

13.046

**Message
relatif à la loi fédérale sur des mesures visant à faciliter
le règlement du différend fiscal entre les banques suisses
et les Etats-Unis d'Amérique**

du 29 mai 2013

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par la présente, nous vous soumettons, en vous proposant de les adopter, le message et le projet de loi fédérale sur des mesures visant à faciliter le règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis d'Amérique.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

29 mai 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
La Chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Depuis deux ans, des discussions visant à régler le différend opposant les banques suisses au fisc américain sont en cours avec les autorités judiciaires et fiscales américaines. Ce différend fiscal implique des banques suisses auxquelles il est reproché d'avoir aidé des clients américains à éluder l'impôt de leur pays, en violation du droit américain. Sont donc concernées non seulement les banques contre lesquelles les Etats-Unis ont déjà ouvert une procédure pénale, mais encore toutes celles qui ont potentiellement violé le droit américain.

Le 26 octobre 2011, le Conseil fédéral a approuvé un mandat portant sur la négociation d'une solution au différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis, cette solution devant reposer sur le droit suisse en vigueur, en particulier sur la convention contre les doubles impositions (CDI) liant les deux Etats.

Du côté américain, les négociations ont débuté sous la conduite des autorités fiscales, mais en automne 2012, le dossier est passé aux mains du Département de la Justice (Department of Justice, DoJ). La présente solution prévoit que les banques qui souhaitent régulariser leurs relations avec les autorités américaines puissent le faire directement avec le DoJ dans un cadre prédéfini. Ce cadre doit notamment permettre à chaque banque d'établir l'absence de toute violation du droit américain.

Selon la solution retenue, les banques qui le souhaitent pourraient tirer un trait sur le différend fiscal avec les Etats-Unis en trouvant des solutions aux manquements du passé et en éliminant leur exposition aux procédures judiciaires américaines, sans pour autant être déliées de leur propre responsabilité. Une telle solution n'est toutefois possible que si les banques coopèrent largement avec les autorités américaines, en fournissant notamment des données statistiques sur les comportements des clients et les flux financiers (clôtures et transferts de comptes). En sont exclues les données relatives aux clients. Par contre, les données relatives aux personnes qui, au sein de la banque, ont organisé, géré ou surveillé les relations d'affaires impliquant des personnes américaines devraient être fournies, de même que les données relatives à des tiers ayant un rapport avec ces relations d'affaires.

Les banques qui voudront coopérer avec le DoJ dans le cadre de cette solution devront veiller à assurer la plus large protection possible des membres de leur personnel. Cette protection inclut l'obligation faite à la banque d'informer à l'avance les personnes concernées, le droit des membres du personnel d'obtenir des renseignements, le devoir d'assistance contractuel et la protection contre la discrimination et le licenciement.

Avec l'adoption du présent projet de loi, les responsabilités vis-à-vis de la place financière ainsi que des banques, de leurs clients et des membres de leur personnel seront pleinement assumées. Si l'on ne créait au contraire aucune base légale réglant la collaboration avec les autorités américaines, les banques ne pourraient pas coopérer dans une mesure suffisante avec ces dernières et il faudrait s'attendre à ce que d'autres actions en justice soient rapidement ouvertes, y compris contre de

grands établissements bancaires. S'y ajouterait en outre l'ouverture rapide d'un grand nombre de procédures pénales contre des établissements bancaires suisses jusqu'ici non directement concernés, avec pour conséquence le maintien du climat d'insécurité qui pèse actuellement sur la place financière suisse.

Message

1 Contexte

1.1 Procédures contre des banques suisses

Le différend fiscal avec les Etats-Unis implique des banques suisses auxquelles il est reproché d'avoir aidé des clients américains à éluder l'impôt de leur pays, en violation du droit américain. Sont donc concernées non seulement les banques contre lesquelles les Etats-Unis ont déjà ouvert une procédure pénale, mais encore toutes celles qui ont potentiellement violé le droit américain.

A défaut de solution rapide, le risque existe que le différend se ravive et que les autorités américaines visent de nouvelles banques. En effet, outre qu'il a déjà ouvert des enquêtes contre quatorze banques, le Département de justice des Etats-Unis (*Department of Justice, DoJ*) ne cache pas avoir réuni des informations relatives à plusieurs autres banques, tant par ses enquêtes que grâce au succès des programmes de dénonciation volontaire proposés aux citoyens américains. Le *DoJ* pourrait notamment décider d'attaquer une banque à valeur exemplaire. Bref, en l'absence de solution, la Suisse s'exposerait au risque d'une escalade des mesures américaines.

