

13.032

Message

relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis

du 10 avril 2013

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

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de les adopter, les projets suivants:

- arrêté fédéral portant approbation de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis,
- loi fédérale sur l'application de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis.

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

10 avril 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

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

Condensé

L'accord FATCA et sa loi fédérale d'application visent à faciliter la mise en œuvre du Foreign Account Tax Compliance Act par les établissements financiers suisses.

Contexte

Le Foreign Account Tax Compliance Act du 18 mars 2010 (FATCA) doit permettre aux Etats-Unis d'imposer selon leur droit fiscal tous les comptes détenus à l'étranger par des personnes pleinement soumises à l'impôt aux Etats-Unis. Cette loi exige des établissements financiers étrangers (FFI) qu'ils s'enregistrent auprès des autorités fiscales américaines (Internal Revenue Service, IRS) et concluent le cas échéant un contrat FFI. Dans le contrat FFI, l'établissement financier s'engage 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.

Afin de faciliter la mise en œuvre du FATCA, les Etats-Unis proposent deux modèles d'accords bilatéraux. Le modèle 1 prévoit l'échange automatique de renseignements entre les autorités des parties à l'accord, tandis que le modèle 2 fait obligation aux établissements financiers étrangers de communiquer les données des comptes directement à l'IRS, sur la base d'une déclaration de consentement des titulaires des comptes. Selon le second modèle, les établissements financiers étrangers sont également tenus de communiquer séparément, sous forme agrégée et sans indication de noms, le nombre de comptes dont les titulaires n'ont pas fourni de déclaration de consentement, ainsi que le total des avoirs de ces comptes. Ce système de communication est complété par un échange de renseignements sur demande conforme au droit en vigueur, qui permet à l'IRS de déposer des demandes groupées afin d'exiger des renseignements détaillés sur les comptes de personnes américaines non consentantes communiqués sous forme agrégée.

Contenu du projet

La Suisse a opté pour la conclusion d'un accord bilatéral selon le modèle 2. Celui-ci assure aux établissements financiers suisses des simplifications et allègements administratifs équivalents à ceux d'un accord selon le modèle 1. Il ne repose toutefois pas sur l'échange automatique de renseignements et ne constitue par conséquent pas un précédent que pourraient invoquer d'autres Etats.

L'accord FATCA négocié avec les Etats-Unis a été signé le 14 février 2013.

Il indique quels établissements financiers suisses sont exemptés du FATCA ou réputés conformes à ce dernier et lesquels doivent s'enregistrer auprès de l'IRS et observer les obligations découlant d'un contrat FFI (identification et communication des comptes américains, retenue d'impôt à la source et fermeture des comptes des personnes américaines non coopératives).

L'accord FATCA contient des dispositions détaillées directement applicables. Certaines d'entre elles doivent néanmoins être précisées dans une loi fédérale. La loi FATCA contient ces dispositions de mise en œuvre de l'accord.

Table des matières

Condensé	2790
1 Présentation du projet	2795
1.1 Contexte	2795
1.1.1 Foreign Account Tax Compliance Act	2795
1.1.2 Accords visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA	2795
1.1.3 Dispositions d'exécution du Trésor américain	2796
1.2 Déroulement et résultats des négociations	2796
1.2.1 Entretiens exploratoires	2796
1.2.2 Mandat de négociations	2797
1.2.3 Déroulement et résultats	2798
1.3 Appréciation de l'accord	2800
1.3.1 Point de vue des établissements financiers suisses	2800
1.3.2 Point de vue des personnes concernées	2800
1.3.3 Point de vue de la Suisse	2801
1.4 Consultation	2801
1.4.1 Généralités	2801
1.4.2 Résultats de la consultation	2801
1.4.3 Nouveautés par rapport au projet mis en consultation	2802
2 Commentaire de l'accord	2803
2.1 Relation entre les dispositions de l'accord et les dispositions d'exécution du Trésor américain	2803
2.1.1 Règle de primauté	2803
2.1.2 Reprise du droit	2804
2.2 Partie A Buts de l'accord et définitions	2805
2.3 Partie B Obligations de la Suisse	2805
2.3.1 Art. 3 Instructions aux établissements financiers suisses	2805
2.3.2 Art. 4 Disposition d'habilitation	2807
2.3.3 Art. 5 Echange de renseignements	2807
2.4 Partie C Obligations des Etats-Unis	2809
2.4.1 Art. 6 Traitement des établissements financiers suisses	2809
2.4.2 Art. 7 Suspension de l'obligation des établissements financiers suisses de retenir l'impôt à la source	2809
2.4.3 Art. 8 Traitement de certains paiements transitant par les Etats-Unis et des produits bruts des ventes	2810
2.4.4 Art. 9 Exemption du FATCA ou reconnaissance de la conformité au FATCA de certains établissements et produits financiers suisses	2810
2.4.5 Art. 10 Dispositions spéciales concernant les entreprises associées et les succursales	2811
2.5 Partie D Dispositions générales	2811
2.5.1 Art. 11 Vérification et application	2811
2.5.2 Art. 12 Egalité de traitement	2812
2.5.3 Art. 13 Echange réciproque de renseignements	2812

2.6	Partie E Dispositions finales	2813
2.6.1	Art. 14 Consultations et modifications	2813
2.6.2	Art. 15 Annexes	2813
2.6.3	Art. 16 Durée de l'accord	2813
2.6.4	Clause finale	2813
2.7	Annexe I	2814
2.7.1	Par. I Généralités	2814
2.7.2	Par. II Comptes individuels préexistants	2814
2.7.2.1	Comptes faisant exception	2814
2.7.2.2	Comptes de faible valeur	2815
2.7.2.3	Comptes de valeur élevée	2816
2.7.3	Par. III Nouveaux comptes individuels	2817
2.7.3.1	Comptes faisant exception	2817
2.7.3.2	Autres nouveaux comptes individuels	2817
2.7.4	Par. IV Comptes commerciaux préexistants	2817
2.7.4.1	Comptes faisant exception	2817
2.7.4.2	Comptes commerciaux soumis à vérification	2817
2.7.5	Par. V Nouveaux comptes commerciaux	2818
2.7.6	Par. VI Dispositions particulières et définitions	2818
2.8	Annexe II	2819
2.8.1	Par. I Bénéficiaires effectifs exemptées	2819
2.8.2	Par. II Etablissements financiers réputés conformes au FATCA	2821
2.8.2.1	Etablissements financiers enregistrés réputés conformes au FATCA	2821
2.8.2.2	Etablissements financiers certifiés réputés conformes au FATCA	2824
2.8.3	Par. III Produits exemptés	2824
2.9	Protocole d'entente	2824
3	Commentaire de l'acte de mise en œuvre	2825
3.1	Présentation de la loi FATCA	2825
3.2	Commentaire des dispositions	2826
3.2.1	Dispositions générales	2826
3.2.2	Obligations	2827
3.2.3	Echange de renseignements	2831
3.2.4	Impôt à la source	2833
3.2.5	Dispositions pénales	2833
3.2.6	Dispositions finales	2835
4	Conséquences de l'accord et de l'acte de mise en œuvre	2835
4.1	Conséquences pour la Confédération	2835
4.2	Conséquences pour les cantons	2836
4.3	Conséquences économiques	2836
5	Relation avec le programme de la législature	2837

6 Aspects juridiques	2837
6.1 Constitutionnalité	2837
6.2 Forme de l'acte à adopter	2837
6.3 Référendum sur les traités internationaux	2838
Loi fédérale sur l'application de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis (Loi FATCA) (Projet)	2839
Arrêté fédéral portant approbation de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis (Projet)	2847
Accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA	2849

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Foreign Account Tax Compliance Act

Le *Foreign Account Tax Compliance Act* du 18 mars 2010 (FATCA) doit permettre aux Etats-Unis d'imposer selon leur droit fiscal tous les comptes détenus à l'étranger par des personnes pleinement soumises à l'impôt aux Etats-Unis. Cette loi sera applicable progressivement à partir du 1^{er} janvier 2014.

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 vie, fonds de placement, fondations, etc.).

Dans le contrat FFI, l'établissement financier s'engage 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. Si nécessaire, il doit obtenir à cet effet le consentement du titulaire du compte. Si le titulaire du compte ne donne pas son consentement, il est considéré comme non coopératif et les paiements en provenance des Etats-Unis qui lui sont destinés sont soumis à un impôt à la source de 30 %.

S'il refuse de conclure un contrat FFI bien qu'il y soit tenu, l'établissement financier étranger est réputé non participant. Les établissements financiers américains et les établissements financiers étrangers participants sont tenus de retenir un impôt à la source de 30 % sur tous les paiements provenant des Etats-Unis et destinés à un établissement financier non participant, même si le paiement est encaissé en faveur d'un client qui n'est pas une personne américaine. A moyen terme, les autres établissements financiers devront rompre toute relation avec les établissements financiers non participants. Les établissements financiers suisses ne peuvent pas se permettre une telle rupture. S'ils ne souhaitent pas subir de désavantages concurrentiels, ils seront donc contraints d'appliquer le FATCA.

1.1.2 Accords visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA

En raison des lourdes charges administratives et financières que sa mise en œuvre impose aux établissements financiers étrangers, le FATCA s'est heurté à une forte résistance internationale. Pour répondre aux critiques, le Trésor américain s'est déclaré disposé à conclure avec d'autres juridictions des accords bilatéraux prévoyant des simplifications d'ordre administratif, à condition toutefois que ces juridictions partenaires garantissent la participation de tous leurs établissements financiers. Le Trésor américain a proposé à cet effet deux modèles d'accord:

- Publié le 25 juin 2012, le modèle 1 repose sur l'échange automatique de renseignements, ce qui signifie que les établissements financiers de la juridiction partenaire communiquent les renseignements sur les comptes américains à leurs propres autorités fiscales, qui les communiquent à leur tour à l'IRS.
- Le modèle 2, publié le 14 novembre 2012, est destiné prioritairement aux Etats qui refusent l'échange automatique de renseignements. Il peut toutefois également intéresser des Etats qui préféreraient le modèle 1, mais qui ne sont pas encore en mesure de l'appliquer, par exemple pour des raisons juridiques. Le modèle 2 prévoit un flux de renseignements direct entre les établissements financiers de la juridiction partenaire et l'IRS (autrement dit sans passer par les autorités fiscales de la juridiction partenaire), fondé sur une déclaration de consentement du client américain et complété par un échange de renseignements sur demande conforme au droit en vigueur et reposant sur l'assistance administrative. Les Etats-Unis peuvent ainsi exiger des renseignements sur les comptes de personnes américaines n'ayant pas fourni de déclaration de consentement.

Cinq Etats membres de l'Union européenne (UE), à savoir l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni ont annoncé, dans une déclaration commune avec les Etats-Unis datée du 8 février 2012, leur intention de conclure avec ces derniers des accords bilatéraux visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA fondée sur l'échange automatique de renseignements prévue par le modèle 1. Entre-temps, les Etats-Unis ont conclu des accords selon le modèle 1: le 12 septembre 2012 avec le Royaume-Uni, le 15 novembre 2012 avec le Danemark, le 19 novembre 2012 avec le Mexique et le 21 décembre 2012 avec l'Irlande. De tels accords ont en outre été paraphés le 5 décembre 2012 avec l'Espagne, le 24 janvier 2013 avec l'Italie et le 21 février 2013 avec l'Allemagne.

Le 8 novembre 2012, le Trésor américain a publié un communiqué selon lequel plus de 50 Etats et juridictions – dont des places financières comme Jersey, Guernesey, les îles Caïmans, le Liechtenstein, Luxembourg et Singapour – avaient fait part de leur intérêt à conclure un accord visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA. Les négociations avec ces juridictions sont plus ou moins avancées.

1.1.3 Dispositions d'exécution du Trésor américain

Le 8 février 2012, le Trésor américain a publié des dispositions d'exécution provisoires (*proposed regulations*) relatives à la mise en œuvre du FATCA. La publication des dispositions d'exécution définitives (*final regulations*) est intervenue le 17 janvier 2013 (cf. ch. 2.1).

1.2 Déroulement et résultats des négociations

1.2.1 Entretiens exploratoires

L'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni ayant décidé de conclure avec les Etats-Unis des accords bilatéraux visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA par leurs établissements financiers, d'autres Etats – dont la Suisse

– se sont demandé s’il n’y avait pas lieu d’ouvrir également des négociations, afin d’éviter que leurs propres établissements financiers ne souffrent de désavantages concurrentiels par rapport à ceux des Etats parties à un accord bilatéral. Lors de premiers entretiens exploratoires, les Etats-Unis se sont montrés intéressés à conclure avec la Suisse un accord bilatéral.

