

DOSSIERS DE DROIT EUROPÉEN

n° 32

# Du secret bancaire à la transparence financière

Giovanni Molo

Docteur en droit, avocat, LL.M.

# Table des matières

<b>Sommaire</b>	<b>5</b>
<b>Abréviations</b>	<b>11</b>
<b>Introduction</b>	<b>17</b>
<b>Chapitre 1 : Mise en question et transformation de la souveraineté territoriale</b>	<b>19</b>
I. La notion de souveraineté territoriale dans l'ordre international moderne : une esquisse.....	20
A. Nature dérivée et originaire de la souveraineté territoriale.....	21
B. Territoire.....	23
C. Exclusivité et interdiction de l'ingérence.....	24
D. Autonomie et domaine réservé.....	27
E. Égalité des États.....	28
II. Érosion de la souveraineté territoriale et diffusion de nouvelles formes de gouvernance.....	29
A. Émergence de la globalisation.....	29
B. Impact de la globalisation sur la souveraineté territoriale.....	32
C. Globalisation du droit.....	35
D. Multiplication des ordres juridiques partiels et entrecroisements normatifs.....	36
E. Graduation et diffusion normative.....	37
1. Relativisation de la normativité internationale et rupture de l'ordre international.....	37
2. Ius cogens.....	39
3. Soft law.....	40
4. Extraterritorialité et reconnaissance mutuelle.....	40
5. Uniformisation du droit.....	41
F. Dépassement de l'État.....	42
1. Nouvelles formes de souveraineté.....	42
2. Désagrégation de l'État.....	44
3. Délégation internationale.....	47
4. Gouvernance globale.....	48
G. Asymétrie juridique entre États et modèles hégémoniques.....	49
H. Crise économique globale de 2008-2009 et renforcement de l'architecture financière internationale.....	53
III. Autonomie vs hétéronomie des ordres juridiques étatiques : approches explicatives.....	55

A.	Explication de la conformité au droit international.....	56
B.	Diffusion de modèles réglementaires stricts/laxistes : quelques clés explicatives.....	60
1.	Variables à expliquer.....	60
2.	Dynamiques domestiques et typologie des marchés.....	61
3.	Interaction des intérêts et des ressources coercitives des États.....	63
a.	Préférences et incitations.....	63
b.	Formation non consensuelle du droit international.....	64
c.	Le cas suisse.....	67
4.	Dimension normative.....	68
a.	Jeux normatifs et cognitifs.....	68
b.	Deux conceptions de souveraineté et de concurrence internationale fiscale.....	68
c.	Une position de compromis : la lutte contre la concurrence fiscale dommageable.....	70
d.	De la concurrence loyale à la transparence financière : la Suisse dans la cible.....	71
C.	Explication de la diffusion et de l'impact de la soft law.....	74
IV.	Perspectives de la Suisse dans un contexte de redéfinition de la souveraineté territoriale.....	77
	<b>Chapitre 2 : La réserve du secret bancaire suisse en matière de fiscalité directe avant le bouleversement de 2009</b>	<b>79</b>
I.	Accès et utilisation des informations bancaires dans les procédures internes en matière d'imposition directe.....	81
II.	Formes d'échange d'informations bancaires à des fins fiscales : délimitations.....	87
III.	Échange d'informations bancaires dans le domaine de l'assistance administrative en matière de fiscalité directe.....	88
IV.	Coopération internationale entre autorités pénales pour la répression des infractions en matière de fiscalité directe.....	92
V.	Infractions en matière de fiscalité directe et lutte contre le blanchiment d'argent.....	96
VI.	Participation aux infractions fiscales en Suisse et à l'étranger selon le droit suisse.....	101
VII.	Obligations déontologiques des intermédiaires financiers.....	103
	<b>Chapitre 3 : Relations entre la Suisse et l'Union européenne en vertu des accords bilatéraux II et leurs développements</b>	<b>105</b>
I.	Assistance administrative dans le domaine de la fiscalité directe.....	105
A.	Coordination de la fiscalité de l'épargne dans l'UE et réalisation de mesures équivalentes avec la Suisse.....	106
B.	Proposition de révision de la directive 2003/48 découlant du rapport du 15 septembre 2008 de la Commission et ses répercussions sur l'accord avec la Suisse.....	111
C.	Assistance administrative au sein de l'UE.....	113
II.	Coopération entre autorités pénales pour la répression des infractions dans le domaine de la fiscalité directe.....	115

