



Berne, 7 mars 2025

Accord entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA selon le modèle 1 (accord FATCA M1), projet de loi fédérale (loi FATCA M1) et d'ordonnance (O FATCA M1) sur l'application de cet accord

Rapport explicatif
relatif à l'ouverture
de la procédure de consultation



Condensé

L'accord FATCA selon le modèle 1 et sa loi fédérale d'application visent à faciliter la mise en œuvre du Foreign Account Tax Compliance Act par l'Administration fédérale des contributions (AFC) ainsi que par les établissements financiers. Ces deux textes sont complétés par une ordonnance d'exécution précisant certaines obligations.

Contexte

Le Foreign Account Tax Compliance Act du 18 mars 2010 (FATCA) doit permettre aux États-Unis de recevoir des renseignements sur les comptes détenus directement ou indirectement à l'étranger par des personnes pleinement soumises à l'impôt aux États-Unis.

Pour la mise en œuvre du FATCA, les États-Unis proposent deux modèles d'accords bilatéraux. Le modèle 2 prévoit un échange unilatéral de renseignements par les établissements financiers directement aux autorités compétentes des États-Unis sur la base d'une déclaration de consentement des titulaires des comptes. En l'absence de déclaration de consentement, ce système de communication est complété par un échange de renseignements sur demande (demandes groupées). L'accord FATCA selon modèle 2 est en vigueur pour la Suisse depuis 30 juin 2014.

Contenu du projet

Le 8 octobre 2014, le Conseil fédéral a donné mandat au Département fédéral des finances (DFF) de négocier le changement de modèle FATCA sur le modèle 1. Celui-ci prévoit un échange automatique et réciproque de renseignements entre les autorités compétentes. Après plusieurs années de négociations, la Suisse et les États-Unis ont signé l'accord FATCA selon le modèle le 27 juin 2024. Par le biais de la présente consultation, le Conseil fédéral propose la ratification de l'accord FATCA selon le modèle 1 ainsi que l'acceptation de la mise en œuvre nationale (loi fédérale et ordonnance). L'objectif est d'établir un échange de renseignements bilatéral entre la Suisse et les États-Unis à partir de 2027 à l'instar des échanges avec d'autres États. L'accord FATCA selon le modèle 1 est ainsi dans l'intérêt de la place financière suisse. La mise en œuvre en droit interne est par conséquent analogue, c'est-à-dire que les établissements financiers suisses communiqueront les renseignements à l'Administration fédérale des contributions (AFC) qui les transmettra ensuite à l'autorité compétente américaine (Internal Revenue Service, IRS). Cela entraînera par ailleurs des simplifications administratives pour les personnes et les autorités concernées. En outre, le fait que l'AFC devienne l'autorité compétente pour les établissements financiers suisses et diverses dispositions transitoires négociées participent aussi à améliorer la sécurité juridique. L'accord FATCA selon le modèle 1 présente finalement l'avantage que les demandes groupées seront supprimées.

Table des matières

1	Contexte	5
1.1	Nécessité d'agir et objectifs visés	5
1.2	Solution étudiée et solution retenue	6
1.3	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral	7
1.4	Classement d'interventions parlementaires	7
2	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	8
3	Présentation du projet	9
3.1	Réglementation proposée	9
3.2	Adéquation des moyens requis	11
3.3	Mise en œuvre	11
4	Commentaire des dispositions de l'accord	12
4.1	Accord FATCA selon le modèle 1	12
4.2	Annexe I	24
4.2.1	Par. I Généralité	24
4.2.2	Par. II Comptes individuels préexistants	24
4.2.3	Par. III Nouveaux comptes individuels	27
4.2.4	Par. IV Comptes commerciaux préexistants	27
4.2.5	Par. V Nouveaux comptes commerciaux	28
4.2.6	Par. VI Disposition particulières et définitions	28
4.3	Annexe II	30
4.3.1	Par. I Bénéficiaires effectifs exemptés autres que des fonds	30
4.3.2	Par. II Fonds considérés comme des bénéficiaires effectifs exemptés ...	31
4.3.3	Par. III Établissements financiers réputés conforme au FATCA	32
4.3.4	Par. IV Entités d'investissement qualifiés d'établissements financiers réputés conforme au FATCA et autres dispositions spéciales	35
4.3.5	Par. V Comptes exclus	36
4.3.6	Protocole d'entente (<i>Memorandum of Understanding</i>)	36
5	Commentaire de la loi d'application	37
5.1	Présentation de la loi FATCA selon le modèle 1	37
5.2	Commentaire de la loi FATCA selon le modèle 1	37
5.2.1	Dispositions générales	37
5.2.2	Obligations découlant de l'accord FATCA M1	39
5.2.3	Obligation d'enregistrement faite aux établissements financiers suisses rapporteurs	40
5.2.4	Obligation d'informer faite aux établissements financiers suisses rapporteurs	41
5.2.5	Obligation et autorisation de déclarer	42

5.2.6	Obligation de conserver incombant aux établissements financiers suisses rapporteurs	44
5.2.7	Droits et obligations des personnes américaines spécifiées	45
5.2.8	Renseignements transmis automatiquement par l'IRS	47
5.2.9	Organisation et procédure	49
5.2.10	Modification, suspension et dénonciation	53
5.2.11	Dispositions pénales	53
5.2.12	Dispositions finales.....	57
6	Commentaire de l'ordonnance d'exécution.....	58
6.1	Présentation de l'ordonnance FATCA selon le modèle 1	58
6.2	Commentaire de l'ordonnance FATCA selon le modèle 1	58
6.2.1	Dispositions générales	58
6.2.2	Possibilité d'application de la réglementation américaine.....	60
6.2.3	Précisions concernant les obligations générales de déclaration	60
6.2.4	Obligation d'enregistrement faite aux établissements financiers suisses rapporteurs	61
6.2.5	Obligation de communiquer les changements de circonstances en cas d'autocertification.....	62
6.2.6	Renseignements transmis automatiquement par l'IRS	63
6.2.7	Système d'information	64
6.2.8	Dispositions finales.....	65
7	Conséquences	67
7.1	Conséquences pour la Confédération	67
7.2	Conséquences pour les cantons et les communes	68
7.3	Conséquences pour les milieux économiques	69
8	Aspects juridiques	69
8.1	Constitutionnalité	69
8.1.1	Arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA	69
8.1.2	Loi fédérale sur la mise en œuvre de l'accord FATCA M1 entre la Suisse et les États-Unis (Loi FATCA M1).....	70
8.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse.....	70
8.3	Forme de l'acte à adopter.....	70
8.4	Frein aux dépenses	71
8.5	Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale	71
8.6	Délégation de compétences législatives	71
8.7	Protection des données.....	72

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Le *Foreign Account Tax Compliance Act* du 18 mars 2010 (FATCA) doit permettre aux États-Unis de recevoir des renseignements sur les comptes détenus directement ou indirectement à l'étranger par des personnes pleinement soumises à l'impôt aux États-Unis. Cette loi est applicable depuis le 1^{er} janvier 2014. Cette réglementation instaurée en 2010 par les États-Unis est antérieure au standard d'échange de renseignements relatifs aux comptes financiers (EAR) développé par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales et approuvée par l'OCDE (15 juillet 2014)¹.

Afin de mettre en œuvre le FATCA, les États-Unis ont développé deux modèles d'accord. Le modèle 1 repose sur un échange automatique et réciproque de renseignements entre autorités compétentes tandis que le modèle 2 repose sur la transmission de renseignements par les établissements financiers étrangers directement à l'autorité fiscale américaine (*Internal Revenue Service, IRS*).

Le FATCA exige des établissements financiers étrangers (*foreign financial institutions, FFI*) qu'ils s'enregistrent auprès des autorités fiscales américaines (*Internal Revenue Service, IRS*) et concluent le cas échéant un contrat FFI. Par établissement financier, on entend tout établissement qui gère, directement ou indirectement, des comptes ou des dépôts pour des tiers (banques, assurances, fonds de placement, fondations, etc.). Dans le contrat FFI, l'établissement financier s'engage notamment à identifier, parmi les comptes qu'il gère, ceux qui sont détenus par des personnes américaines et à communiquer périodiquement des renseignements sur ses relations avec ces clients à l'IRS.

La Suisse a initialement opté pour un accord FATCA selon le modèle 2 car sa pratique relative à l'assistance administrative en matière fiscale ne reposait pas à l'époque sur l'échange automatique de renseignements.

¹ Aperçu historique disponible sous: [About Automatic Exchange - Organisation for Economic Co-operation and Development](#)

Le 14 février 2013, la Suisse et les États-Unis ont signé l'accord FATCA selon le modèle 2. Le Conseil fédéral a transmis à l'Assemblée fédérale le message relatif à l'accord FATCA selon le modèle 2 ainsi qu'à sa loi de mise en œuvre le 10 avril 2013² qui sont en vigueur depuis le 30 juin 2014³. Onze autres juridictions mettent en œuvre l'accord FATCA selon le modèle 2, parmi lesquelles se trouvent notamment l'Autriche, le Japon et Hong Kong⁴.

Suite à l'adoption de la norme mondiale d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (EAR) de l'OCDE, la politique de la Suisse en matière d'échange de renseignements a évolué. Par conséquent, il ne subsistait plus de raisons de maintenir un échange unilatéral avec les États-Unis. Le 8 octobre 2014, le Conseil fédéral a adopté un mandat de négociation pour le passage à l'accord FATCA selon le modèle 1 (accord FATCA M1). La Suisse est la première juridiction à changer de modèle FATCA.

1.2 Solution étudiée et solution retenue

Depuis l'acceptation de la Suisse de participer à l'EAR (18 décembre 2015), il n'existe aucune raison de rester au bénéfice d'un accord FATCA selon le modèle 2. Le changement de modèle FATCA permet d'aligner la politique de la Suisse en matière d'échange de renseignements au standard de l'OCDE, c'est-à-dire un échange automatique et réciproque entre autorités compétentes par lequel la Suisse reçoit également des renseignements. En plus d'un échange automatique et réciproque de renseignements entre autorités compétentes, les exceptions négociées (p.ex. le maintien de la liste des comptes exclus ou les établissements réputés conformes au FATCA) dans le cadre de l'accord FATCA selon le modèle 2 ont pu être maintenues. Ces exceptions sont importantes car elles apportent de la sécurité juridique et confirment que certains produits financiers et certains établissements financiers seront traités de façon identique.

En outre, le changement de modèle procure également d'autres avantages aux établissements financiers. Lors de l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1, l'AFC deviendra l'autorité compétente. Cela implique un échange facilité pour les établissements financiers. Les procédures de conformité seront également allégées à futur. En effet, les établissements financiers ne devront pas faire de nouvelle procédure de conformité pour les comptes qui ont déjà fait l'objet d'une vérification. De plus, les demandes groupées étant supprimées pour les comptes financiers n'ayant pas obtenus de déclaration de consentement, une communication ultérieure n'est plus nécessaire. Ce type de comptes seront transmis directement à l'AFC de la même manière que tous

² FF 2013 2789

³ RO 2014 1741

⁴ La liste complète peut être consultée sous le lien suivant: [Foreign Account Tax Compliance Act | U.S. Department of the Treasury](#)

les autres comptes américains. Par conséquent, la nouveau modèle FATCA simplifiera l'application du FATCA et participera à une sécurité juridique aussi bien pour les établissements financiers que pour l'AFC et participera à maintenir la compétitivité de la place financière suisse.

La solution envisagée et négociée se base sur les modèles d'accord du Trésor américain. Certaines dispositions supplémentaires ont été négociées afin que la Suisse puisse d'une part maintenir les exceptions de l'accord FATCA selon le modèle 2 et, d'autre part, en négocier de nouvelles. La solution retenue est un accord FATCA M1 sur le modèle 1 qui contient les dispositions ainsi que deux annexes. Ces documents sont complétés par un *Memorandum of Understanding* (MoU) et un *Competent Authority Agreement* (CAA). Certaines dispositions n'étant pas directement applicables, une loi fédérale (Loi fédérale sur la mise en œuvre de l'accord FATCA entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique, loi FATCA M1) et une ordonnance d'exécution (Ordonnance sur la mise en œuvre de l'accord FATCA entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique, O FATCA M1) ont été développées. Afin de garantir une application uniforme du FATCA, l'AFC sera habilitée à développer des directives. Parallèlement, une certification des procédures et des infrastructures informatiques permettant de maintenir un niveau de confidentialité maximal a été menée par les États-Unis. L'accord FATCA se basant sur un modèle américain d'accord, aucune simplification pour les PME n'est disponible au sens de la loi fédérale du 29 septembre 2023 sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE)⁵.

Le Conseil fédéral présente ce rapport explicatif en vue de l'approbation de l'accord FATCA M1 et de la législation de mise en œuvre nationale (loi et ordonnance) avec entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2027. Cela permettra un premier échange de renseignement en 2028.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet a été annoncé dans le message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027⁶.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil fédéral a été amené à traiter divers objets en relation directe ou indirecte avec l'échange automatique de renseignements avec les États-Unis.

⁵ RS 930.31

⁶ FF 2024 525 p. 112 et 121

L'interpellation 13.3314 (Changement de position de l'UE en faveur de l'échange automatique d'informations. Que fait la Suisse ?) du groupe socialiste, du 17 avril 2013⁷ et la question 14.5141 (FATCA. Passage au modèle 1) de Mme Leutenegger Oberholzer⁸ portaient sur la possibilité pour la Suisse de passer du modèle 2 au modèle 1 du FATCA.

La question 13.5171 (Accord FATCA M1. L'engagement de réciprocité des États-Unis est-il garanti ?) de M. Poggia du 10 juin 2013⁹ portait sur l'effectivité d'un échange réciproque des renseignements.

L'initiative parlementaire 15.469 (Favoriser la régularisation du passé en matière fiscale) de M. Barazzone du 19 juin 2015¹⁰ portait, s'agissant du point relatif au FATCA, sur le mandat de négociation.

L'interpellation 16.3577 (La Suisse protège-t-elle les opérations des fraudeurs du fisc aux États-Unis ?) de Mme Kiener Nellen du 17 juin 2016¹¹ portait sur les négociations du changement de modèle FATCA.

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

A ce jour, les États-Unis ont conclu un accord FATCA avec 115 juridictions¹². Parmi celles-ci, 104 (en comptant la Suisse¹³) sont au bénéfice d'un accord selon le modèle 1. Au sein de l'Union européenne (UE), seule l'Autriche est au bénéfice d'un accord FATCA selon le modèle 2. Cette dernière envisage toutefois un passage au modèle 1. Au niveau international, les principales juridictions étant également au bénéfice d'un accord FATCA selon le modèle 2 sont le Japon et Hong Kong.

La Suisse dispose d'une clause dite de la nation la plus favorisée. Par conséquent, si une juridiction devait obtenir un traitement plus avantageux, celui-ci devrait également

⁷ BO 2013 N 1094

⁸ BO 2014 N 341

⁹ Réponse écrite consultable : [13.5171 | Fatca-Abkommen. Garantie der Gegenseitigkeit? | Geschäft | Das Schweizer Parlament](#)

¹⁰ Réponse écrite consultable : [15.469 | Für eine Regularisierung der steuerlichen Vergangenheit | Geschäft | Das Schweizer Parlament](#)

¹¹ Réponse écrite consultable : [16.3577 | La Suisse protège-t-elle les opérations des fraudeurs du fisc aux États-Unis? | Objet | Le Parlement suisse \(parlament.ch\)](#)

¹² État au 4 novembre 2024, cf. [Foreign Account Tax Compliance Act | U.S. Department of the Treasury](#)

¹³ Pas encore en vigueur.

être appliqué à la Suisse. Néanmoins, il n'y a pas de dispositions spéciales applicables aux PME au sens de la LACRE.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

L'accord FATCA M1 se fonde sur l'art. 26 Convention entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu (CDI CH-USA)¹⁴. L'objectif premier est de permettre l'échange automatique et réciproque entre autorités compétentes. L'accord FATCA M1 détermine en premier lieu les droits et les obligations des parties. Celles-ci doivent par conséquent les mettre en œuvre dans leur législation interne. Certaines dispositions étant directement applicables, elles ne nécessitent pas de transposition. L'échange automatique et réciproque de renseignements a permis de mettre un terme aux demandes groupées résultant de l'accord FATCA selon le modèle 2 et découlant de la transmission directe des renseignements par les établissements financiers à l'IRS.

Afin de permettre aux autorités compétentes de procéder à un échange automatique et réciproque de renseignements, l'accord FATCA M1 détermine en particulier les informations devant faire l'objet d'une déclaration, la procédure d'échange, les délais ainsi que certaines obligations de collaboration entre autorités compétentes. L'accord FATCA M1 prévoit une transmission des renseignements annuelle devant être effectuée au plus tard neuf mois après l'obtention des renseignements. La Suisse étant la première juridiction à changer de modèle, des dispositions transitoires particulières ont été négociées afin de couvrir la première année suivant l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1. Un accord entre autorités compétentes devra préciser les modalités d'échange ; celui-ci permettra également la finalisation de l'examen des standards de confidentialité.

L'accord FATCA M1 ne confère en principe que des droits et des obligations aux parties, en l'occurrence principalement aux autorités compétentes. La Suisse, à l'instar de toutes les juridictions partenaires FATCA des États-Unis, transmet des informations plus étendues (chap. 4.1, art. 2) que celles que les États-Unis transmettent. Afin de mettre en œuvre les dispositions de l'accord FATCA M1 en droit interne, une loi d'application est nécessaire. Celle-ci précise les termes de l'accord FATCA M1 lorsque cela est nécessaire.

La loi FATCA M1 fonde en particulier les droits et les obligations des établissements financiers suisses vis-à-vis de l'Administration fédérale des contributions (AFC). Il s'agit de la base légale qui autorise ceux-ci à collecter les renseignements auprès des personnes. Elle leur impose en outre les obligations relatives au traitement des renseignements à l'égard des personnes concernées par l'échange, notamment l'obligation

¹⁴ RS 0.672.933.61

d'informer et de leur garantir une protection des données minimale. La loi FATCA M1 fixe aussi les obligations de diligence et l'obligation de s'enregistrer auprès de l'IRS d'une part et de l'AFC d'autre part. Les renseignements ne peuvent être transmis que sous forme électronique à l'image de ce qui se fait dans l'EAR.

A l'égard de l'AFC, la loi FATCA M1 définit les tâches et l'étendue de ses compétences. Il faut distinguer deux types d'obligations. Les premières concernent les renseignements sortants, tandis que les secondes se réfèrent aux renseignements entrants. Par ailleurs, la loi FATCA M1 définit les obligations de coopérations entre l'AFC et les autorités fiscales cantonales et communales. Des sanctions pénales en cas d'inobservation des procédures applicables sont prévues. Au sens de l'accord FATCA M1, les parties doivent prévoir des sanctions adéquates en cas de mauvaise application. La législation de mise en œuvre prévoit ainsi des sanctions aussi bien pour les actes commis intentionnellement que pour ceux commis par négligence. Afin de ne pas entraîner des charges administratives trop lourdes en particulier pour les établissements financiers, les cas bagatelles (par négligence) sont exclus du champ d'application pénal. Finalement, la loi FATCA M1 contient les dispositions transitoires nécessaires à la cohabitation avec la loi FATCA selon le modèle 2 ainsi qu'une délégation de compétence pour l'élaboration d'une ordonnance d'exécution. Elle s'inspire en outre fortement de la loi fédérale du 18 décembre 2015 sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR)¹⁵ lorsque cela est possible.

L'ordonnance FATCA précise certaines dispositions générales de la loi FATCA, telles que la définition de la résidence ou le traitement de certains comptes. Elle s'inspire fortement de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (OEAR)¹⁶ à l'exception des dispositions propres au FATCA.

Les dispositions matérielles transitoires sont également précisées afin de permettre une application continue des obligations relatives à la législation FATCA selon le modèle 2 et le modèle 1.

Finalement, la thématique particulière concernant l'obligation de communication des numéros d'identifications fiscaux américains (US TIN), qui concerne toutes les juridictions appliquant FATCA selon le modèle 1, n'a pas pu être négociée. En principe, la non-transmission des US TINs entraîne un risque d'infraction grave (*significant non-compliance*, cf. chap. 4.1 [art. 5 par. 2]). Il affecte particulièrement le secteur des assurances dans toutes les juridictions appliquant le modèle 1. Les États-Unis sont conscients de cette difficulté et ont assuré aux négociateurs qu'ils travaillent à une solution globale. Sa date de publication et les modalités de mise en œuvre ne sont actuellement

¹⁵ RS 653.1

¹⁶ RS 653.11

pas connues. Il existe toutefois une solution transitoire applicable dans certaines circonstances aux comptes préexistant jusqu'au 31 décembre 2027¹⁷. Après une évaluation globale, le Conseil fédéral est nonobstant arrivé à la conclusion que les avantages découlant de la signature de l'accord FATCA M1 sont plus importants que l'absence d'une solution bilatérale.

3.2 Adéquation des moyens requis

L'échange automatique et réciproque de renseignements en matière fiscale doit permettre à la Suisse de favoriser et d'améliorer la mise en conformité en matière fiscale. Dans le domaine de l'échange automatique de renseignements, la Suisse a une pratique basée sur les accords multilatéraux, par exemple la norme EAR. Les États-Unis ne participent toutefois pas à la norme EAR et ont développé l'accord FATCA M1. Par conséquent, la Suisse n'a eu d'autre choix que de négocier un changement de modèle FATCA si elle souhaitait obtenir des renseignements de la part des autorités fiscales américaines.

La favorisation et l'amélioration de la conformité en matière fiscale étant un objectif international ayant une forte composante transfrontalière, en l'espèce dans les relations Suisse - États-Unis, il y a la nécessité de conclure un accord international bilatéral. En outre, lorsque les dispositions d'un accord international ne sont pas directement applicables, il est également nécessaire d'implémenter une législation d'exécution nationale. La procédure ainsi que les éventuelles sanctions en cas de non-respect des dispositions procurent l'effet dissuasif recherché.

3.3 Mise en œuvre

La mise en œuvre doit se faire au travers de la loi fédérale et d'une ordonnance. Par ailleurs, des dispositions transitoires particulières pour le changement de modèle ont également été négociées. Celles-ci permettront une continuité entre les modèles 2 et 1 de l'accord FATCA. Dites dispositions sont en outre précisées dans la loi de mise en œuvre et complétées par l'ordonnance lorsque cela s'est avéré nécessaire permettant une sécurité juridique accrue. Des directives de l'AFC seront également établies. Elles permettront aux établissements financiers de satisfaire notamment aux schémas XML nécessaires à la transmission pour les établissements financiers. Les cantons et les communes, dans une moindre mesure, sont aussi concernées par la mise en œuvre. Seules les transmissions électroniques sont admissibles ; cela correspond en outre aux exigences des art. 2, let. d., et 4, al. 1, let. c LACRE.

S'agissant des États-Unis, l'accord FATCA M1 ne nécessite pas de retranscription en droit interne ni de procédure parlementaire. Ce nouvel accord étant un accord intergouvernemental, il ne nécessite pas la ratification par le Congrès américain. Il sera ainsi applicable dès notification par la Suisse de la ratification par l'Assemblée fédérale.

¹⁷ Consultable sous : <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-24-78.pdf>

4 Commentaire des dispositions de l'accord

L'accord FATCA M1 se fonde sur l'art. 26 de la CDI CH-USA. L'accord FATCA M1 comprend deux annexes ainsi qu'un Protocole d'entente. L'annexe I décrit les obligations de diligence en matière d'identification de comptes américains (chap. 5.2) et l'annexe II désigne les catégories d'établissements financiers exemptés ainsi que les comptes réputés conformes (chap. 5.3). Le protocole d'entente contient des dispositions transitoires spécifiques permettant une application continue du FATCA lors durant l'année du changement de modèle (chap. 4.3.6).

