La fin de la protection de la sphère privée

La Suisse a affiché sa volonté de mettre en œuvre les changements qui devraient lui permettre d'obtenir une bonne note du Forum mondial.

JEAN-LUC BOCHATAY*

Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales («Forum mondial») a engagé il y a quelques semaines la deuxième phase de la procédure d'examen de la Suisse par ses pairs. Cet examen consiste à vérifier la mise en application concrète de la réglementation helvétique destinée à garantir une coopération internationale effective en matière fiscale. Il mettra en évidence l'opposition traditionnelle entre la protection de la sphère privée et l'intérêt public des Etats à faire respecter leurs obligations fiscales par les contribuables. Cette problématique se reflète tout particulièrement dans les décisions de l'administration fiscale suisse et dans les arrêts récents rendus dans le cadre des requêtes d'échange d'informations.

La Suisse a affiché sa volonté de mettre en œuvre les changements qui devraient lui permettre d'obtenir une «bonne note» du Forum mondial à l'issue de l'examen cité plus haut, à savoir la note de 2 sur 4 selon l'objectif déclaré. Elle serait alors considérée comme «largement conforme» aux standards d'échange d'informations de l'OCDE, ce qui lui éviterait d'être reléguée sur la fameuse liste noire des paradis fiscaux non coopératifs. Se pose toutefois la question dans ce contexte de maintenir la tradition juridique helvétique protectrice de la sphère privée, notamment vis-à-vis du fisc.

Entre octobre 2014 et septembre 2015, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a prononcé une série de décisions refusant ou limitant les demandes d'assistance internationale visant l'obtention de renseignements concernant des tiers domiciliés en Suisse, c'est-à-dire des personnes qui n'étaient pas visées en tant que contribuable par l'Etat requérant. Ces décisions ont été de nature à inquiéter le Conseil fédéral en vue de l'évaluation qui sera faite de la Suisse par le Forum mondial. C'est donc certainement avec soulagement que notre gouvernement a accueilli l'arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 24 septembre 2015 (ATF 2C_963/2014), publié le 20 octobre dernier.

Dans cette affaire le TAF a eu à juger d'une demande d'assistance adressée à la Suisse par les autorités fiscales des Pays-Bas. Ces dernières sollicitaient des informations de nature bancaire relatives à deux sociétés suisses dont les ayants droit économiques étaient des contribuables néerlandais.

Le TAF, en tant que juridiction de première instance, a considéré que ces sociétés étaient de simples tiers car elles n'étaient pas visées en tant que contribuables par les autorités fiscales des Pays-Bas; elles devaient donc pouvoir bénéficier des dispositions du droit suisse limitant de manière stricte la faculté du fisc d'obtenir des renseignements auprès d'autres personnes, respectivement au sujet d'autres personnes, que le contribuable lui-même. Sur cette base, le TAF a refusé la transmission des informations requises au sujet des sociétés suisses.

Appliquant «à la lettre» le commentaire de l'OCDE selon lequel l'objectif premier de l'article 26 du Modèle de Convention fiscale n'est «pas de restreindre la portée de l'échange de renseignements, mais de le favoriser dans la mesure la plus large possible», le TF a fait une tout autre lecture de l'affaire.

Pour le TF, les sociétés suisses ne sont pas de «simples tiers», compte tenu des liens particuliers qu'elles entretiennent avec les contribuables visés par la requête d'assistance (rapport d'ayant-droit économique). Partant, dès lors que les renseignements sollicités au sujet des sociétés suisses sont vraisemblablement pertinents pour la taxation des contribuables visés, il n'y a pas lieu de limiter la transmission de ces données, quand bien même ces dernières révèlent des informations portant sur la sphère privée (économique) de sociétés qui ne sont redevables d'aucune imposition aux Pays-Bas. Le TF a ainsi admis la transmission des informations concernant les sociétés au fisc néerlandais.

Cette remise en question de la jurisprudence du TAF marque une avancée certaine en faveur de la coopération fiscale internationale, au préjudice de la protection de la sphère privée.

