

13.061

**Rapport
sur le classement de la motion 09.3147 du groupe
PDC/PEV/PVL «Secret bancaire. Lutter à armes égales»**

du 3 juillet 2013

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

Par le présent rapport, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2009 M 09.3147 Secret bancaire. Lutter à armes égales.
(adoption CN 07.03.2011, adoption CE 21.09.2011)

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

3 juillet 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

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

Rapport

1 Genèse

Le 18 mars 2009, le groupe PDC/PEV/PVL a déposé la motion 09.3147 intitulée «Secret bancaire. Lutter à armes égales». La motion charge le Conseil fédéral de présenter au Parlement les modifications législatives de nature à assurer une protection adéquate de la sphère privée des clients et à renforcer la compétitivité de la place financière suisse. La motion suggère que la Suisse pourrait s'inspirer des trusts anglo-américains et de certains véhicules sociétaires en vigueur dans les Etats des Etats-Unis. Elle a été déposée quelques jours après la décision du Conseil fédéral du 13 mars 2009 de reprendre la norme de l'art. 26 du modèle de convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) relative à l'assistance administrative internationale en matière fiscale et de retirer sa réserve concernant cette disposition. Le Conseil fédéral a, le 20 mai 2009, proposé de rejeter la motion arguant qu'il n'était pas possible de déterminer à ce moment là les adaptations législatives nécessaires. Nonobstant cette prise de position, le Conseil national a adopté la motion, le 7 mars 2011, et le Conseil des Etats en a fait de même, le 21 septembre 2011.

Dans son rapport sur les motions et postulats des conseils législatifs 2011 du 2 mars 2012 (FF 2012 3453), le Conseil fédéral a proposé de classer la motion 09.3147 arguant qu'il suivait de près la situation concurrentielle dans laquelle se trouve la Suisse en matière de protection de la sphère privée, mais que des modifications législatives n'étaient pas nécessaires. Le 1^{er} juin 2012, le Conseil national a décidé de ne pas classer la motion. Le 14 juin 2012, le Conseil des Etats a emboîté le pas au Conseil national et refusé de classer la motion, en précisant toutefois que le but de la motion pouvait être atteint par la révision des lois pertinentes ou par la négociation avec les instances internationales compétentes en la matière.

2 Contexte

Depuis que la crise financière a éclaté, en 2008, de nombreux pays luttent contre des déficits élevés et un endettement croissant, qui les ont plongés dans des difficultés parfois très graves. La crise de la dette et la crise budgétaire ont poussé de nombreux Etats à durcir leur politique fiscale et en particulier, à intensifier leur lutte contre l'évasion fiscale en vue d'augmenter leurs recettes. Dans le même temps, des affaires ont fait surface dans le cadre desquelles le secret bancaire suisse avait été utilisé de façon à soustraire des avoirs aux autorités fiscales étrangères. Ces pratiques ont nui à la bonne réputation de la place financière suisse et ont suscité des critiques en Suisse et à l'étranger. Face à cette situation, le Conseil fédéral a renforcé la lutte contre la criminalité financière et le placement d'avoirs non fiscalisés en Suisse.

A la fin de 2009, le Conseil fédéral a présenté son rapport «Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière». Il a précisé sa stratégie dans une note de discussion du 22 février 2012 et dans le rapport concernant la politique de la Confédération en matière de marchés financiers du 19 décembre 2012. Les conditions-cadres relatives au marché financier doivent être aménagées de manière à garantir la qualité, la stabilité et l'intégrité de la place financière. L'intégrité est une

question de lutte contre la criminalité financière et de conformité aux règles de la fiscalité. L'Etat peut en principe contribuer à la réalisation de cet objectif d'intégrité par le biais d'une politique de réglementation et de surveillance appropriée. En matière de lutte contre le blanchiment d'argent et dans le domaine fiscal, la Suisse se fonde sur les normes reconnues au niveau international. Le Groupe d'action financière (GAFI) est le principal organisme de normalisation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La norme relative à l'échange de renseignements en matière fiscale est mise en place par l'OCDE. Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial), auquel appartiennent 120 juridictions, vérifie la mise en œuvre de cette norme. La Suisse participe activement aux travaux de ces organismes internationaux de référence.