4.1 Accord FATCA selon le modèle 1

Préambule

Le préambule décrit les objectifs poursuivis par l'accord FATCA M1 et fonde l'échange automatique de renseignement sur l'art. 26 CDI CH-USA. Dits objectifs sont notamment le développement de la coopération entre la Suisse et les États-Unis, assurer la continuité de l'échange de renseignements lors du changement de modèle d'accord FATCA M1 et la réduction des charges administratives relatives à l'échange automatique et réciproque de renseignements.

Art. 1 Définitions

L'art. 1 contient la définition de nombreux termes essentiels aux fins de l'application de l'accord. Ces termes sont précisément définis dans l'accord FATCA M1. Si l'un de ces termes a des significations différentes dans divers domaines du droit d'un Etat, sa signification dans le domaine du droit fiscal de cet État prime les autres.

Art. 2 Obligation d'obtenir et d'échanger des informations concernant les comptes rapportables

Le par. 1 fonde l'obligation pour l'autorité compétente de chaque partie d'obtenir annuellement des établissements financiers rapporteurs les renseignements qui devront être échangés au sens de l'art. 3. L'ensemble des renseignements décrits doivent être obtenus. En effet, si l'un des renseignements est manquant, il en résulte une impossibilité de transmettre l'ensemble des renseignements. Cela découle du système informatique.

Le par. 2 qui s'articule en deux parties définit les renseignements qui doivent être obtenus par chaque autorité compétente. La let. a. décrit les obligations de la Suisse, tandis que la let. b celles des États-Unis. La nature des renseignements n'est pas complètement réciproque. La Suisse, de la même manière que toutes les autres juridictions au bénéfice d'un modèle 1 de l'accord FATCA, transmet davantage de renseignements qu'elle n'en reçoit.

La Suisse doit transmettre l'ensemble des renseignements suivants, sous forme électronique conformément à la procédure convenue entre les autorités compétentes :

(1) Pour les personnes physiques doivent être collectés le nom, l'adresse et le numéro d'identification fiscal des personnes américaines spécifiées (US-TIN) qui sont détentrices d'un compte américains logés au sein d'un établissement financier suisse. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale non-américaine, ces mêmes renseignements doivent être obtenu lorsque celle-ci est contrôlée par une ou plusieurs personnes physiques américaines, dans la mesure où le compte est un compte américain rapportable. L'identification des comptes américains s'effectue selon les prescriptions de diligence raisonnable de l'annexe I. S'agissant de l'obtention des renseignements concernant les comptes détenus par des personnes morales non-américaines, il s'agit de l'obtention du bénéficiaire effectif qui serait une personne américaine.

Il sied actuellement de relever une particularité s'agissant des US-TIN. Dans certains cas de figure, ceux-ci sont difficiles, voire impossible à obtenir. Partant, lorsqu'ils sont inconnus de l'établissement financier, l'ensemble des renseignements ne peut être transmis car rejeté par le système de transmission. Les États-Unis ont connaissance de cette problématique à laquelle font face toutes les juridictions au bénéfice du modèle 1 de l'accord FATCA. Il existe à ce stade une disposition transitoire permettant de palier à l'absence de US-TIN dans certaines circonstances. Lors des négociations, les États-Unis ont assuré travailler sur une solution globale applicable à toutes les juridictions au bénéfice du modèle 1 du FATCA (cf. chap. 3.1). Cette solution devrait ainsi permettre à tous les établissements financiers suisses rapporteurs de pouvoir transmettre les renseignements de façon conforme à l'annexe I.

(2) En premier lieu, l'établissement financier suisse rapporteur devrait transmettre le numéro du compte. Lorsqu'un numéro de compte standardisé n'est pas disponible, des critères équivalents permettant l'individualisation et l'identification dudit compte.

(3) Le nom et le numéro d'identification de l'établissement financier suisse rapporteur. Il s'agit du *Global intermediary identification number* (GIIN). Ce numéro est octroyé par l'IRS au moment de l'enregistrement de l'établissement financier auprès de l'IRS. Les établissements financiers suisses qui disposent d'un GIIN sont en mesure, s'ils respectent les conditions de réenregistrement, de conserver leur GIIN actuel.

(4) Le solde ou la valeur du compte à la fin de l'année civile ou à la fin de la période de déclaration appropriée est à déclarer, en cas de clôture du compte avant la fin de l'année civile ou de la période de déclaration appropriée, le solde ou la valeur du compte juste avant sa clôture. Lorsqu'il s'agit de contrats d'assurances avec valeur de rachat ou de rente, la valeur de rachat est déclarée. La possibilité d'utiliser à des fins de déclaration d'autres valeurs basées sur une méthode actuarielle appropriée au lieu de la valeur de rachat demeure inchangée.

(5) Pour les comptes conservateurs, le montant total brut des intérêts, le montant total brut des dividendes ainsi que le montant total brut de tous autres revenus générés par les actifs détenus sur le compte. Cela inclut les montants payés ou crédités ainsi que ceux générés par les avoirs détenus sur le compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de déclaration appropriée. Doivent également être obtenus le montant total brut de la vente ou du rachat des actifs payés ou crédités sur le compte au cours

de l'année civile ou d'une autre période de déclaration appropriée pour laquelle l'établissement financier suisse rapporteur a agi en tant que dépositaire, courtier, fiduciaire ou autrement en tant qu'agent titulaire du compte.

(6) Pour les comptes de dépôt, le montant total brut des intérêts payés ou crédités sur le compte durant l'année civile ou pour une autre période de déclaration appropriée. Certains comptes de dépôt étant exclus en vertu de la réglementation du Trésor américain, ils ne doivent en principe pas être rapportés. Tel est notamment le cas des comptes de garantie de loyer inférieur à 50 000 francs. Il convient ainsi de procéder à une analyse attentive des dispositions de l'annexe II.

(7) Pour tous les cas qui ne seraient pas décrits ci-avant, le montant total brut payé ou crédité au titulaire du compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de déclaration appropriée pour laquelle l'établissement financier rapporteur est le débiteur ou le créancier. Cela comprend également le montant total de tout remboursement effectué au titulaire du compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de déclaration appropriée. Cette disposition comprend d'éventuels comptes qui ne seraient pas nommément cités et permet d'éviter un contournement de l'obligation de transmission. Il s'agit dès lors pour l'établissement financier suisse de procéder à une analyse circonstanciée de la nature des comptes qu'il détient à la lumière de l'annexe I et II.

Pour leur part, les États-Unis s'engagent à transmettre sous forme électronique conformément à la procédure convenue entre les autorités compétentes les renseignements suivants :

(1) Le nom, l'adresse et le numéro d'identification fiscal suisse des personnes résidentes suisses qui sont détentrices d'un compte financier aux États-Unis. Le numéro d'identification fiscal suisse correspond au numéro AVS. Par ailleurs, les personnes suisses résidentes uniquement aux États-Unis ne sont pas concernées par l'accord FATCA M1. Contrairement au droit fiscal américain qui institue une obligation mondiale, le droit suisse ne prévoit pas de disposition similaire. De plus, à la différence des obligations faites aux établissements financiers suisses, le bénéficiaire effectif d'une personne morale ne doit pas faire l'objet d'une transmission de renseignements.

(2) De la même manière que les obligations imposées aux établissements financiers suisses rapporteurs, les établissements rapporteurs américains devraient en premier lieu, transmettre le numéro du compte. Lorsqu'un numéro de compte standardisé n'est pas disponible, des critères équivalents permettant l'individualisation et l'identification dudit compte.

(3) Le nom et le numéro d'identification de l'établissement financier américain rapporteur. Il s'agit également du TIN délivré par l'IRS.

(4) Pour les comptes de dépôt, le montant total brut des intérêts payés. Une analyse détaillée des comptes de dépôts doit également être menée conformément à l'annexe II ou en vertu des régulations du trésor américain. Certains comptes sont exclus, tel que les comptes de garantie de loyer.

(5) Pour les comptes qui ne sont pas des comptes de dépôt, le montant total brut des dividendes américains payés ou crédités sur le compte. Cela inclut les comptes de gestions ainsi que les comptes courants sur lesquels des paiements de source américain auraient été effectués. La déclaration se limite toutefois auxdits paiements. Par conséquent, des dividendes payés par une société suisse sur un compte de gestion logé dans un établissement financier rapporteur américain ne seraient par exemple pas transmis.

(6) Pour les comptes qui ne sont pas des comptes de dépôt, les revenus américains payés ou crédités sur le compte.

Art. 3 Calendrier et modalités de l'échange de renseignements

Le par. 1 décrit le principe de détermination permettant de qualifier, et pour quel montant, un paiement sur un compte déclarable. Cela implique que chaque partie doit se référer au principe régissant le droit fiscal, de son État. En Suisse, cela revient en particulier à appliquer les principes de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹⁸ et de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)¹⁹. Ainsi, selon le droit fiscal suisse le libellé d'un paiement n'est pas déterminant. Par conséquent, une requalification d'un paiement fait à un tiers ou à l'actionnaire en vertu de la théorie du triangle ou de la transposition pourrait être traité comme un dividende et sera requalifié comme tel également sous l'angle du FATCA. Cela correspond également à ce qui est exprimé à l'art. 1 par. 2 de l'accord.

En vertu du par. 2, il n'y a pas de nécessité de transposer la monnaie dans laquelle le compte est détenu en franc suisse ou en dollar.

Le par. 3 détermine la période devant être prise en considération pour l'échange. Conformément à la volonté des parties, il existe une nécessité de continuité entre les modèles 2 et 1 de l'accord FATCA. Cela se reflète aussi dans la date d'entrée en vigueur prévue au premier janvier d'une année civile. Durant la première année suivant l'entrée en vigueur de l'accord, il n'y aura pas d'échange automatique. La transmission des informations se fera conformément à la procédure applicable à l'accord FATCA selon le modèle 2 et une transmission particulière est applicable pour la transmission des renseignements tardifs (chap. 4.3.6). Le premier échange automatique de renseignements interviendra lors de la deuxième année, c'est-à-dire en principe en 2028 sur la base des renseignements obtenus au 31 décembre 2027.

Le par. 4 impose un délai de neuf mois pour l'échange de renseignements, soit au 30 septembre de chaque année. Il correspond à la transmission de renseignements

¹⁸ RS 642.11

¹⁹ RS 642.14

entre autorités compétentes. Cela implique, que dans ce délai de neuf mois les renseignements soient exempts d'erreur, faute de quoi ils seront rejetés par le système informatique. Si les renseignements ne sont pas transmis durant ce délai, la Suisse ne remplirait pas ses obligations et par extension, les établissements financiers également, ce qui pourrait conduire à des procédures de non-conformité (art. 5, par. 2, accord FATCA M1). Afin d'être en mesure de respecter ce délai, la loi d'application (chap. 5.2.5) impose aux établissements financiers suisses rapporteurs un délai de six mois après la fin de l'année civile déclarable afin de transmettre les renseignements rapportables à l'AFC.

En vertu du par. 5 les autorités compétentes doivent conclure un *Competent Authority Agreement* (CAA) réglant formellement et matériellement la procédure d'échange. Ce CAA est actuellement en cours de négociation. Il règle précisément les obligations des parties, les délais et le mode de résolution des éventuelles difficultés liées à cet échange. Il s'adresse aux autorités compétentes et ne contient aucune obligation vis-à-vis des établissements financiers rapporteurs. Si les établissements financiers suisses rapporteurs sont indirectement touchés par une obligation, l'ordonnance de mise en œuvre de la loi FATCA M1 contiendra les dispositions nécessaires.

Les renseignements transmis sous l'égide de l'accord FATCA M1 étant des données sensibles, protégées par la CDI CH-USA, mais également sur le plan interne par le secret fiscal, un degré équivalent de protection doit être garanti durant et après leur traitement. Le par. 6 se réfère par conséquent au traitement des données par les agents qui y ont accès. La confidentialité offerte par l'accord FATCA M1 est équivalent à celui de la CDI CH-USA. Cela implique que les renseignements transmis ne peuvent en principe être utilisés que dans un but fiscal. Toute autre utilisation demeure prohibée sous réserve de l'accord de l'autre Partie. Cela doit faire l'objet d'une demande adressée à l'autorité compétente. Si une telle demande est formulée par les États-Unis, la procédure applicable et notamment le droit d'être entendu doivent être respecté au sens de la loi fédérale. En outre, les agents ainsi que les tiers qui seraient amenés à traiter de telles données sont également soumis au secret de fonction, voire au secret professionnel.

Le par. 7 traite également de la confidentialité, mais sous l'angle de l'infrastructure informatique et des procédures mises en place. Durant les négociations, les États-Unis ont procédé à une visite sur site afin de certifier que la Suisse dispose d'une part la compétence informatique et humaine permettant de garantir des standards de confidentialité suffisants et d'autre part les procédures formelles pour y remédier en cas de problème. Ces procédures impliquent que seul un nombre restreint de personnel spécialement formé puisse avoir accès à de telles données. Cela requiert une information suffisante ainsi que la nécessité d'une formation continue. En outre, les agents traitant les renseignements FATCA sont tenus par le secret de fonction ainsi que le secret professionnel et s'exposent à des sanctions pénales en cas de violation. Ces principes sont applicables aussi bien au personnel fédéral, cantonal que communal.

Le par. 8, conséquence directe du par. 7, est une disposition spécifique à la Suisse. Elle s'explique par le fait que l'autorité compétente en matière d'échange (AFC) n'est pas la même que celle en matière de perception de l'impôt (autorité fiscale cantonale,

voire communale). Bien que chaque autorité fiscale cantonale dispose de sa propre loi fiscale consacrant le secret fiscal, qui doit au demeurant être conforme à la LIFD et à la LHID, les États-Unis ont souhaité une précision dans l'accord. Afin de satisfaire à cette disposition, l'AFC a la charge de rappeler, lors de chaque transmission aux cantons, voire aux communes chargées de la perception, que les renseignements reçus demeurent des renseignements protégés par la CDI CH-USA. Les sanctions pénales générales sont suffisantes et ne feront pas l'objet d'une réglementation spéciale.

Le par. 9 se réfère au début de l'échange effectif pour les États-Unis, c'est-à-dire au moment à partir duquel l'IRS confirme à l'AFC que toutes les conditions préalables de confidentialité sont remplies. Ce paragraphe concerne uniquement le début de l'échange et ne prétérte nullement l'entrée en vigueur de l'accord. L'obligation de la Suisse n'est pas liée à ce paragraphe et l'AFC devra échanger les renseignements conformément à l'accord FATCA M1.

Art. 4 Mise en œuvre du FATCA par les établissements financiers suisses

Cet article fonde le renoncement des États-Unis à obliger la retenue de l'impôt à la source en reconnaissant aux établissements financiers suisses rapporteurs leur conformité à la législation américaine. Afin que cette reconnaissance soit effective, la présente disposition contient deux obligations de principe cumulatives distinctes (par. 1). Elle est complétée par des exceptions pour certains cas particuliers (par. 2 à 5) ainsi que par les règles de coordination (par. 6 et 7).

La première condition, énumérée au par. 1, se scinde en deux obligations supplémentaires et oblige l'AFC et les établissements financiers suisses rapporteurs à mettre matériellement, formellement et temporellement en œuvre l'accord. Matériellement, elle impose à l'AFC et aux établissements financiers suisses rapporteurs de collecter les renseignements définis par l'art. 2 de l'accord. Formellement et temporellement, elle oblige l'AFC et les établissements financiers suisses rapporteurs à effectuer annuellement l'échange des renseignements collectés par le biais de la procédure électronique prévue par l'accord. Cette disposition n'étant pas suffisamment claire afin d'être directement applicable, elle fait l'objet d'une transposition dans la loi d'application (chap. 5.2.5).

La seconde condition, énumérée aux lettres a) à d), est dirigée à l'encontre des établissements financiers suisses rapporteurs. Ceux-ci doivent :

a) s'engager à identifier les comptes américains à rapporter conformément aux règles de diligence contenues à l'Annexe I (chap. 4.2). Il s'agit d'un renvoi directement au sein même de l'accord. Par souci de clarté, certaines dispositions ont également été transposées dans la loi d'application (chap. 5.2.2);

b) s'enregistrer sur le portail dédié de l'IRS. L'enregistrement des établissements financiers est la pierre angulaire du FATCA. L'enregistrement ne dépend pas de la qualification des établissements financiers suisses en tant qu'établissements financiers rapporteurs. Dans certains cas, les obligations prévoient des obligations d'enregistrement, mais pas nécessairement d'obligations de rapporter (chap. 5.2.3). Partant, l'obligation

de retenue de l'impôt à la source ne dépend pas de l'obligation de rapporter, mais de l'obligation d'enregistrement. Afin de garantir une continuité dans l'application générale de l'accord FATCA M1, le *Memorandum of Understanding* (MoU) prévoit des règles particulières relatives aux réenregistrements (chap. 4.3.6).

c) si un établissement financier suisse rapporteur agit, au sens de la réglementation américaine, en tant qu'intermédiaire qualifié, qu'entité étrangère procédant à la retenue de l'impôt à la source ou que *trust* étranger, la retenue de l'impôt à la source de 30 % doit être effectuée sur les paiements de source américaine effectués à un établissement financier non-participant. Cela découle du fait que ces paiements ne peuvent pas faire l'objet d'une déclaration à l'IRS par le bénéficiaire dans la mesure où celui-ci n'est pas astreint au FATCA dans sa juridiction de résidence. Partant, le risque de soustraction fiscale ne peut pas être exclu.

d) dans les cas où un établissement financier n'est pas décrit au point ci-dessus, mais qu'il agit de façon analogue, celui-ci doit transmettre au débiteur de la prestation de source américaine le formulaire de déclaration de retenue à la source. Cela démontre que les conditions ne sont pas prévues de manière exhaustive et la présente disposition permet d'englober des cas de figure qui n'auraient pas explicitement été prévus.

Nonobstant les dispositions du par. 1, un établissement financier qui ne remplit pas les conditions requises n'est pas soumis à l'obligation de retenue de l'impôt à la source à moins que celui-ci ne soit considéré comme un établissement financier non-participant en vertu de l'art. 5 par. 2, let. b) de l'accord. Cela est notamment le cas lorsque l'établissement financier contrevient gravement à ses obligations en vertu de l'accord FATCA M1 et que la procédure idoine a confirmé le non-respect de dites obligations. Tel pourrait par exemple être le cas lorsqu'un établissement financier suisse viole de façon répétée et grave l'obligation de transmettre un ou plusieurs types de renseignements requis par l'art. 2 de l'accord.

Dans la mesure où le modèle 1 prévoit un échange automatique et ne fait plus la distinction entre les comptes pour lesquels il existe une déclaration de consentement et ceux pour lesquelles elle n'existe pas, tous les comptes identifiés comme américains seront transmis à l'IRS. Tous les comptes étant par conséquent transmis de manière détaillée, les établissements financiers ne sont plus tenus de prélever l'impôt à la source au sens du par. 2.

Le par. 3 traite en particulier des plans de prévoyances reconnus. Conformément à l'annexe II, les établissements financiers suisses traitant ce type de produits sont traités de manière particulière par les États-Unis dans la mesure où ils ne présentent qu'un risque faible de soustraction fiscale. Par conséquent et conformément à la réglementation du Trésor américain, les établissements financiers suisses sont soit considérés comme des établissements financiers conformes au FATCA, soit parce que le produit est exempté comme des bénéficiaires effectifs exemptés. Cela concerne toutes les formes reconnues de prévoyance. La qualification s'applique aussi bien au produit, qu'à l'entité qui fournit la prestation.

Au sens du par. 4, les États-Unis traitent tous les établissements financiers non rapporteurs comme des établissements financiers réputés conforme ou comme des bénéficiaires effectifs exemptés. Les établissements financiers concernés par ce paragraphe doivent en principe s'enregistrer auprès de l'IRS. Toutefois, les gérants de fortune indépendants ont la possibilité de renoncer à l'enregistrement s'ils se limitent à gérer des avoirs déposés sur des comptes aux noms des clients auprès d'établissements financiers qui ne sont pas des établissements financiers non-participants.

Le par. 5 concerne les entités liées ou les succursales d'établissements financiers suisses qui opèrent dans une juridiction ne permettant pas à dite entité de remplir les exigences de l'accord. Tel peut être le cas lorsque l'entité ou la succursale se trouve dans une juridiction dont la réglementation interne empêche l'application du FATCA. Malgré cette impossibilité, l'établissement financier suisse qui se conforme aux exigences de l'accord continuera d'être considéré comme réputé conforme au FATCA ou comme bénéficiaire effectif exempté au sens de la réglementation du Trésor américain pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies :

a) l'établissement financier suisse traite chacune de ces entités apparentées ou succursales comme un établissement financier non-participant distinct aux fins de toutes les obligations de déclarations et de retenue de l'impôt à la source et chacune de ces entités apparentées ou succursales s'identifie comme établissement financier non participant vis-à-vis des entités obligées de retenir l'impôt à la source ;

b) chaque entité liée ou succursale doit identifier et communiquer les comptes américains qu'elle détient conformément à la réglementation du Trésor américain dans la mesure où les lois applicables à l'entité liée ou à la succursale le permettent ; et

c) que l'entité liée ou la succursale ne détient pas spécifiquement des comptes américains de personnes qui ne résident pas dans la juridiction où cette entité liée ou la succursale est située ou qu'elle détient des comptes d'établissements financiers non participants qui ne seraient pas situés dans cette juridiction et utilisés par les établissements financiers suisses ou tout autre partie liée afin de contourner les obligations imposées par la réglementation américaine. Il s'agit d'opérer à une vérification objective de la constellation et ainsi être en mesure de garantir que celle-ci n'est pas destinée à des fins d'évasion fiscale.

Le par. 6 traite de l'application temporelle et interdit l'application rétroactive de l'échange automatique. L'AFC n'est pas tenue d'obtenir et d'échanger automatiquement des renseignements lorsque des renseignements similaires sont déclarés à l'IRS par les établissements financiers rapporteurs en vertu des réglementations américaines. Les États-Unis sont soumis à la même limitation temporelle à la différence que la condition temporelle dépend du début de l'échange effectué par la Suisse. En d'autres termes, les États-Unis ne seront tenus de commencer l'échange que lorsque la Suisse sera en mesure d'assurer le premier échange automatique.

Le par. 7 permet à la Suisse, et celle-ci doit offrir la possibilité à ses établissements financiers, d'utiliser directement et alternativement les définitions du trésor américain en lieu et place des définitions de l'accord FATCA M1 et de l'annexe I afin de mettre en

œuvre l'accord FATCA M1. La possibilité de choix ne doit pas poursuivre l'objectif d'entraîner la bonne application de l'accord.

Art. 5 Collaboration en matière de conformité et d'exécution

L'accord FATCA M1 prévoit deux types de collaboration entre les parties qui dépendent du degré de gravité résultant d'une mauvaise application des dispositions.

Le par. 1 traite des erreurs mineures ainsi que des erreurs administratives. Lorsqu'une autorité compétente a des raisons de croire que ce type d'erreur est réalisé et qu'il conduit à la communication de renseignements incomplets ou incorrectes ou à des infractions mineures des dispositions de l'accord FATCA M1 elle le notifie à l'autre autorité compétente. Ces dispositions obligent ainsi les autorités compétentes. Ainsi, l'autorité compétente notifiée applique son droit national afin d'obtenir la rectification des erreurs, la communication des renseignements voire la cessation de l'infraction. Les sanctions applicables en Suisse sont prévues dans la loi de mise en œuvre (chap. 5.2.11).