Le 15 juin 2012, le Conseil fédéral a donc chargé le Département fédéral des finances (DFF) de préparer avec les Etats-Unis une déclaration d’intention commune concernant l’ouverture de négociations sur la conclusion d’un accord visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA. Cette déclaration d’intention commune devait inclure les éléments suivants:

- a. garantie de la part de la Suisse que tous les établissements financiers suisses, hormis ceux exemptés du FATCA (*exempt*) ou réputés conformes à ce dernier (*deemed-compliant*), concluront un contrat FFI avec l’IRS;
- b. octroi par la Suisse à ces établissements financiers d’une autorisation au sens de l’art. 271 du code pénal (CP; RS 311.0), leur permettant de remplir les obligations découlant du contrat FFI;
- c. octroi par la Suisse d’une assistance administrative reposant sur la convention contre les doubles impositions conclue avec les Etats-Unis (RS 0.672.933.61), en cas de demande groupée de l’IRS concernant des clients américains non coopératifs;
- d. définition de catégories particulières d’établissements financiers suisses réputés exemptés du FATCA ou conformes à ce dernier;
- e. adoption de mesures visant à faciliter du point de vue administratif la mise en œuvre du FATCA par les autres établissements financiers suisses;
- f. renonciation, de la part des Etats-Unis, à faire obligation aux établissements financiers américains et aux établissements financiers participants de prélever l’impôt à la source FATCA sur les paiements destinés aux établissements financiers suisses.

Cette déclaration commune exprimant la volonté des parties d’ouvrir des négociations a été publiée le 21 juin 2012. Une déclaration commune similaire des Etats-Unis et du Japon a été publiée le même jour.

1.2.2 Mandat de négociations

Le 29 août 2012, après avoir consulté les Commissions de politique extérieure des deux conseils conformément à l’art. 152, al. 3, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl; RS 171.10), le Conseil fédéral a approuvé l’ouverture de négociations sur un accord bilatéral FATCA et adopté le mandat correspondant. Les objectifs fixés par le Conseil fédéral étaient les suivants: garantir les meilleures conditions possibles pour le secteur financier suisse en ce qui concerne la mise en œuvre du FATCA, renforcer la stratégie de l’argent propre dans l’intérêt de la place financière suisse et créer un environnement favorable au règlement du différend fiscal avec les Etats-Unis.

1.2.3 Déroulement et résultats

Les négociations ont eu lieu de septembre à novembre 2012, sur la base des premiers projets d'accord présentés par chacune des parties (initialement sans annexes).

Le schéma d'accord bilatéral selon le modèle 2 élaboré par les Etats-Unis dès l'ouverture des négociations était fondé sur les éléments ci-après:

- a. L'Etat partenaire doit obliger – et créer les bases légales nécessaires à cet effet – tous les établissements financiers rapporteurs relevant de sa juridiction à conclure avec l'IRS un contrat FFI dans lequel l'établissement financier s'engage:
 - à identifier les comptes américains selon des obligations de diligence déterminées;
 - à communiquer à l'IRS, en s'appuyant sur une déclaration de consentement du titulaire du compte, les renseignements relatifs aux comptes américains identifiés;
 - à communiquer à l'IRS sous forme agrégée le nombre de comptes américains pour lesquels il n'a pas obtenu de déclaration de consentement, ainsi que le total des avoirs de ces comptes;
 - à n'ouvrir de nouveaux comptes pour des personnes américaines que si celles-ci lui ont remis une déclaration de consentement;
 - à donner suite aux demandes de renseignements complémentaires déposées par l'IRS dans le cadre du processus de vérification et d'application.
- b. S'agissant des comptes américains communiqués sous forme agrégée, l'IRS peut exiger de l'Etat partenaire, par une demande groupée, les renseignements que l'établissement financier aurait dû communiquer s'il avait obtenu les déclarations de consentement requises. L'Etat partenaire est tenu de donner suite à ces demandes d'assistance administrative et de fournir les renseignements exigés dans un délai donné.
- c. Les Etats-Unis traitent les établissements financiers de l'Etat partenaire qui concluent un contrat FFI avec l'IRS et observent les obligations qui en découlent comme des établissements financiers qualifiés non soumis à l'imposition à la source.
- d. Si un établissement financier rapporteur de l'Etat partenaire communique à l'IRS les renseignements sur les comptes américains en disposant d'une déclaration de consentement et si l'Etat partenaire fournit les renseignements demandés par le canal de l'assistance administrative, les Etats-Unis n'obligent pas cet établissement à retenir l'impôt à la source ni à fermer le compte.
- e. Les Etats-Unis traitent les institutions de prévoyance et les autres établissements financiers non rapporteurs de l'Etat partenaire comme des bénéficiaires effectifs exemptés ou des établissements financiers conformes au FATCA.

- f. Le fait qu'un établissement financier de l'Etat partenaire possède une filiale étrangère ou soit lié à une entreprise située dans un Etat ne permettant pas à la filiale ou à l'entreprise en question de remplir les obligations découlant du FATCA n'entraîne pas, sous certaines conditions, la perte du statut d'établissement financier rapporteur, d'établissement financier jugé conforme au FATCA ou de bénéficiaire effectif exempté.
- g. L'accord contient une disposition sur la vérification et l'application, autrement dit sur le contrôle du respect par les établissements financiers de l'Etat partenaire des obligations qui leur incombent.
- h. Les deux parties à l'accord s'engagent à rechercher, aux fins de l'imposition à la source des paiements en transit et des revenus bruts, une solution praticable, efficace et occasionnant des charges supportables.

Ce schéma d'accord proposé par les Etats-Unis reposait sur le FATCA adopté par le Congrès américain et que le Trésor américain, en tant qu'autorité d'application, a pour mission de mettre en œuvre dans le monde entier aussi uniformément que possible. La marge de négociation du Trésor américain était donc limitée, notamment en ce qui concerne les obligations de diligence en matière d'identification de comptes américains décrites à l'annexe I de l'accord, qui correspond à l'annexe I de l'accord selon le modèle 1.

La Suisse est néanmoins parvenue à faire valoir certaines de ses exigences:

- L'art. 12 de l'accord FATCA oblige les Etats-Unis à appliquer le principe de l'égalité de traitement s'ils conviennent avec d'autres Etats de solutions également fondées sur le modèle 2, mais plus favorables que celles de l'accord FATCA conclu entre la Suisse et les Etats-Unis (cf. ch. 2.5.2).
- Pour qu'un établissement financier avec clientèle locale puisse être enregistré comme conforme au FATCA, 98 % au moins des avoirs qu'il gère doivent être détenus par des personnes résidant dans l'Etat où il opère. Or, bien que les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain prévoient que seuls les établissements financiers d'Etats membres de l'UE peuvent bénéficier de l'élargissement de la notion de clientèle locale aux clients résidant dans d'autres Etats de l'UE, la Suisse a également obtenu pour les établissements financiers suisses que tous les clients résidant au sein de l'UE soient réputés faire partie de la clientèle locale (cf. ch. 2.8.2.1, let. a).
- Le Trésor américain a en outre donné suite à la demande de la Suisse qui souhaitait que les obligations essentielles découlant d'un contrat FFI – non encore publié – soient mentionnées dans un protocole d'entente (cf. ch. 2.9).

Le 30 novembre 2012, le Conseil fédéral a approuvé le contenu du projet d'accord FATCA et a fixé la suite de la procédure devant aboutir à l'entrée en vigueur de l'accord.

Les négociations avec les Etats-Unis se sont achevées le 3 décembre 2012, date à laquelle les parties ont paraphé l'accord.

Le 14 février 2013, la Suisse a été le premier Etat à signer avec les Etats-Unis un accord basé sur le modèle 2.

1.3 Appréciation de l'accord

1.3.1 Point de vue des établissements financiers suisses

L'accord FATCA oblige tous les établissements financiers suisses – hormis ceux exemptés du FATCA ou jugés conformes à ce dernier en raison du faible risque de soustraction d'impôts américains qu'ils présentent – à se soumettre au FATCA. Or, la mise en œuvre du FATCA impose à ces établissements financiers suisses l'apposition de lourdes charges administratives et financières.

Sans l'accord FATCA, ces charges seraient toutefois encore plus lourdes, car l'accord facilite le travail administratif de la plupart des catégories d'établissements financiers suisses:

- Les assurances sociales, les institutions de prévoyance, les assurances de choses, les assurances dommages et les réassurances n'entrent pas dans le champ d'application du FATCA ou sont considérées comme des bénéficiaires effectifs exemptés au sens de l'annexe II, par. I, de l'accord.
- Les établissements financiers avec clientèle locale sont des établissements enregistrés conformes au FATCA. Ils sont exemptés des obligations d'identification et de communication pour les comptes détenus par des personnes résidant en Suisse. Il s'ensuit que plus la proportion de clients résidant en Suisse est élevée, plus l'allègement administratif est important. Les établissements financiers autres que les établissements enregistrés conformes au FATCA, tels que les conseillers en placements et les gérants de fortune suisses ainsi que certains fonds de placement, sont exemptés des obligations d'identification et de communication, pour autant qu'un autre établissement financier (en général la banque auprès de laquelle les avoirs sont déposés) garantisse le respect de ces obligations.
- Enfin, par rapport aux dispositions d'exécution définitives du Trésor américain, l'accord prévoit certaines facilités pour les établissements financiers suisses, par exemple la simplification des obligations de diligence en matière d'identification de comptes américains (annexe I) ou encore l'assurance que les paiements destinés aux établissements financiers suisses ne seront pas soumis au prélèvement de l'impôt à la source FATCA.

Les associations économiques concernées se sont donc prononcées en faveur de la conclusion d'un accord.

1.3.2 Point de vue des personnes concernées

Pour les personnes américaines non domiciliées en Suisse qui disposent d'un compte auprès d'un établissement financier suisse, la conclusion d'un accord FATCA avec les Etats-Unis signifie que l'IRS recevra des renseignements sur son compte. Si le titulaire du compte donne son consentement, ses données clients seront transmises directement à l'IRS par l'établissement financier. En l'absence de déclaration de consentement, l'établissement financier inclura le compte dans la communication sous forme agrégée du nombre et du total des avoirs des comptes des titulaires non coopératifs. L'IRS pourra alors requérir des renseignements détaillés sur les comptes concernés en déposant une demande groupée d'assistance administrative fondée sur cette communication sous forme agrégée. La protection juridique du client restera

cependant assurée, car la décision finale rendue par l'Administration fédérale des contributions (AFC) dans une procédure d'assistance administrative est sujette à recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF).

L'obligation de communication ne s'applique pas aux personnes américaines domiciliées en Suisse, à condition qu'elles détiennent leur compte auprès d'un établissement financier suisse avec clientèle locale au sens de l'annexe II, par. II. A. 1. a, de l'accord FATCA. De plus, il sera interdit à ces établissements financiers de discriminer les citoyens américains résidant en Suisse pour l'ouverture et le maintien de comptes. Cette disposition permet de garantir que ces personnes – qui ont souvent dû faire face, dernièrement, à la fermeture de leur compte par leur établissement financier suisse – pourront disposer d'un accès aux services financiers en Suisse.

1.3.3 Point de vue de la Suisse

Pour la Suisse, la conclusion d'un accord selon le modèle 2 est la seule possibilité de mettre à la disposition de sa place financière, étroitement imbriquée sur le plan international, un cadre adéquat en vue de la mise en œuvre du FATCA.

Le modèle 2 assure aux établissements financiers suisses des facilités et allègements administratifs équivalents à ceux du modèle 1. Il ne repose toutefois pas sur l'échange automatique de renseignements et ne constitue par conséquent pas un précédent que pourraient invoquer d'autres Etats.

De plus, tant l'IRS que le Département américain de la justice considèrent la conclusion de l'accord FATCA comme un signal positif en vue d'un possible règlement du différend fiscal opposant la Suisse et les Etats-Unis.

1.4 Consultation

1.4.1 Généralités

L'accord et la loi FATCA ont fait l'objet d'une consultation du 14 février au 15 mars 2013. Toutefois, étant donné que l'accord était déjà signé au moment de l'ouverture de la procédure de consultation, il n'est plus possible de le modifier sur le plan matériel.

1.4.2 Résultats de la consultation

La grande majorité des participants à la consultation saluent le projet.

Sur les 26 cantons, 24 se sont exprimés et aucun ne s'est prononcé contre le projet. Neuf cantons l'approuvent et onze renvoient à la prise de position (favorable) de la Conférence des directeurs cantonaux des finances (CDF). Deux cantons ont renoncé à prendre position. La CDF et quelques cantons qui ne se prononcent pas sur l'ensemble projet font des remarques générales ou spécifiques, soulignant par exemple que la place financière suisse n'a d'autre choix que de mettre en œuvre le FATCA.

