, le Tribunal fédéral a décidé que, en Suisse aussi, les données recueillies de manière non conforme à la procédure normale ne sont subordonnées à aucune interdiction d'utilisation et, par conséquent, peuvent être utilisées sans autre dans une procédure de poursuites et de pénalités fiscales. Toutefois, ce jugement ne concernait pas une violation du secret bancaire mais "seulement" une violation du secret des affaires, c'est-à-dire les informations d'un fiduciaire. En vertu de l'article 127, al. 1, lettre d, LIFD, les fiduciaires, gérants de fortune, créanciers gagistes, mandataires et autres personnes qui ont la possession ou l'administration de la fortune du contribuable doivent donner au contribuable des attestations écrites sur cette fortune et ses revenus. Lorsque le contribuable ne produit pas les attestations requises, l'autorité fiscale peut les exiger directement de ces personnes (art. 127, al. 2, LIFD). Le secret professionnel protégé légalement est réservé. Parmi les personnes soumises au secret professionnel se trouvent les avocats, les notaires, les médecins, les réviseurs soumis au devoir de discrétion en vertu du droit des obligations, etc. Il n'existe aucune restriction concernant l'obligation de renseigner incombant au gérant de fortune et au fiduciaire. La loi parle du secret professionnel qui protège les clients, les mandants et les patients. Le secret commercial au sens de l'article 162 CPS n'est pas assimilable au secret professionnel qui doit être respecté par les autorités de taxation, car il ne protège que le maître de l'affaire ; d'où le rejet, par le Tribunal fédéral, de l'interdiction d'utiliser des données fournies par un fiduciaire. Quant à savoir si cet arrêt est pertinent pour le sujet qui nous intéresse, la question demeurera en suspens puisqu'il ne s'agit pas en l'espèce du secret professionnel, mais du secret bancaire. Or, le secret bancaire bénéficie d'un tout autre degré de protection que le secret professionnel, ce qui apparaît en particulier dans le droit fiscal, comme exposé ci-dessus. Sur la base de ce jugement, on peut pour le moins se demander sérieusement si des informations obtenues frauduleusement sont soumises à l'interdiction d'utilisation ou non. Notons toutefois que le débat est purement théorique. Pour ce qui est de l'utilisation des données qui lui ont

été fournies, le fisc français est lié à la jurisprudence française et non pas à la jurisprudence suisse. On peut donc se demander si la Suisse peut unilatéralement arrêter une réglementation en dehors d'une convention de double imposition qui pourrait restreindre des règles de droit international. C'est ce que devront régler encore une fois les tribunaux.

2. Procédure recours concernant l'assistance administrative selon la LTF

Alors que, dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, un jugement du Tribunal pénal fédéral peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral lorsqu'un cas est particulièrement important ou qu'une procédure qui s'est déroulée à l'étranger comporte des vices graves (art. 84 LTF), un tel recours n'est pas possible dans le cadre de l'assistance administrative internationale, et c'est bien de cela qu'il s'agit dans l'assistance administrative visée par l'article 26 MC OCDE. Cette inégalité de traitement est objectivement incohérente et ne repose sur aucun fondement valable. Il est impératif de garantir, ne serait-ce que du point de vue politique, que, comme le montrent les derniers jugements rendus par le Tribunal administratif fédéral sur des questions de cet ordre, il incombe au Tribunal suprême, et non pas à un tribunal de première instance, de trancher des questions fondamentales liées à l'interprétation de l'assistance administrative selon les CDI, à l'instar de la procédure appliquée dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale, lorsqu'il s'agit d'un cas particulièrement important. Pour ce faire, il convient de modifier l'article 83, lettre h, LTF.

Cette question ne concerne pas uniquement les relations de la Suisse avec l'étranger, mais aussi les relations entre la Confédération et les cantons. Comme mentionné ci-avant, il est prévu que l'assistance administrative interne à la Suisse soit régie par l'OACDI. Or, les cantons sont directement impliqués dans la mise en œuvre de l'assistance administrative avec l'étranger puisqu'ils sont en possession des dossiers correspondants, qu'ils les connaissent et qu'ils sont tenus de fournir des informations à l'AFC. Il est donc déterminant de savoir qui, du Tribunal administratif fédéral ou, justement, du Tribunal fédéral, est habilité à décider en dernière instance des

questions relatives à cette assistance administrative. En ce qui concerne la mise en œuvre du droit fiscal cantonal et du droit relatif à l'impôt fédéral direct, le Tribunal administratif fédéral n'a jamais joui, à juste titre, d'aucune compétence en la matière. La seule compétence dont il bénéficie – sursis ou remise – devrait disparaître avec la loi de simplification et d'épuration. C'est là un argument de plus en faveur d'une nouvelle réglementation de l'assistance administrative internationale.

La Conférence des directeurs de finances serait donc très favorable à ce que - notamment à la lumière des jugements du Tribunal administratif fédéral prononcés récemment - une modification de la LTF soit entreprise immédiatement. La CDF n'a certes pas le droit de présenter des propositions à votre commission. Mais au cas où vous vous rallieriez à notre opinion, nous appuierions clairement une intervention de votre commission dans ce sens.

Je vous remercie de votre attention.