A.	Accord d'association à Schengen (AAS) : aspects généraux .....	116
B.	Acquis de Schengen au moment de la conclusion de l'AAS et son application par la Suisse .....	117
C.	Participation de la Suisse aux développements de l'acquis de Schengen postérieurs à la conclusion de l'AAS.....	123
III.	Accord sur la lutte contre la fraude.....	129
	<b>Chapitre 4 : Adoption du standard de l'OCDE en matière d'assistance administrative sur requête dans le domaine de la fiscalité directe</b>	<b>131</b>
I.	Standard de l'OCDE au moment de son adoption par la Suisse .....	133
A.	Sources .....	133
B.	Nature juridique du standard de l'OCDE.....	134
C.	Formes d'échange d'informations .....	139
D.	Objet de l'assistance.....	140
E.	Principe du traitement national et droit déterminant .....	142
1.	Application du droit de l'État requis : principe du traitement national et limitations en faveur de l'assistance.....	142
2.	Application du droit de l'État requérant : principes de réciprocité et de subsidiarité.....	143
F.	Termes de référence .....	144
G.	Modalités du monitoring.....	145
II.	Clauses d'assistance de nouvelle génération.....	150
A.	Modalités de conclusion et effets des clauses d'assistance .....	150
B.	Examen des pairs de l'OCDE d'octobre 2010-juin 2011 .....	152
C.	Correction des clauses d'assistance .....	158
III.	La révision du standard de l'OCDE de juillet 2012 .....	160
A.	Clarification sur l'interprétation de la norme de « pertinence vraisemblable » et sur l'interdiction de la « pêche aux renseignements » .....	162
B.	Les demandes groupées.....	163
	<b>Chapitre 5 : Dépassement du standard de l'OCDE de l'assistance sur demande</b>	<b>167</b>
I.	Convention du Conseil de l'Europe concernant l'assistance administrative en matière fiscale.....	167
A.	Nature.....	167
B.	Organisme de coordination .....	168
C.	Réserves.....	169
D.	Champ d'application matérielle et personnelle .....	169
E.	Aspects intertemporels.....	171
F.	Formes d'échange de renseignements .....	171
G.	Formes d'assistance en vue du recouvrement.....	175
H.	Limites de l'obligation d'assistance.....	176

I.	Approbation par la Suisse de la Convention du Conseil de l'Europe.....	179
II.	Le cas particulier de l'assistance avec les États-Unis.....	182
A.	Première requête de coopération relative aux clients UBS accordée sur la base de la décision de la FINMA.....	184
1.	La requête de coopération américaine du 16 juillet 2008.....	184
2.	La décision de la FINMA du 18 février 2009.....	184
3.	Les <i>obiter dicta</i> de la décision du 5 mars 2009 du TAF.....	188
B.	Deuxième requête de coopération relative aux clients UBS basée sur l'accord USA-Suisse relatif à UBS.....	190
1.	La réactivation du JDS .....	190
2.	Le rétablissement de l'assistance administrative sur la base de l'accord USA-UBS et sa mise en échec par le Tribunal administratif fédéral .....	194
3.	L'approbation de l'accord par le Parlement et ses effets contraignants pour le Tribunal administratif fédéral .....	195
C.	Le rapport complémentaire du 8 août 2011 concernant la convention de double imposition avec les États-Unis d'Amérique.....	198
D.	La requête de coopération relative aux clients d'autres banques suisses « target ».....	199
E.	La coopération des intermédiaires financiers suisses sur la base du droit interne américain : le « FATCA ».....	204
1.	FATCA : traits essentiels .....	204
a.	Finalité et mécanisme de fonctionnement du FATCA .....	204
b.	Identification des comptes américains et les obligations de communications y relatives .....	205
c.	Notion d'établissement financier .....	207
2.	Le « FATCA » dans les rapports internationaux.....	207
a.	Le « FATCA » est-il compatible avec le droit international et le droit suisse ?.....	207
b.	Déclaration conjointe des États-Unis, de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne et du Royaume-Uni .....	208
c.	Déclaration de la Suisse et des États-Unis .....	210
3.	L'accord Suisse-États-Unis du 14 février 2013 .....	211
a.	Mécanisme de base de l'accord.....	214
b.	Champ d'application.....	215
(i)	Détenteurs d'informations visés.....	215
(ii)	Personnes concernées.....	217
(iii)	Délimitations.....	218
(iv)	Aspects intertemporels .....	219
c.	Les obligations des établissements financiers suisses .....	220
(i)	Énumération.....	220

