

Ständerat

Conseil des États

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



Commission de politique extérieure
CH-3003 Berne

www.parlement.ch
apk.cpe@pd.admin.ch

À l'attention du Conseil fédéral
Chancellerie fédérale
3003 Berne

Le 16 avril 2010

**Projet du Conseil fédéral visant à modifier l'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI)
Consultation prévue par l'art. 151, al. 1, LParl**

Madame la Présidente de la Confédération,
Mesdames et Messieurs les Conseillers fédéraux,

Réunie le 16 avril 2010, la Commission de politique extérieure du Conseil des États (CPE-E) s'est penchée sur l'objet visé en titre et est arrivée aux conclusions suivantes :

L'ordre social suisse repose sur certains principes, dont font notamment partie l'État de droit, la sécurité du droit et la proportionnalité, sans oublier le principe voulant que les autorités agissent de manière conforme aux règles de la bonne foi (cf. art. 5 Cst.). Ce sont ces mêmes principes qui constituent les fondements de la prospérité et du développement harmonieux de la Suisse.

La Suisse dispose d'un ordre juridique qui permet de garantir, dans une certaine mesure, une prise en considération de tous les intérêts en présence et qui protège l'individu des intrusions abusives de l'État, ce qu'apprécie tout particulièrement tant les particuliers que les entreprises résidant en Suisse.

Il convient pourtant de ne pas sous-estimer le risque de voir les dispositions régissant l'assistance administrative qui figurent dans les conventions contre les doubles impositions être utilisées sur le plan international pour servir aussi des intérêts contraires à leur but.

Le Conseil fédéral est chargé de défendre efficacement le point de vue de la Suisse sur la scène internationale. Il doit veiller en particulier à ce que les principes traditionnels de l'État de droit, de la sécurité du droit et de la proportionnalité soient strictement respectés lors de la transposition dans le droit suisse de normes et de traités internationaux.

Le projet d'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (P-OACDI) tel qu'il a été présenté par le Conseil fédéral ne satisfait pas pleinement aux exigences énoncées précédemment, raison pour laquelle il mérite d'être remanié. Du reste, il serait plus opportun que le Conseil fédéral soumette directement un projet de loi sur l'assistance administrative au Parlement au lieu d'élaborer une ordonnance provisoire.

La CPE-E rendra son avis définitif au Conseil fédéral sur le projet d'ordonnance une fois qu'elle aura pris acte des résultats de la procédure de consultation.

En conséquence, les remarques ci-après ne revêtent qu'un caractère provisoire :

1. Un contrôle judiciaire devra être exercé pour déterminer si les conditions nécessaires à l'octroi de l'assistance administrative, énumérées à l'art. 5, al. 3, P-OACDI, sont réunies. La teneur



actuelle de l'art. 5 ne prévoit pas un tel contrôle, transgressant ainsi le principe constitutionnel de la garantie de l'accès au juge (art. 29a et 30 Cst.).

L'État requérant doit prouver qu'il est habilité par son droit national à assujettir la personne qui fait l'objet d'une demande de renseignements à des impôts et que les mesures fiscales concrètes ne contreviennent pas aux traités internationaux. L'art. 5 P-OACDI ne contient aucune disposition de ce genre.

Pour que des mesures de contraintes puissent être ordonnées en Suisse, il faut que l'État requérant puisse présenter une décision exécutoire conforme à son droit fiscal et qu'il ait déjà lui-même appliqué des mesures de contrainte envers l'assujetti et d'éventuels tiers. La décision doit être conforme aux principes régissant l'État de droit, notamment au droit d'être entendu. Or, il n'est fait aucune mention de ces principes à l'art. 5 P-OACDI.

2. En octroyant la possibilité à l'AFC de demander des interventions policières (perquisition, saisie de documents) en vue d'obtenir des renseignements – dans le cadre d'une procédure non pénale –, le P-OACDI permet de graves intrusions dans la sphère privée (art. 13 Cst.) et dans la garantie de la propriété (art. 26 Cst.).

De telles interventions doivent être prévues par une loi (cf. art. 36, al. 1, 2^e phrase, Cst.). Elles ne peuvent être introduites par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance : l'art. 6, al. 2 à 4, et l'art. 8 P-OACDI doivent par conséquent être biffés. Le recours à la force policière à titre de mesure de contrainte pour obtenir des informations ne sera possible qu'en vertu de la loi sur l'assistance administrative.

Le droit pénal administratif ne peut être étendu par voie d'ordonnance, « par analogie », à des cas dans lesquels n'est constatée aucune infraction justifiant des mesures de contrainte en vertu de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA).