Le par. 2 représente le degré le plus grave du non-respect de dispositions de l'accord. Dans ce cas de figure, la première étape consiste en la notification de l'autorité compétente concernée d'un manquement grave aux obligations découlant de l'accord FATCA M1 par un établissement qui y est soumis avec une description des faits reprochés. Tel est notamment le cas lorsqu'un établissement financier ne serait pas en mesure de transmettre des renseignements requis par l'art. 2 de l'accord FATCA M1 et qu'il ne prendrait pas les mesures qui s'imposent, par exemple la clôture du compte américain concerné. Afin de remédier à un tel manquement, l'autorité compétente doit mettre en œuvre les sanctions prévues par sa législation de mise en œuvre. Si après un délai de 18 mois suivant la notification, le manquement grave persiste, l'établissement financier suisse rapporteur sera traité par les États-Unis comme un établissement financier non-participant. Cette application est unilatérale et est dans un premier temps destiné à l'AFC qui sera en charge de palier au manquement. Dans un second temps elle impliquera directement l'établissement financier concerné. Celui-ci subira ainsi la retenue de l'impôt à la source et dans les faits, cela aura également des implications commerciales importantes. En effet, les relations commerciales avec un établissement financier non-participant étant considérées comme plus risquées pour ses partenaires, dans les faits cela pourrait conduire à une baisse de clientèle.

Le par. 3 donne la possibilité aux Parties d'autoriser les établissements financiers rapporteurs à déléguer les obligations découlant de l'accord. Ainsi, les établissements financiers rapporteurs peuvent faire appel à des prestataires de services tiers. Néanmoins, si la délégation de la prestation est autorisée, il n'y a aucun transfert de la responsabilité de la bonne mise en œuvre de l'accord. Seuls les établissements financiers répondent d'une mauvaise application par les prestataires tiers et cela implique par conséquent une surveillance ainsi qu'une instruction adéquate.

Le par. 4 donne le mandat aux Parties de prévoir des dispositions permettant de prévenir les pratiques abusives ayant pour but de contourner le but de l'accord. Cette disposition sera transposée en droit interne de diverses manières. Certaines dispositions

de l'accord, notamment pénales sont retranscrites dans la loi. L'ordonnance de mise en œuvre (chap. 6) contient également certaines clarifications nécessaires qui ne nécessitent pas obligatoirement une loi au sens formel.

Art. 6 Engagement mutuel à continuer d'améliorer l'efficacité de l'échange de renseignements et de la transparence

Le par. 1 matérialise la reconnaissance des États-Unis de développer leur législation afin de parvenir à un échange automatique et réciproque de renseignements avec la Suisse. Ainsi, les États-Unis s'engagent à la poursuite de l'adoption de réglementation nécessaire à l'atteinte de ce but. Elle fait référence aux régulations du Trésor américain d'une part, et à la mise en place de l'échange de renseignements effectif d'autre part. Ce dernier est en partie concrétisé par l'art. 7 par. 2, mais également par la concrétisation du CAA au sens de l'art. 3 par. 5.

Le par. 2 exprime un objectif de politique réglementaire. Il vise au développement d'une approche praticable et efficace conjointe des juridictions partenaires qui devrait permettre une retenue à la source sur certains produits bruts de source américaine qui, par le fait d'un intermédiaire, perd sa qualification de produits bruts américains. Tel est notamment le cas lorsqu'un intermédiaire (par exemple véhicule d'investissement) encaisse le produit brut américain pour lui-même et qu'il reflète en reversant ensuite en dividende (non-US) équivalent à ses détenteurs de part à titre de rendement.

Art. 7 Égalité de traitement dans l'application du FATCA par rapport aux juridictions partenaires

Le par. 1 reflète la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, si une autre juridiction appliquant le modèle 1 du FATCA obtient une disposition plus avantageuse que celle négociée par la Suisse, les États-Unis s'engagent également à l'appliquer à la Suisse. Cela est applicable aux art. 2 et 3 ainsi qu'aux art. 5 à 9. Par conséquent, cela comprend également la modification des annexes (art. 9 accord FATCA M1).

Le par. 2 fait référence à la procédure. Les États-Unis doivent notifier l'adoption de dispositions plus avantageuses de façon active et l'appliquer automatiquement à partir de la date de signature de celle-ci avec la juridiction partenaire. La Suisse peut refuser une telle application. Cette clause provoquant une modification de l'accord FATCA M1 est soumise à la procédure ordinaire de modification des actes législatifs en Suisse. En l'occurrence, elle devrait être soumise à l'Assemblée fédérale et ouverte au référendum facultatif.

Art. 8 Consultations et modifications

Les Parties doivent collaborer pour la bonne mise en œuvre de l'accord FATCA M1 et, si nécessaire, développer des mesures appropriées. Ces mesures peuvent être mise en œuvre de diverses manières, notamment par le biais d'un MoU ou par la négociation d'un CAA. L'accord FATCA M1 peut aussi être modifié par accord mutuel selon la procédure fixé à l'art. 10. La mise en œuvre en droit suisse doit alors suivre la procédure

ordinaire d'approbation par l'Assemblée fédérale et est soumise au référendum facultatif.

Art. 9 Annexes

Les deux annexes font partie intégrante de l'accord FATCA M1 et ont par conséquent la même force contraignante. L'annexe 1 contient les dispositions relatives aux obligations de diligences raisonnables devant être observées par les établissements financiers soumis au FATCA tandis que l'annexe 2 concerne notamment les bénéficiaires effectifs exemptés et les établissements financiers réputés conformes au FATCA. Les annexes seront détaillées de manière indépendante (chap. 4.2 et 4.3).

Art. 10 Durée de l'accord

Le par. 1 concerne l'entrée en vigueur de l'accord. Ainsi, celui-ci entrera en vigueur pour la Suisse, le 1^{er} janvier de l'année suivant la ratification par l'Assemblée fédérale et l'écoulement du délai référendaire. Si un référendum aboutit, une votation devra être organisée suivant la procédure idoine. La collecte des informations se faisant annuellement, il a été arrêté que l'entrée en vigueur coïnciderait avec le début d'une année civile. Aux États-Unis, l'entrée en vigueur ne nécessite pas d'approbation par le Congrès et serait ainsi applicable dès la signature. Il faut toutefois distinguer l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1, de la notification des États-Unis relative à la confirmation de satisfaction par la Suisse des conditions requises pour l'échange effectif (art. 3, par. 7 de l'accord FATCA M1). Ainsi, l'année d'entrée en vigueur est par conséquent dictée par les procédures de ratification en Suisse. Une fois la procédure de ratification terminée, la Suisse devra notifier par voie diplomatique l'implémentation de l'accord FATCA M1 aux États-Unis.

Le par. 2 permet la dénonciation de l'accord. Celle-ci est unilatérale et doit être faite selon la procédure prévue, c'est-à-dire par notification écrite. Elle s'accompagne d'un délai de 12 mois. Elle ne deviendrait effective que le premier jour du mois suivant dit délai. Cette compétence est attribuée au Conseil fédéral qui ne peut agir qu'avec l'assentiment du Parlement.

Le par. 3 prescrit une consultation entre les Parties dans deux domaines. Le premier concerne la mise en œuvre par les États-Unis d'une législation interne relative à la réciprocité des informations échangées ainsi que le développement des allègements en lien avec la retenue de l'impôt à la source. Le second a trait à la politique d'échange interne aux États-Unis. Lors des négociations, ces derniers ont souhaité ajouter une disposition (art. 3 par. 8) imposant aux cantons, voire aux communes de maintenir le même niveau de confidentialité que la Confédération s'agissant de la transmission des renseignements par l'AFC aux autorités cantonales et communales. En contrepartie, la Suisse a souhaité inscrire une obligation de négociation d'une disposition similaire si, à futur, la politique des États-Unis devait changer et que l'état fédéral échangeait également des renseignements avec les états fédérés américains.

Art. 11 Dispositions transitoires

Les dispositions transitoires sont un élément important de l'accord FATCA M1. En effet, il était important de prévoir la continuité de l'accord en tenant compte des changements d'obligations, notamment pour les établissements financiers. Ces dispositions transitoires sont complétées par un MoU, en particulier sur certains points matériels tel que le réenregistrement et le canal de transmission de renseignements. Deux canaux de transmission des renseignements propre à chaque modèle ne pouvaient pas être maintenus simultanément. Partant, une solution pour traiter les transmissions tardives a dû être trouvée. Par transmission tardive, on entend les informations qui auraient dû être transmises lors de la première année suivant l'entrée en vigueur du modèle 1, mais qui ont été collectées conformément au modèle 2.

Le par. 1 lie l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1 à l'abrogation de l'accord FATCA selon le modèle 2. L'abrogation concerne en premier lieu les obligations relatives à la collecte des informations. Toutefois, le par. 2 indique que la transmission se fera sur la base des dispositions de l'accord selon le modèle 2. Pour un commentaire de ces dispositions, il est renvoyé au message du Conseil fédéral concernant le modèle 2²⁰.

Le par. 3 traite des transmissions tardives qui ne pourront plus être traitées conformément à l'accord selon le modèle 2 car le canal de transmission des renseignements ne sera plus opérationnel. Partant, une procédure particulière a été mise en œuvre. Les principes sont fixés dans l'accord, tandis que les dispositions techniques ont été convenues dans le MoU. S'agissant des principes, les transmissions tardives ne seront plus transmises directement par les établissements financiers, mais par l'AFC sur une base mensuelle. L'AFC sera ainsi également l'autorité compétente pour la réception et la transmission des renseignements collectés sur la base du modèle 2 (let. a). Les établissements financiers pourront déjà transmettre les comptes américains sans tenir compte de la distinction entre les comptes américains pour lesquels une déclaration de consentement a été obtenue ainsi que pour ceux pour lesquels elle n'a pas été obtenue. Ainsi, l'établissement financier suisse rapporteur peut déjà opter pour la transmission des informations détaillées pour les comptes qu'il transmet sous forme agrégées. De cette façon, les établissements financiers qui transmettent des comptes avec des renseignements détaillés remplissent leur obligation et peuvent ainsi éviter une transmission de données agrégées qui ne fera ensuite pas l'objet d'une demande groupée. Une demande groupée demeure néanmoins possible pour les comptes qui sont transmis sous forme agrégée (let. b). Lors de la transmission de ces comptes, l'AFC devra communiquer les transmissions tardives en tant que nouveaux comptes selon une procédure mutuellement définie par les autorités compétentes (let. c).

Le par. 4 se réfère aux règles de diligence raisonnable de l'annexe I. A l'exception du traitement des comptes récalcitrants, les règles de l'annexe I de l'accord FATCA selon le modèle 2 sont également compatibles. En particulier l'identification des comptes et des personnes américaines demeurent valables pour tous les types définis dans l'annexe I. De plus, la Suisse peut autoriser un établissement financier à traiter un compte récalcitrant de la même manière que les autres comptes rapportables, pour autant que

²⁰ FF 2013 2789

les renseignements à transmettre selon l'art. 2 sont connues et rapportables. Il est par ailleurs demandé aux établissements financiers de procéder à une nouvelle analyse de conformité s'il existe des doutes concernant la fiabilité d'une autocertification.

Le par. 5 rappelle que tous les renseignements échangés durant la période transitoire conformément aux dispositions transitoires sont soumis aux mêmes restrictions d'utilisation de l'art. 26 de la CDI CH-USA.

4.2 Annexe I

L'annexe I décrit les obligations de diligence raisonnable pour l'identification et la déclaration des comptes américains

4.2.1 Par. I Généralité

L'annexe I décrit les obligations de diligence – simplifiées par rapport aux dispositions d'exécution du Trésor américain – que les établissements financiers suisses doivent observer lors de l'identification des comptes détenus par des clients américains ou par des établissements financiers non participants. Selon le par. I. C, les établissements financiers suisses peuvent se fonder sur les dispositions d'exécution du Trésor américain au lieu de suivre la procédure prévue à l'annexe I pour l'identification des clients. Ceux qui font usage de cette possibilité doivent s'en tenir à ce choix pendant les années suivantes: ils ne peuvent revenir à la procédure simplifiée prévue à l'annexe I que si ces dispositions d'exécution sont modifiées sur des points essentiels.

4.2.2 Par. II Comptes individuels préexistants

Le par. II indique comment l'établissement financier doit vérifier si les titulaires des comptes qu'il détient lors de la date déterminante (30 juin 2014 pour la Suisse) et qui sont détenus par des personnes physiques sont des personnes américaines.

4.2.2.1 Comptes faisant exception

Selon la let. A, les comptes individuels préexistants suivants ne sont pas soumis à vérification, identification et communication:

1. les comptes dont le solde à la date déterminante n'excède pas 50 000 dollars;
2. les contrats d'assurance susceptibles de rachat et les contrats de rente dont le solde à la date déterminante n'excède pas 250 000 dollars;
3. les autres contrats d'assurance susceptibles de rachat et contrats de rente, dans la mesure où la vente de ces polices à des personnes domiciliées aux États-Unis est proscrite par des lois ou des dispositions d'exécution en vigueur en Suisse ou aux États-Unis;
4. les comptes de dépôt dont le solde ou la valeur n'excède pas 50 000 dollars.

4.2.2.2 Comptes de faible valeur

Selon le par. II. B, si le solde d'un compte excède 50 000 dollars ou celui d'un contrat d'assurance susceptible de rachat ou d'un contrat de rente excède 250 000 dollars à la date déterminante, mais est inférieur à 1 million de dollars, l'établissement financier est tenu de vérifier les données d'identification du client en sa possession par voie électronique, à la recherche des indices américains suivants:

- a. identification du titulaire du compte comme citoyen américain ou personne résidant aux États-Unis;
- b. indication non équivoque d'un lieu de naissance situé aux États-Unis;
- c. adresse postale ou adresse de domicile actuelle située aux États-Unis;
- d. numéro de téléphone actuel américain;
- e. ordre permanent de virement d'argent sur un compte détenu aux États-Unis;
- f. procuration ou autorisation de signature en faveur d'une personne dont l'adresse est située aux États-Unis;
- g. adresse «Aux bons soins de» ou «Banque restante» comme seule adresse du titulaire du compte dont dispose l'établissement financier.

Si l'examen des données par voie électronique ne révèle aucun de ces indices américains, l'établissement financier n'a rien d'autre à entreprendre tant qu'aucun changement de circonstance (par ex. communication du client annonçant le transfert de son domicile aux États-Unis) n'amène à associer l'un de ces indices au compte. L'obligation d'effectuer une vérification élargie si le compte devient un compte de valeur élevée est réservée.

Si l'examen des données par voie électronique met en évidence un de ces indices américains, l'établissement financier doit traiter le compte comme un compte américain, sauf si des documents déterminés décrits au par. II. B. 4 permettent de ne pas en tenir compte.

L'indication non équivoque d'un lieu de naissance aux États-Unis constitue un indice fort de la qualité de personne américaine du client, car une naissance aux États-Unis confère la nationalité américaine. Cet indice peut être infirmé par la présentation d'une autodéclaration (par ex. établie sur un formulaire américain W-8) selon laquelle le client n'est ni citoyen américain ni résident aux États-Unis, ainsi que d'un passeport non américain prouvant la citoyenneté d'un autre pays. Est également requise une copie de l'attestation de perte de la citoyenneté américaine ou une explication plausible du motif pour lequel le client ne possède pas cette attestation bien qu'il ait renoncé à la citoyenneté américaine ou du motif pour lequel il n'a pas obtenu la citoyenneté américaine

malgré sa naissance aux États-Unis. Ce dernier cas s'applique, par exemple, aux enfants des diplomates étrangers ou des fonctionnaires consulaires en poste aux États-Unis.

Lorsqu'il existe une adresse postale ou une adresse de domicile actuelle aux États-Unis ou lorsqu'un ou plusieurs numéros de téléphone américains sont les seuls indices associés au compte, ces indices américains peuvent être infirmés par la présentation d'une autodéclaration (par ex. établie sur un formulaire américain W-8) selon laquelle le client n'est ni citoyen américain ni résident aux États-Unis, ainsi que d'un passeport non américain prouvant la citoyenneté d'un autre pays.

Lorsqu'il existe des indices au sens des let. e à g ou que les documents relatifs au compte comprennent des numéros de téléphone étrangers et américains, l'absence de statut américain du titulaire du compte doit être prouvée en présentant une autodéclaration (par ex. établie sur un formulaire américain W-8) selon laquelle celui-ci n'est ni citoyen américain ni résident aux États-Unis et une preuve documentaire établie par une autorité étrangère (par ex. un certificat de résidence ou un document délivré à des fins d'identification).

En limitant l'indice américain de la let. f aux procurations ou aux autorisations de signature en faveur de personnes domiciliées aux États-Unis, on évite que le compte détenu par le conjoint non américain d'un couple domicilié en Suisse ne soit traité comme un compte américain en raison d'une procuration ou d'une autorisation de signature en faveur du conjoint américain.

La vérification des comptes individuels préexistants de faible valeur doit être achevée au plus tard deux ans après la date déterminante.

4.2.2.3 Comptes de valeur élevée

Les comptes individuels préexistants dont le solde à la date déterminante excède 1 million de dollars doivent faire l'objet d'une vérification élargie, qui comprend un examen manuel de documents physiques, sauf si l'examen des données par voie électronique fournit des indications sur tous les points suivants:

- a. nationalité ou lieu de résidence du titulaire du compte;
- b. adresse de domicile et adresse d'expédition actuelles figurant dans le dossier;
- c. numéro(s) de téléphone actuel(s) figurant dans le dossier;
- d. existence d'un ordre permanent de virement d'argent sur un autre compte, que celui-ci soit tenu dans une filiale de l'établissement financier suisse ou auprès d'un autre établissement financier;
- e. existence d'une adresse «Aux bons soins de» ou «Banque restante» pour le titulaire du compte;

f. existence d'une procuration ou d'une autorisation de signature pour le compte.

En plus de l'examen des documents électroniques et physiques, tout compte de valeur élevée affecté à un responsable clientèle doit être traité comme un compte américain si ce responsable clientèle dispose d'informations sur le statut américain du titulaire du compte.

La vérification élargie des comptes de valeur élevée doit être achevée au plus tard deux ans après la date déterminante.

Les comptes individuels préexistants qui ne sont pas de valeur élevée à la date déterminante, mais dont le solde excède 1 million de dollars au 31 décembre d'une année ultérieure doivent faire l'objet d'une vérification élargie dans un délai de six mois à partir de la fin de l'année durant laquelle le solde a dépassé ce montant.

4.2.3 Par. III Nouveaux comptes individuels

Les comptes de dépôt ouverts après la date déterminante, de même que les contrats d'assurance vie susceptibles de rachat conclus après cette date, ne sont pas soumis à vérification, identification et communication si leur solde en fin d'année civile n'excède pas 50 000 dollars.

Pour les autres nouveaux comptes individuels, l'établissement financier doit demander au titulaire du compte – lors de l'ouverture du compte ou au plus tard 90 jours après la fin de l'année civile durant laquelle un compte ouvert après la date déterminante ne remplit plus la condition visée au chap. 4.2.2.1 – une autodéclaration permettant de déterminer si le titulaire du compte a sa résidence fiscale aux États-Unis. L'établissement financier doit vérifier la plausibilité de cette autodéclaration selon les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain.

4.2.4 Par. IV Comptes commerciaux préexistants

Les comptes commerciaux dont le solde à la date déterminante n'excède pas 250 000 dollars ne sont soumis à vérification, identification et communication que lorsque leur solde vient à dépasser 1 million de dollars.

Les comptes dont le solde à la date déterminante excède 250 000 dollars, ainsi que ceux visés au chap. 4.2.2.1 dont le solde s'élève ultérieurement à plus d'un million de dollars, doivent faire l'objet d'une vérification pour déterminer s'il s'agit de comptes américains. Le compte est réputé américain s'il est détenu:

– par une ou plusieurs entreprises qui sont des personnes américaines spécifiées telles que définies à l'art. 1, par. 1, let. ff), de l'accord, ou

– par des NFFE (*non-financial foreign entities*) passives telles que définies aux par. VI. B. ch. 3 et 4 de l'annexe I, qui sont contrôlées au sens de l'art. 1, par. 1, let. jj), de l'accord FATCA M1 par une ou plusieurs personnes possédant la citoyenneté américaine ou résidant aux États-Unis.

Cette vérification doit être opérée sur la base des documents d'identification du client en possession de l'établissement financier et, le cas échéant, de documents supplémentaires à demander au titulaire du compte.

L'établissement financier doit également vérifier si le compte est détenu par un établissement financier non participant. Si tel est le cas, les paiements destinés à de tels comptes doivent figurer dans les communications visées à l'art. 4, par. 5, de l'accord.

La vérification des comptes commerciaux préexistants dont le solde à la date déterminante excède 250 000 dollars doit être achevée au plus tard deux ans après la date déterminante. Les comptes dont le solde n'atteint pas ce montant à la date déterminante, mais s'élève à plus d'un million de dollars au 31 décembre d'une année ultérieure, doivent faire l'objet d'une vérification dans un délai de six mois à partir de la fin de l'année ultérieure concernée.

Si les circonstances changent, le statut de ces comptes doit faire l'objet d'une nouvelle vérification.

4.2.5 Par. V Nouveaux comptes commerciaux

Quel que soit leur solde, les comptes commerciaux ouverts à partir du 1^{er} janvier suivant la date déterminante doivent faire l'objet d'une vérification visant à déterminer si leur titulaire est une personne américaine spécifiée, un établissement financier suisse ou un établissement financier d'une autre juridiction partenaire, un établissement financier participant, un établissement financier réputé conforme au FATCA, un bénéficiaire effectif exempté, un établissement financier faisant exception ou une NFFE active ou passive.