Huit partis politiques sur quatorze ont pris position. Le PBD, le PDC, le PEV, le PLR et le parti vert-libéral approuvent le projet. L'UDC et Les Verts estiment que l'accord FATCA n'est pas nécessaire: l'UDC rejette l'accord en raison de la perte de souveraineté qui en découle et s'oppose à la reprise dynamique du droit américain; Les Verts déplorent la reprise unilatérale du droit américain et le fait que l'on n'ait pas trouvé de solution pour régler le passé. Le PS ne sait pas encore s'il approuvera ou non l'accord et la loi lorsqu'ils seront soumis au vote du Parlement. Il donnera son approbation si le Conseil fédéral reformule sa stratégie concernant la place financière et abandonne son attitude hostile à l'échange automatique de renseignements. Le PS estime en effet que la voie choisie par le Conseil fédéral, consistant à négocier bilatéralement des accords fiscaux sur l'impôt libérateur, conduit à une impasse politique, au moins depuis le rejet d'un tel accord par la Chambre haute du Parlement allemand.

Parmi les 26 organisations qui ont pris position, 18 approuvent le projet, trois ne se prononcent pas sur l'ensemble du projet et trois autres ont renoncé à une prise de position. L'ASIN et l'Association suisse de défense des investisseurs estiment que l'accord FATCA n'est pas nécessaire.

Parmi les critiques formulées, relevons ce qui suit:

- a. l'accord FATCA pêche par le manque de réciprocité complète;
- b. il porte atteinte à la souveraineté de la Suisse;
- c. les dispositions pénales de la loi FATCA (art. 18 à 22) sont en partie inutiles et vont au-delà des obligations découlant de l'accord; par ailleurs, des problèmes de délimitation entre les différentes dispositions pourraient se poser et, sous divers aspects, les dispositions de la loi ne sont pas assez réfléchies.

Les opposants ont émis les réserves suivantes:

- a. la Suisse a besoin d'une stratégie de l'argent propre qui s'applique uniformément à tous les pays: elle doit donc s'engager activement en faveur d'un standard international d'échange automatique de renseignements, et non chercher à conclure des accords bilatéraux particuliers comme l'accord FATCA;
- b. le FATCA est synonyme de perte de souveraineté: la Suisse s'abaisse au rôle d'agent du fisc américain et soutient ainsi une approche indéfendable d'un point de vue institutionnel;
- c. le secret bancaire est encore davantage affaibli.
- d. le FATCA est intégré dans le droit suisse, ce qui revient à adopter l'échange automatique de renseignements.

1.4.3 Nouveautés par rapport au projet mis en consultation

Les principales différences entre le projet mis en consultation et le présent projet de loi sont les suivantes:

- a. l'art. 2 a été reformulé de manière à faire clairement ressortir que les établissements financiers suisses ont le choix entre deux options;

- b. l'art. 4 a été restructuré et formulé plus clairement, afin de le rendre conforme aux dispositions américaines applicables;
- c. l'art. 9 prévoit que le titulaire du compte doit communiquer son numéro d'identification fiscale américain (numéro TIN) à l'établissement financier au plus tard 90 jours après l'ouverture du compte, faute de quoi le compte est fermé;
- d. l'art. 15 étend le champ d'application de la loi du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative fiscale (LAAF; RS 672.5) à l'échange de renseignements, sauf disposition contraire de l'accord ou de la loi FATCA;
- e. l'art 18 contient un nouvel alinéa qui prévoit la possibilité de condamner l'entreprise à la place des personnes punissables;
- f. l'art. 19 précise que l'inobservation intentionnelle ou par négligence de l'obligation de demander des documents est punissable;
- g. l'art. 20 est rédigé de manière plus restrictive, afin d'éviter que cette disposition pénale ne présente le caractère d'une norme-cadre (norme «en blanc»).
- h. afin d'éviter un risque de double sanction, le nouvel art. 22 prévoit que l'AFC renonce à toute 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.

2 **Commentaire de l'accord**

L'accord comprend deux annexes. L'annexe I décrit les obligations de diligence en matière d'identification de comptes américains (cf. ch. 2.7) et l'annexe II désigne les catégories d'établissements financiers suisses exemptés du FATCA (*exempt*) ou réputés conformes au FATCA (*deemed-compliant*) (cf. ch. 2.8).

Les parties ont en outre convenu de signer un protocole d'entente, dans lequel elles se sont accordées sur la manière d'interpréter différentes questions d'ordre technique et administratif de l'accord (cf. ch. 2.9).

2.1 **Relation entre les dispositions de l'accord et les dispositions d'exécution du Trésor américain**

2.1.1 **Règle de primauté**

Les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain prévoient que les établissements financiers des Etats qui ont conclu avec les Etats-Unis un accord bilatéral selon le modèle 2 sont tenus d'appliquer ces dispositions. Toutefois, si l'accord bilatéral contient des dispositions qui y dérogent expressément, celles-ci priment les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain. Pour les établissements financiers suisses, cela signifie que les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain ne leur sont applicables que si l'accord FATCA ne contient pas de règles particulières y dérogeant.

L'accord et ses annexes renvoient fréquemment aux dispositions d'exécution du Trésor américain. Or, au moment de la négociation de l'accord, celles-ci n'étaient

disponibles que dans une version provisoire et, après que le Trésor américain en eut publié la version définitive (*final regulations*), le 17 janvier 2013, il est apparu que les définitions qui y figuraient différaient en partie de celles de l'art. 2 de l'accord FATCA. Les dispositions d'exécution définitives ne prévoient cependant pas de solution qui contournent les dispositions de l'accord ou en exigent l'adaptation, pour les raisons suivantes:

- a. Si l'accord FATCA prévoit expressément des dispositions plus favorables que les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain, les premières priment les secondes.
- b. En vertu de la règle de primauté, les définitions figurant dans l'accord FATCA s'appliqueraient aux établissements financiers suisses même lorsque les définitions des dispositions d'exécution définitives du Trésor américain sont plus favorables. Celles-ci prévoient par exemple que les comptes ouverts après le 31 décembre 2013 pour des clients qui disposaient déjà d'un compte auprès de l'établissement financier concerné peuvent, sous certaines conditions, être traités comme des comptes préexistants (cf. ch. 2.3.1). Toutefois, étant donné que les accords bilatéraux visent à faciliter la mise en œuvre du FATCA, les établissements financiers des Etats ayant conclu un tel accord ne devraient pas être défavorisés par rapport à ceux qui sont tenus d'appliquer intégralement les dispositions d'exécution du Trésor américain parce qu'ils se trouvent dans des Etats n'ayant pas signé un tel accord. Pour éviter ce cas de figure, le ch. 4 du protocole d'entente prévoit que les établissements financiers suisses peuvent appliquer les définitions des dispositions d'exécution définitives du Trésor américain, pour autant que cela n'entrave pas les buts de l'accord FATCA mentionnés à l'art. 1 dudit accord.

2.1.2 Reprise du droit

Les renvois aux dispositions du droit américain et aux dispositions d'exécution définitives du Trésor américain qui figurent dans l'accord FATCA et ses annexes présentent un caractère général et ne se rapportent pas expressément au FATCA adopté le 18 mars 2010 ni aux dispositions d'exécution définitives du 17 janvier 2013. Or, étant donné que les Etats-Unis peuvent modifier leurs lois et les dispositions d'exécution à tout moment, on peut se demander si les établissements financiers suisses seront sans défense face à d'éventuels durcissements du FATCA ou des dispositions d'exécution définitives, qu'ils sont tenus d'appliquer à titre subsidiaire dans le cadre de la mise en œuvre du FATCA.

Avec le FATCA, les Etats-Unis entendent suivre une approche mondiale uniforme. Les établissements financiers de tous les pays et de toutes les juridictions sont donc tenus d'appliquer le FATCA s'ils veulent éviter non seulement le prélèvement d'un impôt à la source de 30 % sur les paiements en provenance des Etats-Unis qui leur sont destinés, mais encore, à moyen terme, la rupture des relations d'affaires avec les établissements financiers américains et les établissements financiers participants d'autres Etats. Les Etats-Unis ont déjà signé des accords bilatéraux selon le modèle 1 avec quatre Etats et ouvert avec de nombreux autres pays des négociations portant sur la conclusion d'accords de mise en œuvre. La plupart de ces pays pourraient eux aussi opter pour le modèle 1, qui ne prévoit pas d'application à titre subsidiaire des dispositions d'exécution définitives. Si les Etats-Unis modifiaient le FATCA ou ses

dispositions d'exécution, ils devraient demander aux pays signataires d'un accord selon le modèle1 d'adapter leurs réglementations nationales aux modifications du droit américain, en vue d'une application universelle du FATCA.

2.2

Partie A Buts de l'accord et définitions

Les buts de l'accord sont mentionnés à l'art. 1. Ils correspondent pour l'essentiel aux éléments présentés au ch. 1.2.1, let. a à f.

L'art. 2 contient la définition de nombreux termes essentiels aux fins de l'application de l'accord. Si l'un de ces termes a des significations différentes dans les divers domaines du droit d'un Etat, sa signification dans le domaine du droit fiscal de cet Etat prime les autres.

2.3

Partie B Obligations de la Suisse

2.3.1

Art. 3 Instructions aux établissements financiers suisses

Comme évoqué au ch. 1.1.1, les établissements financiers étrangers soumis au FATCA sont tenus d'identifier leurs clients américains, de communiquer régulièrement des renseignements sur les comptes de ces clients à l'IRS et, le cas échéant, de retenir un impôt à la source sur les paiements destinés aux clients considérés comme non coopératifs.

Le par. 1, let. a, oblige la Suisse à ordonner à tous les établissements financiers de s'enregistrer auprès de l'IRS au plus tard le 31 décembre 2013, sauf s'ils présentent un faible risque de soustraction d'impôts américains: dans ce dernier cas, ils sont exclus du champ d'application du FATCA ou considérés comme conformes à ce dernier selon l'annexe II (cf. ch. 2.8). Les établissements financiers rapporteurs doivent être disposés à remplir les obligations découlant d'un contrat FFI, en particulier les obligations de diligence en matière d'identification des comptes américains arrêtées à l'annexe I (cf. ch. 2.7), ainsi que les obligations de communication et de prélèvement d'un impôt à la source.

En vertu du par. 1, let. b, la Suisse est tenue de donner instruction aux établissements financiers suisses rapporteurs de demander à tout titulaire d'un compte soumis à communication au 31 décembre 2013 qui a été identifié comme étant une personne américaine de fournir son numéro TIN ainsi qu'une déclaration selon laquelle il consent à ce que les données de son compte soient communiquées à l'IRS. Le consentement est irrévocable pour l'année civile en cours et se prolonge automatiquement d'année en année, sauf révocation expresse au plus tard à la fin du mois de janvier de l'année concernée.

Concernant les comptes ouverts après le 31 décembre 2013 pour des personnes qui se révèlent être américaines sur la base de l'identification des clients prescrite dans la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0) – le compte étant alors considéré comme un compte américain –, le par. 1, let. c, précise qu'aucun compte ne peut être ouvert sans obtenir le consentement du client à la

communication des données du compte. Cette condition vise à éviter la gestion de nouveaux comptes pour des clients américains non coopératifs. Elle s'applique quel que soit le montant du dépôt initial, donc également aux comptes dont le solde est inférieur à 50 000 dollars et qui ne doivent pas être soumis à vérification, identification ou communication selon l'annexe I, par. III. A. 1, de l'accord. Dans ce dernier cas, la déclaration de consentement est obtenue à titre préventif, pour le cas où le solde du compte dépasserait la limite de 50 000 dollars à la fin d'une année. D'un point de vue administratif, il est plus simple de demander cette déclaration à l'ouverture du compte plutôt que lorsque le solde est supérieur à cette limite à la fin d'une année. L'ouverture du compte n'implique pas toutefois de communiquer immédiatement le numéro d'identification fiscale américain: celui-ci peut être fourni ultérieurement, dans un délai raisonnable (cf. commentaire de l'art. 9 de la loi FATCA, ch. 3.2.2).

En vertu des dispositions d'exécution définitives, un établissement financier étranger peut traiter le nouveau compte d'un titulaire qui possède déjà un compte dans cet établissement comme un compte préexistant. En d'autres termes, l'obligation d'obtenir une déclaration de consentement énoncée à l'art. 3, par. 1, let. c, de l'accord FATCA ne s'applique pas à ce nouveau compte. Le cas échéant, l'addition avec le compte préexistant au sens du par. VI. C. 1 de l'annexe I de l'accord peut toutefois se traduire par une obligation de vérification, d'identification et de communication et rendre nécessaire une déclaration de consentement selon l'art. 3, par. 1, let. a, de l'accord.

Le par. 2 contient des dispositions similaires concernant les comptes d'établissements financiers non participants et les engagements envers ces établissements.

L'établissement financier suisse doit accompagner sa demande de déclaration de consentement relative à la communication de données à l'IRS d'une lettre de l'AFC présentant les conséquences d'un éventuel refus de fournir la déclaration.

S'il ne donne pas son consentement à la communication des données détaillées de son compte à l'IRS ou n'indique pas son numéro TIN, le client est considéré comme non coopératif. L'établissement financier est tenu de fournir à l'IRS, sous forme agrégée et sans indication de noms, le nombre de comptes détenus par ces clients non coopératifs et le total de ces avoirs. L'IRS peut alors demander l'assistance administrative de la Suisse au moyen de demandes groupées en se fondant sur ces renseignements.