1.2 Négociations avec les autorités américaines

Le 26 octobre 2011, le Conseil fédéral a approuvé un mandat portant sur la négociation d'une solution au différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis, cette solution devant reposer sur le droit suisse en vigueur, en particulier sur la convention contre les doubles impositions (CDI) liant les deux Etats. Entamées sous la conduite des autorités fiscales américaines, les discussions visaient une solution qui prévoyait de régulariser le passé par la conclusion d'un *Closing Agreement* entre chacune des banques et le fisc américain. La conclusion d'un tel accord présupposait l'adaptation du *Qualified Intermediary Agreement* ainsi qu'un paiement.

Du côté américain, les négociations ont débuté sous la conduite des autorités fiscales, mais en automne 2012, le dossier est passé aux mains du *DoJ*. Selon la présente solution, les banques qui souhaitent régulariser leurs relations avec les autorités américaines pourront le faire directement avec le *DoJ* dans un cadre prédéfini. Ce cadre doit notamment permettre à chaque banque d'établir l'absence de toute violation du droit américain.

1.3 Coopération avec les autorités américaines

Pour régler le différend fiscal, le *DoJ* exige que les banques livrent des données génériques sur les clôtures de comptes et les transferts des fonds concernés dans d'autres banques en Suisse ou à l'étranger (listes *Leaver*). Or, la fourniture de telles listes requiert une autorisation, nécessaire en vertu de l'art. 271, ch. 1, du code pénal (CP)¹. Il se pourrait également qu'en raison des communications faites par d'autres

¹ RS 311.0

établissements bancaires, des banques tombent parfois sur des citoyens américains potentiellement détenteurs de fonds non déclarés, qui seraient sinon restés inconnus. Les listes *Leaver* posent donc non seulement la question de l'autorisation de coopérer avec les autorités américaines, mais encore celle de la conformité au droit de l'échange de données.

Pour ce qui est de la livraison de données personnelles, elle doit avoir lieu dans le respect des dispositions de la législation sur la protection des données. En particulier, la transmission de données personnelles d'employés ou ex-employés de banque ou de tiers requiert que les personnes concernées soient préalablement informées de l'étendue et de la nature des informations à livrer (art. 4 de la loi sur la protection des données, LPD²). Abstraction faite des cas où les personnes concernées ont donné leur consentement, la remise de données personnelles est réputée licite dès lors qu'un intérêt public prépondérant ou une disposition légale la justifie. Si un tribunal s'opposait à la transmission de données, ce qui n'est pas à exclure dans certaines circonstances, notamment dans le cas de données de tiers et même en présence d'un intérêt public prépondérant, la banque concernée ne serait pas à même de remplir dans une mesure suffisante ses obligations de coopération avec le *DoJ*. Il se pourrait alors qu'elle ne puisse pas conclure de *Non-Prosecution Agreement* ou de *Deferred Prosecution Agreement*, ni, par conséquent, régulariser le passé conformément à la solution proposée par le *DoJ*. La solution définitive conforme au droit suisse, souhaitée en particulier par les banques, n'atteindrait ainsi pas son but.

En relation avec la violation de leur droit, les Etats-Unis exigent en outre la remise des données de clients américains. Or, selon le droit suisse, la remise de données de clients n'est possible que dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative fondée sur une CDI valable et doit être effectuée par une autorité étatique et non directement par la banque, toutes conditions que les Etats-Unis admettent. Les banques doivent néanmoins avoir la possibilité, dans le cadre de leur coopération avec les Etats-Unis, de transmettre aux autorités américaines les renseignements dont celles-ci ont besoin pour déposer des demandes groupées. L'accord FATCA liant la Suisse et les Etats-Unis prévoit une réglementation analogue.

Le 4 avril 2012, le Conseil fédéral avait permis aux banques suisses alors poursuivies par les autorités américaines d'intensifier leur coopération directe avec ces dernières et de livrer les données exigées, y compris (si nécessaire) les données concernant les membres de leur personnel et des tiers, aux autorités judiciaires américaines. Dans le même temps, il avait octroyé à ces banques, afin qu'elles puissent défendre leurs intérêts, l'autorisation requise en vertu de l'art. 271, ch. 1, CP. La transmission de données de clients était cependant expressément exclue et le respect du droit suisse réservé. Il était en outre nécessaire, notamment dans l'intérêt des membres du personnel des banques concernées, d'éviter que l'action pénale ne puisse mettre en danger l'existence même de la banque. Toutefois, bien que bénéficiant de cette autorisation, les banques poursuivies ne sont pas parvenues à régulariser le passé. En effet, sans la livraison des listes *Leaver* et sans la transmission de l'intégralité des données exigées, il ne leur a pas été possible de conclure de *Deferred Prosecution Agreement*.