4.2.6 Par. VI Disposition particulières et définitions

Selon le par. VI. let. B. ch. 3, on entend par «NFFE passive» une NFFE non américaine qui n'est ni une NFFE active, ni une société de personnes étrangère ou encore un trust étranger exerçant une retenue à la source. Il s'agit d'une définition négative en rapport avec le par. VI. let. B. ch. 4 qui dresse la liste des critères non cumulatifs permettant de qualifier une NFFE de «NFFE active». Il s'agit notamment des critères suivants:

- a. moins de 50 % des revenus bruts de la NFFE sont des revenus passifs et moins de 50 % de ses avoirs génèrent ou sont détenus pour générer des revenus passifs;
- b. les actions de la NFFE sont cotées en bourse ou la NFFE est associée à une entreprise cotée en bourse;
- c. la NFFE est organisée dans un territoire américain et tous les propriétaires du créancier sont de bonne foi des résidents de ce territoire américain;
- d. La NFFE est un gouvernement autre que le gouvernement américain, une subdivision de ce gouvernement ou un organisme public remplissant une fonction de ce gouvernement ou d'une subdivision politique de celui-ci, un gouvernement d'un territoire des États-Unis, une organisation internationale, une banque centrale d'émission non-

américaine ou une entité détenue à cent pour cent par une ou plusieurs des entités susmentionnées;

e. La majeure partie des activités de la NFFE consiste à détenir, en totalité ou en partie, les actions des filiales qui exercent des activités autres que celles d'établissements financiers ou à leur fournir des financements ou des services. Une entité ne peut toutefois prétendre au statut de NFFE si elle fonctionne comme un fonds d'investissement dont l'objectif est d'acquérir ou de financer des sociétés lorsqu'elle poursuit l'objectif de détenir ensuite les participations dans ses actifs immobilisés.

f. La NFFE n'a pas encore d'activités ni d'antécédents d'exploitation, mais investit des capitaux dans le but d'exploiter une entreprise autre qu'un établissement financier, pour autant que la NFFE ne puisse pas bénéficier de cette exception au-delà de 24 mois suivant la date de création initiale de la NFFE;

g. La NFFE n'était pas un établissement financier au cours des cinq dernières années et qu'il liquide ses actifs ou est en train de se réorganiser dans le but de poursuivre ses activités dans un domaine autre que celui d'un établissement financier;

h. La NFFE effectue principalement des opérations de financement et de couverture pour des entités liées qui ne sont pas des établissements financiers pour autant que l'entité liée ne soit pas principalement active dans une activité autre que celle d'établissement financier;

i. La NFFE est une « excepted NFFE » au sens de la réglementation du Trésor américain, c'est-à-dire qu'elle remplit l'une des conditions suivantes : (i) elle est une société cotée en bourse, (ii) elle est une entité affiliée de sociétés cotées en bourse, (iii) elle est une entité membre d'un groupe élargi, ou (iv) elle est une entité territoriale entièrement détenue directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents US;

j. La NFFE remplit les conditions cumulatives suivantes: dans son Etat de domicile, la NFFE est (i) constituée à des fins religieuses, caritatives, scientifiques, artistiques, culturelles ou éducatives, (ii) exemptée d'impôt, (iii) n'a pas de bénéficiaire effectif ayant un droit de propriété sur les revenus ou les actifs, (iv) la juridiction applicable dans l'Etat de domicile ne permet pas la distribution des revenus au profit d'une personne physique ou d'une entité non-caritative autre qu'en tant que contrepartie pour les services rendus et (v) que lors de la dissolution, la législation de l'Etat de résidence permette uniquement la distribution des actifs qu'à une organisation étatique ou à but non-lucratif.

Le par. VI. let. C fixe les conditions auxquelles un établissement financier est tenu d'ajouter les valeurs de tous les comptes détenus par une même personne et qu'il détient ou qu'une entreprise associée détient pour cette personne.

4.3 Annexe II

4.3.1 Par. I Bénéficiaires effectifs exemptés autres que des fonds

L'annexe II décrit les catégories d'établissements financiers suisses et de produits non soumis au FATCA ou réputés conformes à l'accord FATCA M1 parce qu'ils présentent un faible risque d'être utilisés par des personnes américaines dans le but de soustraire des impôts dus aux États-Unis. Cette annexe peut être adaptée par un protocole d'entente entre les autorités compétentes des deux États; ce protocole consistera, le cas échéant, à ajouter de nouveaux établissements ou produits à la liste ou à en supprimer.

Ne sont pas expressément mentionnées les assurances de choses et les assurances dommages: leurs polices ne constituent en principe pas des comptes financiers, puisqu'elles ne font que remplacer les dommages subis par le bénéficiaire. Les réassurances ne sont pas non plus citées, car de telles polices ne peuvent être conclues que par les assureurs directs.

Les bénéficiaires effectifs exemptés ne sont pas tenus de s'enregistrer auprès de l'IRS et doivent simplement confirmer leur statut à l'établissement financier dont ils acceptent des paiements. Les établissements suivants sont réputés bénéficiaires effectifs exemptés:

a. La Confédération, les cantons et les communes, ainsi que les établissements appartenant entièrement à la Confédération, aux cantons ou aux communes.

L'annexe II se réfère expressément aux institutions, fondations et fonds du système de sécurité sociale. Sont notamment visées l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), l'assurance-invalidité (AI), les prestations complémentaires, la prévoyance professionnelle, l'assurance-maladie, l'assurance accidents, l'assurance militaire, l'allocation pour perte de gain qui inclut la protection en cas de maternité (APG), l'assurance-chômage et les allocations familiales. Parmi les fonds du système de sécurité sociale, mentionnons en particulier les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et de l'APG, le fonds de compensation de l'assurance-chômage, les fonds pour la famille et la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents.

b. Les organisations partenaires avec qui la Suisse a conclu un accord international de siège, de même que les missions diplomatiques et les représentations consulaires.

A ce jour, la Suisse a conclu des accords de siège avec 29 organisations internationales²¹. Les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain classent notamment parmi les bénéficiaires effectifs exemptés les organisations internationales reconnues comme telles selon une législation étrangère correspondant aux dispositions des § 288 à 288f, titre 22, du droit des États-Unis²² concernant les relations étrangères, ou les organisations ayant conclu un accord de siège avec un gouvernement étranger. Sur la base de ces dispositions, les organisations internationales qui ont conclu un accord de nature fiscale avec la Suisse²³ peuvent également être considérées comme bénéficiaires effectifs exemptés.

c. La Banque nationale suisse et tout établissement qu'elle détient entièrement. Les explications de la let. a (ci-dessus) concernant les institutions d'épargne du personnel de collectivités publiques s'appliquent également à l'institution similaire de la Banque nationale.

4.3.2 Par. II Fonds considérés comme des bénéficiaires effectifs exemptés

A. Toutes les institutions de prévoyance. En font partie les institutions du deuxième pilier et du pilier 3a, les institutions de libre passage, l'institution supplétive selon l'art.

²¹ Bureau international de l'éducation (UNESCO), Organisation internationale du travail, Organisation météorologique mondiale, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Organisation mondiale de la santé, Organisation des Nations Unies (pour l'Office des Nations Unies à Genève), Union internationale des télécommunications, Union postale universelle, Association européenne de libre-échange, Banque des règlements internationaux, Organisation européenne pour la recherche nucléaire, Comité international de la Croix-Rouge, Centre Sud, Centre consultatif sur la législation de l'OMC, Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Global Alliance for Vaccines and Immunization, Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme, Organisation internationale pour les migrations, Organisation internationale de protection civile, Organisation mondiale du commerce, Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires, Union interparlementaire, Union internationale pour la protection des obtentions végétales, Drugs for Neglected Diseases Initiative, Medicines for Malaria Venture, Foundation for Innovative New Diagnostics, Global Alliance for Improved Nutrition et Centre international de déminage humanitaire – Genève.

²² cf. [PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS](#)

²³ Conseil international des aéroports, Agence mondiale antidopage, Commission électrotechnique internationale, Association du transport aérien international, Organisation internationale de normalisation, Société internationale de télécommunication aéronautique et Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources.

60 de loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)²⁴, le fonds de garantie, les fondations de prévoyance financées par les employeurs et les fondations de placement auxquelles participent exclusivement les institutions de prévoyance énumérées ci-dessus.

B. En font également partie les entités qui sont des établissements financiers suisses uniquement parce qu'elles sont des entités d'investissements pour autant que chaque titulaire direct d'une participation dans l'entité soit un bénéficiaire effectif exempté et que chaque détenteur direct d'un droit de créance dans cette entité soit un établissement dépositaire ou un bénéficiaire effectif exempté.

4.3.3 Par. III Établissements financiers réputés conforme au FATCA

Les établissements financiers réputés conformes au FATCA énumérés au par. III se subdivisent en établissements soumis à enregistrement et en établissements certifiés. Les établissements financiers soumis à enregistrement peuvent parfois être tenus, sous certaines conditions, de vérifier, d'identifier et de déclarer des comptes, tandis que les établissements financiers certifiés sont déliés de ces obligations (chap. 4.3.1 et 4.3.2).

Entrent dans la catégorie d'établissements financiers réputés conformes au FATCA notamment les établissements financiers avec clientèle locale (par. III. A), les banques opérant au niveau local (par. III. B) ainsi que certains autres établissements financiers qui ne sont pas des entités d'investissement et les émetteurs qualifiés de cartes de crédit (par. III. C et D).

a. Est réputé établissement financier avec clientèle locale un établissement financier qui remplit toutes les conditions ci-après:

(i) Il est autorisé en Suisse et soumis à la législation suisse.

(ii) Il n'est pas installé de manière fixe hors de Suisse. La restriction selon laquelle un tel établissement financier local n'est pas autorisé à disposer d'une installation fixe d'affaires hors de l'Etat où il a été constitué a été assouplie dans les dispositions d'exécution définitives: un tel établissement peut posséder une installation fixe à l'étranger, pour autant qu'elle ne démarche pas le public et assume uniquement des tâches administratives d'appui. Dès lors que les conditions auxquelles un établissement financier avec clientèle locale doit satisfaire correspondent à cette exigence, les établissements financiers suisses, qui remplissent par ailleurs toutes les conditions énumérées sous cette let. a, pourront se doter d'un tel service d'appui à l'étranger sans subir de préjudice.

(iii) L'établissement financier ne doit pas démarcher activement des clients hors de Suisse. L'exploitation d'un site Internet n'est pas réputée constituer un tel démarchage, pour autant que le site ne contienne aucune mention explicite de gestion de comptes

²⁴ RS 831.40

détenus par des personnes ne résidant pas en Suisse ou de fourniture de services à de telles personnes, ni ne vise d'aucune autre manière des clients américains. Le statut spécial des établissements financiers dont la majeure partie de la clientèle est locale vise à privilégier les établissements qui déploient presque exclusivement leurs activités dans le pays où ils ont été créés. Malgré l'extension de la notion de clientèle locale aux personnes résidant dans un Etat de l'UE et au Royaume-Uni, le démarchage de clients hors de Suisse est donc interdit. Cette disposition correspond également à la teneur des accords que les États-Unis ont conclus avec le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande. Une banque locale danoise n'est par exemple pas autorisée à démarcher des clients dans le nord de l'Allemagne.

(iv) L'établissement financier doit être tenu par la législation suisse de fournir des informations au sujet des comptes détenus par des clients suisses ou de prélever un impôt à la source. Cette condition est remplie dans la mesure où les dividendes et les intérêts suisses sont soumis à l'impôt anticipé.

(v) Au moins 98 % des avoirs gérés par l'établissement financier doivent être déposés sur des comptes détenus par des personnes résidant en Suisse ou dans l'un des États membres de l'UE et du Royaume-Uni. Selon les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain, cette extension à l'ensemble de l'UE et du Royaume-Uni de la notion de clientèle locale ne s'applique qu'aux établissements financiers d'États de l'UE et du Royaume-Uni. Lors du calcul de la limite de 98 % des avoirs gérés, les établissements financiers suisses sont ainsi mieux lotis que les établissements financiers sis dans un pays de l'UE: la clientèle locale des établissements suisses comprend en effet des personnes résidant en Suisse ou dans un pays de l'UE ou au Royaume-Uni, tandis que la clientèle locale d'un établissement sis dans un pays de l'UE ne comprend que les personnes résidant dans un autre État membre de l'UE, mais pas en Suisse.

(vi) Depuis le 1^{er} janvier 2014, l'établissement financier n'a plus le droit d'ouvrir des comptes pour des personnes américaines spécifiées ne résidant pas en Suisse, des établissements financiers non participants ou des NFFE dans lesquelles des personnes en position dominante possèdent la citoyenneté américaine ou ont leur résidence aux États-Unis.

(vii) Jusqu'au 1^{er} janvier 2014, l'établissement financier a dû mettre en place une procédure visant à vérifier s'il gère des comptes pour des personnes américaines spécifiées ne résidant pas en Suisse, des établissements financiers non participants ou des NFFE dans lesquelles des personnes en position dominante possèdent la citoyenneté américaine ou ont leur résidence aux États-Unis. Si un tel compte est découvert, l'établissement devra soit le déclarer comme s'il était lui-même un établissement financier rapporteur, soit le fermer.

(viii) Pour ce qui est des comptes ouverts jusqu'au 31 décembre 2013 et détenus par des personnes ne résidant pas en Suisse, l'établissement financier est tenu de procéder à l'identification des comptes américains et des comptes d'établissements financiers non participants, conformément à l'annexe I, puis soit de déclarer ces comptes comme s'il était lui-même un établissement financier rapporteur, soit de les fermer.

(xi) Toute entreprise associée à l'établissement financier doit être enregistrée ou constituée en Suisse et remplir les mêmes conditions que lui.

(x) L'établissement financier n'a pas le droit de désavantager les personnes américaines spécifiées résidant en Suisse en matière d'ouverture et de maintien de comptes.

Diverses voix se sont élevées pour regretter que cette condition privilégie les ressortissants américains résidant en Suisse par rapport aux ressortissants suisses résidant aux États-Unis. Du point de vue américain, cette distinction est toutefois intentionnelle. Si le Trésor américain reconnaît le droit d'une personne d'avoir accès à des services financiers dans l'État où elle réside, il se montre peu compréhensif face au désir d'une personne résidant aux États-Unis de détenir un compte dans un établissement financier étranger, même si la législation américaine ne l'interdit pas. Ces établissements risqueraient en effet de ne pas respecter la limite selon laquelle seuls 2 % des avoirs qu'ils gèrent peuvent appartenir à des clients résidant hors de la Suisse ou de l'UE, de sorte qu'ils perdraient le statut privilégié réservé aux établissements financiers réputés conformes au FATCA.

b. Est réputé être une banque locale, l'établissement financier qui remplit les conditions suivantes:

(i) l'établissement financier opère uniquement en tant que (et est autorisé et réglementé par la législation suisse) banque ou organisme (coopérative) de crédit ou une entité similaire qui est exploitée sans but lucratif. Le terme de banque ne doit pas être interprété uniquement au sens des art. 1 et 1a loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB),²⁵ mais également remplir les autres conditions mentionnées dans l'annexe II.

(ii) L'activité de l'établissement financier consiste principalement à recevoir ou accorder, dans le contexte d'une activité bancaire, des prêts à des clients de détail non liés. Dans le cadre d'un organisme (coopérative) de crédit ou d'une entité similaire à ses membres pour qu'aucun membre ne détienne une participation supérieure à 5 %.

(iii) L'établissement financier satisfait aux exigences du par. II, let. A, ch. 2 et 3 de l'Annexe II interdisant l'exploitation d'un lieu fixe d'affaire en dehors du territoire suisse et la sollicitation active de clients en dehors du territoire suisse. En plus de l'interdiction de sollicitation de clients en dehors du territoire suisse, l'établissement financier ne peut pas permettre l'ouverture d'un compte sur son site internet.

(iv) L'établissement financier ne possède pas plus de 175 millions de dollars d'actifs au bilan et, toutes entités liées prises ensemble, ce montant ne doit pas dépasser 500 millions de dollars d'actifs totaux consolidés.

²⁵ RS 952.0

(v) Toute entité liée doit également être constituée ou organisée selon le droit suisse et toute entité liée qui est un établissement financier à l'exception des fonds de pension décrit au par. II, let. A de l'Annexe II ou un établissement financier n'ayant que des comptes de faible valeur tels que décrits au par. II, let. C de l'Annexe II doivent également satisfaire aux exigences énoncées sous la présente let. B.

c. Les établissements financiers avec uniquement des comptes de faible valeur n'étant pas des sociétés d'investissements ne sont pas des établissements rapporteurs. Cette disposition reflète les obligations de diligence raisonnable de l'annexe I qui exclut les comptes ayant une valeur de moins de 50 000 dollars (chap. 4.2.2). Elle impose toutefois une condition supplémentaire en relation avec le bilan. L'accord FATCA M1 considère que ce type d'établissements financiers représente un faible risque de soustraction fiscale.

A l'instar des assurances de risque pur, les établissements émetteurs qualifiés de carte de crédit sont considérés comme représentant un faible risque. Cela découle du fait qu'ils n'ont qu'un rôle d'intermédiaire et que les obligations de diligence sont respectées par les banques qui effectuent les opérations de comptes.

4.3.4 Par. IV Entités d'investissement qualifiées d'établissements financiers réputés conforme au FATCA et autres dispositions spéciales

Le par. IV contient des facilités pour les établissements financiers faisant parties d'un ensemble d'établissements financiers. Cela leur ouvre des facilités dans la mesure où les obligations de diligence et de rapport des renseignements sont effectuées par une autre entité lorsqu'elle est également résidente dans une juridiction partenaire.

S'agissant des trusts, les obligations FATCA doivent être remplies par au moins un des trustees qui doit avoir sa résidence dans une juridiction partenaire ou être un établissement financier participant.

Les entités sponsorisées et détenues par une entité suisse ou étrangère doivent au préalable s'assurer qu'une autre entité du groupe contrôlant l'entité d'investissement (par exemple en raison du contrôle du groupe ou de la direction de l'entité) (le sponsor) s'acquitte des obligations du FATCA. L'Annexe II par. IV. C définit les conditions devant être remplies ainsi que l'obligation d'enregistrement. Ces entités doivent demander et recevoir un numéro GIIN correspondant (en tant qu'établissement financier rapporteur dans le cas d'une relation de groupe ou en tant que sponsor dans le cas de la direction de l'entité d'investissement sponsorisée) lors de leur inscription sur le portail de l'IRS.

Les conseillers suisses en placements et les gestionnaires suisses de fortune sont réputés conformes dans la mesure où leur activité consiste exclusivement à fournir à des tiers, sur la base d'une procuration ou d'un mandat similaire, des conseils de placement ou de gestion pour des avoirs que les clients ont déposés auprès d'un établissement financier autre que non participant (Annexe II par. IV. D).

Les véhicules de placement collectifs suisses sont réputés conformes au FATCA dès lors que l'identification des clients et les communications sont assurées par un autre

établissement financier. Les obligations d'identification et de communication incombent dès lors à la banque.

4.3.5 Par. V Comptes exclus

Le par. V dresse la liste des produits qui ne sont pas traités comme des comptes financiers. En d'autres termes, les établissements financiers soumis à l'obligation générale de renseigner sont déliés de leurs obligations de vérification, d'identification et de communication pour ces comptes.

Sont considérés comme des produits exemptés à ce titre les comptes ou les produits de prévoyance détenus par un ou plusieurs bénéficiaires effectifs exemptés (institutions de prévoyance), les polices de libre passage, les contrats de prévoyance liée conclus avec les établissements d'assurance et les conventions de prévoyance liée conclues avec les fondations bancaires au sens de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)²⁶, ainsi que les autres comptes ou produits détenus par un ou plusieurs bénéficiaires effectifs exemptés.

4.3.6 Protocole d'entente (*Memorandum of Understanding*)

Les par. 1 à 6 traitent des procédures applicables relatives au réenregistrement des établissements financiers suisses. Elles permettent d'assurer une transition entre le modèle 2 et le modèle 1 ainsi que l'échéance des contrats FFI qui ont dû être signés par les établissements financiers suisses sous l'égide de l'accord FATCA selon le modèle 2.

Afin de figurer sur le portail internet de l'IRS dans les meilleurs délais, les établissements financiers suisses doivent respecter certains délais de réinscriptions. La procédure renvoie directement sur le portail internet de l'IRS. Il décrit en outre les obligations que les établissements financiers suisses doivent remplir afin d'être en mesure de continuer à utiliser leur numéro GIIN. Cela permet ainsi aux groupes de ne pas avoir à réenregistrer individuellement chaque établissement financier.

Le par. 7 impose les obligations et les délais aux agents chargés de la retenue de l'impôt à la source lorsqu'ils ont connaissance du réenregistrement d'un établissement financier suisse, mais que celui-ci n'est pas encore reflété sur le portail internet de l'IRS. Ces dispositions apportent de la sécurité juridique et permettent de respecter les obligations de retenue de l'impôt à la source.

Les par. 8 et 9 se réfèrent aux transmissions tardives. Afin d'être en mesure d'assurer la transmission de renseignements lors de l'année du changement de modèle, les parties se sont engagées à mettre en œuvre une procédure permettant de limiter les transmissions tardives. Il est important que la Suisse et les États-Unis puissent limiter au maximum les transmissions tardives car elles engendrent, dû au changement de canal

²⁶ RS 831.461.3

de transmission, du travail supplémentaire. Ainsi, les États-Unis devront traiter et informer la Suisse afin qu'elle soit en mesure de requérir les renseignements auprès des établissements financiers. Le changement de canal entraînant l'impossibilité de transmettre les renseignements selon le schéma XML usuel, un schéma XML spécifique a été développé.

5 Commentaire de la loi d'application

5.1 Présentation de la loi FATCA selon le modèle 1

L'accord FATCA M1 et ses deux annexes contiennent en principe les bases juridiques matérielles nécessaires à la loi FATCA M1. Leurs dispositions ne sont cependant pas toutes suffisamment détaillées et concrètes pour être directement applicables, d'où la nécessité d'une loi fédérale. Cette dernière précise en outre l'organisation, la procédure, les voies de droit et les dispositions pénales applicables. Considérant que le FATCA et l'EAR selon le standard de l'OCDE (Norme Commune de Déclaration) sont fondamentalement similaires, la loi d'application vise à aligner les dispositions et procédures applicables de ces deux systèmes, afin de permettre une mise en œuvre la plus efficace possible pour le secteur concerné ainsi que l'administration.

5.2 Commentaire de la loi FATCA selon le modèle 1

Les dispositions de cette nouvelle loi s'inspirent, lorsque cela est possible, des dispositions de la LEAR et de l'OEAR.

5.2.1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

La loi FATCA M1 règle les obligations suivantes:

- a. les obligations des établissements financiers suisses envers l'AFC et l'IRS;
- b. l'échange automatique de renseignements entre l'AFC et l'IRS;
- c. les peines réprimant les infractions à l'accord FATCA M1 et à la présente loi.
- d. l'accord FATCA M1 permet à la Suisse de laisser la possibilité aux établissements financiers suisses, lorsque cela est clairement mentionné dans l'accord, de choisir d'appliquer alternativement les dispositions de l'accord FATCA M1 ou celles du Trésor américain. Cela implique que, même si l'accord FATCA M1 impose à la Suisse l'obligation de mettre en œuvre les dispositions de l'accord dans son droit interne, les établissements financiers peuvent se baser directement sur la législation américaine. Néanmoins, lorsque l'établissement financier suisse opte pour une application des dispositions d'exécution du Trésor américain, celui-ci devra les appliquer de manière continue et cohérente.

Art. 2 Définitions

La loi FATCA M1 ne contient pas de définitions spécifiques. Elle renvoie à celles données à l'art. 1, par. 1, de l'accord FATCA M1.

Art. 3 Établissements financiers résidents de Suisse

Al. 1 à 3

L'expression "établissement financier suisse" désigne (i) un établissement financier résident en Suisse, qui ne comprend pas les succursales de cet établissement financier situées en dehors de la Suisse; et (ii) une succursale d'un établissement financiers non résident en Suisse, si cette succursale est située en Suisse (cf. art. 1 par. 1, let. I de l'Accord FATCA M1). La résidence n'est pas définie par l'accord FATCA M1 et est régie par le droit national. Par conséquent, une réglementation dans la loi FATCA M1 est nécessaire lorsque:

1. l'établissement financier est résident à des fins fiscales en Suisse; selon l'accord FATCA M1 l'établissement financier est résident suisse;

2. l'établissement financier, qui n'est pas un trust, n'a de résidence à des fins fiscales dans aucun État ou territoire; selon l'accord FATCA M1 l'établissement financier est considéré comme résidant dans l'État ou le territoire (i) selon le droit duquel il a été constitué, (ii) où se trouve son siège de direction (y c. son siège d'administration effective), ou (iii) dans lequel il est assujéti à la surveillance des marchés financiers;

3. l'établissement financier est un trust; selon l'accord FATCA M1, l'établissement financier est considéré comme résidant en Suisse lorsqu'au moins un des trustees est résident en Suisse ou que le trust est géré par une filiale d'un trustee résident en Suisse; la résidence est déterminée en fonction des al. 1 à 3. Toutefois, un trust qui est un établissement financier, n'est pas considéré comme fiscalement résident en Suisse si (i) un des trustees est résident dans une autre juridiction au bénéfice d'un accord FATCA (modèle 1 ou 2) et qu'il rapporte les renseignements selon les termes de cet accord ou (ii) si un des trustees qui n'est pas résident fiscalement en Suisse rapporte les renseignements selon les dispositions du Trésor américain.