Les autorités fiscales des Etats qui ont conclu ou vont conclure avec les Etats-Unis un accord conforme au modèle 1 sont tenues de communiquer les données de clients américains collectées par leurs établissements financiers à l'IRS au plus tard à la fin du mois de septembre de l'année suivante, dans le cadre de l'échange automatique de renseignements. Lors des négociations avec la Suisse, les Etats-Unis ont insisté pour que les données des établissements financiers suisses relatives aux comptes de clients américains non consentants et, partant, considérés comme non coopératifs, ainsi que celles des établissements financiers non participants, parviennent à l'IRS également au plus tard à la fin du mois de septembre de l'année suivante. Or, étant donné que l'échange de renseignements sur la base d'une demande groupée selon l'art. 5 (cf. ch. 2.3.3) s'applique aux documents relatifs aux comptes de ces clients, cette échéance apparaît très brève, en particulier si la décision de transmission rendue par l'AFC fait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (TAF). C'est pourquoi la Suisse a proposé à la let. b (iii) que les établissements

financiers suisses communiquent les renseignements agrégés sur le nombre et le total des avoirs des comptes des clients américains non disposés à coopérer – renseignements sur lesquels l’IRS se fonde pour déposer des demandes groupées – au plus tard à la fin du mois de janvier (et non à la fin mars) de l’année suivante. Si l’IRS dépose ses demandes groupées dès réception des communications agrégées, l’AFC disposera ainsi de près de huit mois pour les traiter jusqu’au délai fixé par les Etats-Unis au 30 septembre de la même année. Les parties ont également convenu que le délai de transmission des documents demandés devait être de huit mois à partir de la réception de la demande d’assistance administrative des Etats-Unis. Dès lors, si une demande groupée ne parvient qu’ultérieurement à l’AFC, la Suisse ne sera pas tenue de boucler la procédure d’assistance administrative dans un délai plus court. Cela signifie aussi que l’obligation de l’établissement financier suisse concerné de prélever un impôt à la source sur les paiements destinés à ces comptes prend effet non au 30 septembre de l’année suivante, mais seulement au terme d’une période de huit mois à partir de la réception de la demande groupée correspondante (cf. ch. 2.4.2).

Les par. 1, let. c, et 2, let. b, disposent qu’aucun nouveau compte ne pourra être ouvert à partir du 1^{er} janvier 2014 pour une personne américaine ou pour un établissement financier non participant si le titulaire ne donne pas son consentement à la communication des données détaillées du compte.

2.3.2 Art. 4 Disposition d’habilitation

En observant les obligations qui leur incombent du fait de leur assujettissement au FATCA, les établissements financiers suisses procèdent, sur le territoire suisse et pour un Etat étranger, à des actes qui relèvent des pouvoirs publics. Or, à défaut d’autorisation, de tels actes tombent sous le coup de l’art. 271 CP.

L’art. 4 indique donc clairement que les établissements financiers suisses qui concluent un contrat FFI avec l’IRS ou qui sont tenus de s’enregistrer auprès de ce dernier disposent de l’autorisation requise et ne sont par conséquent pas passibles des peines prévues à l’art. 271 CP.

La portée de cette autorisation des établissements financiers suisses à collaborer avec les autorités américaines est précisée au ch. 1 du protocole d’entente. Elle englobe les obligations découlant d’un contrat FFI en relation avec l’obtention de renseignements destinés à identifier des comptes américains, le respect des obligations de diligence lors de cette identification, les obligations de déclaration, l’obligation de retenir un impôt à la source sur les paiements aux clients américains non coopératifs et aux établissements financiers non participants, ainsi que l’obligation de clôturer les comptes des clients américains non coopératifs.

2.3.3 Art. 5 Echange de renseignements

Dans les pays qui ont conclu avec les Etats-Unis un accord de mise en œuvre du FATCA fondé sur l’échange automatique de renseignements (modèle 1), le secret bancaire ne peut pas être opposé aux autorités fiscales nationales. Les établissements financiers de ces pays sont donc tenus de communiquer tous les renseignements demandés en application du FATCA à leurs propres autorités fiscales. L’IRS obtient ainsi toutes les données requises sur les comptes américains gérés par ces établisse-

ments financiers directement des autorités fiscales de ces pays, par l'échange automatique de renseignements.

En revanche, selon le droit suisse, les banques n'ont pas le droit de communiquer des données de clients sans l'autorisation de ces derniers. Elles ne peuvent donc divulguer que les données des comptes des clients américains et des établissements financiers non participants qui y consentent expressément. Un client américain qui a déclaré son compte aux Etats-Unis de manière régulière n'a aucune raison de refuser la communication des données. On suppose dès lors que la majorité des clients qui ne fournissent aucune déclaration de consentement n'ont pas rempli leur obligation de déclaration pour le compte concerné. Pour éviter qu'un refus de consentement ne permette d'échapper à la taxation, le système est complété par un mécanisme d'échange de renseignements portant sur les données détaillées des comptes que l'établissement financier a dû fournir sous forme agrégée faute de déclaration de consentement. Le par. 1 permet en effet à l'IRS, en application de l'art. 26 de la convention en vue d'éviter les doubles impositions (version du 23 septembre 2009), de faire des demandes groupées sur les comptes américains et les établissements financiers non participants qui ont fait l'objet d'une communication sous forme agrégée et d'exiger les renseignements que l'établissement financier aurait dû transmettre s'il avait disposé d'une déclaration de consentement des titulaires des comptes. Il est explicitement précisé dans l'accord que les Etats-Unis ne peuvent présenter ces demandes qu'après l'entrée en vigueur du protocole d'amendement du 23 septembre 2009 et qu'elles s'appliquent uniquement aux renseignements concernant la période qui commence à l'entrée en vigueur de l'accord FATCA.

Etant donné que, selon le droit américain, la communication de renseignements n'est réputée complète que si elle contient le numéro TIN du titulaire du compte, l'établissement financier doit également exiger des clients américains qu'ils lui indiquent ce numéro.

Le par. 2 dispose que les renseignements ci-dessus sont vraisemblablement pertinents aux fins de l'application du droit fiscal américain, même si ni l'établissement financier ni aucun tiers n'ont contribué à l'inobservation de leurs obligations fiscales par les personnes composant le groupe.

Etant donné que, dans cette procédure, les personnes concernées ne peuvent contester pratiquement que leur statut de personnes américaines, l'accord prévoit au par. 3 de soumettre le traitement des demandes groupées de l'IRS à une procédure plus stricte:

- a. S'agissant des comptes de clients américains et d'établissements financiers non participants pour lesquels aucune déclaration de consentement n'a été fournie, l'AFC invite l'établissement financier concerné à lui transmettre dans les dix jours les documents décrits au par. 1.

Ce délai de dix jours peut sembler court, mais il est défini dans l'accord FATCA et ne peut dès lors être prolongé dans la loi FATCA. De plus, il concerne uniquement les comptes que l'établissement financier suisse rapporteur a dû communiquer sous une forme agrégée jusqu'au 31 janvier d'une année s'il ne disposait d'aucune déclaration de consentement ou (pour les comptes des personnes américaines) d'aucun numéro TIN à la fin de l'année précédente. L'établissement financier devrait préparer ces documents clients avant la réception de la demande – probable – d'assistance administrative américaine et, par conséquent, être en mesure de respecter ce délai.

- b. L’AFC examine dans chaque cas particulier si les conditions de la communication des renseignements sont réunies. Dans l’affirmative, elle rend une décision finale. Elle notifie celle-ci, sans indiquer le nom des clients, en la publiant dans la Feuille fédérale et sur son site Internet. Les décisions finales peuvent faire l’objet d’un recours auprès du TAF dans les 30 jours à compter de la publication dans la Feuille fédérale, avec copie à l’AFC. Si celle-ci juge le recours infondé, elle soumet immédiatement ses objections au TAF, qui statue en dernière instance. Si elle considère au contraire que le recours est fondé, l’AFC réexamine sa décision finale et en informe le TAF.
- c. L’AFC communique à l’IRS dans les huit mois à partir de la réception de la demande groupée les renseignements sur les comptes pour lesquels sa décision finale est exécutoire ou pour lesquels le TAF a rejeté l’éventuel recours la contestant. En outre, elle indique à l’IRS le nombre de cas liés à cette demande qui ne font pas l’objet d’une décision exécutoire au terme de ce délai. Enfin, elle informe l’établissement financier des cas qui n’ont pas encore pu être communiqués à l’IRS, afin que cet établissement puisse retenir l’impôt à la source sur les paiements destinés à ces comptes, en vertu de l’art. 7 (cf. ch. 2.4.2).

Cette procédure est précisée dans la loi FATCA (cf. ch. 3).

2.4 Partie C Obligations des Etats-Unis

2.4.1 Art. 6 Traitement des établissements financiers suisses

Les Etats-Unis traitent tout établissement financier suisse rapporteur enregistré auprès de l’IRS et remplissant les obligations découlant du contrat FFI comme s’il était conforme aux dispositions du FATCA et renoncent au prélèvement de l’impôt à la source sur les paiements qui lui sont destinés.

Toutefois, si l’IRS constate que l’établissement financier suisse enfreint gravement les obligations découlant du contrat FFI et ne met pas fin à ces manquements dans un délai de douze mois, les Etats-Unis se réservent le droit de le traiter comme un établissement financier non participant, conformément à l’art. 11, par. 2 (cf. ch. 2.5.1).

2.4.2 Art. 7 Suspension de l’obligation des établissements financiers suisses de retenir l’impôt à la source

Les Etats-Unis renoncent à obliger les établissements financiers suisses à retenir l’impôt à la source sur les paiements destinés à des comptes tenus par des clients américains n’ayant pas consenti à la communication des données de leurs comptes à l’IRS et à fermer ces comptes, à condition que l’établissement financier se soit conformé aux instructions de la Suisse selon l’art. 3 et que celle-ci ait communiqué les renseignements sollicités par l’IRS dans une demande groupée dans un délai de huit mois à partir de la réception de la demande.

L'établissement financier doit traiter comme des comptes dont les titulaires ne sont pas coopératifs les comptes pour lesquels l'AFC n'est pas en mesure de communiquer les renseignements demandés par l'IRS dans une demande groupée dans le délai de huit mois à partir de la réception de celle-ci. Cela signifie notamment que l'établissement financier est tenu de retenir l'impôt à la source sur tous les paiements de source américaine destinés à ces comptes exécutés pendant la période comprise entre la fin de ce délai de huit mois et le moment où l'AFC communique les données des comptes à l'IRS.

La dernière phrase du par. 2 précise que le montant de l'impôt à la source est à la charge du titulaire du compte. Sans cette disposition, l'établissement financier risquerait de devoir assumer lui-même cet impôt. Cette précision revêt une importance particulière dans le cas de rapports contractuels conclus pour une durée déterminée (par ex. contrats d'assurance susceptibles de rachat et contrats de rente).

2.4.3

Art. 8

Traitement de certains paiements transitant par les Etats-Unis et des produits bruts des ventes

Le FATCA prévoyait initialement que, à partir du 1^{er} janvier 2017, les paiements transitant par les États-Unis sans provenir de ceux-ci (*foreign passthru payments*) et destinés à des clients américains non coopératifs, de même que le produit brut de la vente de titres américains et non américains par ces clients, seraient soumis à un impôt à la source proportionnel. Le montant de cet impôt devait être calculé en fonction de la valeur des actifs américains de l'établissement financier par rapport à la valeur de l'ensemble de ses actifs.

Les Etats-Unis ont entre-temps reconnu que les charges résultant de cette solution la rendraient impraticable. C'est pourquoi ils prévoient désormais d'inscrire dans tous les accords FATCA (tant selon le modèle 1 que le modèle 2) une disposition engageant les parties à développer conjointement, ainsi qu'en collaboration avec d'autres partenaires, une solution de remplacement efficace et praticable visant à assurer l'imposition à la sources des paiements en transit et des produits bruts tout en occasionnant des charges aussi faibles que possible.

2.4.4

Art. 9

Exemption du FATCA ou reconnaissance de la conformité au FATCA de certains établissements et produits financiers suisses

En vue de l'application du FATCA, les Etats-Unis s'engagent à traiter les institutions et les produits de prévoyance constitués ou réglementés en Suisse répertoriés à l'annexe II comme des bénéficiaires effectifs exemptés, des établissements financiers réputés conformes au FATCA ou des produits exemptés.

Tout autre établissement financier suisse non rapporteur est également traité, selon le cas, comme un établissement réputé conforme au FATCA, un bénéficiaire effectif exempté ou un établissement faisant exception.