(ii)	Obtention du consentement à la transmission de données de la part des clients ou transmission de données agrégées .....	220
(iii)	Obligation d'identifier les comptes américains : les procédures applicables .....	221
d.	Demandes groupées par types de contribuables.....	221
e.	Appréciation de l'accord .....	223
f.	Implications sur l'évolution des formes d'assistance administrative sur le plan international.....	225
F.	Le Programme américain pour le passé.....	227
1.	Déclaration commune entre la Suisse et les États-Unis.....	228
2.	Le contenu du programme américain unilatéral de non-poursuite pénale (NPA).....	229
3.	La portée du modèle d'autorisation du Conseil fédéral .....	232
4.	La transmission des informations sur les clients américains en deux étapes .....	236
III.	L'assistance administrative élargie et les autres formes de transmission d'informations dans les accords de coopération fiscale accrue avec l'Allemagne et le Royaume-Uni.....	238
A.	Traits essentiels des accords et leur signification ainsi que leur mise dans l'ombre dans la stratégie de l'argent propre du Conseil fédéral.....	238
B.	Champ d'application des accords .....	247
C.	Assistance administrative élargie.....	254
<b>Chapitre 6 : Adoption par la Suisse du modèle d'échange automatique des informations</b>		<b>259</b>
I.	Adoption de l'échange automatique des informations en tant que standard global et européen et revirement de la Suisse.....	259
II.	Norme d'échange automatique de renseignements de l'OCDE : norme commune de déclaration et de diligence raisonnable.....	265
A.	Structure de la norme .....	265
B.	Champ subjectif de l'échange automatique de renseignements : les « institutions financières déclarantes ».....	270
1.	Sous-composantes de l'institution financière .....	271
2.	L'institution financière non déclarante .....	273
3.	Appartenance à une juridiction partenaire .....	275
C.	Champ objectif de l'échange automatique de renseignements : les « comptes déclarables ».....	278
1.	La notion de « compte déclarable » .....	278
2.	La notion de compte financier .....	279
3.	Modalités d'identification du titulaire du compte comme personne de la juridiction partenaire.....	280
4.	L'« ENF passive » et les personnes qui détiennent son contrôle.....	285
5.	Questions intertemporelles .....	289
D.	Objet et modalités de l'échange automatique de renseignements .....	293

1.	Informations échangées .....	293
2.	Modalités de l'échange de renseignements .....	294
3.	Confidentialité et protection des données par l'État destinataire des informations .....	295
4.	Garanties d'information et de procédure pour les sujets touchés par l'échange de renseignements.....	300
III.	Mise en œuvre uniforme du modèle d'échange automatique des informations dans l'Union européenne.....	303
IV.	Instruments d'adoption par la Suisse du modèle d'échange automatique des informations ..	306
	<b>Chapitre 7 : Droit interne d'exécution</b>	<b>313</b>
I.	Encadrement de l'échange de renseignements sur demande en conformité avec le standard de l'OCDE .....	313
A.	Adoption de la LAAF et rôle du droit interne entre dispositions conventionnelles et standard de l'OCDE .....	313
B.	Champ d'application de la LAAF .....	317
C.	Principe de l'assistance sur demande .....	318
1.	« L'assistance administrative est accordée exclusivement sur demande » .....	318
2.	Interdiction de la pêche aux renseignements.....	320
3.	Contenus minimaux de la demande .....	320
4.	Principe de la bonne foi.....	321
D.	Destinataires visés .....	323
E.	Mesures de contrainte .....	325
1.	Effet contraignant des mesures de l'AFC .....	325
2.	Séquestre .....	328
3.	Perquisition.....	329
4.	Interrogatoire .....	329
F.	Garanties procédurales.....	331
1.	Droit d'être entendu : sources et contenus.....	331
2.	Qualité de partie .....	333
3.	Restrictions du droit d'être informé et du droit d'être entendu .....	335
a.	Principes généraux et concrétisation des restrictions du droit d'être entendu en vertu de la LAAF .....	335
b.	Critiques de la part du rapport d'examen de la Suisse .....	337
c.	Révision de la LAAF et introduction de la procédure de notification a posteriori .....	338
4.	Conséquences de la violation du droit d'être entendu.....	340
a.	Réparation devant le Tribunal administratif fédéral ?.....	340
b.	Réparation devant le Tribunal fédéral ?.....	341
c.	Réparation devant les autorités de l'État requérant ?.....	342