Al. 4

L'al. 4 précise que, nonobstant les al. 1 à 3, un établissement financier sous forme de trust est réputé résider en Suisse aux fins de l'accord FATCA M1 et de la loi FATCA M1 si au moins l'un de ses trustees réside en Suisse. La résidence du trustee se détermine conformément aux al. 1 à 3.

Al. 5

La loi FATCA M1 prévoit d'habiliter le Conseil fédéral à fixer les critères liés à la résidence, en particulier les critères selon lesquels un établissement financier est réputé résident en Suisse au sens de l'al. 1. L'assujettissement limité en raison de l'impôt

anticipé ou d'un bien immobilier situé en Suisse ne doit pas suffire à rendre un établissement financier résident en Suisse selon l'al. 1. En outre, le Conseil fédéral désigne les établissements financiers exonérés d'impôts réputés résidentes au sens de l'al. 1. Les banques cantonales, par exemple, ne sont en principe pas assujetties à l'impôt, pour autant qu'elles ne soient pas gérées sous la forme d'une société anonyme. Pourtant, le Conseil fédéral doit les désigner comme résidentes au sens de l'al. 1. Les banques cantonales qui ne répondent pas aux conditions énoncées à l'Annexe II de l'accord FATCA M1, sont donc réputées être des établissements financiers rapporteurs, indépendamment du fait qu'elles soient exonérées ou pas.

5.2.2 Obligations découlant de l'accord FATCA M1

Art. 4 Obligation d'enregistrement auprès de l'IRS

Al. 1

Les établissements financiers suisses rapporteurs ont l'obligation de s'enregistrer auprès de l'IRS.

Al. 2

L'annexe II, par. I, de l'accord FATCA M1 contient une liste des « bénéficiaires effectifs exemptés ». Il s'agit d'institutions étatiques suisses (y compris les institutions d'assurances sociales), de la Banque nationale suisse, d'organisations internationales et d'institutions de prévoyance. Ces institutions n'ont pas l'obligation de s'enregistrer auprès de l'IRS, c'est-à-dire qu'elles sont dispensées de mettre en œuvre le FATCA.

Les types d'établissements visés par l'al. 2 ne doivent par conséquent pas s'enregistrer auprès de l'IRS.

a. les établissements financiers suisses mentionnés à l'annexe II, par. I - IV, de l'accord FATCA M1;

b. les établissements financiers qui relèvent des catégories énoncées à l'annexe II, par. I - IV, de l'accord FATCA M1 en vertu des dispositions d'exécution du Trésor américain.

Art. 5 Obligation de diligence

Al. 1

Les établissements financiers suisses rapporteurs doivent appliquer les obligations de diligence pour tous les comptes détenus, qu'ils soient rapportables ou non.

Al. 2

Les établissements financiers suisses qui ont déjà effectué la procédure de vérification au sens de l'Annexe 1 ne doivent pas répéter la procédure due au changement de

modèle FATCA. Cette exemption ne vaut pour tous les comptes certifiés à la date d'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1.

Al. 3

Conformément à l'Annexe I, les établissements financiers ont la possibilité d'utiliser les dispositions du trésor américains. Lorsque ce droit d'option est exercé, il doit l'être pour un groupe de comptes définis ou alors pour l'ensemble des comptes. Par ensemble de comptes définis, les critères peuvent être fixés par l'établissement financier suisse rapporteur, cela pourrait être par exemple pour tous les comptes supérieurs à un montant défini.

Art. 6 Allègement des obligations liées à l'Accord FATCA M1

L'accord FATCA M1 offre sur plusieurs points des choix que la Suisse peut faire. Ces choix permettent en partie de donner aux établissements financiers une certaine souplesse dans la mise en œuvre. La Suisse vise une mise en œuvre efficace et peu coûteuse. Le Conseil fédéral propose de tirer parti, pour autant que cela soit approprié, de la souplesse accordée.

Let. a

Un établissement financier rapporteur peut faire appel à des prestataires de services pour s'acquitter de ses obligations de déclaration et de diligence raisonnable qui lui sont imposées par l'accord FATCA M1. Il demeure toutefois responsable de l'acquittement de ces obligations.

Let. b

Les obligations de diligence raisonnable relatives aux comptes de valeur élevée se distinguent de celles relatives aux comptes de faible valeur et prévoient des procédures d'examen approfondies. Les établissements financiers suisses rapporteurs peuvent appliquer aux comptes de faible valeur les procédures d'examen approfondies de leurs obligations de diligence raisonnable prévues pour les comptes de valeur élevée. Les établissements financiers suisses rapporteurs peuvent faire ce choix pour tous les comptes ou pour les catégories de comptes qu'ils ont définies.

5.2.3 Obligation d'enregistrement faite aux établissements financiers suisses rapporteurs

Art. 7

Al. 1 à 3

Tout établissement financier suisse rapporteur est tenu de s'inscrire spontanément auprès de l'AFC, même s'il apparaît ultérieurement qu'il ne gère aucun compte déclarable. Lors de l'inscription, il doit notamment indiquer le numéro d'identification de l'entreprise (IDE). Lorsque sa qualité d'établissement financier suisse rapporteur prend fin

ou qu'il cesse son activité commerciale, l'établissement est tenu d'en informer spontanément l'AFC.

Al. 4

Concrètement, cela signifie que le trust est considéré comme un établissement financier non rapporteur uniquement si le trustee s'est acquitté des obligations de déclaration, de diligence et d'identification de la même façon que l'aurait fait le trust. Si le trust est un établissement financier rapporteur dans l'État A, mais son trustee est résident de l'État B, le trust est libéré de l'obligation de déclaration uniquement si le trustee remplit ces obligations selon le droit de l'État A.

5.2.4 Obligation d'informer faite aux établissements financiers suisses rapporteurs

Art. 8

Les établissements financiers suisses rapporteurs informent les personnes américaines spécifiées devant faire l'objet d'une déclaration directement ou par l'intermédiaire de leur partie contractante au plus tard le 31 janvier de l'année de la première transmission de renseignements les concernant au sujet:

- a. de leur qualité d'établissement financier suisse rapporteur;
- b. l'accord FATCA M1, au sens de l'art. 1; ils doivent en particulier expliquer le type de renseignements qui sont échangés;
- c. de l'utilisation autorisée des renseignements suivant l'accord FATCA M1 au sens de l'art. 1;
- d. des droits dont disposent les personnes américaines spécifiées devant faire l'objet d'une déclaration en application de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)²⁷, du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)²⁸ s'agissant des personnes morales et de la loi FATCA M1. Les personnes concernées par la loi FATCA M1 doivent être informées au plus tard le 31 janvier de l'année de la première transmission de renseignements à leur sujet que des renseignements les concernant seront transmis à l'AFC, puis à l'IRS.

L'obligation d'informer vise en particulier à rendre les personnes américaines spécifiées attentives aux droits dont elles disposent en application de la LPD et de la loi FATCA M1 (voir l'art. 14 de la loi FATCA M1). S'agissant des personnes morales, elles doivent être rendues attentives en vertu des art. 28 ss CC dans la mesure où elles ne sont plus couvertes par la LPD. Elle assure également la transparence de l'utilisation

²⁷ RS 235.1

²⁸ RS 210

et de l'échange des données. Lorsqu'une personne est informée le 31 janvier de l'année de la première transmission de renseignements la concernant que des renseignements à son sujet seront transmis, elle dispose de cinq mois pour faire valoir ses droits auprès de l'établissement financier rapporteur, étant donné que cette dernière doit transmettre les renseignements à l'AFC le 30 juin (voir l'art. 9, al. 1, de la loi FATCA M1).

L'al. 1 envisage une information unique et abstraite comme un minimum légal. Les établissements financiers rapporteurs sont libres d'aller au-delà de ce qui est requis dans la loi, par exemple en optant pour une information annuelle ou en communiquant à la personne américaine spécifiée tous les renseignements prévus à la transmission.

5.2.5 Obligation et autorisation de déclarer

Art. 9 Transmission et utilisation des renseignements

Al. 1

Les établissements financiers suisses rapporteurs transmettent à l'AFC les renseignements relatifs aux comptes rapportables identifiés selon l'accord FATCA M1. L'obligation de déclaration existe indépendamment de l'obligation d'informer selon l'art. 8. Tout établissement financier qui aurait omis d'informer la personne américaine spécifiée devant faire l'objet d'une déclaration en application de l'art. 8 est néanmoins tenu de communiquer les renseignements à l'AFC. L'omission d'informer doit être jugée à la lumière des dispositions pénales fixées à l'art. 28 et suivants. Les établissements financiers suisses rapporteurs fournissent les renseignements annuellement dans un délai de six mois à compter de la fin de l'année civile sur laquelle portent les renseignements. La transmission des renseignements doit s'effectuer par voie électronique, étant donné que l'accord FATCA M1 prévoyant des processus électroniques. L'établissement financier suisse rapporteur qui ne gère pas de compte rapportable le signale à l'AFC chaque année dans le même délai. Cette déclaration est nécessaire pour constater qu'un établissement financier ne gère effectivement aucun compte rapportable.

Al. 2

L'AFC transmet à l'IRS les renseignements qu'elle a reçus des établissements financiers suisses rapporteurs dans le cadre de l'accord FATCA M1. Ce faisant, elle respecte les délais fixés dans ce dernier. L'accord FATCA M1 prévoit à l'art. 3, par. 4, que les renseignements doivent être échangés dans les neuf mois qui suivent la fin de l'année civile à laquelle ils se rapportent.

Al. 3

Lorsqu'elle lui transmet les renseignements, l'AFC rappelle à l'IRS les restrictions concernant l'utilisation des renseignements transmis et l'obligation de maintenir le secret prévu par la CDI CH-USA (voir l'art. 3, par. 6 de l'accord FATCA M1).

Al. 4

L'accord FATCA M1 renvoie à l'art. 26 de la CDI CH-USA, qui règle la protection des données et le principe de la spécialité. La CDI CH-USA autorise l'utilisation des informations transmises à des fins autres que fiscales, sous réserve que cette utilisation soit autorisée par le droit des deux États et que l'autorité compétente de l'État qui a transmis les renseignements donne son autorisation. Elle prévoit par ailleurs que les renseignements transmis peuvent être communiqués par la partie qui a reçu les renseignements à une tierce partie, sous réserve de l'accord de l'autorité compétente de celle qui les a transmis. L'AFC est compétente pour donner le consentement. Si les renseignements obtenus sont destinés à être transmis à des autorités pénales en vue de la poursuite de délits autres que fiscaux, l'AFC donne son consentement en accord avec l'Office fédéral de la justice (OFJ). Cette disposition est comparable aux art. 15, al. 4 loi fédérale du 18 décembre 2015 sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR),²⁹ art. 20, al. 3 loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF)³⁰.

Al. 5

Ce projet n'affecte en rien le secret bancaire national, à savoir la situation concernant les contribuables suisses en relation avec leurs comptes bancaires en Suisse. Il ne modifie pas les règles applicables à l'obtention de renseignements bancaires en Suisse pour l'application et l'exécution du droit fiscal suisse. Selon l'art. 19, al. 1, les établissements financiers suisses rapporteurs transmettent à l'AFC les renseignements précisés dans l'accord FATCA M1. Il s'agit de renseignements relatifs à des personnes américaines spécifiées au sens de l'art. 1, par. 1, let. ff de l'accord FATCA M1. Il est possible que certaines de ces personnes soient simultanément résidentes fiscales en Suisse. Dans un tel cas, les renseignements transmis à l'AFC par un établissement financier suisse rapporteur pourraient se révéler intéressants pour l'application et l'exécution du droit fiscal suisse. Pour empêcher toute atteinte du présent projet au secret bancaire national, l'al. 5 précise que les renseignements transmis à l'AFC en vertu de l'art. 9, al. 1, ne peuvent être utilisés pour appliquer et exécuter le droit fiscal suisse que s'ils auraient pu être obtenus sur la base de la législation suisse. Selon le droit en vigueur, tel est le cas dans les procédures pénales en matière fiscale qui sont menées en vertu de la loi du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)³¹ (délits relatifs à l'impôt anticipé, aux droits de timbre ou à la TVA et mesures spéciales d'enquête au sens des art. 190 ss LIFD ou du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP)³² (délits au sens des art. 186 et 187 LIFD). En ce qui concerne les renseignements obtenus par la Suisse des États-Unis, voir l'art. 16 de la loi FATCA M1.

²⁹ RS 653.1

³⁰ RS 651.1

³¹ RS 313.0

³² RS 312.0

Art. 10 Prescription

L'accord FATCA M1 ne prévoit pas de prescription de l'obligation de transmettre la déclaration. Par souci de sécurité juridique et en référence à l'art. 16 LEAR, la loi FATCA M1 prévoit à l'art. 10 un délai de prescription de cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la déclaration aurait dû être transmise. Le délai de prescription absolu est de dix ans. La durée de ce dernier s'inspire de l'obligation de conserver les livres comptables pendant dix ans conformément à l'art. 958f du code des obligations (CO)³³.

Art. 11 Trust réputé établissement financier rapporteur dans un autre État

Selon l'art. 1, par. 1, let. I) de l'accord, un établissement financier est réputé résider dans l'État dans lequel il est imposable. Cette règle est complétée pour les trusts par le CAA sur la définition de la résidence en Suisse et vaut pour les trusts considérés comme des établissements financiers rapporteurs. Or, les trusts sont rarement imposables, car ce sont généralement les personnes qui s'y rattachent qui sont assujetties à l'impôt. C'est notamment la raison pour laquelle, en plus de la règle énoncée ci-dessus, un trust est réputé résider dans l'État ou les États dans lesquels réside au moins l'un de ses trustees (voir art. 3, al. 4).

Si un trust est imposable dans un autre État et qu'il y devienne, conformément à la législation de cet État, un établissement financier rapporteur, il se peut que le trustee suisse d'un tel trust soit tenu de faire une déclaration aux autorités fiscales de cet État. Le trustee est la personne, au sein du trust, qui dispose des renseignements nécessaires. Si un trust devient imposable dans un autre État, par exemple parce que le constituant du trust y réside, ce dernier ne dispose généralement pas des renseignements nécessaires pour effectuer la déclaration aux autorités fiscales. La définition du trust contenu dans le CAA en rapport avec l'art. 1, par. 1 ch. 1 de l'accord FATCA M1 habilite le trustee suisse d'un tel trust à faire la déclaration pour ce trust, celle-ci n'étant alors pas considérée comme un acte exécuté sans droit pour un État étranger au sens de l'art. 271 du code pénal (CP)³⁴.

5.2.6 Obligation de conserver incombant aux établissements financiers suisses rapporteurs

Art. 12

A des fins de contrôle des établissements financiers par l'AFC, le droit interne doit comporter une disposition selon laquelle ils doivent conserver les documents établis et les pièces justificatives qu'ils se sont procurées pour remplir leurs obligations relevant de l'accord FATCA M1 et de la loi FATCA M1.

³³ RS 220

³⁴ RS 311.0

En sa qualité de disposition générale concernant la comptabilité commerciale et la présentation des comptes, l'art. 958f, al. 1, CO prévoit que les livres et les pièces comptables ainsi que le rapport de gestion et le rapport de révision doivent être conservés pendant dix ans. En outre, d'après l'art. 7 loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 19 octobre 1997 (LBA)³⁵, les intermédiaires financiers doivent établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la LBA de manière que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA. Les intermédiaires financiers doivent conserver ces documents pendant au moins dix ans après la cessation de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction. Le droit suisse ne contient cependant pas de disposition explicite se référant à l'accord FATCA M1. Il n'est pas clair si les dispositions susmentionnées s'appliquent aussi aux documents et pièces justificatives que les établissements financiers se procurent pour remplir leurs obligations de diligence au titre de l'accord FATCA M1. Le Forum mondial a déploré cette situation dans le cadre de l'EAR et a recommandé l'introduction dans la LEAR d'une disposition explicite concernant l'obligation de conserver. Les obligations de l'accord FATCA M1 étant similaires, une disposition identique dans la loi FATCA M1 doit par conséquent prévoir que les établissements financiers suisses rapporteurs ont l'obligation d'enregistrer les étapes effectuées et les pièces justificatives collectées pour remplir leurs obligations de diligence. À cet effet, ils sont tenus de conserver conformément aux prescriptions de l'art. 958f, al. 1, CO les documents qu'ils ont établis et les pièces justificatives qu'ils se sont procurées pour remplir leurs obligations. La référence à cette disposition vise à assurer la cohérence entre l'accord FATCA M1, la LEAR et le CO.

5.2.7 Droits et obligations des personnes américaines spécifiées

Art. 13 Obligation de communiquer les changements de circonstances en cas d'autocertification

L'art. 13 dispose qu'une personne qui a délivré une autocertification est tenue de communiquer à l'établissement financier suisse rapporteur, lors d'un changement de circonstances, les nouvelles données pertinentes dans le cadre de l'autocertification. On clarifie ainsi que la responsabilité de la mise à jour des données auprès de l'établissement financier pèse non seulement sur ce dernier, mais également sur la personne qui a rempli l'autocertification.

Art. 14 Prétentions et procédures en matière de protection des données

Al. 1

La personne physique devant faire l'objet d'une déclaration peut faire valoir ses droits en application de la LPD s'agissant des données récoltées par l'établissement financier

³⁵ RS 955.0

suisse et qui seront transmises à l'IRS. Les personnes morales ne jouissant désormais plus des droits prévus par la LPD, elles disposent des droits contenus dans le CC.

Al. 2

Afin de garantir que les personnes morales soumises à déclaration peuvent faire valoir un droit d'accès auprès de l'AFC, l'al. 2 crée un droit d'accès autonome, dont le contenu correspond à celui du droit d'accès prévu à l'art. 25 LPD et qui s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales. Les personnes physiques comme les personnes morales devant faire l'objet d'une déclaration ne peuvent faire valoir auprès de l'AFC que leur droit d'accès et demander que soient rectifiées les données inexactes en raison d'une erreur de transmission (al. 2, 1^{ère} phrase). En outre, conformément à l'art. 25a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)³⁶, il existe un droit à obtenir une décision de la part de l'autorité susceptible de recours dans la mesure où la transmission de données entraîneraient, pour la personne soumise à déclaration, des inconvénients qui ne peuvent être raisonnablement exigés d'elle en l'absence de garantie conformes à l'État de droit (cf. al. 2, 2^e phrase).

Concrètement, cela signifie que les personnes physiques concernées peuvent faire valoir le droit d'accès prévu à l'art. 25 LPD tant auprès de l'établissement financier suisse rapporteur qu'auprès de l'AFC. Elles ont le droit de savoir si des données les concernant sont traitées. L'établissement financier suisse rapporteur ou l'AFC doit communiquer à la personne concernée toutes les données à son sujet, y compris les renseignements disponibles concernant la provenance des données, le but et, le cas échéant, les bases légales du traitement ainsi que les catégories des données personnelles qui sont traitées, les personnes impliquées dans la collecte et les destinataires des données. Une personne physique concernée dispose également du droit de requérir la rectification des données inexactes, conformément à l'art. 32, al. 4, LPD. La transmission des données à l'étranger s'effectue dans le cadre d'un processus automatisé. L'AFC ne procède à aucune vérification matérielle des données. Elle ne serait de toute façon pas en mesure de le faire, car ce sont les établissements financiers suisses qui sont en contact avec les titulaires des comptes et appliquent les obligations de diligence raisonnable. Par conséquent, il faut faire valoir le droit de requérir la rectification des données inexactes auprès de l'établissement financier. A l'égard de l'AFC, ce droit est limité au cas d'erreur de transmission (par ex. une erreur s'est produite lors de la transmission de données de l'établissement financier à l'AFC, et le solde du compte s'élève à 10 000 francs au lieu de 1000 francs). Le droit d'opposition à la communication de données personnelles, que la personne physique concernée peut faire valoir auprès de l'organe fédéral responsable en vertu de l'art. 37 LPD, est en revanche exclu. Dans le cadre du FATCA, la transmission des renseignements se fonde sur un accord international bilatéral qui règle exactement quels renseignements doivent être transmis, sur qui et quand. Les établissements financiers suisses rapporteurs et l'AFC ne disposent d'aucune marge de manœuvre pour décider si elles souhaitent ou non procéder à une transmission. Au vu de ce qui précède, l'application de l'art. 37 LPD

³⁶ RS 172.021

aurait pour conséquence que l'AFC rejetterait chaque opposition sur la base de son obligation juridique de communiquer. S'agissant des personnes morales qui peuvent également faire l'objet d'une transmission de renseignements, les droits vis-à-vis des autorités sont régis par l'art. 57r, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)³⁷. Il n'existe à l'heure actuelle aucun droit d'accès aux informations. Néanmoins les personnes morales peuvent requérir de l'autorité qu'elle rende une décision en vertu de l'art. 25a PA.

Al. 3

Si l'on constate dans le cadre d'un arrêt entré en force que des renseignements qui ont déjà été transmis à l'IRS étaient inexacts, l'établissement financier suisse rapporteur transmet à l'AFC les renseignements rectifiés. L'AFC fait ensuite parvenir ces derniers à l'IRS.

5.2.8 Renseignements transmis automatiquement par l'IRS

Art. 15 Utilisation du numéro d'identification fiscal suisse pour les personnes physiques

Etant donné le volume très important de données, il va de soi que ces échanges ne pourront être effectués efficacement que s'il est possible d'identifier de manière univoque les personnes concernées et de les automatiser.

Le numéro d'identification fiscale ne doit être utilisé que pour l'accomplissement des tâches définies par la loi FATCA M1, c'est-à-dire l'échange automatique de données en matière fiscale.

Art. 16 Transfert de renseignements

Al. 1

L'accord FATCA M1 renvoie à l'art. 26 de la CDI CH-USA, qui règle la protection des données et le principe de la spécialité. La CDI CH-USA détermine quelles sont les personnes et autorités habilitées à prendre connaissance des renseignements reçus. Le droit suisse détermine quelles sont les personnes et autorités auxquelles les renseignements reçus doivent être communiqués, et selon quelle procédure (par exemple automatiquement ou sur demande). L'art. 111 LIFD dispose par exemple que les autorités chargées de l'application de la LIFD se prêtent mutuellement assistance et qu'elles communiquent gratuitement aux autorités fiscales de la Confédération, des cantons, des districts, des cercles et des communes toute information utile et, à leur demande, leur permettent de consulter les dossiers fiscaux. Nonobstant le droit suisse en vigueur, l'al. 1 dispose que l'AFC transmet les renseignements reçus aux autorités compétentes suisses pour l'établissement et la perception des impôts entrant dans le champ d'application de la CDI CH-USA. L'accord FATCA M1 s'appuie sur la CDI CH-USA. Dans le cadre de cette dernière, le Conseil fédéral propose de limiter aux impôts sur le revenu

³⁷ RS 172.010

et sur la fortune prélevés par la Confédération, les cantons et les communes l'assistance administrative que la Suisse devrait fournir. Concrètement, il s'agit des impôts sur le revenu, sur la fortune, sur les bénéfiques et sur le capital ainsi que de l'impôt anticipé. L'AFC transmettra les renseignements que la Suisse reçoit dans le cadre de l'accord FATCA M1 aux cantons, voire aux communes, puisqu'ils sont eux aussi chargés de percevoir les impôts en question. Il se peut que les renseignements doivent être communiqués à d'autres autorités en cas d'élargissement du champ d'application de la CDI CH-USA. Les renseignements obtenus automatiquement de l'étranger peuvent être utilisés aux fins de l'application et de l'exécution du droit fiscal suisse. L'AFC rappelle aux autorités auxquelles elle transmet les renseignements les restrictions concernant l'utilisation des renseignements transmis et l'obligation de maintenir le secret prévu par la CDI CH-USA. Bien que cela ressorte du cadre légal suisse, les États-Unis ont souhaité apporter une précision s'agissant de la transmission aux cantons et aux commune (art. 3, par. 8 de l'accord FATCA M1). Dans les faits, cela n'apporte pas de nouvelle obligation.