2.4.5

Art. 10 Dispositions spéciales concernant les entreprises associées et les succursales

Selon les dispositions d'exécution du Trésor américain, un établissement financier est considéré comme non participant s'il possède une entreprise associée ou une filiale dans un pays dont le droit ne permet pas à cette entreprise associée ou à cette filiale de remplir les obligations incombant à un établissement financier participant.

L'art. 10 prévoit néanmoins qu'un établissement financier suisse qui remplit les conditions des art. 6 ou 9 conserve son statut d'établissement financier participant ou réputé conforme au FATCA ou sa qualité de bénéficiaire effectif exempté même s'il possède une entreprise associée au sens de l'art. 2, par. 1, ch. 30, de l'accord ou une filiale dans une juridiction dont le droit ne permet pas à cette entreprise ou filiale de satisfaire entièrement aux exigences posées à un établissement financier participant ou réputé conforme au FATCA. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux conditions suivantes:

- a. l'établissement financier suisse doit traiter cette entreprise associée ou cette filiale comme un établissement financier non participant indépendant; de plus, l'entreprise associée ou la filiale doit se présenter aux agents payeurs soumis à l'obligation de retenir l'impôt à la source comme un établissement financier non participant;
- b. si le droit applicable le permet, l'entreprise associée ou la filiale doit identifier ses clients américains et communiquer à l'IRS les renseignements relatifs aux comptes de ces clients; et
- c. l'entreprise associée ou la filiale ne doit pas chercher activement à gérer des comptes américains pour des personnes américaines ou des établissements financiers non participants domiciliés dans une autre juridiction que la sienne; en outre, l'établissement financier suisse ne doit pas se servir de l'entreprise associée ou de la filiale pour contourner ses propres obligations.

Cette dérogation aux dispositions d'exécution définitives simplifie la procédure pour les établissements financiers suisses qui ont des filiales à l'étranger ou qui sont liés à des entreprises domiciliées à l'étranger.

2.5

Partie D Dispositions générales

2.5.1

Art. 11 Vérification et application

En cas d'erreurs minimes ou d'erreurs administratives se traduisant par la communication de renseignements inexacts ou incomplets, les Etats-Unis peuvent, en vertu du par. 1, demander des précisions, par écrit, directement à l'établissement financier concerné.

Selon le par. 2, s'ils constatent qu'un établissement financier enfreint gravement les obligations découlant d'un contrat FFI ou de l'accord, les Etats-Unis s'adressent à l'autorité suisse compétente. Si les manquements constatés ne sont pas corrigés dans un délai de douze mois, les Etats-Unis traitent cet établissement comme un établis-

sement financier non participant. L'IRS publiera une liste de tous les établissements financiers non participants situés dans les juridictions avec lesquelles il a conclu un accord FATCA.

Les par. 1 et 2 constituent des dispositions qui dérogent expressément aux prescriptions correspondantes des dispositions d'exécution définitives. Ils prévalent donc sur ces dernières (cf. ch. 2.1.1). Le ch. 1 du protocole d'entente précise à cet égard que la procédure en cas d'erreurs minimales ou administratives dans le contrat FFI ne sera pas en contradiction avec le par. 1 et il confirme que le par. 2 régit la procédure en cas d'infractions graves.

Le par. 3 prévoit que les autorités compétentes suisses et américaines peuvent se consulter pour régler les cas d'infractions graves.

Le par. 4 permet aux établissements financiers de confier l'exécution de leurs obligations à des prestataires de services externes. L'établissement financier en reste néanmoins pleinement responsable.

2.5.2 Art. 12 Egalité de traitement

S'ils concluent avec une autre juridiction un accord FATCA reprenant les mêmes obligations dans la partie B que celui passé avec la Suisse, mais conviennent de solutions plus avantageuses dans la partie C ou l'annexe I de l'accord, les Etats-Unis garantissent le même traitement à la Suisse. Ces solutions plus avantageuses s'appliquent automatiquement dès l'entrée en vigueur de l'accord FATCA conclu avec l'autre juridiction partenaire et valent comme si elles avaient également été convenues dans l'accord existant. La Suisse se réserve toutefois le droit d'y renoncer, notamment si une solution plus avantageuse nécessite de modifier d'autres éléments de l'accord et que la Suisse arrive à la conclusion que les changements n'apportent globalement aucune amélioration.

2.5.3 Art. 13 Echange réciproque de renseignements

Le modèle 1 d'accord FATCA proposé par les Etats-Unis, fondé sur l'échange automatique de renseignements par les autorités fiscales de l'autre cocontractant, comprend deux variantes: l'une sans réciprocité et l'autre avec réciprocité. Il ne s'agit cependant que d'une *réciprocité partielle*, car les Etats-Unis ne sont disposés à communiquer automatiquement que les revenus d'intérêts et les dividendes crédités sur les comptes de personnes résidant sur le territoire de l'autre cocontractant. Les accords conformes au modèle 1 que les Etats-Unis ont conclus avec le Royaume-Uni, le Danemark, le Mexique et l'Irlande prévoient une réciprocité partielle.

Dans le modèle 2 d'accord FATCA, aucune réciprocité allant au-delà des normes internationales n'est prévue, car la communication directe des informations de compte par les établissements financiers de l'autre Etat ne constitue pas un échange automatique de renseignements, mais uniquement l'application du standard international de l'OCDE en vigueur: elle ne peut dès lors pas être considérée comme étant de même nature. Toutefois, si la Suisse souhaitait mettre en œuvre le FATCA conformément au modèle 1 et collaborer à cet effet avec les Etats-Unis, ceux-ci se

déclarent disposés à négocier avec elle une réciprocité reposant sur les mêmes conditions que celles convenues avec les juridictions partenaires ayant opté pour le modèle 1.

2.6 **Partie E** **Dispositions finales**

2.6.1 **Art. 14** **Consultations et modifications**

Le par. 1 prévoit qu'en cas de difficultés dans la mise en œuvre ou l'interprétation de l'accord, chacune des parties peut demander l'ouverture de consultations visant à l'aplanir.

Selon le par. 2, l'accord peut être modifié par écrit d'entente entre les parties. Sauf convention contraire, les modifications entrent en vigueur conformément à la procédure fixée à l'art. 16, par. 1 (cf. ch. 2.6.3).

2.6.2 **Art. 15** **Annexes**

Les annexes I et II font partie intégrante de l'accord.

2.6.3 **Art. 16** **Durée de l'accord**

L'accord entre en vigueur dès que les deux parties se sont mutuellement notifié par écrit, par la voie diplomatique, que la procédure requise par leur législation est achevée.

Chaque partie peut dénoncer l'accord par écrit à tout moment, moyennant un préavis de douze mois. La résiliation prend effet le premier jour du mois qui suit l'expiration de ce préavis.

2.6.4 **Clause finale**

Il était initialement prévu que l'accord soit signé simultanément en langues anglaise et allemande, les deux versions linguistiques faisant également foi. Or la vérification par les Etats-Unis de la conformité de la traduction allemande exécutée par la Suisse avec la version anglaise a pris beaucoup de temps. En vue d'une signature rapide de l'accord – notamment compte tenu du temps nécessaire à la procédure d'approbation en Suisse –, il a été convenu de ne signer que la version anglaise et de confirmer dans le cadre d'un échange de notes diplomatiques que les textes allemand et anglais correspondent et que les deux versions font également foi. Cet échange de notes s'est achevé le 27 mars 2013.

2.7 Annexe I

2.7.1 Par. I Généralités

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.

2.7.2 Par. II Comptes individuels préexistants

Le par. II indique comment l'établissement financier doit vérifier si les titulaires des comptes qu'il gère au 31 décembre 2013 et qui sont détenus par des personnes physiques sont des personnes américaines.

L'annexe I vise le ou les titulaires formels du compte, et non son ou ses bénéficiaires effectifs.

2.7.2.1 Comptes faisant exception

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

- a. les comptes dont le solde au 31 décembre 2013 n'excède pas 50 000 dollars;
- b. les contrats d'assurance susceptibles de rachat et les contrats de rente dont le solde au 31 décembre 2013 n'excède pas 250 000 dollars;
- c. 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 Etats-Unis est proscrite par des lois ou des dispositions d'exécution en vigueur en Suisse ou aux Etats-Unis;
- d. les comptes de dépôt dont le solde ou la valeur n'excède pas 50 000 dollars.

Si le solde d'un compte n'excédant pas 50 000 dollars ou celui d'un contrat d'assurance susceptible de rachat ou d'un contrat de rente n'excédant pas 250 000 dollars s'élève à la fin d'une année civile ultérieure à plus de 1 million de dollars et devient ainsi un compte de valeur élevée, l'établissement financier doit appliquer la procédure élargie de vérification (cf. ch. 2.7.2.3) dans un délai de six mois à partir de la fin de l'année civile concernée.

2.7.2.2

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 au 31 décembre 2013, mais est inférieur à 1 million de dollars, l'établissement financier est tenu de vérifier les données d'identification de 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 Etats-Unis;
- b. indication non équivoque d'un lieu de naissance situé aux Etats-Unis;
- c. adresse postale ou adresse de domicile actuelle situé aux Etats-Unis;
- d. numéro de téléphone actuel américain;
- e. ordre permanent de virement d'argent sur un compte géré aux Etats-Unis;
- f. procuration ou autorisation de signature en faveur d'une personne dont l'adresse est située aux Etats-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 Etats-Unis) n'amène à associer l'un de ces indices au compte. L'obligation d'effectuer une vérification élargie au sens du ch. 2.7.2.3 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 Etats-Unis constitue un indice fort de la qualité de personne américaine du client, car une naissance aux Etats-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 Etats-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 Etats-Unis. Ce dernier cas s'applique, par exemple, aux enfants des diplomates étrangers ou des fonctionnaires consulaires en poste aux Etats-Unis.

Lorsqu'il existe une adresse postale ou une adresse de domicile actuelle aux Etats-Unis ou lorsqu'un ou plusieurs numéros de téléphone américains sont les seuls 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 Etats-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 Etats-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 Etats-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 le 31 décembre 2015 au plus tard.

2.7.2.3 Comptes de valeur élevée

Les comptes individuels préexistants dont le solde au 31 décembre 2013 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 le 31 décembre 2014 au plus tard.

Les comptes individuels préexistants qui ne sont pas de valeur élevée au 31 décembre 2013, 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.

2.7.3 Par. III Nouveaux comptes individuels

2.7.3.1 Comptes faisant exception

Les comptes de dépôt ouverts après le 31 décembre 2013, 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. Si l'art. 3, par. 1, let. c, de l'accord exige l'obtention du consentement pour la communication des données pour tous les nouveaux comptes, l'obligation de déclaration ne prend effet que lorsque le solde du compte dépasse ultérieurement ce seuil.

2.7.3.2 Autres nouveaux comptes individuels

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 le 31 décembre 2013 ne remplit plus la condition visée au ch. 2.7.3.1 – une autodéclaration permettant de déterminer si le titulaire du compte a sa résidence fiscale aux Etats-Unis. L'établissement financier doit vérifier la plausibilité de cette autodéclaration selon les dispositions d'exécution définitives.

2.7.4 Par. IV Comptes commerciaux préexistants

2.7.4.1 Comptes faisant exception

Les comptes commerciaux dont le solde au 31 décembre 2013 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.

2.7.4.2 Comptes commerciaux soumis à vérification

Les comptes dont le solde au 31 décembre 2013 excède 250 000 dollars, ainsi que ceux visés au ch. 2.7.4.1 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, ch. 27, de l'accord, ou
- par des NFFE (*non-financial foreign entities*) passives telles que définies aux par. VI. B. 3 et 4 de l'annexe I (cf. ch. 2.7.6), qui sont contrôlées au sens de l'art. 1, par. 1, ch. 32, de l'accord par une ou plusieurs personnes possédant la citoyenneté américaine ou résidant aux Etats-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 sous forme agrégée dans les communications visées à l'art. 3, par. 2, let. a (ii), de l'accord.

La vérification des comptes commerciaux préexistants dont le solde au 31 décembre 2013 excède 250 000 dollars doit être achevée le 31 décembre 2015 au plus tard. Les comptes dont le solde n'atteint pas ce montant au 31 décembre 2013, 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.

2.7.5 Par. V Nouveaux comptes commerciaux

Quel que soit leur solde, les comptes commerciaux ouverts à partir du 1^{er} janvier 2014 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.

L'IRS s'est engagée à publier des listes sur le statut des établissements financiers.

2.7.6 Par. VI Dispositions particulières et définitions

Selon le par. VI. B. 3, on entend par «NFFE passive» une NFFE non américaine qui n'est pas une NFFE active, ni une société de personnes étrangère ou un trust étranger soumis à l'imposition à la source. Le par. IV. B. 4 dresse la liste des critères non cumulatifs permettant de qualifier une NFFE de «NFFE active». Il s'agit notamment des critères suivants:

- 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;
- les actions de la NFFE sont cotées en bourse ou la NFFE est associée à une entreprise cotée en bourse;
- l'activité principale de la NFFE consiste à détenir des participations dans des filiales qui ne sont pas des établissements financiers;
- dans son Etat de domicile, la NFFE est une organisation exemptée d'impôt, constituée à des fins religieuses, caritatives, scientifiques, artistiques, culturelles ou éducatives.