5.	Droit d'accès aux tribunaux et d'un recours effectif.....	342
a.	Recours auprès du Tribunal administratif fédéral.....	342
b.	Recours auprès du Tribunal fédéral.....	344
6.	Une concrétisation jurisprudentielle du droit d'être entendu : notification de la décision finale et moment du recours.....	345
G.	Transmission des renseignements.....	347
H.	Autolimitation de la Suisse dans l'utilisation des renseignements acquis en tant que Pays requis pour la mise en œuvre de son droit fiscal et dans ses demandes d'assistance administrative.....	348
1.	Utilisabilité des informations sur le plan interne.....	348
2.	Demandes suisses d'assistance.....	350
3.	Discussion.....	350
4.	Dépassement de l'autolimitation.....	353
II.	Mise en œuvre des accords Rubik.....	355
III.	Mise en œuvre de l'accord FATCA.....	357
IV.	Mise en œuvre de l'échange automatique et spontané des informations.....	357
	<b>Chapitre 8 : Portée de l'assistance fournie par la Suisse</b>	<b>363</b>
I.	Champ d'application de l'assistance fournie par la Suisse.....	363
A.	Relativité.....	363
B.	Contribuables visés.....	365
C.	Objet.....	368
D.	Impôts visés.....	369
E.	Moyens de preuve visés.....	370
F.	Aspects intertemporels.....	371
1.	Principe de non-rétroactivité : contours généraux.....	371
2.	Aspects intertemporels d'après le standard de l'OCDE.....	372
3.	Portée du principe de non-rétroactivité dans la nouvelle politique d'assistance administrative de la Suisse d'après le standard de l'OCDE : position du Conseil fédéral.....	373
4.	Portée du principe de non-rétroactivité selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral avec référence à l'accord USA-UBS.....	376
5.	Délimitation intertemporelle du champ d'application de l'assistance par les principes de non-rétroactivité et de la subsidiarité selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral sur les clauses d'assistance d'après le standard de l'OCDE.....	377
6.	Vision triangulaire du principe de non-rétroactivité.....	379
G.	En dehors du champ d'application de l'assistance administrative : la transmission directe des informations ou entraide sauvage.....	380
II.	Détenteurs d'informations soumis à une obligation de fournir assistance.....	382
A.	Banques et commerçants de valeurs mobilières établies en Suisse.....	382

B.	Autres sujets privés, et en particulier gérants de fortune indépendants et fiduciaires .....	383
C.	Avocats.....	384
D.	Autorités publiques.....	388
E.	Effet extraterritorial de l'assistance aux succursales ou filiales étrangères d'établissements suisses ?.....	388
III.	Portée de l'assistance relative aux informations concernant les ayants droit économiques avec des structures juridiques complexes (« trusts »).....	390
A.	Devoirs de diligence .....	390
B.	Sociétés de domicile.....	395
C.	Statut des ayants droit économiques et des structures juridiques complexes (« trusts ») en droit fiscal interne.....	400
D.	Traitement des constructions juridiques dans l'assistance administrative.....	404
1.	Application du principe de transparence aux structures juridiques.....	404
2.	Obligation internationale de récolte des informations sur la propriété économique d'une structure juridique en vue de leur échange en matière fiscale.....	413
	<b>Chapitre 9 : Conditions pour l'octroi de l'assistance administrative</b>	<b>423</b>
I.	Principe de l'assistance sur demande et son dépassement .....	426
II.	Contenus minimes de la demande.....	429
III.	Interdiction de la « <i>fishing expedition</i> ».....	431
A.	Remarques générales et analogie avec la coopération pénale internationale .....	431
B.	Biens juridiques protégés.....	434
C.	Rôle de l'interdiction de la « <i>fishing expedition</i> » dans l'examen d'une demande d'assistance.....	435
D.	Double signification de l'interdiction de la « <i>fishing expedition</i> ».....	438
E.	Rôle de l'interdiction de la « <i>fishing expedition</i> » dans l'examen d'une demande groupée.....	439
F.	Rôle de l'interdiction de la « <i>fishing expedition</i> » dans l'échange de renseignements sans demande préalable.....	445
IV.	Garanties de procédure .....	445
A.	Applicabilité de la CEDH au domaine fiscal.....	446
B.	Applicabilité de la CEDH et des garanties constitutionnelles de procédure à l'assistance administrative.....	450
1.	Application des garanties de procédure de l'État requis (« <i>locus regit actum</i> »).....	450
2.	Analogie avec l'entraide judiciaire en matière pénale.....	451
3.	Préservation de la CEDH sous l'angle de l'État requérant.....	452
4.	Préservation de la CEDH sous l'angle de l'État requis.....	453
5.	Préservation de la CEDH par la procédure pénale dans son ensemble .....	454
6.	Implications de l'arrêt Chambaz en matière d'assistance administrative ?.....	454