Al. 2

Lorsque la CDI CH-USA l'y autorise et que le droit suisse le prévoit, l'AFC transmet automatiquement les renseignements transmis des États-Unis à d'autres autorités suisses pour lesquelles ces renseignements présentent un intérêt. Il peut s'agir, à titre exceptionnel, par exemple lorsque la transmission de renseignements automatique ou spontanée est prévue par le droit interne, d'autorités n'étant pas chargées de l'établissement, de la perception, des poursuites pénales ou des décisions sur les recours relatifs aux impôts objets de la CDI CH-USA. Par exemple, l'art. 24, al. 2, de la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)³⁸ prévoit que les autorités et les fonctionnaires qui, en cette qualité, constatent ou apprennent qu'une infraction a été commise, sont tenus de la dénoncer dans les plus brefs délais à l'autorité cantonale compétente pour la poursuite pénale, à l'autorité cantonale habilitée à recourir ou à l'OFJ. Une obligation similaire est prévue à l'art. 22a, de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)³⁹ pour les crimes et délits dont les employés ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction. Le droit en vigueur prévoit également une obligation de déclaration (aux caisses de compensation) concernant le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante déterminé par les autorités fiscales cantonales (art. 9, al. 3, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants [LAVS]⁴⁰). L'art. 26, al. 2, de la CDI CH-USA dispose que les renseignements obtenus par une partie peuvent être utilisés à des fins autres que fiscales, sous réserve que cette utilisation soit autorisée par le droit des deux parties et que l'autorité compétente qui a transmis les renseignements ait donné son accord. Dans un tel cas de figure,

³⁸ RS 211.412.41

³⁹ RS 172.220.1

⁴⁰ RS 830.10

l'AFC se charge d'obtenir l'autorisation nécessaire. Aucune autorisation n'est nécessaire lorsque ce sont les bases de calcul, et non les renseignements eux-mêmes, qui sont transmises. Si, par exemple, une administration fiscale cantonale est informée dans le cadre de l'accord FATCA M1 de l'existence d'un compte bancaire qu'une personne américaine spécifiée devant faire l'objet d'une déclaration a jusqu'alors omis de déclarer, elle rectifie en conséquence le revenu et les avoirs de cette dernière. Dans le cadre des obligations légales de renseigner, l'administration cantonale est habilitée à communiquer ces bases de calcul corrigées à d'autres services, tant qu'elle ne transmet pas les renseignements eux-mêmes (soit le numéro de compte, le solde du compte, les sommes créditées sur le compte, etc.).

Pour traiter les déclarations reçues dans le cadre de l'accord FATCA M1, l'AFC et les autorités cantonales compétentes peuvent utiliser le numéro d'assuré AVS (AVSN13).

5.2.9 Organisation et procédure

Art. 17 Tâches de l'AFC

L'AFC veille à l'application correcte des dispositions de l'accord FATCA M1 et de la loi. Elle édicte des directives, prend des mesures et rend des décisions. L'objectif est une mise en œuvre conforme de l'accord FATCA M1 par la Suisse.

Art. 18 Traitement des données

Al. 1

L'al. 1 habilite l'AFC à traiter des données personnelles relatives à des poursuites et à des sanctions administratives ou pénales en matière fiscale ainsi que d'autres données personnelles. Par « traitement », on entend toute opération relative à des données personnelles, en particulier la collecte, la conservation et l'utilisation de données (art. 5, let. d LPD). L'autorisation de traitement est valable aussi bien pour les données reçues des autorités étrangères que pour celles transmises à ces dernières par les autorités suisses. Pour des raisons de protection des données, le traitement ne doit être autorisé que pour l'accomplissement des tâches visées dans l'accord FATCA M1 et la présente loi (art. 34, al. 3, let. a LPD). Au niveau fédéral, le traitement des données des personnes morales sont soumises à l'art. 57r, LOGA et l'autorité est en droit de les communiquer au sens de l'art. 57s LOGA. Si elles sont détenues par des autorités cantonales, les données sont soumises au droit du canton concerné.

Al. 2

L'AFC est autorisée à utiliser systématiquement les numéros d'identification fiscale définis à l'art. 2, al. 2. Les établissements financiers américains collectent les numéros d'identification fiscale suisses et les transmettent à cette dernière dans le cadre de l'accord FATCA M1. L'AFC a besoin de ces numéros avant tout pour être en mesure d'attribuer les déclarations reçues des États-Unis aux personnes concernées assujetties à l'impôt en Suisse. Les numéros d'identification fiscale américains sont collectés par les établissements financiers suisses rapporteurs, puis transmis à l'IRS par l'AFC.

Art. 19 Système d'information

Afin de traiter les données reçues en vertu de l'accord FATCA M1 et de la loi, l'AFC a le droit d'exploiter un système d'information qui peut contenir les données visées à l'art. 21 de la loi. Seuls les collaborateurs de l'AFC ou, par exemple dans le cas d'un mandat spécial lié à un projet, le personnel spécialisé contrôlé par cette dernière peut avoir accès aux données. L'al. 3 précise à quelles fins le système d'information peut être utilisé. L'AFC est l'organe responsable au sens de l'art. 33 LPD. Le traitement des données des personnes morales sont soumises à l'art. 57r, LOGA et l'autorité est en droit de les communiquer au sens de l'art. 57s LOGA.

L'al. 5 garantit à l'AFC la possibilité d'autoriser les autorités suisses compétentes pour l'établissement et la perception des impôts qui entrent dans le champ d'application de la CDI CH-USA à accéder en ligne aux données du système d'information qui sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales. Cet accès vise à faciliter la collaboration entre les autorités précitées et l'AFC. Le Conseil fédéral détermine par voie d'ordonnance à quelles autorités et pour quelles données l'AFC peut accorder l'accès précité. En particulier l'organisation et la gestion du système d'information, les catégories de données personnelles qui font l'objet du traitement, la liste des données sur les poursuites et les sanctions administratives et pénales, les autorisations d'accès et de traitement ainsi que la durée de conservation, l'archivage et la destruction des données seront réglés par voie d'ordonnance (al. 4).

Art. 20 Obligation de renseigner

Al. 1

Les personnes et autorités auxquelles l'AFC transmet des renseignements reçus des États-Unis dans le cadre de l'accord FATCA M1 et de la présente loi ainsi que les établissements financiers suisses doivent renseigner l'AFC sur tous les faits pertinents pour la mise en œuvre de l'accord FATCA M1 et de la présente loi.

Al. 2

L'al. 2 contient la base légale pour la collaboration entre l'AFC, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), les organismes d'autorégulation (OAR) et les organismes de surveillance selon la loi FATCA M1 et la législation sur le blanchiment d'argent. Dans d'autres États, les organismes de surveillance collaborent étroitement dans les domaines de l'EAR et de la lutte contre le blanchiment d'argent, car ces domaines se recoupent en ce qui concerne les personnes assujetties et la surveillance des obligations en matière d'identification des clients. En particulier, les normes EAR se réfèrent souvent aux dispositions et procédures du domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent. Afin d'exploiter ces synergies et d'assurer une démarche cohérente, la collaboration entre ces organismes sera aussi réglementée en Suisse. Cela permettra, par exemple, à l'AFC d'échanger avec eux les renseignements qu'elle a demandés dans le cadre de son examen des établissements financiers – en particulier en cas d'infractions manifestes à la LBA. L'AFC, la FINMA, les OAR et les organismes de surveillance pourront donc se transmettre les renseignements non accessibles au

public dont ils ont besoin pour accomplir les tâches qui leur incombent selon la loi FATCA M1 ou selon la législation sur le blanchiment d'argent, y compris les données personnelles et les données concernant des personnes morales étant entendu que cela concerne les données sensibles au sens de l'art. 5, let. c, ch. 1, 2, 5 et 6, LPD et les données sensibles concernant des personnes morales au sens de l'art. 57r, al. 2, LOGA. Pour la FINMA, on peut également se référer à l'art. 23, al. 2, let. f, de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁴¹.

Les organismes peuvent uniquement utiliser les renseignements pour l'accomplissement de leurs tâches : pour l'AFC, il s'agit des tâches selon la loi FATCA M1 et pour la FINMA, les OAR et les organismes de surveillance, des tâches selon la législation fédérale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Toute utilisation des renseignements à d'autres fins (p. ex. impôt anticipé, impôts directs) est dès lors exclue.

L'art. 40 LFINMA est expressément réservé. Ce complément est purement déclaratoire puisque l'al. 2 est potestatif. Même sans renvoi explicite, le droit supérieur qui ferait obstacle à une transmission des renseignements (p. ex. des prescriptions inscrites dans des accords internationaux, telles que le principe de spécialité selon l'art. 26, al. 2 CDI CH-USA) est réservé. Concrètement, cela signifie que cet échange concerne exclusivement les renseignements que l'AFC a collectés en Suisse dans le cadre de son activité de surveillance. Ceux qu'elle a obtenus des autorités américaines dans le cadre de l'accord FATCA M1 ne seront pas transmis aux autorités mentionnées. Le principe de spécialité est donc entièrement préservé.

Art. 21 Obligation de garder le secret

L'art. 21 s'inspire de l'art. 26 LEAR. Toute personne chargée de l'exécution de l'accord FATCA M1 et de la présente loi est soumise à l'obligation de garder le secret. Cette obligation ne concerne que les autorités chargées d'exécuter l'accord FATCA M1 et la présente loi. Elle ne s'applique pas aux transmissions de renseignements et publications prévues par l'accord FATCA M1 et la loi, par exemple les transmissions de renseignements aux États-Unis.

Le DFF peut, dans des cas particuliers, lever l'obligation de garder le secret à l'égard d'organes judiciaires et administratifs. De même, il n'existe pas d'obligation de garder le secret lorsque les deux conditions suivantes sont remplies cumulativement : l'accord FATCA M1 autorise la levée de l'obligation de garder le secret, et le droit suisse prévoit une base légale permettant la levée de cette obligation. L'accord FATCA M1 par exemple prévoit que les renseignements obtenus ne peuvent être communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et les organes administratifs ou

⁴¹ RS 956.1

les organes de surveillance) concernées par l'établissement, la perception ou le recouvrement des impôts, par les procédures ou les poursuites pénales concernant ces impôts, par les décisions sur les recours se rapportant à ces impôts ou encore par le contrôle de ce qui précède. Les renseignements peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette utilisation est possible selon la législation de l'État qui fournit les renseignements et que l'autorité compétente de cet État consent à une telle utilisation. S'agissant de la deuxième condition, l'art. 22a LPers, par exemple, prévoit que les employés de la Confédération sont tenus de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction.

Les constatations concernant des tiers faites à l'occasion d'un contrôle mené en vertu de l'art. 24 de la loi FATCA M1 ne peuvent être utilisées que pour l'exécution de l'accord.

Art. 22 Statistiques

L'AFC peut tenir des statistiques. Contrairement à l'EAR, il n'y a pas de nécessité de tenir des statistiques dans la mesure ou les renseignements FATCA ne font pas l'objet d'examen par des pairs. Dans tous les cas, si l'AFC fait usage de cette possibilité celles-ci ne doivent pas permettre d'identifier des personnes américaines spécifiées devant faire l'objet d'une déclaration ou des établissements financiers ou de déduire des informations qui sont soumises aux secrets professionnels légalement protégés (par. ex. parts de marchés ou pratiques commerciales).

Art. 23 Contrôles

L'AFC contrôle les établissements financiers suisses afin de s'assurer qu'ils remplissent les obligations qui leur incombent en vertu de l'accord FATCA M1 et de la présente loi. Elle peut contrôler non seulement les établissements financiers suisses rapporteurs, mais également les établissements financiers suisses non rapporteurs, afin de vérifier que ceux-ci bénéficient de ce statut à bon droit. Afin d'élucider les faits, l'AFC peut, dans le cadre de ses contrôles, examiner sur place les documents de l'établissement financier concerné ou en exiger la production, requérir des renseignements oraux ou écrits, ou encore entendre les représentants de l'établissement. Si des manquements sont constatés, l'AFC invite l'établissement financiers contrôlé à prendre position sur ces derniers. Enfin, elle rend, sur demande, une décision en constatation sur la qualité d'établissement financier ou sur le contenu des déclarations au regard de l'accord FATCA M1 et de la présente loi. L'art. 26 s'inspire de l'art. 28 LEAR.

Art. 24 Procédures électroniques

La loi FATCA M1 prévoit que les établissements financiers suisses rapporteurs transmettent les renseignements à l'AFC par voie électronique (art. 9, al. 1). De plus, l'AFC peut exiger que certains formulaires soient transmis sous forme électronique uniquement (art. 17, al. 3). Le Conseil fédéral doit cependant obtenir une compétence plus

étendue pour la mise en œuvre de la loi, de façon à pouvoir prescrire de manière générale les modalités de la transmission électronique, en prévoyant par exemple l'utilisation obligatoire d'une plateforme mise en place par l'AFC. L'art. 24 s'inspire de l'art. 28a LEAR.

Art. 25 Procédure applicable

Sauf dispositions contraires de la présente loi, les règles de la PA s'appliquent.

Art. 26 Voies de droit

Les décisions de l'AFC rendues conformément aux art. 17 à 25 de la présente loi peuvent faire l'objet d'une réclamation. Le recours contre les décisions sur réclamation est régi par les dispositions générales de la procédure fédérale. Les décisions rendues par l'AFC en relation avec l'accord et la loi FATCA M1 seront généralement d'ordre technique, raison pour laquelle la loi prévoit, en dérogation à la procédure administrative habituelle, la possibilité de les contester d'abord directement auprès de l'AFC elle-même.

5.2.10 Modification, suspension et dénonciation

Art. 27

Al. 1

S'agissant d'un accord international, l'autorité suisse compétente n'est pas en mesure d'agir seule pour la modification de l'accord FATCA M1. Conformément à la pratique en vigueur pour les CDI et les AERF (Accords d'échange de renseignements fiscaux), il y a lieu de désigner comme autorité compétente dans le cadre de l'accord le chef du DFF ou son représentant autorisé. Toutefois, en tant qu'acte de politique extérieure, la compétence de suspendre ou de dénoncer un traité international appartient au Conseil fédéral. C'est pourquoi l'art. 27 de la loi FATCA M1 prévoit que la décision de suspendre ou de dénoncer l'accord FATCA M1 dépend du Conseil fédéral. L'autorité compétente suisse ne peut donc agir qu'avec l'assentiment de ce dernier.

Al. 2

Concernant la suspension en raison du non-respect des exigences de confidentialité et de sécurité des données, l'al. 2 prévoit la même procédure que l'art. 31, al. 2 LEAR, c'est-à-dire que l'AFC peut suspendre l'accord FATCA M1 de sa propre autorité tant que les États-Unis ne respectent pas les exigences de l'OCDE en matière de confidentialité et de sécurité des données.

5.2.11 Dispositions pénales

Généralités concernant les dispositions pénales

Les dispositions pénales servent à garantir, à titre de mesures ultimes, l'échange conforme à la CDI CH-USA et à la loi, des déclarations convenues. Elles ne portent par

conséquent que sur les obligations de collecter les données et d'effectuer les déclarations, sur l'exécution efficace des contrôles par l'AFC, sur l'obligation d'informer les personnes concernées et sur l'obligation de ne pas encourager à éluder l'obligation de déclaration. Les procédures pénales sont ouvertes contre les personnes physiques inculpées et menées conformément aux règles du droit pénal administratif.

Art. 28 Violation des obligations

Al. 1

Les obligations de diligence raisonnable, l'obligation d'enregistrement, l'obligation d'informer et les obligations de déclaration des établissements financiers sont des éléments essentiels. Est puni d'une amende quiconque viole les obligations de diligence raisonnable évoquées à l'art. 4 de la loi FATCA M1 et décrites à l'annexe I de l'accord FATCA M1 et aux art. 5 à 9 de la loi FATCA M1 concernant l'examen des comptes et l'identification des personnes américaines spécifiées devant faire l'objet d'une déclaration. Les obligations de diligence raisonnable visées sont en particulier celles qui sont énumérées dans l'annexe I de l'accord FATCA M1. Sont également punies d'une amende les personnes qui violent l'obligation d'enregistrement prévue à l'art. 7 de la loi FATCA M1, notamment lorsqu'un établissement financier rapporteur suisse omet de s'annoncer ou de se désinscrire auprès de l'AFC. En outre, un établissement financier suisse rapporteur est sous la menace d'une sanction lorsqu'il viole l'obligation d'informer visée à l'art. 8, al. 1, de la loi FATCA M1 ou qu'il ne remplit pas les obligations de déclaration qui lui incombent en vertu de l'art. 9, al. 1, de la loi FATCA M1. De même, l'obligation qu'ont les établissements financiers de ne pas encourager les actes visant à éluder la déclaration est d'une grande importance. Cette obligation est également considérée comme une obligation de diligence raisonnable afin que le système puisse fonctionner de manière cohérente et efficace. Par conséquent, la violation de cette obligation est punissable au même titre que la violation des obligations légales de déclaration et de diligence raisonnable. De telles violations sont considérées comme des infractions graves, ce qui explique la sévérité des peines encourues. Il faut cependant relever que la peine se limite à une amende, si bien que l'infraction constitue une simple contravention au regard du droit pénal. Pour ce qui est de la fixation de la peine, il faut toutefois considérer que l'amende est en principe infligée à une personne physique (voir l'exception à l'art. 31 de la loi FATCA M1) et qu'il y a donc lieu de l'apprécier par rapport à la situation financière de l'auteur de l'infraction et non de l'établissement financier concerné.

Al. 2

La négligence est punissable. Déjà inscrite dans la loi FATCA selon le modèle 2 et prévue dans la modification de la LEAR, la punissabilité de la violation des obligations par négligence permet une approche cohérente de l'échange automatique de renseignements en Suisse. La négligence à l'al. 2 permet d'éviter que certains sujets de droit se passent d'effectuer les investigations nécessaires sans devoir s'attendre à des répercussions pénales. Toutefois, pour tenir compte du principe de proportionnalité, l'al. 2 précise que l'on peut renoncer à la poursuite pénale et à la peine dans les cas de peu de gravité. On peut citer à titre d'exemple une déclaration exécutée avec un

léger retard en raison d'une surcharge de travail ou du dysfonctionnement d'un système informatique, à condition que le cas soit de faible importance. Cette nouvelle disposition entend protéger, entre autres, le personnel sans fonction de cadre contre une poursuite pénale et une peine dans ces cas de peu de gravité.

Puisque le degré d'illicéité est moins élevé lorsque l'infraction est commise par négligence, la peine est moins sévère. L'analyse comparative montre que les sanctions proposées pour le cas où des établissements financiers suisses rapporteurs violent les obligations en matière du FATCA sont adéquates en comparaison internationale et que tous les États examinés dans le cadre de l'EAR sanctionnent aussi bien les violations intentionnelles que celles commises par négligence.

Art. 29 Violation de l'obligation de renseigner l'AFC

Al. 1

L'accord FATCA M1 prévoit que les parties disposent des mécanismes leur permettant de mettre en œuvre dit accord. Dans ce contexte, la loi d'exécution doit se doter de sanctions pénales également pour les cas dans lesquels les établissements financiers violeraient leur obligation de diligence raisonnable, en particulier lorsque ceux-ci ne transmettraient pas les renseignements requis à l'AFC. Par conséquent, la violation de fournir les renseignements conformément à l'art. 20 sera passible d'une sanction. La mise en œuvre de cette obligation de renseigner est ainsi garantie. Une violation de l'obligation de renseigner peut prendre la forme d'une communication d'informations erronées ou d'un refus de communiquer des informations.

Al. 2

La sanction est réduite en cas de violation par négligence de l'obligation de renseigner, pour tenir compte du degré d'illicéité moins élevé. Pour assurer la cohérence des dispositions pénales, il sera possible, ici aussi, de renoncer à une poursuite pénale ou à une peine dans les cas de peu de gravité.

Art. 30 Infraction contre des injonctions officielles

Cette disposition pénale couvre les manquements à des obligations commis à l'occasion de contrôles de l'AFC. Afin de garantir l'efficacité des contrôles, il doit en effet être possible de sanctionner les manquements à des injonctions de l'AFC par une amende. De plus, la peine devant être suffisamment dissuasive, son maximum est fixé à un niveau assez élevé pour que l'infraction constitue au regard du droit pénal non pas une inobservation de prescription d'ordre, mais une contravention. Il faut cependant aussi éviter que le simple dépassement d'un délai fixé par les autorités ou l'inobservation d'une demande de ces dernières soient automatiquement punissables. C'est pourquoi l'AFC est tenue, dans les décisions importantes qui le justifient, de mentionner expressément la peine encourue. Sans cette mention expresse, la non-observation de la décision n'est pas punissable. L'art. 30 s'inspire de l'art. 33 LEAR.

Art. 31 Infraction commise dans une entreprise

Par analogie avec la réglementation prévue dans la DPA, des recherches très coûteuses à engager pour retrouver l'auteur d'un manquement objectif ne doivent pas conduire, dans le cadre de la loi FATCA M1, à ce qu'aucun auteur ne soit identifié et que de ce fait le manquement en question reste impuni. C'est pourquoi il doit être possible, s'il apparaît que les moyens à engager pour trouver l'auteur sont hors de proportion avec la peine encourue, de condamner au paiement de l'amende l'entreprise dans laquelle le manquement a été constaté. Dans ce cas, l'entreprise sera condamnée non pas en raison de la violation de l'obligation, mais uniquement au paiement de l'amende. Eu égard au cadre dans lequel s'inscrivent les amendes relevant de cette disposition pénale, l'amende maximale mettant fin à la procédure de cette manière doit être supérieure à celle qui est prévue dans la DPA.

Art. 32 Autocertification incorrecte

L'autocertification répond à un objectif essentiel du FATCA. Elle fournit des indications sur la résidence fiscale et est donc déterminante pour l'adressage correct de la déclaration. C'est pourquoi la personne devant faire l'objet d'une déclaration est tenue de donner à l'établissement financier des renseignements complets et corrects à ce sujet. D'autre part, l'établissement financier a l'obligation de vérifier avec soin ces indications. Cette répartition des obligations correspond aux possibilités réelles des parties. En tant que mesure ultime, la présente disposition pénale est nécessaire à l'exécution de cette obligation : comme l'obligation elle-même, elle est en corrélation avec la disposition pénale relative à la violation des obligations de diligence raisonnable des établissements financiers. Elle peut également avoir un effet préventif en montrant aux personnes américaines spécifiées devant faire l'objet d'une déclaration l'importance des indications figurant dans l'autocertification. L'exactitude des informations étant essentielle, la commission par négligence n'est toutefois pas prévue par l'accord FATCA M1. La disposition pénale doit en outre garantir que les indications figurant dans l'autocertification sont toujours actuelles et correctes. C'est pourquoi est passible d'une amende non seulement toute personne qui, dès le début, donne des informations fausses, mais également toute personne qui ne communique pas les changements de circonstances (art. 13 de la loi FATCA M1) ou donne des indications fausses à ce sujet. Etant donné qu'il s'agit d'une disposition pénale visant à assurer l'exécution d'une obligation importante, l'amende pour le non-respect d'une obligation est fixée conformément à la limite maximale de 10 000 francs prévue par le CP pour les contraventions. Le non-respect de l'obligation de fournir une autocertification correcte et complète est en général le fait de personnes résidant à l'étranger. Il peut être compliqué de poursuivre ces personnes sur le plan pénal, étant donné qu'il faudrait notamment avoir recours à l'entraide judiciaire de l'étranger et qu'une procédure de ce type risquerait de ne pas pouvoir être menée en raison de la nature et du caractère mineur de la contravention. Une poursuite pénale peut certes être lancée en l'absence de l'inculpé, mais elle exige un investissement en temps important.