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

2.8

Annexe II

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

2.8.1

Par. I

Bénéficiaires effectifs exemptés

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 institutions suivantes sont réputées 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.

Les banques cantonales ne bénéficient pas de l'exemption, même si elles sont détenues à 100 % par un canton. Les comptes qu'elles gèrent peuvent en effet être détenus par des personnes qui sont également soumises au fisc américain et être utilisés pour se soustraire aux impôts américains. Les banques cantonales doivent donc s'enregistrer auprès de l'IRS. Si les avoirs qu'elles gèrent ne sont pas détenus à raison de plus de 2 % par des titulaires de compte résidant hors de la Suisse ou de l'UE, elles ont toutefois la qualité d'établissements financiers avec clientèle locale, enregistrés et réputés conformes au FATCA, au sens de l'annexe II, par. II. A. 1 (cf. ch. 2.8.2.1, let. a), pour autant que les autres conditions soient également remplies.

Les institutions d'épargne en faveur des employés (Caisse d'épargne du personnel fédéral et institutions similaires d'autres collectivités publiques, par ex.) ne bénéficient pas non plus de l'exemption, car les comptes gérés par ces institutions peuvent, lorsqu'ils sont détenus par des personnes assujetties à l'impôt aux Etats-Unis, servir à soustraire des impôts aux Etats-Unis. Ces caisses d'épargne ont donc l'obligation de s'enregistrer auprès de l'IRS. Une fois enregistrées, elles pourront en règle générale se prévaloir du statut d'établissement financier enregistré réputé conforme au FATCA avec clientèle locale au sens de l'annexe II, par. II. A. 1: on ne peut en effet guère imaginer que plus de 2 % des avoirs qu'elles gèrent appartiennent à des détenteurs de comptes résidant hors de Suisse ou de l'Union européenne. En ce qui concerne la Caisse d'épargne du personnel fédéral, relevons que, conformément à la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) et à la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), les membres du DFAE travaillant pour la Confédération au sein des ambassades et des consulats qu'elle possède à l'étranger, de même que les membres de leur famille vivant dans le même ménage, sont réputés domiciliés en Suisse pour leur imposition fiscale.

- b. La Banque nationale suisse et tout établissement qu'elle détient entièrement.

Les explications de la let. a concernant les institutions d'épargne du personnel de collectivités publiques s'appliquent également à l'institution similaire de la Banque nationale.

- c. 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 internationales¹. 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 Etats-Unis 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

¹ 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.

fiscale avec la Suisse² pourraient également être considérées comme bénéficiaires effectifs exemptés.

- d. Toutes les institutions de prévoyance.

En font partie les institutions du 2^e pilier et du pilier 3a, les institutions de libre passage, l'institution supplétive selon l'art. 60 LPP, 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.

2.8.2 Par. II Établissements financiers réputés conformes au FATCA

Les établissements financiers réputés conformes au FATCA énumérés au par. II 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 (cf. ch. 1.3.1).

2.8.2.1 Établissements financiers enregistrés réputés conformes au FATCA

Entrent dans cette catégorie les établissements financiers avec clientèle locale (par. II. A. 1), les conseillers suisses en placements (par. II. A. 2), ainsi que certaines entreprises d'investissement et certains véhicules de placement collectif (par. II. C).

- 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 et 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. Puisque 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.

² 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.

- (ii) 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 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'Union européenne (cf. ch. (iv)), le démarchage de clients hors de Suisse est donc interdit. Cette disposition correspond également à la teneur des accords que les Etats-Unis ont conclus avec le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande. Une banque locale suisse n'est par exemple pas autorisée à démarcher des clients dans le nord de l'Allemagne.

- (iii) 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.

- (iv) 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 Etats membres de l'Union européenne.

Selon les dispositions d'exécution définitives du Trésor américain, cette extension à l'ensemble de l'UE de la notion de clientèle locale ne s'applique qu'aux établissements financiers d'Etats de l'UE. Ce n'est qu'au cours de la phase finale des négociations que les Etats-Unis ont accepté de concéder cette extension à la Suisse. 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, tandis que la clientèle locale d'un établissement sis dans un pays de l'UE ne comprend que les personnes résidant dans un autre Etat membre de l'UE, mais pas en Suisse.

- (v) Dès le 1^{er} janvier 2014, l'établissement financier n'aura 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 Etats-Unis.

- (vi) D'ici au 1^{er} janvier 2014, l'établissement financier devra avoir mis 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 Etats-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.

- (vii) 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.
- (viii) Toute entreprise associée à l'établissement financier doit être enregistrée ou constituée en Suisse et remplir les mêmes conditions que lui.
- (ix) 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 Etats-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'Etat où elle réside, il se montre peu compréhensif face au désir d'une personne résidant aux Etats-Unis de détenir un compte dans un établissement financier étranger, même si la législation américaine ne l'interdit pas. On peut par ailleurs se demander s'il serait dans l'intérêt d'établissements financiers suisses réputés conformes au FATCA d'être tenus d'accepter sans discrimination parmi leurs clients des ressortissants suisses résidant aux Etats-Unis. 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. Les conseillers suisses en placements sont réputés conformes si leur activité consiste exclusivement à fournir à des tiers, sur la base d'une procuration ou d'un mandat similaire, des conseils de placement pour des avoirs que les clients ont déposés auprès d'un établissement financier autre que non participant.
- c. 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. Cette condition peut être considérée comme remplie, puisque les fonds de placement suisses doivent conserver leur fortune auprès d'une banque dépositaire soumise à la loi sur les banques. Les obligations d'identification et de communication incombent dès lors à la banque.

De nombreux fonds de placement donnent à l'investisseur le droit d'émettre des titres de participation physiques. Si ces titres sont établis au porteur, le risque existe, du point de vue des Etats-Unis, qu'ils soient utilisés pour contourner des obligations fiscales américaines. C'est pourquoi l'accord exige qu'un véhicule de placement collectif réputé conforme au FATCA n'émette plus aucun titre physique au porteur après le 31 décembre 2012 ou, s'il en émet après cette date, qu'il les retire de la circulation avant l'entrée en

vigueur de l'accord. De plus, le véhicule de placement collectif est tenu d'assurer le rachat de tous les titres physiques au porteur avant le 1^{er} janvier 2017.

L'art. 144c, al. 7, de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.311) prévoit à titre transitoire que les certificats créés comme des papiers-valeurs selon l'art. 108, al. 2, de l'ordonnance, et libellés au nom du détenteur doivent être convertis en papiers-valeurs libellés au nom d'une personne déterminée d'ici au 31 décembre 2016.

2.8.2.2 Etablissements financiers certifiés réputés conformes au FATCA

Cette catégorie comprend les institutions à but non lucratif constituées en Suisse à des fins religieuses, caritatives, éducatives, scientifiques, culturelles ou à d'autres fins d'utilité publique, exemptées de l'impôt sur le revenu en Suisse en raison de leur but, ainsi que les communautés de copropriétaires par étages.

2.8.3 Par. III Produits exemptés

Le par. III 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'OPP 3 (RS 831.461.3), ainsi que les autres comptes ou produits détenus par un ou plusieurs bénéficiaires effectifs exemptés.

2.9 Protocole d'entente

Le protocole d'entente ne vise à créer ni de nouveaux droits ni de nouvelles obligations. Sans conséquences juridiques contraignantes, il permet aux deux parties d'apporter des précisions d'ordre administratif et technique sur certains points. Cette entente entre les autorités des deux Etats sera portée à la connaissance des Chambres fédérales dans le cadre du message sur le FATCA, mais à titre d'information seulement et non pour approbation.

Voici les points que la Suisse jugeait importants et pour lesquels elle a obtenu que le protocole d'entente prévoie des règles d'interprétation:

Le ch. 1 décrit les obligations découlant d'un contrat FFI en ce qui concerne la collecte d'informations aux fins d'identification de comptes américains, le respect des obligations de diligence en matière d'identification de comptes américains, la communication, le prélèvement des impôts à la source sur des paiements destinés à

des clients américains non disposés à coopérer et à des établissements financiers non participants, ainsi que la fermeture des comptes de clients américains non disposés à coopérer. Le ch. 1 du protocole spécifie par ailleurs que le contrat FFI ne doit pas être en contradiction avec la procédure prévue dans l'accord FATCA en cas d'erreurs minimales ou d'erreurs administratives, voire en cas d'infractions graves (art. 11, par. 1 et 2, de l'accord; cf. ch. 2.5.1).

Le ch. 2 souligne que les communications prévues par l'accord d'intermédiaire qualifié (*Qualified Intermediary Agreement*) et l'accord FATCA seront coordonnées, afin d'éviter que les annonces ou les prélèvements d'impôts ne soient effectués deux fois. Cette mise au point reflète les préoccupations du secteur bancaire.

Le ch. 3 précise que l'identification d'établissements financiers suisses non rapporteurs au sens de l'annexe II remplace la vérification individuelle prévue dans les dispositions d'exécution définitives. Cette spécificité sera prise en considération dans les formulaires destinés aux établissements suisses. Elle leur permettra de bénéficier de simplifications effectives de la procédure. Ce point répond plus particulièrement aux préoccupations de l'Office fédéral des assurances sociales et du Département fédéral des affaires étrangères.

Après la publication des dispositions d'exécution définitives du Trésor américain, il est apparu que la définition de certaines notions s'écartait de celle adoptée dans l'art. 2 de l'accord FATCA. Le ch. 4 prévoit que les établissements financiers suisses pourront utiliser les définitions contenues dans les dispositions d'exécution finales, pour autant que cette application n'entrave pas les buts de l'accord FATCA tels qu'ils sont formulés dans l'art. 1. Cette précision garantit aux établissements financiers suisses que la prééminence des dispositions expresses de l'accord FATCA sur les dispositions d'exécution finales ne jouera pas en leur défaveur.

La Suisse souhaitait par ailleurs s'assurer que la responsabilité des employés appelés à signer des attestations de conformité au nom d'une autorité ou d'un organisme étatique (telle l'AVS) ne puisse pas être soumise au droit pénal américain, mais que l'établissement d'une attestation inexacte soit soumis aux dispositions pénales de la loi FATCA. Les Etats-Unis ont rejeté cette demande. Le Trésor américain a toutefois relevé que les bénéficiaires effectifs exemptés au sens de l'annexe II, par. I, de l'accord ne sont pas tenus d'établir des attestations de conformité concernant leur propre statut sur des formulaires spéciaux soumis aux dispositions légales américaines sur le parjure. Selon les dispositions d'exécution définitives, une attestation de conformité peut être établie sous la forme d'une déclaration de retenue (*withholding statement*), dont la signature n'est pas soumise aux sanctions pour parjure. Le but recherché a donc été atteint sans disposition particulière figurant au protocole.

Le protocole d'entente sera signé prochainement.

3 Commentaire de l'acte de mise en œuvre

3.1 Présentation de la loi FATCA

L'accord FATCA contient des dispositions détaillées directement applicables. Certaines d'entre elles doivent néanmoins être précisées dans une loi fédérale. La loi FATCA contient ces dispositions de mise en œuvre de l'accord.

3.2 Commentaire des dispositions

3.2.1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

La loi FATCA règle les points suivants:

- a. les obligations des établissements financiers suisses envers l'IRS;
- b. l'échange de renseignements entre l'AFC et l'IRS;
- c. le prélèvement d'un impôt à la source;
- d. les peines réprimant les infractions à l'accord FATCA et à la loi FATCA.

Art. 2 Droit applicable

Al. 1

Les rapports juridiques entre les établissements financiers suisses et l'IRS sont soumis au droit applicable aux Etats-Unis, sauf disposition contraire de l'accord FATCA. Pour le rapport entre les dispositions de l'accord FATCA et les dispositions d'exécution du Trésor américain, voir ch. 2.1.1.

Al. 2

L'annexe I de l'accord FATCA définit les obligations de diligence des établissements financiers suisses pour l'identification et la déclaration de comptes américains et de paiements à certains établissements financiers non participants (pour les définitions, cf. art. 3). A la place des procédures, décrites à l'annexe I, visant à déterminer si un compte est un compte américain ou un compte tenu par un établissement financier non participant, les établissements financiers peuvent s'appuyer sur les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain (consultables sur www.irs.gov), conformément au droit d'option prévu par l'annexe I, par. I. C, de l'accord FATCA.