3 Protection de la sphère privée et standards internationaux

Avant de réfléchir à d'éventuelles modifications législatives visant à renforcer la protection de la sphère privée pour les clients des intermédiaires financiers en Suisse, il convient de considérer les standards internationaux en la matière. Deux aspects sont particulièrement pertinents à cet égard: les standards internationaux en matière d'identification du bénéficiaire effectif et ceux concernant l'échange de renseignements.

3.1 Identification du bénéficiaire effectif

Equivalent à l'expression, plus courante dans le contexte suisse, d'ayant droit économique, le concept de bénéficiaire effectif¹ se rapporte à la ou les personnes physiques qui exercent en dernier lieu le contrôle sur une personne morale ou une construction juridique, comme un trust. L'identification du bénéficiaire effectif est importante dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière et la soustraction fiscale. Elle est un élément préalable indispensable à l'échange de renseignements par exemple puisqu'un Etat ne peut pas échanger les informations dont il ne dispose pas. Le GAFI et le Forum mondial ont élaboré les normes internationales en matière d'identification des bénéficiaires effectifs faisant partie de règles préventives plus étendues communément appelées *Know your customer rules* (KYC rules).

Les recommandations du GAFI, qui ont récemment fait l'objet d'un réexamen approfondi et qui servent de base aux rapports d'évaluation mutuelle de ses membres², indiquent que les pays doivent prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de personnes morales en lien avec le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en s'assurant que leur législation prévoit l'accès à des informations satisfaisantes, exactes et à jour sur les bénéficiaires effectifs et sur le

¹ Selon la définition du glossaire du GAFI: www.fatf-gafi.org/fr/pages/glossaire/.

² Le dernier cycle d'évaluation du GAFI se basait sur les anciennes recommandations datant de 2003. La conformité des membres du GAFI avec les recommandations révisées fera l'objet du prochain cycle d'évaluations qui débutera en 2014.

contrôle des personnes morales³. Des dispositions analogues s'appliquent à la transparence concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des trusts et des autres constructions juridiques.

Pour sa part, le Forum mondial prescrit que les juridictions doivent s'assurer que leurs autorités compétentes disposent «des renseignements relatifs à la propriété et à l'identité⁴» pour l'ensemble des sociétés de capitaux et des autres personnes morales.

3.2 Echange de renseignements

La disponibilité des renseignements n'est qu'un élément préalable. Il faut dans une deuxième phase déterminer comment ces renseignements sont utilisés pour assurer la conformité fiscale dans un contexte transfrontalier. Il existe deux méthodes principales: l'échange de renseignement et l'imposition à la source. Etant donné qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun standard international pour l'imposition à la source, seul le standard en matière d'échange de renseignements est présenté.

Les normes en matière d'échange de renseignements sont définies par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE. Ce dernier a notamment publié un modèle de convention fiscale dont l'art. 26 règle l'échange de renseignements. Les normes en question prévoient que les Etats échangent sur demande les renseignements nécessaires à l'application du droit national de l'Etat étranger requérant concernant les impôts visés par la convention. Depuis juillet 2012, la norme prévoit que l'assistance administrative doit être accordée non seulement dans des cas individuels, mais également pour des groupes de contribuables.

4 Trusts et *limited liability companies* (LLC) américaines

La motion suggère que la Suisse pourrait s'inspirer des trusts et des dispositions légales dans certains Etats américains, plus précisément les LLC et en particulier celle de l'Etat du Delaware, afin de renforcer son dispositif légal relatif à la protection de la sphère privée. Le trust et la LLC du Delaware sont présentés dans les paragraphes suivants afin d'identifier d'éventuelles caractéristiques qui pourraient servir à protéger la sphère privée en Suisse.

³ Voir à cet égard les recommandations 10 (Devoirs de vigilance des institutions financières relatifs à la clientèle), 22 (Entreprises et professions non financières désignées – devoirs de vigilance relatifs à la clientèle), 24 (Transparence et bénéficiaires effectifs des personnes morales) et 25 (Transparence et bénéficiaires effectifs des constructions juridiques).

⁴ Termes de références du Forum mondial, p. 4 ss.