3. Les conventions contre les doubles impositions (CDI) ne constituent pas une base légale pour les mesures de contrainte. Dans leur version proposée par le Conseil des États, les arrêtés portant approbation des conventions contre les doubles impositions conclues avec la France, le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, le Mexique, le Danemark et les États-Unis d'Amérique prévoient que les dispositions concernant l'exécution de l'assistance administrative convenue ne sont pas applicables directement, mais doivent d'abord être inscrites dans le droit national.

Cette règle vaut en particulier dans les cas où il est recouru à des mesures de contrainte envers des tiers pour obtenir des informations. Ni le modèle de convention de l'OCDE, ni les dispositions relatives à l'assistance administrative figurant dans les CDI conclues par la Suisse ne prévoient de mesures de contrainte.

L'arrêté tel qu'il a été modifié par le Conseil des États autorise le Conseil fédéral à régler, à titre provisoire, l'exécution de l'assistance administrative par voie d'ordonnance, mais il ne lui permet pas d'introduire de nouvelles mesures de contrainte policières.

4. Si de telles mesures figuraient un jour dans la loi sur l'assistance administrative, elles devraient de toute façon, eu égard à la gravité des restrictions qu'elles imposeraient, être ordonnées par le juge cantonal compétent.

Les dispositions du projet qui confèrent à l'AFC la compétence d'ordonner des mesures de contrainte sans la décision d'un juge et qui prévoient que ces mesures peuvent être appliquées sans être soumises à quelque contrôle que ce soit doivent être biffées.



5. Il convient également de renoncer à créer une sorte de police fiscale fédérale au sein de l'AFC pour l'exécution des mesures de contrainte, ainsi que le prévoit le projet d'ordonnance. L'application du droit fiscal incombe aux cantons, sauf dans certains cas particuliers. Toute modification de la répartition des compétences dans ce domaine doit être rejetée.

Enfin, il n'appartient pas à l'OACDI de confier de nouvelles compétences policières à la Confédération. La gestion des pouvoirs de police est en principe du ressort des cantons.

6. Dans le cadre de la procédure d'assistance administrative, comme lors de l'application du droit national, une condition matérielle doit être réalisée pour que des mesures de contrainte puissent être ordonnées : il faut qu'au moins une des conditions décrites à l'art. 190, al. 1, LIFD soit remplie. Cette disposition de portée générale découle du principe constitutionnel de la proportionnalité.

L'art. 26, al. 3, du modèle de convention de l'OCDE, repris par la Suisse, autorise cette dernière à continuer d'appliquer les mesures de contrainte conformément aux principes de son droit interne, notamment à celui de la proportionnalité lors de l'exécution de mesures de contrainte policières.

Pourtant, le projet d'ordonnance du Conseil fédéral ne prend nullement en considération le principe de proportionnalité défini à l'art. 5, al. 2, Cst. ; c'est comme s'il le supprimait purement et simplement.

7. Le P-OACDI permet d'exiger uniquement des informations qui se rapportent à la période débutant le lendemain du jour de la publication de la CDI concernée. Cette condition doit être énoncée clairement dans l'ordonnance ; elle devra également figurer dans la loi sur l'assistance administrative. Pour l'instant, le projet d'ordonnance du Conseil fédéral ne prévoit aucune disposition allant dans ce sens.
8. L'élaboration d'une nouvelle réglementation sur les demandes d'assistance administrative de la Suisse n'est pas nécessaire. Celles-ci sont en effet déjà régies par les législations fiscales fédérale et cantonales. Il convient donc de biffer l'art. 14 P-OACDI.

Ni les CDI ni le P-OACDI n'octroient de nouvelles compétences pour l'application du droit fiscal national. Si le Conseil fédéral estime que de telles compétences sont nécessaires, il doit soumettre des projets de révision de la LIFD et/ou de la LHID.

9. Lors de l'examen des CDI par le Conseil des États, il a été relevé que le rapport entre l'entraide judiciaire et l'assistance administrative n'était pas très clair dans le domaine pénal fiscal. Si les CDI requièrent des modifications de la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP), une révision de cette dernière doit être présentée. Les CDI elles-mêmes ne constituent pas une base légale permettant de modifier l'application de l'EIMP en matière de sanctions dans certains cas particuliers.

Il s'agira d'éclaircir la question au travers de la loi sur l'assistance administrative.

Vous remerciant de bien vouloir prendre acte de ce qui précède, je vous prie d'agréer, Madame la Présidente de la Confédération, Mesdames et Messieurs les Conseillers fédéraux, l'expression de ma haute considération.



Le président de la
Commission de politique extérieure
du Conseil des États

Eugen David

Copies :
CER-E, CAJ-E, CER-N