Al. 3

Le protocole d'entente (cf. ch. 2.9) prévoit que les établissements financiers suisses ont le droit d'utiliser les définitions figurant dans les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain au lieu de celles mentionnées dans l'accord FATCA. Ce droit leur a été accordé parce qu'au moment de la clôture des négociations sur l'accord FATCA, la version définitive des dispositions d'exécution américaines n'avait pas encore été publiée et que certaines des définitions qui s'y trouvent sont plus avantageuses pour les établissements financiers que celles qui leur correspondent dans l'accord FATCA. L'objectif est d'éviter toute discrimination des établissements financiers suisses par rapport aux établissements soumis aux dispositions d'exécution (cf. ch. 2.1.1). Comme le précise le protocole d'entente, cette application ne doit pas entraver les buts de l'accord FATCA tels qu'ils sont définis dans son art. 1.

Art. 3 Définitions

Al. 1

La loi FATCA ne contient pas de définitions spécifiques. Elle renvoie à celles données à l'art. 2, par. 1, de l'accord FATCA.

Al. 2

Il se peut que le droit américain contienne des définitions non conformes à celles figurant dans l'accord FATCA. Or, conformément à l'al. 1, les définitions de l'accord FATCA sont déterminantes pour l'application de la loi FATCA. Si un établissement financier suisse fait les choix visés à l'art. 2, al. 2 ou 3, en s'appuyant sur le droit américain pour respecter ses obligations de diligence, les termes utilisés dans la loi FATCA s'entendent au sens des définitions figurant dans les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain. A défaut, l'efficacité du droit d'option serait limitée par les définitions de l'accord FATCA.

3.2.2 Obligations

Art. 4 Obligation d'enregistrement

Al. 1

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

Al. 2

L'annexe II, par. I, de l'accord FATCA 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.

L'annexe II, par. I. B, de l'accord FATCA définit les établissements financiers certifiés réputés conformes au FATCA. Il s'agit des institutions à but non lucratif constituées et gérées en Suisse dans l'intérêt public, à des fins religieuses, caritatives, éducatives, scientifiques, culturelles ou autres, et exemptées en Suisse de l'impôt sur le revenu en raison de leur but, et des communautés de copropriétaires par étages constituées sur la base de l'art. 712I, al. 2, CC.

Par conséquent, l'al. 2 prévoit que les établissements suivants ne sont pas tenus de s'enregistrer:

- a. les établissements financiers suisses mentionnés à l'annexe II, par. I et II. B, de l'accord FATCA;
- b. les établissements financiers qui relèvent des catégories énoncées à l'annexe II, par. I et II. B, de l'accord FATCA en vertu de la législation applicable aux Etats-Unis.

Art. 5 Obligations découlant d'un contrat FFI

Al. 1

Les établissements financiers suisses soumis à l'obligation de s'enregistrer conformément à l'art. 4 doivent remplir les obligations découlant d'un contrat FFI pour tous leurs clients, exception faite des cas prévus aux alinéas suivants.

Al. 2

Les conseillers suisses en placements mentionnés à l'annexe II, par. II. A. 2, et les véhicules de placement collectif particuliers mentionnés à l'annexe II, par. II. C, de l'accord FATCA, ne sont pas tenus de remplir ces obligations pour les comptes qu'ils gèrent s'il est garanti qu'un autre établissement financier s'en acquitte (exemples: un établissement financier soumis à l'obligation de s'enregistrer conformément à l'al. 1 abritant le compte de dépôt du client d'un conseiller suisse en placements ou un établissement financier participant qui détient toutes les participations à un véhicule de placement collectif).

Al. 3

Les établissements financiers avec clientèle locale définis à l'annexe II, par. II. A. 1, de l'accord FATCA doivent, conformément aux let. f à h de l'annexe II, par. A. 1, remplir ces obligations pour tous les comptes qu'ils gèrent qui sont détenus par des personnes physiques non domiciliées en Suisse ou par des entreprises.

Art. 6 Bénéficiaires effectifs, comptes et produits exemptés

Pour un établissement financier soumis à l'obligation de s'enregistrer conformément aux art. 4 et 5 et tenu de remplir les obligations découlant d'un contrat FFI, les obligations visées à l'art. 5 se limitent, pour les comptes et les produits de bénéficiaires effectifs exemptés conformément à l'annexe II, par. I, de l'accord FATCA ou certains comptes ou produits de prévoyance ou certains autres comptes ou produits fiscalement avantagés mentionnés à l'annexe II, par. III, de l'accord FATCA, à la constatation que ces comptes ou ces produits sont exclus du champ d'application du FATCA. En cas de suppression des obligations découlant de la législation applicable aux Etats-Unis ou des dispositions d'exécution applicables du Trésor américain, cette disposition ne crée pas de nouvelles obligations.

Art. 7 Obligation d'identification

L'art. 3 de l'accord FATCA oblige la Suisse à donner à tous les établissements financiers suisses rapporteurs les instructions suivantes:

- s'enregistrer jusqu'au 31 décembre 2013 auprès de l'IRS et accepter de remplir les obligations figurant dans un contrat FFI, notamment en ce qui concerne les obligations de diligence, les communications et la retenue de l'impôt à la source;
- en ce qui concerne les comptes américains préexistants:
 - demander à chaque titulaire de compte son consentement à la communication des données de son compte;
 - communiquer chaque année à l'IRS les renseignements concernant les comptes américains sans déclaration de consentement;

- en ce qui concerne les nouveaux comptes identifiés comme comptes américains, se procurer auprès du titulaire de compte, avant toute ouverture de compte, son consentement à la communication des données conformément aux dispositions d'un contrat FFI.

L'annexe I de l'accord FATCA règle les obligations de diligence en matière d'identification et de déclaration de comptes américains et de paiements à certains établissements financiers non participants. L'art. 7 renvoie à l'annexe I de l'accord FATCA pour ce qui est du devoir d'identification concernant les comptes américains gérés par les établissements financiers rapporteurs. Le droit d'option prévu à l'art. 2, al. 2 est réservé.

Art. 8 Preuve que le titulaire du compte n'est pas une personne américaine

Al. 1

Lorsqu'un établissement financier suisse rapporteur demande au titulaire d'un compte de consentir à la communication des données concernant son compte conformément à l'art. 3 de l'accord FATCA (cf. commentaire de l'art. 7), le titulaire du compte peut exiger de cet établissement une copie des documents qui ont conduit à le considérer comme une personne américaine.

Al. 2

Lorsqu'il fournit les preuves visées à l'annexe I, par. II B. 4, de l'accord FATCA, le titulaire du compte peut faire valoir qu'il n'est pas une personne américaine. Si les preuves fournies le confirment, l'établissement financier suisse rapporteur le note dans les documents relatifs au compte et informe le titulaire du compte de cette annotation. Dès ce moment, il ne considère plus le titulaire du compte comme une personne américaine.

Art. 9 Ouverture d'un nouveau compte ou prise d'un nouvel engagement

Al. 1

Un établissement financier suisse rapporteur ne peut ouvrir de nouveau compte pour une personne américaine que si le titulaire du compte donne son consentement à la communication des données de ce compte à l'IRS, conformément aux exigences de l'art. 3, al. 1, let. c, de l'accord FATCA. Le titulaire du compte doit en outre lui indiquer son numéro TIN dans les 90 jours suivant l'ouverture du compte, sans quoi le compte devra être fermé.

Al. 2

Si l'établissement financier suisse rapporteur s'attend à payer un montant étranger soumis à communication du fait de l'ouverture d'un nouveau compte pour un établissement financier non participant ou du fait d'un engagement envers un tel établissement, il ne peut ouvrir de nouveau compte ou prendre un engagement envers cet établissement avant d'avoir obtenu son consentement à la communication de renseignements à l'IRS.

Art. 10 Obligation de communication

Al. 1

Selon l'art. 3 de l'accord FATCA, les établissements financiers suisses rapporteurs sont tenus de communiquer chaque année les données requises. Ces données sont énumérées dans la loi FATCA.

Let. a

Selon l'al. 1, let. a, un établissement financier suisse rapporteur doit communiquer chaque année à l'IRS les données des comptes de toutes les personnes américaines qui ont donné leur consentement à la communication (cf. art. 3, par. 1, let. b (ii), de l'accord FATCA) et indiqué leur numéro TIN. Cette communication doit remplir, en matière de contenu et de délais, les conditions fixées dans le contrat FFI et les dispositions d'exécution du Trésor américain, et mentionner notamment l'état du compte ainsi que les revenus déterminants crédités sur ce compte ou les recettes réalisées. La date de la communication est également fixée dans le contrat FFI ou, le cas échéant, les dispositions d'exécution du Trésor américain.

Let. b

L'accord régit uniquement la communication des données des comptes pour lesquels aucune déclaration de consentement n'a été fournie (cf. art. 3, par. 1, let. b (iii), de l'accord FATCA). Les comptes pour lesquels aucun numéro TIN n'a été indiqué sont traités de manière analogue, une communication selon l'al. 1, let. a n'étant complète que si elle contient ce numéro. Selon l'al. 1, let. b, la communication de ces données doit avoir lieu au plus tard le 31 janvier de l'année suivante et comprendre le nombre et le total des avoirs de tous les comptes américains (données agrégées).

Al. 2

Let. a

L'accord FATCA prévoit également, pour les années civiles 2015 et 2016, la communication de certaines données concernant d'autres comptes ou d'autres engagements envers des établissements financiers non participants (cf. art. 3, par. 2, de l'accord FATCA). Il s'agit des comptes d'établissements financiers qui n'appliquent pas le FATCA (par ex. parce que l'établissement financier ne veut pas assumer les charges liées à la communication). Les données relatives aux comptes ou aux engagements envers des établissements financiers exemptés ou faisant exception ne sont pas communiquées. Si l'établissement financier non participant fournit une déclaration de consentement, la communication des données s'effectue, selon l'al. 2, let. a, conformément aux dispositions d'exécution applicables du Trésor américain.

Let. b

Si aucune déclaration de consentement n'a été fournie, les données sont communiquées sous forme agrégée, selon l'al. 2, let. b, au plus tard le 31 janvier de l'année suivante. Elles comprennent les montants étrangers soumis à communication payés durant l'année concernée aux établissements financiers non participants ainsi que le montant total de ces paiements.

3.2.3 Echange de renseignements

Art. 11 Demandes groupées

Conformément à l'art. 3, par. 1, let. b (i) et 2, let. a (i), de l'accord FATCA, l'établissement financier informe le titulaire de compte, par lettre de l'AFC, que s'il n'indique pas son numéro TIN ou ne donne pas le consentement requis, les données de son compte seront communiquées à l'IRS sous forme agrégée et que cette communication peut donner à l'IRS un motif pour exiger par demande groupée des renseignements spécifiques sur le compte.

L'AFC accepte les demandes groupées que l'IRS dépose sur la base des renseignements qui lui ont été communiqués en vertu de l'art. 10, al. 1, let. b, ou 2, let. b.

Art. 12 Procédure

Al. 1

La procédure applicable aux demandes groupées est réglée à l'art. 5 de l'accord FATCA. L'art. 10 prévoit en outre que l'AFC annonce simultanément dans la Feuille fédérale et sur son site Internet:

- a. qu'elle a reçu une demande groupée;
- b. qu'une décision finale sera rendue pour chaque compte concerné par la demande groupée;
- c. que chaque titulaire de compte a la possibilité de prendre position auprès de l'AFC, dans les 20 jours à compter de l'annonce, sur la transmission envisagée des données le concernant à l'IRS. Cette position est prise en compte dans la décision finale.

Al. 2

L'AFC demande simultanément à l'établissement financier suisse rapporteur de lui transmettre séparément, dans les dix jours:

- a. les données soumises à communication des comptes compris dans la communication agrégée, sous forme électronique;
- b. les documents lui permettant de vérifier si les comptes concernés sont soumis à communication.

Al. 3

La décision finale et la procédure de recours sont régies par les dispositions de l'art. 5, par. 3, let. b, de l'accord FATCA. L'AFC rend des décisions finales et les notifie aux personnes concernées, sans mentionner de nom, par une publication dans la Feuille fédérale et sur son site Internet. La décision finale peut faire l'objet d'un recours dans les 30 jours suivant la publication dans la Feuille fédérale. Le recours doit être déposé auprès du Tribunal administratif fédéral. Une copie du recours est envoyée à l'AFC. Si l'AFC juge le recours infondé, elle soumet immédiatement ses observations pour décision au Tribunal administratif fédéral, indépendamment des délais fixés par celui-ci. La décision du Tribunal administratif fédéral est définitive. Si l'AFC considère que le recours est fondé, elle réexamine sa décision finale et avise immédiatement le Tribunal administratif fédéral, indépendamment des délais fixés par celui-ci.

Art. 13 Transmission des données

Al. 1

Lorsqu'une décision finale devient exécutoire ou qu'un recours déposé contre elle est rejeté, l'AFC transmet les données concernant le compte à l'IRS.

Al. 2

L'AFC rappelle à l'IRS les restrictions concernant l'utilisation des renseignements transmis et l'obligation de garder le secret arrêtées à l'art. 26 de la convention conclue avec les Etats-Unis en vue d'éviter les doubles impositions.