La sanction des infractions relatives à l'autocertification vise également les personnes qui omettent intentionnellement de donner une autocertification à un établissement financier suisse rapporteur. Ce complément peut s'appliquer notamment en cas de changement de circonstances.

Art. 33 Dénonciation spontanée

En raison de l'application de la DPA (voir art. 34 de la loi FATCA M1), la dénonciation spontanée exempte de peine prévue à l'art. 13 DPA doit également être inscrite dans la présente loi. Etant donné que le contenu des infractions à la loi FATCA M1 diffère toutefois de celui des infractions à la DPA, les conditions de la dénonciation spontanée doivent être adaptées. De plus, pour des raisons découlant également des particularités des infractions punissables, il est précisé qu'en cas de dénonciation spontanée remplissant les conditions prévues, l'impunité est accordée non seulement à l'auteur principal, mais également aux participants (instigateur, complice). Cette réglementation adaptée prime la disposition sur la dénonciation spontanée exempte de peine de la DPA. La dénonciation spontanée après qu'une infraction a été commise par négligence est exempte de peine à plusieurs reprises et non pas une seule fois, comme c'est le cas pour une infraction commise intentionnellement.

Art. 34 Procédure et autorité compétente

Etant donné que les infractions à la présente loi sont des violations du droit administratif fédéral, la procédure applicable est celle de la DPA. Pour la même raison, la compétence de mener la procédure et de statuer (décisions, mandats de répression, prononcés pénaux) appartient à l'autorité chargée d'appliquer le droit fiscal national et international, à savoir l'AFC. Les voies de droit contre les mesures d'instruction ainsi que contre les mandats de répression et les prononcés pénaux sont réglées exhaustivement dans la DPA, qui régit également les compétences des instances de recours.

Art. 35 Renonciation à toute poursuite pénale

Selon les autorités américaines, il n'existe dans la législation des États-Unis aucune disposition pénale comparable aux art. 28 à 32 qui entraînerait un risque de double sanction. Au cas où de telles dispositions seraient édictées, l'art. 35 prévoit, sur la base de l'art. 8, al. 3, CPP, que l'AFC peut renoncer à engager une poursuite pénale lorsque l'infraction fait déjà l'objet d'une poursuite de la part d'une autorité américaine ou que la poursuite est déléguée à une telle autorité.

5.2.12 Dispositions finales

Art. 36 Dispositions d'exécution

Dans la mesure où des précisions seront nécessaires, le Conseil fédéral doit pouvoir obtenir une délégation à cet effet. Les dispositions de l'ordonnance d'exécution permettront de préciser certains points de la loi. De plus, un CAA est encore en cours de négociation. Certaines dispositions étant destinées à l'AFC, elles pourront être précisées par voie de directives.

Art. 37 Dispositions transitoires relatives aux obligations de déclarer

Le changement de modèle FATCA implique le besoin de sécurité juridique, en particulier pour les établissements financiers. Sous l'égide du FATCA selon le modèle 2, l'autorité compétente pour les établissements financiers suisses lors de la transmission des renseignements est l'IRS. Avec l'accord FATCA M1, l'autorité compétente est l'AFC. L'entrée en vigueur du modèle 1 abroge automatiquement le modèle 2. Néanmoins, une continuité dans le flux d'information doit être garantie. Ainsi, l'année suivant l'entrée en vigueur du modèle 1, les renseignements collectés selon le modèle 2 doivent être transmis. Après cette période il ne peut être exclu que tous les renseignements n'aient pu être transmis. Par conséquent, l'AFC et l'IRS ont convenu d'une procédure particulière de transmission qui sera réglée par voie d'ordonnance, son principe étant quant à lui prévu par la loi FATCA M1.

Art. 38 Modification d'un autre acte

L'annexe décrit les modifications rendues nécessaires par l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1 qui prévoit l'abrogation de l'accord FATCA selon le modèle 2. Une retranscription de cette abrogation doit également être reflétée dans la loi de mise en œuvre afin de pouvoir continuer à mettre en œuvre la transmission des renseignements. Une modification de la dénomination de la loi est également nécessaire afin de permettre une distinction claire entre les modèles 1 et 2.

Art. 39 Référendum et entrée en vigueur

La loi est sujette au référendum. Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur. Il est en principe prévu que le Conseil fédéral fixe l'entrée en vigueur de la loi au 1^{er} janvier 2027.

6 Commentaire de l'ordonnance d'exécution

6.1 Présentation de l'ordonnance FATCA selon le modèle 1

L'ordonnance FATCA M1 permet en premier lieu de préciser certains termes contenus dans la loi FATCA M1 lorsque cela est nécessaire. Ces précisions sont destinées aussi bien à l'AFC qu'aux établissements financiers. En second lieu, elle permet également d'édicter certaines dispositions transitoires rendues nécessaires par le changement de modèle FATCA.

6.2 Commentaire de l'ordonnance FATCA selon le modèle 1

6.2.1 Dispositions générales

Art. 1 Établissements financiers résidents de Suisse

Let. a

L'art. 1 se fonde sur la norme de délégation de l'art. 3, al. 5, Loi FATCA M1. A ce propos, le rapport explicatif explique qu'un assujettissement limité en raison de l'impôt anticipé ou d'un bien immobilier sis en Suisse ne suffit pas à fonder la résidence d'un établissement financier en Suisse. L'art. 1 O FATCA M1 est conçu en conséquence. La let. a prévoit d'une part que sont réputées résidentes de Suisse les établissements financiers assujettis à l'impôt de manière illimitée. Dans le cadre du FATCA, il ne peut s'agir que d'entité ou de personnes morales. Par ailleurs, sont aussi réputés résidentes de Suisse selon la let. a les établissements financiers qui fondent un rattachement économique (établissements stables; art. 4, al. 1, let. b, ou art. 51, al. 1, let. b, LIFD).

Let. b

Si l'on applique le critère de l'assujettissement fiscal illimité selon la let. a, les établissements financiers exonérés d'impôt, telles que les banques cantonales, ne seraient pas réputées résidentes de Suisse pour l'application du FATCA. D'après les commentaires figurant dans le rapport explicatif sur l'art. 3, al. 5, loi FATCA M1, l'O FATCA M1 désigne les banques cantonales exonérées comme résidentes de Suisse. Par conséquent la let. b définit d'une manière générale que les établissements financiers exonérés d'impôt, qui ont été constitués selon le droit suisse, sont réputés résider en Suisse.

Art. 2 Trusts réglementés aux États-Unis

Les véhicules de placement collectif organisés sous la forme de *investment trusts* ou de *unit trusts* qui sont réglementés aux États-Unis en tant qu'organismes de placement collectif sont réputés résider dans cette juridiction, en raison de leur lien à cette juridiction. L'art. 2 prévoit donc que ces trusts ne sont pas réputés résider en Suisse, et ce indépendamment du lieu de résidence des trustees.

Art. 3 Siège de la direction

Le terme de «siège de la direction» n'est pas un terme juridique suisse, mais découle du droit fiscal international. L'art. 3 définit par conséquent ce terme comme le lieu où se trouve l'administration effective, c'est-à-dire l'endroit où une société a son centre économique et effectif, respectivement où se trouve la direction qui opère normalement au siège de la société.

Art. 4 Comptes de défunts

L'annexe 2, par. V, let. D, de l'accord FATCA M1 prévoit qu'un compte détenu par une succession dotée de la personnalité juridique (*estate*) doit être traité comme un compte exclu si sa documentation comprend une copie du testament du défunt ou du certificat de décès.

Dans le *common law*, l'*estate* est considéré comme une masse patrimoniale séparée, autonome et indépendante juridiquement et économiquement. Dans l'ordre juridique du droit civil tel qu'il existe en Suisse, la masse successorale n'est au contraire pas autonome juridiquement, mais est dévolue par la loi aux héritiers dès le décès du dé-

font, selon le principe de la succession universelle. Les héritiers forment une communauté. Ces deux concepts juridiques sont comparables dans la mesure où les héritiers ne peuvent pas disposer de manière autonome de l'héritage avant la dissolution de la communauté héréditaire.

L'art. 4 met les deux concepts juridiques sur un même pied en ce qui concerne l'application de l'accord FATCA M1. Les établissements financiers suisses rapporteurs peuvent considérer les comptes de défunts comme des comptes détenus exclusivement par une succession dotée de la personnalité juridique (*estate*) jusqu'à la dissolution de la communauté héréditaire, et peuvent les traiter comme des comptes exclus dans la mesure où le décès leur a été communiqué par un testament ouvert, par un certificat de décès ou sous une autre forme appropriée, telle qu'un avis de décès publié dans un journal. La communauté héréditaire prend fin lors du partage ou de sa transformation en une autre relation juridique (société simple ou société en commandite). Le moment auquel l'établissement financier suisse rapporteur peut supposer que la communauté héréditaire a été partagée ou qu'elle a été transformée dans une autre relation juridique se détermine sur la base des obligations de diligence applicables à une relation client.

6.2.2 Possibilité d'application de la réglementation américaine

Art. 5

Lorsque la loi FATCA M1 le permet, les établissements financiers peuvent choisir d'appliquer directement les dispositions du Trésor américain, tel est par exemple le cas pour les procédures de diligence au sens de l'art. 5, al. 3 de la loi FATCA M1, ou l'obligation de communiquer les changements de circonstances de l'art. 13 de la loi FATCA M1.

6.2.3 Précisions concernant les obligations générales de déclaration

Art. 6 Montant et qualification des versements

Al. 1

L'al. 1 fixe les critères et les règles d'après lesquels doivent être déterminés le montant et la qualification des versements effectués au titre d'un compte américain. Pour l'application du FATCA, les versements mentionnés à l'art. 6, al. 1 O FATCA M1, au crédit d'un compte américain selon les let. a à d doivent être déclarés à titre d'intérêts, de dividendes, de produits de vente ou de rachat, ou d'autres revenus.

Al. 2

En référence au terme d'intérêt soumis à l'impôt anticipé, tel qu'il est défini à l'art. 4, al. 1, let. a, de la loi du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)⁴², l'al. 2 considère, pour l'application du FATCA, comme intérêts au sens de l'al. 1, let. a, notamment les intérêts

⁴² RS 642.21

généralisés par des obligations, des cédules hypothécaires et des lettres de rente émises en série, des avoirs figurant au livre de la dette ainsi que des avoirs de clients.

Al. 3

Sur la base de l'art. 4, al. 1, let. b, LIA, l'al. 3 définit, pour l'application du FATCA, comme dividendes au sens de l'al. 1, let. b, notamment les distributions des parts de bénéfice, les excédents de liquidation et les avantages appréciables en argent provenant de participations en tout genre, ainsi que les actions gratuites et les augmentations gratuites de la valeur nominale.

Al. 4

L'al. 4 définit les produits de vente ou de rachat selon l'al. 1, let. c.

Al. 5

Pour l'application du FATCA, il est primordial que les établissements financiers suisses rapporteurs annoncent de manière complète les versements au crédit d'un compte américain. C'est pourquoi l'al. 1, let. d, prévoit que les versements au crédit d'un compte américain doivent être annoncés comme autres revenus s'ils ne peuvent pas être attribués à l'une des trois catégories mentionnées aux let. a à c. L'al. 5 définit ces autres revenus. Par prestations versées par des assurances devant faire l'objet d'une déclaration, on entend notamment les prestations de vie ou de décès et les prestations de rachat dans le cadre de contrats d'assurance avec valeur de rachat, ainsi que les prestations périodiques versées sous forme de rente, les remboursements des primes à la suite de décès et les prestations de rachat dans le cadre de contrats de rente. Sont considérées comme des versements transférés par un placement collectif de capitaux les opérations qui donnent lieu à des bénéfices provenant d'un placement collectif ou d'un titre de participation équivalent, mais dans le cadre desquelles le titre lui-même ne subit pas de modification. Cela concerne notamment les distributions en espèces de produits ou de bénéfices tirés de la vente de placements collectifs.

Art. 7 Monnaie dans le cadre de la déclaration

Les établissements financiers suisses rapporteurs doivent indiquer, dans les informations qu'ils fournissent, la monnaie dans laquelle les montants sont libellés (al. 1). L'al. 2 énumère les monnaies possibles.

6.2.4 Obligation d'enregistrement faite aux établissements financiers suisses rapporteurs

Art. 8

Al. 1

Selon l'al. 1, les établissements financiers suisses rapporteurs doivent s'annoncer spontanément à l'AFC au plus tard pour la fin de l'année civile pendant laquelle leur

qualité d'établissement financier suisse rapporteur devient effective. Cette annonce s'effectue exclusivement sur un portail en ligne.

Al. 2

Selon l'al. 2, les établissements financiers suisses rapporteurs doivent s'annoncer spontanément à l'AFC au plus tard pour la fin de l'année civile pendant laquelle se termine leur qualité d'établissement financier suisse rapporteur ou leur activité est abandonnée. Cette annonce doit être faite par la voie écrite. L'AFC la vérifie et la confirme à l'établissement financier ou lui communique la raison de son refus.

Al. 3

S'il ne détient aucun compte américain, un établissement financier suisse rapporteur doit, selon l'al. 3, s'annoncer quand même à l'AFC dans les six mois après la fin de l'année civile concernée et lui communiquer qu'il ne gère aucun compte américain. Cette obligation découle de l'art. 9, al. 1, de la loi FATCA M1. Selon l'art. 8, al. 3, O FATCA M1, cette communication n'est pas considérée comme une réquisition de radiation du registre des établissements financiers suisses rapporteurs.

Les délais mentionnés à l'art. 8 sont des délais d'ordre. En règle générale, le délai a un caractère péremptoire si la sécurité du droit ou la technique administrative nécessitent que les rapports de droit soient fixés définitivement à l'échéance d'un certain délai sans que ce dernier puisse être allongé par un acte interruptif⁴³. Contrairement aux délais de péremption, les délais d'ordre n'entraînent aucun changement direct des rapports de droit. Si le délai mentionné à l'art. 31 échoit sans être utilisé, l'AFC donne l'occasion à l'établissement financier suisse rapporteur, en vertu de l'art. 23, al. 3 de la loi FATCA M1, de s'expliquer sur les manquements constatés. Si l'établissement financier suisse rapporteur ne remplit pas son obligation selon l'art. 31 O FATCA M1 même après le rappel par l'AFC, celle-ci peut lui infliger une amende, en vertu de l'art. 28 de la loi FATCA M1, pour violation des obligations de déclaration.

Al. 4

D'après l'art. 7, al. 4, de la loi FATCA M1, le Conseil fédéral règle les modalités de l'inscription des trusts qui recourent au principe du *trustee-documented trusts* (TDT) dans l'ordonnance. L'al. 4 s'inspire de la réglementation actuellement pratiquée dans la LEAR. Lorsque le trustee inscrit le trust faisant usage du principe du TDT auprès de l'AFC, il doit munir le nom du trust du préfixe «TDT=».

6.2.5 Obligation de communiquer les changements de circonstances en cas d'auto-certification

Art. 9

⁴³ cf. ATF 2C_756/2010, consid. 3.2.2.

L'art. 13 de la loi FATCA M1 ne fixe pas le délai requis pour communiquer les changements de circonstances en cas d'autocertification. Le délai étant défini dans la réglementation du Trésor américain, il est opportun de le refléter au niveau de l'ordonnance afin que le Conseil fédéral dispose d'une marge de manœuvre afin de refléter d'éventuels changements.

6.2.6 Renseignements transmis automatiquement par l'IRS

Art. 10

Al. 1 et 2

Dans le cadre du FATCA, l'AFC constitue la plate-forme d'échange de renseignements avec les États-Unis ainsi qu'avec les administrations fiscales cantonales. Elle affecte aux administrations fiscales cantonales les renseignements transmis automatiquement par les États-Unis. Pour les personnes physiques ou les ayants droit, le numéro d'identification fiscale revêt une grande importance en tant que critère incontestable d'affectation. Conformément aux dispositions de l'art. 2, al. 2, let. a, de la loi FATCA M1, le numéro d'identification fiscale des personnes physiques en Suisse est le numéro d'assuré AVS selon la LAVS. Pour les entités juridiques, il s'agit du numéro d'identification des entreprises (IDE) selon la loi du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises⁴⁴.

Pour pouvoir affecter les renseignements reçus des États-Unis aux cantons, l'AFC a besoin de recevoir dans les deux mois suivant la fin de l'année civile le numéro d'identification fiscale de toutes les personnes physiques ou entités juridiques assujetties à titre illimité à l'impôt dans chaque canton. Les résidents de Suisse imposés à la source sont aussi considérés comme des personnes physiques soumises à l'imposition illimitée. Par entité juridique au sens du FATCA, on entend en particulier des personnes morales.

Seuls peuvent être retenus comme critères d'attribution les renseignements requis pour identifier la personne physique ou l'entité juridique en exécution de l'accord FATCA M1 et échangés par les États-Unis. Les autres critères d'attribution sont par exemple le nom, le prénom, la date de naissance, le domicile ou le numéro postal d'acheminement d'une personne physique ainsi que le nom ou le siège d'une personne morale.

Al. 3

Si un numéro ou autre attribut coïncide avec les renseignements transmis automatiquement des États-Unis, l'AFC donne au canton dans lequel la personne américaine spécifiée devant faire l'objet d'une déclaration est assujettie à titre illimité l'accès aux renseignements au moyen d'une procédure d'appel sûre et cryptée. En outre, l'AFC

⁴⁴ RS 431.03

rappelle aux administrations fiscales cantonales les restrictions à l'utilisation des renseignements transmis et l'obligation de maintenir le secret prévues dans la CDI CH-USA (art. 16, al. 1, de la loi FATCA M1).

Al. 4

La sécurité des données concernant les renseignements transmis par les États-Unis doit pouvoir être garantie en tout temps. C'est pourquoi il est indispensable que seuls les collaborateurs des administrations fiscales cantonales disposant d'une authentification à deux facteurs aient accès à la procédure d'appel. L'un des deux facteurs doit être un élément d'identification physique, incontestable et infalsifiable (*hardware token*) nécessaire pour accéder à un réseau (par exemple SuisseID ou carte à puce).

6.2.7 Système d'information

Art 11 Organisation et administration du système d'information

Pour tous les genres d'impôts de son domaine de compétence, l'AFC exploite un système d'information (cf. par ex. art. 24 LEAR et art. 36a LIA). Toute collection de données personnelles sous forme électronique ou autres est considérée comme un système d'information. L'exploitation d'un système d'information pour le FATCA selon l'art. 11 est nécessaire notamment parce que de grands volumes de données sont transmis pour son application.

Al. 1 et 2

Le système d'information de l'AFC pour le FATCA est exploité soit comme système d'information autonome soit comme réseau de systèmes d'information. Cela permet de mettre en réseau plusieurs systèmes d'information de diverses unités organisationnelles de l'AFC si cela est utile pour un traitement plus efficace des données dans le domaine du FATCA.

Al. 3

Le système d'information est exploité sur mandat de l'AFC sur la plate-forme de l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT), c'est-à-dire du fournisseur interne de prestations TIC de l'administration fédérale. En vertu de l'al. 3, le DFF peut régler plus précisément l'organisation et l'exploitation du système d'information de l'AFC.

Art 12 Catégories de données personnelles traitées

Dans le cadre du FATCA, l'AFC en tant que maître du fichier assure la fonction de plaque tournante. C'est-à-dire qu'elle transmet aux États-Unis les données qu'elle a reçu des établissements financiers suisses rapporteurs et, au moyen d'une procédure d'appel, elle transmet aux administrations fiscales cantonales les données qu'elle a reçues des États-Unis. En outre, elle utilise ces données pour la vérification prévue à

l'art. 23 de la loi FATCA M1 des établissements financiers suisses quant à l'accomplissement de leurs obligations résultant de l'accord FATCA M1 et pour les autres tâches qui lui sont confiées en vertu de la loi FATCA M1. En application de l'art. 13 O FATCA M1, l'AFC conserve ces données pendant 20 ans au maximum.

En vertu de l'art. 12, l'AFC peut traiter les données personnelles qui lui ont été transmises sur la base de l'accord FATCA M1 (art. 1, al. 1, Loi FATCA M1). Il y a lieu de se référer à l'accord FATCA M1 pour savoir quelles données peuvent être traitées dans un cas particulier. Le terme «traitement» doit être compris au sens de l'art. 5, let. d LPD.

Art 13 Destruction des données

En vertu de l'art. 10, al. 3, de la loi FATCA M1, l'obligation pour l'établissement financier suisse rapporteur de transmettre la déclaration se prescrit par dix ans au plus tard après la fin de l'année civile pendant laquelle celle-ci devait être transmise. L'AFC doit donc conserver les données pendant au moins dix ans afin de pouvoir y accéder lors de la vérification des établissements financiers suisses rapporteurs quant à l'accomplissement de leurs obligations ressortant de l'accord FATCA M1 en vertu de l'art. 23 de la loi FATCA. Dans le cas où une procédure judiciaire est engagée, les données doivent toutefois être conservées pendant plus longtemps. La durée de conservation de 20 ans, prévue à l'art. 13, correspond à la durée de conservation que l'AFC prévoit en relation avec l'assistance administrative et l'EAR. Cette concordance est toute indiquée, car les données transmises au titre du FATCA sont traitées, dans certains cas, dans le cadre de demandes d'assistance administrative. Les dispositions de la loi du 26 juin 1998 sur l'archivage (LAr)⁴⁵ s'appliquent.

6.2.8 Dispositions finales

Art 14 Traitement du contrat FFI

Al 1 et 2

Sous l'égide de l'accord FATCA selon le modèle 2, les établissements financiers suisses sont tenus de souscrire à un contrat FFI avec l'IRS. Celui-ci se rapporte à l'établissement financier suisse ainsi qu'à ses succursales situées dans les autres juridictions dans lesquelles elles sont actives. L'accord FATCA M1 ne prévoit pas cette obligation. Par conséquent, le contrat FFI devient caduc en principe automatiquement sans que l'établissement financier ne doive entreprendre de le résilier (al. 1). Se posant comme une exception à l'al. 1, l'al. 2 prévoit que le contrat FFI d'un établissement financier demeure toutefois en force, pour les succursales situées dans une juridiction au bénéfice d'un accord FATCA selon le modèle 2. Partant, les succursales demeurent tenues par les droits et les obligations du contrat FFI dans leurs juridictions d'activités.