On peut légitimement se demander si cette tendance à privilégier l'intérêt collectif au détriment de l'intérêt individuel affectera le sujet particulièrement sensible de l'utilisation des données volées, sur lequel le TAF s'est prononcé récemment (arrêt du 15 septembre 2015, A-6843/2014).

Dans cette affaire, le TAF a rejeté une demande de renseignements formée par la France sur la base de données bancaires volées, en retenant – en substance – d'une part que l'utilisation de ces données n'était pas conforme aux législations suisse et française et, d'autre part, que cette utilisation violait le principe général de la bonne foi qui doit être respecté par les Etats lors de l'exécution des traités internationaux (en l'occurrence une Convention en matière de double imposition). Le TAF vient de confirmer cette jurisprudence dans un cas similaire (arrêt n° A-6337/2014 publié sur son site internet le 30 octobre 2015).

Le TF confirmera-t-il cette position de principe soutenue par le TAF? La réponse n'est pas si évidente.

S'il est généralement admis que l'autorité ne saurait exploiter des preuves qu'elle a obtenues en violant elle-même les règles juridiques applicables, on ne saurait être aussi catégorique dans l'hypothèse où le fisc n'a pas participé à l'infraction commise en vue de l'obtention de ces données, mais – par exemple – les a reçues de la part d'un tiers (impliqué ou non dans la commission du délit). On relèvera qu'en Suisse, aucune loi n'interdit spécifiquement l'utilisation de données volées dans le cadre des procédures fiscales internes de taxation ou de redressement.

Sous l'angle du droit français, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 27 novembre 2013, considéré que les fichiers volés à la banque HSBC par Hervé Falciani pouvaient valablement servir de preuves, car les autorités pénales françaises y avaient eu accès de façon licite, à savoir dans le cadre d'une perquisition légalement exécutée à la demande de la Suisse.

Par ailleurs, le législateur français a introduit, le 6 décembre 2013, une loi visant à renforcer les moyens de lutte contre la criminalité économique et fiscale, laquelle permet notamment une très large utilisation par l'administration fiscale des moyens de preuves, quelle qu'en soit leur origine.

Certes, le Conseil constitutionnel français a décidé que cette loi ne pouvait permettre l'exploitation de preuves obtenues par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées a posteriori illégales par un juge. Cette jurisprudence ne signifie pas pour autant que le fisc français ne pourrait exploiter - par exemple en déposant une requête d'assistance administrative - des informations dont il aurait eu connaissance, au seul motif que ces informations ont été obtenues à l'origine de manière illicite par un tiers.

Quant à l'argument du TAF relatif à la violation du principe de la bonne foi au plan international, il ne fait pas l'unanimité. Ses plus virulents détracteurs sont en particulier les Etats qui cherchent à exploiter les informations qu'ils ont obtenues – grâce à la «liste Falciani» – au sujet d'éventuelles infractions fiscales commises par leurs contribuables. Parmi ces derniers se trouve l'Inde, dont la ressortissante Mme Monica Bathia – secrétaire générale du Forum mondial – dirige la procédure d'examen de la Suisse par ses pairs.

Quel que soit l'arrêt de principe qui pourrait être rendu par le TF au sujet de l'utilisation des volées données, confirmant ou infirmant la position du TAF, son intérêt pourrait n'être que de courte durée. En effet, le projet de révision de la disposition de la Loi sur l'assistance administrative fiscale concernant les «données volées» a été récemment soumis à la consultation par le Conseil fédéral. Selon ce projet, la Suisse ne pourra plus s'opposer à la transmission de renseignements au motif que l'Etat requérant se fonde sur des données volées, sauf si celui-ci les a obtenues «par un comportement actif en dehors d'une procédure d'assistance administrative».

Indépendamment de la note attribuée à la Suisse par ses pairs du Forum mondial d'ici à l'été 2016, force est de constater que nos institutions n'auront pas ménagé leur peine - quitte à sacrifier un peu de liberté individuelle sur l'autel de la lutte mondiale contre la fraude fiscale - pour viser la place de premier de classe en matière de transparence et d'échange de renseignements en matière fiscale.

* *FBT Avocats*