Al. 3

L'AFC informe en outre l'IRS du nombre de cas pour lesquels l'assistance administrative n'est pas accordée.

Art. 14 Procédure applicable aux avoirs en déshérence

Les établissements financiers doivent inclure dans leur communication agrégée les comptes américains en déshérence au sens de l'art. 371, al. 4, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB; RS 952.0), pour lesquels il leur est par définition impossible d'obtenir la déclaration de consentement pour la communication des données concernant le compte. L'art. 14 prévoit une procédure spéciale pour ces comptes en déshérence.

Al. 1

L'établissement financier transmet les documents à l'AFC en précisant qu'il s'agit de comptes en déshérence. Il doit également lui transmettre séparément les documents qui l'ont conduit à traiter le compte comme un compte américain.

Al. 2

L'AFC ne rend pas de décisions finales pour ce type de compte.

Al. 3

L'AFC transmet à l'IRS, dans les huit mois à compter de la réception de la demande d'assistance administrative, les données concernant les comptes devant être considérés comme des comptes américains sur la base des documents, transmis séparément par l'établissement financier, relatifs au statut américain du dernier titulaire connu.

Al. 4

L'AFC informe en outre l'IRS du nombre de cas pour lesquels l'assistance administrative n'est pas accordée.

Art. 15 Droit applicable

Sauf disposition contraire de l'accord FATCA ou de la loi FATCA, l'échange de renseignements est régi par la loi du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative.

3.2.4 Impôt à la source

Art. 16 Prélèvement

Al. 1

Conformément à l'art. 5, par. 3, let. c, de l'accord FATCA, l'AFC transmet à l'autorité américaine compétente tous les renseignements demandés, dans un délai de huit mois à compter de la réception de la demande groupée (cf. commentaire de l'art. 11).

Si l'AFC n'est pas en mesure de respecter ce délai, elle en informe l'établissement financier suisse rapporteur. Elle lui communique en outre le plus rapidement possible la date à laquelle la transmission à l'IRS aura lieu.

Al. 2

L'établissement financier est tenu de prélever sur tous les revenus crédités sur le compte l'impôt à la source prévu par les dispositions d'exécution applicables du Trésor américain, conformément à l'art. 7, par. 2, de l'accord FATCA. Ce prélèvement commence huit mois après la réception de la demande groupée et prend fin le jour où l'AFC transmet à l'IRS les informations demandées.

Si l'impôt à la source prélevé se révèle injustifié (par ex. à la suite d'une décision du Tribunal administratif fédéral), son remboursement peut être exigé. Une telle procédure peut être longue et entraîner des frais élevés. Les clients qui ne sont pas des personnes américaines, mais sont considérées comme telles par leur banque en raison d'indices incomplets, devraient clarifier le plus tôt possible leur statut avec leur banque. Cette clarification devrait permettre, dans de nombreux cas, d'éviter tout prélèvement injustifié de l'impôt à la source.

Al. 3

L'établissement financier verse chaque année à l'IRS l'impôt à la source prélevé au cours d'une année civile, conformément à la législation applicable aux Etats-Unis.

Art. 17 Transfert de l'impôt

Conformément à l'art. 7, par. 2, de l'accord FATCA, l'impôt à la source est à la charge du titulaire de compte. Il peut être débité du compte.

3.2.5 Dispositions pénales

Les dispositions pénales (art. 18 à 21) s'inspirent de la loi fédérale du 15 juin 2012 sur l'imposition internationale à la source (LISint; RS 672.4).

Art. 18 Violation des obligations

Al. 1

Est puni d'une amende de 250 000 francs au plus quiconque viole intentionnellement l'obligation d'enregistrement, les obligations découlant d'un contrat FFI, les obligations d'identification ou de communication ou l'obligation de prélèvement de l'impôt à la source prévues par l'accord et la loi FATCA.

Al. 2

Quiconque agit par négligence est puni d'une amende de 100 000 francs au plus.

Al. 3

Lorsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 50 000 francs et que les mesures d'instruction contre les personnes visées à l'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0) seraient hors de proportion avec la peine encourue, il est possible de renoncer à poursuivre ces personnes et de condamner à leur place l'entreprise au paiement de l'amende (art. 7 DPA).

Art. 19 Inobservation de l'obligation de demander des documents

Al. 1

Est puni d'une amende de 20 000 francs au plus quiconque, intentionnellement, omet de demander au titulaire d'un compte américain de donner son consentement à la communication des données concernant son compte et d'indiquer son numéro TIN ou omet de demander à un établissement financier non participant de donner son consentement à la communication des données concernant ses comptes.

Al. 2

Quiconque agit par négligence est puni d'une amende de 10 000 francs au plus.

Art. 20 Infractions administratives

Est puni d'une amende de 5000 francs au plus quiconque:

- a. contrevient aux dispositions d'exécution, si la violation de ces dispositions est déclarée punissable par la législation, ou
- b. contrevient à une décision qui lui a été signifiée sous la menace de la peine prévue par le présent article.

Art. 21 Procédure et administration compétente

Al. 1

La DPA s'applique aux infractions à la loi FATCA.

Al. 2

L'AFC est l'autorité de poursuite et de jugement.

Art. 22 Renonciation à toute poursuite pénale

Selon les autorités américaines, il n'existe dans la législation des Etats-Unis aucune disposition pénale comparable aux art. 18 à 20 qui entraînerait un risque de double sanction. Au cas où de telles dispositions seraient édictées, l'art. 22 prévoit, sur la base de l'art. 8, al. 3, du code de procédure pénale (CPP; RS 312.0), 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.

3.2.6 Dispositions finales

Art. 23 Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.

Art. 24 Dispositions transitoires relatives aux obligations de communication en 2015

Al. 1

Les données visées à l'art. 10, al. 1, let. a, concernant l'année 2013 ne seront pas communiquées en 2014 mais, conformément aux dispositions d'exécution applicables du Trésor américain, en 2015 (le 31 mars au plus tard), en même temps que celles concernant l'année 2014. Pour l'année 2013, seuls le nom, l'adresse, le numéro TIN et l'état du compte au 31 décembre 2013 doivent être communiqués.

Al. 2

Les données visées à l'art. 10, al. 1, let. b, pour les années 2013 et 2014 seront elles aussi communiquées pour la première fois en 2015, le 31 janvier au plus tard.

Art. 25 Entrée en vigueur

La loi est sujette au référendum. Elle entre en vigueur, en l'absence de référendum, le 1^{er} janvier 2014. En cas de référendum, le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

4 Conséquences de l'accord et de l'acte de mise en œuvre

Comme il n'est pas possible d'évaluer séparément les effets de l'accord FATCA et ceux de la loi FATCA, les considérations qui suivent traitent des effets de l'ensemble du projet.

4.1 Conséquences pour la Confédération

Conformément à l'art. 5 de l'accord FATCA, les Etats-Unis peuvent demander à l'aide de demandes groupées des informations détaillées sur les comptes américains sans déclaration de consentement, sur la base des communications concernant le nombre de ces comptes et le total de leurs avoirs (cf. ch. 2.3.3) que les établissements financiers suisses doivent effectuer chaque année sous forme agrégée à partir de janvier 2015. Le traitement de ces demandes par l'AFC alourdira les charges de personnel. Il n'est guère possible de fournir des indications concrètes à ce sujet, car le FATCA constitue un nouvel instrument d'échange de renseignements et l'on ignore totalement combien de comptes américains sans déclaration de consentement feront l'objet de ces demandes groupées. Selon les premières estimations, l'opération aura pour le DFF un coût global annuel (charges de personnel principalement) de 5 à 15 millions de francs, surtout entre 2015 et 2017. Ces charges auront tendance

à diminuer légèrement après quelques années, car les personnes américaines auront moins intérêt à dissimuler les comptes qu'elles détiennent auprès d'établissements financiers suisses dès que les données des comptes auront été communiquées à l'IRS sur la base de ces demandes groupées, dans le cadre de l'assistance administrative.

Les frais administratifs qu'entraînera FATCA (avec ou sans accord) pour les établissements financiers et la baisse probable de leurs activités dans le domaine des placements américains entraîneront une diminution des recettes fiscales pour la Confédération. L'accord vise toutefois à faciliter la tâche des établissements financiers suisses, ce qui atténuera quelque peu ces pertes de recettes.

4.2 Conséquences pour les cantons

Les commentaires du ch. 4.1 relatifs à la diminution des recettes fiscales valent également pour les cantons. Le projet ne devrait pas avoir d'autres conséquences sur les finances ou le personnel des cantons.

4.3 Conséquences économiques

Dans la plupart des cas, il n'existe au niveau mondial aucune solution de rechange à l'application du FATCA pour les établissements financiers. Un établissement non participant est soumis à une retenue d'impôt à la source de 30 % sur tous les paiements d'origine américaine (tant sur les gains en capital que sur les produits de la vente de titres), même si un paiement est exécuté en faveur de clients non américains. A moyen terme, les autres établissements financiers cesseront toute relation avec un établissement non participant. Les établissements financiers suisses notamment ne pourraient pas se le permettre, car ils sont fortement exposés sur le marché américain, comme le confirment les chiffres de la Banque nationale suisse: les engagements en dollars des banques envers la clientèle représentent environ 25 % de tous les engagements envers la clientèle. De même, les caisses de pensions suisses, par exemple, ont beaucoup investi dans des monnaies étrangères en comparaison internationale. La restructuration des portefeuilles et la recherche d'autres solutions occasionneraient des coûts; par ailleurs, une plus faible diversification conduirait à une hausse des profils de risque.

L'accord FATCA garantit que tous les établissements financiers suisses qui remplissent les conditions définies s'enregistrent auprès de l'IRS et respectent les obligations découlant d'un contrat FFI. La question n'est donc pas de savoir quels coûts engendre l'accord FATCA conclu entre la Suisse et les Etats-Unis, mais comment celui-ci peut réduire les coûts inhérents au FATCA.

Il n'est actuellement guère possible d'évaluer précisément les coûts qu'engendrera la mise en œuvre du FATCA et les estimations divergent fortement. Les établissements financiers suisses n'ont pas encore fourni d'indications concrètes sur les coûts prévus. Des estimations et enquêtes internationales laissent toutefois penser que le seuil des 50 millions de francs par établissement sera largement franchi pour les grandes banques. On table sur des coûts moindres pour les établissements financiers plus petits. KPMG s'attend ainsi à des coûts d'environ 10 millions de francs maximum par établissement pour les banques régionales et les banques privées.

L'accord FATCA règle le statut des établissements financiers suisses. Il leur octroie des simplifications administratives – notamment pour le respect des obligations de diligence lors de l'identification des clients américains (annexe I) – et des allègements similaires à un accord selon le modèle 1. Ces simplifications diminuent la charge liée à l'application du FATCA et, par conséquent, les coûts des établissements financiers, ce qui représente un avantage par rapport à l'absence d'accord. En outre, l'accord FATCA garantit la non-discrimination des établissements financiers suisses par rapport à leurs concurrents d'Etats ayant signé un accord analogue avec les Etats-Unis. La compétitivité des établissements financiers suisses par rapport aux établissements des Etats ayant conclu un accord bilatéral est donc assurée.

Dans l'ensemble, l'accord évite un désavantage concurrentiel par rapport aux Etats ayant signé un accord comparable et réduit les frais de mise en œuvre du FATCA. Il est donc favorable à la place financière et à l'économie suisses.

5 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015 (FF 2012 349) ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015 (FF 2012 6667). En effet, la conclusion d'un accord FATCA ne s'est concrétisée qu'avec la déclaration commune du 21 juin 2012. En outre, le FATCA ne sera applicable qu'à partir du 1^{er} janvier 2014. Les établissements financiers suisses qui doivent le mettre en œuvre sont tenus de s'enregistrer auprès de l'IRS d'ici à la fin de 2013. Pour qu'ils puissent bénéficier dès le départ des allègements administratifs prévus par l'accord, il est important que celui-ci entre en vigueur le 1^{er} janvier 2014 au plus tard.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

L'arrêté fédéral repose sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101), qui confère à la Confédération une compétence générale dans le domaine des affaires étrangères et l'habilite à conclure des traités avec l'étranger. L'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale repose sur l'art. 166, al. 2, Cst.

6.2 Forme de l'acte à adopter

La mise en œuvre d'accords internationaux est une compétence inhérente de la Confédération, qui découle de l'art. 54, al. 1, Cst. Selon le contenu d'un accord, elle peut également relever de la compétence des cantons. L'accord FATCA vise à faciliter la mise en œuvre du FATCA en Suisse. Il ne touche aucune compétence cantonale. On peut en conclure que la loi d'application de l'accord relève de la compétence de la Confédération. La base constitutionnelle est l'art. 173, al. 2, Cst., selon lequel l'Assemblée fédérale traite tous les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale.

6.3

Référendum sur les traités internationaux

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., les traités internationaux sont soumis au référendum facultatif s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. Ces deux conditions étant remplies, l'accord FATCA est sujet au référendum.