7.	Considération d'ensemble de la CEDH en matière d'assistance administrative.....	457
C.	Restrictions aux garanties de procédure afin de remplir le standard de l'OCDE ?....	459
D.	Échange automatique et garanties de procédure.....	460
V.	Principe de subsidiarité.....	463
VI.	Principe de bonne foi et interdiction d'achat et d'usage de données volées .....	467
A.	Dimension pénale .....	467
B.	Dimension internationale.....	471
C.	Projet de limitation de l'interdiction d'usage des données volées.....	474
VII.	Protection du secret professionnel.....	476
VIII.	Réserve de l'ordre public.....	480
IX.	Principe de réciprocité.....	486
X.	Principe de l'échange de renseignements le plus large possible.....	490
XI.	Principe de l'utilité potentielle.....	492
XII.	Principe de la confidentialité des renseignements reçus.....	495
	<b>Chapitre 10 : Quelques éléments sur les évolutions dans le domaine de l'entraide judiciaire pénale en matière fiscale</b>	<b>501</b>
I.	Avant-projet de révision de l'EIMP et d'adoption des deux protocoles additionnels de la CEEJ .....	501
II.	Répercussions du projet GAFI sur la coopération internationale pénale dans le domaine de la lutte contre les infractions fiscales.....	503
	<b>Chapitre 11 : Remise en question du secret bancaire sur le plan interne : aperçu de l'avant-projet de révision du droit pénal fiscal interne</b>	<b>507</b>
I.	Pilier procédural.....	508
II.	Pilier matériel.....	513
A.	Aperçu des notions du droit pénal fiscal matériel : le système actuel.....	514
B.	Redéfinition des infractions du droit fiscal.....	519
	<b>Chapitre 12 : Révision des recommandations du GAFI en matière d'élargissement du champ d'application de la lutte anti-blanchiment aux infractions fiscales et mise en œuvre dans le droit suisse</b>	<b>527</b>
I.	Extension du champ d'application du blanchiment aux « infractions fiscales graves » selon la révision des recommandations du GAFI en 2012.....	527
II.	Transposition des « infractions fiscales graves » liées aux impôts directs en droit suisse .....	529
III.	Action de blanchiment .....	533
IV.	Mise en œuvre du principe de la double incrimination .....	535
V.	Extension des devoirs de diligence des intermédiaires financiers et implications .....	536
VI.	Double entrecroisement entre procédures internes et procédures internationales .....	539
	<b>Chapitre 13 : Renforcement des devoirs déontologiques des intermédiaires financiers et de la surveillance</b>	

I.	Prise de position de la FINMA du 22 octobre 2010 sur la surveillance des risques transfrontaliers.....	543
II.	Mise en œuvre de la stratégie de l'argent propre (« <i>Weissgeldstrategie</i> ») sous l'angle de la <i>compliance</i> fiscale : avant-projet de révision de la LBA sur l'introduction d'obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non déclarées.....	544
III.	Mise en œuvre de la surveillance des risques fiscaux transfrontaliers par la FINMA .....	548
IV.	Réglementations internes des banques.....	560
	A. Les codes de conduite des deux grandes banques.....	560
	B. Les restrictions par les banques aux opérations des clients et leur légitimité : premières réflexions.....	564
V.	Mise en œuvre d'une stratégie de conformité fiscale dans un contexte transfrontière .....	569
	<b>Conclusion</b>	<b>573</b>
	<b>Bibliographie</b>	<b>577</b>
	<b>Index alphabétique</b>	<b>617</b>
	<b>Table des matières</b>	<b>627</b>