1.4 Les grandes lignes de la loi

Le présent projet de loi a pour objectif de créer une base légale générale et abstraite permettant à toutes les banques (celles qui sont déjà sous enquête comme celles qui souhaitent coopérer pour clarifier leur position en relation avec les enquêtes du *DoJ*) de régler leur situation directement avec les autorités américaines compétentes.

Le présent message propose par conséquent un certain nombre de dispositions légales permettant aux banques de coopérer dans une mesure suffisante avec les autorités américaines. Ces dispositions prévoient notamment:

- d'autoriser les banques suisses à livrer aux autorités américaines les renseignements nécessaires pour assurer la défense de leurs intérêts, y compris les listes *Leaver* requises pour conclure un *Deferred Prosecution Agreement* ou un *Non-Prosecution Agreement*, ainsi que les données concernant des personnes qui, au sein de la banque, ont organisé, géré ou surveillé les relations d'affaires transfrontalières impliquant des clients américains et celles des tiers ayant un rapport avec ces relations d'affaires;
- d'assurer la plus large protection possible des membres du personnel de banque concernés par les livraisons de données.

1.5 Appréciation de la solution retenue

Selon la solution retenue, les banques qui le souhaitent pourraient mettre un terme au différend fiscal avec les Etats-Unis en trouvant des solutions aux manquements du passé et en éliminant leur exposition aux procédures judiciaires américaines, sans pour autant être déliées de leur propre responsabilité. Une telle solution n'est toutefois possible qu'à la condition que les banques coopèrent largement avec les autorités américaines en fournissant notamment des données statistiques sur les comportements des clients et les flux financiers (listes *Leaver*).

En sont exclues les données relatives aux clients, pour lesquelles seule l'assistance administrative s'applique sur la base de la convention contre les doubles impositions en vigueur.

Par contre, des données relatives aux personnes qui, au sein de la banque, ont organisé, géré et surveillé les affaires liées à la clientèle devraient être fournies. Les banques qui souhaitent coopérer avec le *DoJ* dans le cadre de la présente solution doivent cependant veiller à protéger au mieux les membres de leur personnel. Les données de tiers concernant une relation d'affaires avec une personne américaine doivent également être communiquées.

Cette solution permettrait de rétablir la paix juridique sans devoir créer une nouvelle législation à effet rétroactif ni prendre des mesures exceptionnelles en vertu des art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, de la Constitution fédérale (Cst.).

2

Commentaire des dispositions

Art. 1 Autorisation aux banques de coopérer

Al. 1

Cet alinéa autorise les banques à coopérer avec les autorités américaines pour régulariser leur passé. Formulé de manière générale et abstraite, il comprend une autorisation correspondante qui doit être délivrée aux banques en vertu de l'art. 271, al. 1, CP pour que celles-ci puissent protéger leurs intérêts dans le cadre juridique suisse.

Al. 2

Cet alinéa décrit les informations pouvant être communiquées à condition qu'elles soient liées à une relation d'affaires avec une personne américaine. La définition de cette dernière figure dans l'accord FATCA³. L'autorisation englobe également la transmission de données agrégées concernant la clôture de comptes et le transfert des fonds correspondants vers une autre banque en Suisse ou à l'étranger (listes *Leaver*). Enfin, le cercle des personnes concernées et l'ampleur des données sont définis pour ce qui touche à la transmission de données personnelles. Celles-ci incluent aussi le nom et la fonction des personnes qui, au sein de la banque, s'occupent ou s'occupaient directement de l'organisation, du géré et de la surveillance des affaires transfrontières avec des clients américains, ainsi que les tiers ayant agi de manière semblable avec ces relations d'affaires. Les tiers comprennent notamment des fiduciaires, des gestionnaires de fortune et des avocats qui ont joué un rôle actif dans l'établissement de ces relations d'affaires.

Al. 3

L'autorisation n'inclut pas les données de clients, y compris les renseignements concernant les comptes de ceux-ci. Ces informations ne peuvent être transmises que dans le cadre de l'assistance administrative en matière fiscale, sur la base de la convention contre les doubles impositions en vigueur et dans le respect des droits procéduraux. Dans le cadre de leur coopération avec les autorités américaines, les banques peuvent toutefois fournir aux Etats-Unis les renseignements nécessaires à une demande groupée. Cette autorisation correspond à une réglementation analogue de l'accord FATCA.

Art. 2 Protection des membres du personnel des banques et des tiers

Al. 1

Les banques qui coopèrent avec les autorités américaines pour la défense de leurs intérêts doivent garantir le respect des droits des membres du personnel. Cet alinéa les oblige à protéger au mieux les membres en question. A cette fin, les banques ou les représentants de leurs intérêts doivent conclure avec les associations du personnel concernées un accord devant obligatoirement prévoir certains éléments.