⁴⁵ RS 152.1

Al. 3 à 6

Ces alinéas traitent de la certification finale qui est en principe exigée par l'IRS lors de l'expiration d'un contrat FFI. Toutefois, au sens de l'al. 3, l'établissement financier peut choisir de ne pas soumettre de certification finale à l'IRS. S'il choisit cette option, il devra toutefois conserver le certificat de conformité le plus récent jusqu'au jour d'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1 dans ses documents et être en mesure de la prouver pour une période de six ans. Ainsi, il devra être en mesure de la conserver au plus tard jusqu'au 1^{er} janvier 2033. La certification peut être conservée selon les deux possibilités décrites à l'al. 4, c'est-à-dire soit sous format papier, soit sous format électronique. Si l'établissement financier soumet une certification finale à l'IRS conformément aux dispositions du contrat FFI, celui-ci est délié de son obligation de conservation conformément à l'al. 5. Nonobstant l'expiration du contrat FFI, les établissements financiers sont tenus de satisfaire aux obligations de diligence décrite dans l'annexe 1 ainsi que des dispositions de l'accord FATCA selon le modèle 2 pour les périodes couvertes par le contrat FFI.

Art 15 Enregistrement auprès de l'IRS

L'accord FATCA M1 et l'accord FATCA selon le modèle 2 sont conçus comme deux instruments indépendants. Il n'existe pas de possibilité de transfert automatique de l'enregistrement des établissements financiers. L'abrogation du modèle 2 et l'entrée en vigueur du modèle 1 entraîne de ce fait une obligation de réinscription. L'art. 15 prévoit en particulier la procédure à suivre afin que les entités puissent continuer d'utiliser leur numéro GIIN lorsque le *lead FI* se réenregistre conformément cet article. Cette procédure ne concerne que les établissements financiers suisses et ne s'étend pas à leurs succursales à l'étranger.

Art 16 Retenue de l'impôt à la source

L'accord FATCA M1 dispense en principe la retenue de l'impôt à la source pour autant que l'établissement financier respecte ses obligations découlant de l'accord et qu'il soit par conséquent inscrit sur le portail de l'IRS. Lors du changement de modèle, il existe toutefois un risque que l'établissement financier n'apparaisse pas encore sur le portail de l'IRS ce qui implique, qu'un agent tenu de retenir l'impôt à la source devrait en principe procéder à son prélèvement. Afin de palier à cet éventualité inhérente au changement de régime impliqué par l'accord FATCA M1, l'établissement financier doit communiquer ce changement aux agents dans un délai de 90 jours (al.1). La forme de la communication se veut la plus large possible, ainsi l'obligation est remplie lorsque l'établissement financier informe par exemple par le biais de son site internet (let. b). L'al. 2 prévoit que, lorsque l'agent est informé et que le numéro GIIN n'est pas encore disponible, il n'est pas tenu de retenir l'impôt à la source durant un délai de 90 jours. Ce délai de latence doit en principe permettre à l'établissement financier de procéder au réenregistrement afin de figurer à nouveau sur le portail de l'IRS. L'al. 3 dispose que pour être exempt d'impôt à la source, l'établissement financier doit avoir informé et par conséquent l'agent être au courant de l'absence d'inscription temporaire sur le portail de l'IRS.

Art 17 Transmission de renseignements tardive

La Suisse étant la première juridiction à changer de modèle FATCA, il a fallu que des dispositions transitoires soient prévues dans la mesure où les deux accords ne sont pas conçus pour être interchangeables ou cohabiter simultanément. En effet, l'accord FATCA selon le modèle 2 est automatiquement abrogé par l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1. Néanmoins, les renseignements couvrant l'année civile précédant l'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1 sont transmis durant la première année suivant son entrée en vigueur. Si la transmission est assurée et couverte par l'accord FATCA M1, il subsisterait l'impossibilité technique de transmettre les renseignements tardifs. Le modèle 1 et 2 n'utilisant pas le même modèle canal de transmission. Par transmission tardive, on entend toutes les transmissions qui n'ont pas pu être effectuées au 31 décembre de l'année d'entrée en vigueur de l'accord FATCA M1. Pour palier à cela, l'AFC édictera des directives techniques permettant de transmettre les renseignements tardifs selon la procédure décrite dans le MoU.

Art 18 Entrée en vigueur

La loi FATCA M1 et l'O FATCA M1 entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2027.

7 Conséquences

La mise en œuvre de l'accord FATCA M1 est une étape cohérente dès lors qu'elle s'inscrit dans la stratégie adoptée par la Suisse en relation avec l'échange automatique de renseignements sur les comptes financiers. Elle permet ainsi un échange automatique et réciproque de renseignements entre autorités compétentes. L'AFC deviendra l'autorité compétente ce qui facilitera la relation avec l'autorité compétente pour les établissements financiers suisses et garantira une meilleure sécurité juridique. L'échange automatique de renseignements permet également une plus grande standardisation dans la transmission des renseignements ce qui impliquera une diminution des charges de diligence raisonnable. Cela participe ainsi à accroître la compétitivité de la place financière suisse. L'accord FATCA M1 entraînera pour l'ensemble des parties concernées de travaux préparatoires. Ceux-ci concernent en particulier des charges dans les infrastructures informatiques ainsi qu'en personnelle. Néanmoins, ces charges tendront à se réduire sur le moyen terme. En effet, l'automatisation de l'échange de renseignements entraînera une diminution des coûts de *compliance*. Il permettra également aux établissements d'avoir comme autorité compétente l'AFC et non plus l'IRS; cela facilitera les procédures et constitue une sécurité juridique accrue.

7.1 Conséquences pour la Confédération

Des ressources seront nécessaires aussi bien pour la mise en œuvre du projet (ressources relatives au projet) que pour le fonctionnement opérationnel (ressources opérationnelles).

Ressources relatives au projet (2025-2027) : Pour le passage à l'accord FATCA M1 en Suisse, des ressources tant financières qu'en personnel seront nécessaires tant au

niveau fédéral que cantonal, en particulier dans le domaine informatique. Comme dans le cas de l'EAR du standard de l'OCDE (*Common Reporting Standard*, CRS), la mise en œuvre de l'accord FATCA M1 impliquera que l'AFC sera la plateforme unique de l'échange de renseignements avec les États-Unis ainsi qu'avec les administrations fiscales cantonales s'agissant des renseignements reçus des États-Unis. Tant l'AFC que les cantons devront se préparer suffisamment en amont aux nouvelles conditions-cadres et prendre les dispositions nécessaires.

S'agissant des ressources relatives au projet, selon une estimation basée sur l'expérience acquise avec le CRS ainsi que sur des projets similaires, le développement du système informatique nécessitera des ressources à hauteur de 4 millions de francs suisses de 2025 jusqu'à la mise en fonction et des ressources en personnel supplémentaires de 3 postes équivalent plein.

Ressources opérationnelles (dès 2027) : Dès la mise en fonction du système informatique, des ressources financières annuelles à hauteur de 0.8 million de francs ainsi que des ressources en personnel supplémentaires d'un poste équivalent plein temps seront nécessaires

MCHF	2025	2026	2027	2028	
Charges de développement (TIC)	-	3.00	1.00	-	4.00
Charges d'exploitation (TIC)	-	-	-	0.80	0.80
Charges totales	-	3.00	1.00	0.80	4.80

Dans la mesure où la Suisse recevra également des renseignements des États-Unis, il devrait y avoir un effet préventif. En donnant aux autorités fiscales suisse ce moyen de contrôle supplémentaire, les contribuables pourraient être incités à déclarer l'ensemble de leurs avoirs avant l'échange de renseignements. Cet effet préventif pourrait entraîner des recettes fiscales supplémentaires qui ne sont pas quantifiables.

7.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Des ressources supplémentaires pourraient être nécessaires pour la mise en œuvre du projet (ressources relatives au projet). Les cantons et les communes devraient toutefois être affectés dans une moindre mesure.

Les éventuelles ressources nécessaires au niveau des cantons et des communes dépendront de chaque administration et de leur évaluation du besoin en personnel supplémentaire pour traiter les informations reçues. Des ressources supplémentaires en matière de formation et/ou de perfectionnement des collaborateurs traitant les données FATCA pourraient être nécessaires.

Au niveau communal et cantonal également, des recettes supplémentaires pourraient résulter en premier lieu de l'effet préventif de l'accord FATCA M1 (chap. 7.1).

7.3 Conséquences pour les milieux économiques

Des enquêtes ont été menées auprès des entreprises concernées afin d'estimer les coûts de mise en œuvre de la réglementation (cf. figures 1 et 2). Elles ne permettent toutefois pas d'en estimer les coûts à ce stade. D'un point de vue conceptuel, les conséquences sont les suivantes:

Il permettra en particulier d'unifier la transmission de renseignements, de faciliter l'interaction avec l'autorité compétente (AFC au lieu de l'IRS) et, à terme, de réduire les charges relatives au devoir de diligence.

S'agissant des charges, notamment financières, elles nécessiteront néanmoins des engagements financiers supplémentaires à moyen terme aussi bien pour la mise en œuvre du projet (ressources relatives au projet) que pour le fonctionnement opérationnel (ressources opérationnelles).

Les ressources relatives au projet se rapportent au besoin de personnel et aux coûts de mise en œuvre, notamment sur le développement de l'infrastructure informatique. Cela implique que les établissements financiers devront développer et tester la nouvelle procédure informatique de collecte et de transmission des renseignements. Ils devront en outre parallèlement assurer le fonctionnement de la transmission des renseignements conformément au modèle 2 du FATCA.

Selon les milieux intéressés, l'exploitation de clients américains par le biais du modèle 1 du FATCA devrait toutefois induire une réduction des charges d'exploitations à long terme. Celle-ci découle du fait que les établissements financiers ne devront plus distinguer les clients américains ayant octroyé leur consentement à la transmission des renseignements de ceux ne l'ayant pas fait. Par conséquent, la charge de travail relative aux obligations s'en trouvera diminuée dans la mesure où tous les comptes américains identifiés comme rapportable seront transmis de manière unique. L'accord FATCA M1 entrainera en outre une disparition de la double transmission, c'est-à-dire à la première transmission directement à l'IRS et la seconde à l'AFC afin de répondre aux demandes groupées induites par les clients n'ayant pas octroyé leur consentement.

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité

8.1.1 Arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA

L'avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution fédérale de la Confédération

suisse du 18 avril 1999 (Cst.)⁴⁶, qui confère à la Confédération une compétence générale dans le domaine des affaires étrangères. L'article 184 al. 2 Cst. autorise le Conseil fédéral à signer et à ratifier les traités internationaux. Au sens de l'art. 166 al. 2 Cst., l'approbation des traités internationaux incombe à l'Assemblée fédérale, à moins qu'une loi fédérale ou un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale n'autorise le Conseil fédéral à conclure seul des traités internationaux (art. 7a, al. 1, LOGA). L'accord FATCA M1 est un traité international dont l'approbation ne relève pas de la compétence du Conseil fédéral. Leur approbation relève par conséquent de la compétence de l'Assemblée fédérale.

8.1.2 Loi fédérale sur la mise en œuvre de l'accord FATCA M1 entre la Suisse et les États-Unis (Loi FATCA M1)

La base légale de la loi FATCA M1 est l'art. 173, al. 2, Cst. qui prévoit que l'Assemblée fédérale traite tous les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne sont pas du ressort d'une autre autorité fédérale. La loi FATCA M1 règle la mise en œuvre de l'échange automatique de renseignements en matière fiscale conformément à l'accord FATCA M1. La réglementation de droit interne de l'exécution de la loi FATCA M1 ne relève pas de la compétence législative des cantons ou d'une autre autorité fédérale ; en conséquence, la loi FATCA M1 se fonde sur l'art. 173, al. 2, Cst.

8.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La Suisse s'est engagée à mettre en œuvre le FATCA avec les États-Unis afin de favoriser et d'améliorer la conformité fiscale. Les États-Unis prévoyant deux modèles FATCA, le changement actuel est compatible avec les obligations internationales.

L'accord FATCA M1 permet en outre à la Suisse d'aligner la pratique FATCA à celle ayant trait à l'EAR, c'est-à-dire fonder l'échange sur une base automatique et réciproque entre autorités compétentes.

Les autres engagements internationaux de la Suisse ne sont pas affectés par le projet.

8.3 Forme de l'acte à adopter

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales sont sujets au référendum. Conformément à l'art. 22, al. 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁴⁷, sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sont considérées

⁴⁶ RS 101

⁴⁷ RS 171.10

comme importantes les dispositions qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst.

L'accord FATCA M1 contient d'importantes dispositions fixant des règles de droit, et leur mise en œuvre nécessite l'adoption d'une loi fédérale. L'arrêté fédéral portant approbation de l'accord FATCA M1 est donc sujet au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. d Cst.

L'implémentation de la loi de mise en œuvre de l'accord FATCA M1 est sujette au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. a, Cst.

8.4 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit ni subventions ni crédits d'engagement ou plafonds de dépenses qui entraîneraient une nouvelle dépense unique de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs.

En référence à l'estimation des conséquences économiques pour la Confédération (chap. 8.1), les coûts engendrés pour la période 2025 - 2027 peuvent être considérés comme une dépense unique engendrée par la mise en œuvre de l'accord FATCA M1. Ils représentent une dépense inférieure au seuil de 20 millions de francs. En outre, le poste des coûts relatif à la nécessité d'engagement d'un travailleur supplémentaire est intégré dans les neuf postes supplémentaires au sein de la division DAT de l'AFC. Les coûts à partir de 2028 sont ainsi inférieurs à 2 millions de francs annuels. Par conséquent, aucun des deux seuils n'étant dépassé, le frein aux dépenses n'est pas applicable en l'espèce.

8.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Le projet respecte les intérêts et les compétences des cantons ainsi que leur autonomie organisationnelle et financière (art. 47, al. 2, Cst.).

Les coûts ainsi que les recettes fiscales supplémentaires engendrés par l'introduction du modèle 1 du FATCA se répartissent selon les compétences applicables en matière d'impôt. En effet, l'accord FATCA M1 permettra de recevoir des renseignements sur les comptes financiers, cela concerne donc l'impôt sur le revenu et le bénéfice.

Cela implique que la Confédération pourra envisager des recettes fiscales en relation avec l'impôt fédéral direct (revenu ou bénéfice). S'agissant des cantons et des communes, ceux-ci pourront envisager des recettes supplémentaires en matière d'impôt sur le revenu (bénéfice) et sur la fortune.

8.6 Délégation de compétences législatives

Selon l'art. 3, al. 5, de la loi FATCA M1, le Conseil fédéral est habilité à fixer les critères permettant de qualifier les établissements financiers d'établissement financier résidant en Suisse. Il doit définir en particulier le type d'assujettissement fiscal requis pour que

ces derniers soient considérés comme résidant en Suisse selon l'art. 3, al. 1. En outre, il doit déterminer quels établissements financiers exonérés de l'impôt sont réputés résidant en Suisse d'après l'art. 3, al. 1.

D'après l'art. 7 al. 4, de la loi FATCA M1, le Conseil fédéral règle les modalités de l'enregistrement des trusts qui recourent au principe du TDT au sens dudit article. Cette délégation visant à consigner la pratique existante semble justifiée sur le plan matériel et permet de s'adapter rapidement aux éventuels changements dans ce domaine.

Le Conseil fédéral fixe en application de l'art. 19, al. 4, de la loi FATCA M1 les modalités concernant l'exploitation du système d'informations de l'AFC contenant les données reçues en exécution de la CDI CH-USA et de la loi FATCA M1, en particulier l'organisation et la gestion du système d'informations, les catégories de données personnelles qui font l'objet du traitement, la liste des données sur les poursuites et les sanctions administratives et pénales, les autorisations d'accès et de traitement ainsi que la durée de conservation, l'archivage et la destruction des données. Cette délégation correspond à la procédure usuelle.

L'art. 19, al. 5, de la loi FATCA M1 prévoit que l'AFC peut accorder aux autorités suisses auxquelles elle a transmis des renseignements en application de l'art. 16, al. 1, un accès en ligne aux données du système d'informations qui sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales. Le Conseil fédéral détermine par voie d'ordonnance à quelles autorités et pour quelles données l'AFC accorde l'accès.

L'accord FATCA M1 ne prévoit l'échange de renseignement que sur une base électronique. Par conséquent, la loi FATCA M1 doit donner une délégation de compétence afin de permettre à l'AFC d'exiger des établissements financiers suisses la transmission des renseignements requis uniquement sous cette forme. L'art. 24 permet ainsi au Conseil fédéral de réglementer la procédure qui devra obligatoirement être appliquée par les entités concernées.

L'art. 37 prévoit une délégation de compétence afin que le Conseil fédéral puisse édicter les dispositions transitoires nécessaires permettant la continuité de l'échange de renseignements lors de l'année du changement de modèle. Cela permet en particulier de réglementer la transmission des transmissions tardives qui doivent être effectuées selon une procédure particulière en raison du changement du schéma XML.

8.7 Protection des données

L'accord FATCA M1 ainsi que la loi FATCA M1 traitent de l'échange automatique de renseignements en matière fiscale entre la Suisse et les États-Unis. A l'instar de l'accord FATCA selon le modèle 2 et de la loi FATCA selon le modèle 2, le modèle 1 prévoit ses propres mesures de protection des données, ainsi que les garanties générales prévues par la CDI CH-USA. La transmission de renseignements de la Suisse vers les États-Unis a déjà lieu sur cette base. Il s'agit ici de compléter l'échange avec le transfert de renseignement des États-Unis vers la Suisse. L'échange concernera au demeurant le même type de renseignements.

Conformément à l'art. 3 par. 5 de l'accord, les autorités compétentes suisses et américaines s'engagent à conclure un CAA afin de matérialiser la procédure d'échange automatique. Ce CAA, actuellement en cours de négociations, permettra de matérialiser la procédure d'échange de renseignements ainsi que les prescriptions relatives à la protection des données et de confidentialité. Ce CAA permettra de formellement confirmer la réussite de d'un *assessment* relatif à la protection des données (cf. *International Data Safeguards & Infrastructure Workbook* de l'IRS⁴⁸). Il complétera donc l'accord FATCA M1.

La négociation de ce CAA est soumise à deux conditions : La première est la signature de l'accord FATCA M1. La seconde est la réussite de l'*assessment* relatif à la protection des données. Celui-ci se compose de deux étapes, un questionnaire et une visite sur site des infrastructures. Le questionnaire permet d'expliquer les procédures et le cadre légal, tandis que la visite permet de démontrer que les infrastructures répondent aux conditions de confidentialités.

Le présent projet de loi règle les conditions et les modalités relatives à l'échange de renseignements. Le point de contact national, à savoir l'AFC, est compétent pour cet échange. Il sert de plaque tournante entre la Suisse et les États-Unis d'une part et entre les autorités fédérales et les autorités cantonales d'autres part. L'AFC ne peut traiter les renseignements qu'elle reçoit que dans la limite de ses tâches et de ses compétences. Les données qui doivent être enregistrées dans le système de traitement des cas pour qu'elle puisse accomplir ses tâches ne sont pas conservées plus longtemps que nécessaire. L'AFC mettra en place un système d'information lors de l'entrée en vigueur de l'accord. Ce système fera régulièrement l'objet d'un suivi entre autorités compétentes afin de s'assurer du bon déroulement de l'échange. Il garantira le respect des obligations de protection des données lors du traitement en Suisse et de la transmission des données (cf. art. 19, al. 4, let. c et d, de la loi FATCA M1 et art. 12 de l'O FATCA M1). La conservation (art. 19, al. 4, let. e, de la loi FATCA M1 et 13 de l'O FATCA M1), la transmission (art. 17, al. 3 de la loi FATCA M1) et le traitement (art. 17, al. 1, de la loi FATCA M1 et art. 24 de la loi FATCA M1 ; art. 12 de l'O FATCA M1) des renseignements visés par la présente loi sont régis par les dispositions de la loi FATCA M1 mentionnées.

Par ailleurs, l'évaluation préliminaires des risques démontre qu'il n'existe pas de risques particuliers s'agissant de l'échange automatique de renseignement au sens de l'accord FATCA M1.

Par conséquent, la protection et la sécurité des données sont donc garanties grâce aux dispositions légales applicables et sont renforcées par les différents mécanismes d'examen mis en place.

⁴⁸ <https://www.irs.gov/pub/fatca/IntlSafeguardsWorkbook.pdf>

Figure 1 - Tableau pour l'estimation des coûts de la réglementation pour les entreprises

Association suisse des banquiers

Étape 1 QUOI ?		Étape 2 QUI ?		Étape 3 COMMENT ?		Étape 4 QUELLE QUANTITÉ ?		Étape 5 QUEL MONTANT ?		Étape 6 Consolidation et documentation		
N°	Modification de l'obligation	Entreprises concernées	Description des coûts		Volume : nombre d'entreprises, fréquence	Coûts unitaires		Coûts de la réglementation (en CHF)	Autres coûts de la réglementation (indication qualitative)	Justification de l'absence de données quantitatives	Commentaires	
1	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs d'informer les personnes devant faire l'objet d'une déclaration (art. 8 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs	Récurrents, directs	Indirects	Une estimation fiable des coûts et bénéfices n'est pas possible à ce stade pour les banques.						
2	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs de s'enregistrer auprès de l'AFC (art. 7 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs	Récurrents, directs	Indirects							
3	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs de communiquer les renseignements à l'AFC (art. 9 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs	Récurrents, directs	Indirects							
4	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs de conserver (art. 12 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs	Récurrents, directs	Indirects							
5	Modification des obligations de diligence faite aux	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques,	Uniques, directs									

	établissements financiers suisses (Annexe I de l'Accord FATCA)	assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Récurrents, directs	
			Indirects	

TOTAL		Coûts de la réglementation quantifiés	Autres coûts de la réglementation (indication qualitative)		Commentaires
	Uniques, directs				
	Récurrents, directs				
	Indirects				

Remarque : le tableau des coûts facilite la réalisation de l'estimation et la documentation des résultats. Des lignes peuvent être ajoutées au tableau si nécessaire. Pour chaque obligation, il convient de

Figure 2 - Tableau pour l'estimation des coûts de la réglementation pour les entreprises

Association suisse d'assurances

Étape 1 QUOI ?		Étape 2 QUI ?	Étape 3 COMMENT ?	Étape 4 QUELLE QUANTITÉ ?	Étape 5 QUEL MONTANT ?	Étape 6 Consolidation et documentation			
N°	Modification de l'obligation	Entreprises concernées	Description des coûts	Volume : nombre d'entreprises, fréquence	Coûts unitaires	Coûts de la réglementation (en CHF)	Autres coûts de la réglementation (indication qualitative)	Justification de l'absence de données quantitatives	Commentaires
1	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs d'informer les personnes devant faire l'objet d'une déclaration (art. 8 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs Récurrents, directs Indirects						
2	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs de s'enregistrer auprès de l'AFC (art. 7 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs Récurrents, directs Indirects						
3	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs de communiquer les renseignements à l'AFC (art. 9 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs Récurrents, directs Indirects						
4	Obligation faite aux établissements financiers suisses rapporteurs de conserver (art. 12 Loi FATCA)	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques, assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Uniques, directs Récurrents, directs Indirects						
5	Modification des obligations de diligence faite aux	Tous les établissements financiers suisses (en particulier : banques,	Uniques, directs						

Une estimation fiable des coûts et bénéfices n'est pas possible à ce stade pour les assurances.

	établissements financiers suisses (Annexe I de l'Accord FATCA)	assurances, gestionnaires de fortune, trusts, autres sociétés concernées par l'accord FATCA)	Récurrents, directs	
			Indirects	

TOTAL		Coûts de la réglementation quantifiés	Autres coûts de la réglementation (indication qualitative)		Commentaires
	Uniques, directs				
	Récurrents, directs				
	Indirects				

Remarque : le tableau des coûts facilite la réalisation de l'estimation et la documentation des résultats. Des lignes peuvent être ajoutées au tableau si nécessaire. Pour chaque obligation, il convient de remplir les cellules du tableau en partant de la gauche.