³ FF 2013 2789 2849

Al. 2

Un accord doit absolument comporter les éléments suivants: une obligation d'informer à l'avance les membres du personnel concernés sur l'étendue et la nature des données à livrer, le droit des membres du personnel d'être renseignés, les devoirs d'assistance englobant la prise en charge des frais d'avocat liés à la défense des intérêts des membres du personnel concernés, ainsi qu'une protection contre la discrimination et le licenciement liés à une relation d'affaires avec une personne américaine.

Al. 3

Une banque ne doit remplir ses obligations de coopération concernant des membres de son personnel qu'après avoir adhéré à un accord, qui s'applique directement aux relations entre la banque et aux membres de son personnel (anciens et actuels).

Al. 4

Les obligations d'informer au sens de l'al. 2, let. a, doivent aussi être respectées de la même manière vis-à-vis des tiers concernés par une transmission de données. Ces tiers doivent être informés à l'avance sur l'étendue et la nature des documents à livrer ainsi que sur la période à laquelle remontent ces documents.

Art. 3 Disposition pénale

La disposition pénale punit la violation intentionnelle des obligations prévues à l'art. 2, al. 3 et 4 vis-à-vis des membres du personnel (adhésion à un accord) et des tiers (obligations d'informer). L'autorité de poursuite et de jugement est le Département fédéral des finances. La procédure se fonde sur les dispositions de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif⁴.

3 **Conséquences**

3.1 **Conséquences pour la Confédération**

Les communications agrégées des différentes banques pourraient entraîner une hausse des demandes d'assistance administrative, car les autorités américaines peuvent, à l'aide de demandes groupées, exiger des informations détaillées sur les comptes. Le traitement de ces demandes par l'Administration fédérale des contributions augmentera les charges de personnel. Aucune indication concrète ne peut être fournie pour le moment, car on ignore combien de communications agrégées seront effectuées. A court terme, une légère baisse des recettes fiscales est probable en raison des frais causés aux différentes banques par la régularisation du passé.

3.2 **Conséquences pour les cantons et les communes**

Le projet de loi permettra aux banques cantonales souhaitant régler leurs affaires avec les autorités américaines de fournir les informations demandées et de limiter ainsi leur exposition à des poursuites judiciaires aux Etats-Unis. A court terme, une

⁴ RS 313.0

légère baisse des recettes fiscales et, dans le cas des banques cantonales, une diminution des participations aux bénéfices sont probables en raison des frais causés aux différentes banques par la régularisation du passé.

3.3 Conséquences économiques

Grâce à ce projet de loi, les banques suisses pourront coopérer avec les autorités américaines pour régulariser leur passé. Cette coopération approfondie devrait conduire au règlement définitif des procédures en cours depuis parfois plusieurs années, ce qui apportera de la sécurité juridique et de la stabilité à une part importante des activités de la place financière suisse.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet de loi n'est pas prévu dans le programme de la législature. Les motifs ressortent des commentaires précédents.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le présent projet de loi repose sur l'art. 98 Cst.

5.2 Urgence

La validité de la loi proposée est limitée au 30 juin 2014. D'ici là, les banques suisses devraient avoir entièrement rempli leurs obligations de coopération avec les autorités américaines pour défendre leurs intérêts, selon les estimations actuelles.

Le fait de déclarer la loi urgente repose sur l'art. 165, al. 1, Cst. L'urgence ressort des objectifs du projet de loi. Si les banques n'ont pas la possibilité de défendre leurs intérêts, il existe un risque que le conflit reprenne et que les autorités américaines visent de nouveaux établissements bancaires. Non seulement le *DoJ* a déjà autorisé une enquête à l'encontre de quatorze banques, mais il n'a pas caché avoir réuni des informations relatives à plusieurs autres établissements. Sans une autorisation générale donnée immédiatement aux banques de coopérer avec les autorités américaines pour défendre leurs intérêts, la Suisse prendrait le risque d'être confrontée à une escalade de mesures contre lesquelles il lui serait difficile de résister et qui auraient des conséquences politiques et économiques graves pour la réputation et la stabilité de sa place financière et de son économie. Les règles ordinaires applicables en matière de coopération internationale ne permettraient pas d'apporter une réponse suffisamment rapide aux questions posées.

La loi devrait donc vraisemblablement entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2013, immédiatement après son approbation par les Chambres. En vertu de l'art. 141, al. 1, let. b, Cst., la loi fédérale déclarée urgente n'est pas sujette au référendum, car sa validité ne dépasse pas une année.