4.1

Le trust

Le trust est un rapport juridique par lequel un constituant (*settlor*) confie des valeurs patrimoniales à une ou plusieurs personnes (*trustee*). Le trustee a pour obligation de gérer ce patrimoine et de l'utiliser dans un but établi à l'avance par le constituant. Cette utilisation peut notamment consister à favoriser des personnes déterminées (bénéficiaires). Le constituant peut aussi prévoir des prestations pour lui-même ou se réserver le droit de dissoudre le trust pour en récupérer le patrimoine.

Dans le cas d'un trust révocable, le constituant conserve l'accès au patrimoine du trust. Il ne se dessaisit donc pas définitivement de son patrimoine. Dans le cas d'un trust irrévocable, il convient d'établir une distinction entre le trust non discrétionnaire (*irrevocable fixed interest trust*) et le trust discrétionnaire (*irrevocable discretionary trust*). Tandis que les bénéficiaires sont déjà désignés dans le trust non discrétionnaire, dans le trust discrétionnaire, le trustee dispose d'une marge d'appréciation pour attribuer les actifs du trust. Il y a enrichissement des bénéficiaires dans le cas de la constitution d'un trust irrévocable non discrétionnaire, ce qui n'est pas (encore) le cas dans le cadre d'un trust irrévocable discrétionnaire.

Le droit suisse ne connaît pas l'institution du trust. Toutefois, depuis le 1^{er} juillet 2007, date de l'entrée en vigueur en Suisse de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371), le trust étranger est reconnu en droit suisse. En vertu de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0), des ordonnances d'application y relatives⁵, de la convention du 7 avril 2008 relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) et des règlements édictés par les organismes d'autorégulation, les intermédiaires financiers sont tenus d'identifier l'ayant droit économique lorsqu'ils établissent une relation d'affaires avec un client. Lorsque le cocontractant est une personne morale, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et vérifier l'identité des personnes établissant la relation d'affaires au nom de la personne morale (voir l'art. 3, al. 1, 2^e phrase, LBA). Un trust est considéré comme une société de domicile pour les besoins de la LBA. Sont considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales ou les sociétés qui «n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale» (voir l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel [OIF; RS 955.071] et l'art. 4, al. 1, CDB). Les sociétés de domicile sont tenues de fournir une déclaration par laquelle le cocontractant indique qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales (voir l'art. 4, al. 3, let. b, CDB). S'il n'y a pas d'ayant droit économique déterminé (p. ex. dans le cas des trusts discrétionnaires), il convient d'exiger du cocontractant une déclaration écrite qui confirme cet état de fait en lieu et place de l'identification de l'ayant droit économique. Cette déclaration doit, en outre, indiquer le fondateur effectif (non fiduciaire) et, au cas où celles-ci peuvent être déterminées, les personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes ainsi que le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires (voir l'art. 53, al. 1, OBA-FINMA et l'art. 4, ch. 43, CDB). Si le trust discrétionnaire est également un trust révocable, alors les personnes habilitées à procéder à la révocation doivent être

⁵ Ordonnance de FMJ du 8 décembre 2010 sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA; RS 955.033.0) et ordonnance de la FINMA du 12 juin 2007 sur le blanchiment d'argent (OBA CFMJ; RS 955.021).

considérées comme les ayants droit économiques (voir l'art. 53, al. 2, OBA-FINMA).

4.2

La LLC

La LLC est une forme d'entreprise qui s'inspirait, lors de son introduction aux Etats-Unis, de la société à responsabilité limitée (Sàrl; *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – *GmbH*) allemande et de la LLC panaméenne et qui est dans une certaine mesure comparable à la Sàrl suisse. Tous les Etats américains ont des lois régulant cette structure et ses principales caractéristiques sont les mêmes d'un Etat fédéré à l'autre. La LLC combine des éléments d'une société de capitaux (*company*) et d'une société de personnes (*partnership*). Comme une société de capitaux, la LLC dispose d'une personnalité juridique. Sa responsabilité se limite en principe à sa fortune. Dans le même temps, la structure est plus flexible qu'une société de capitaux. Ainsi, la LLC est libre de s'organiser comme elle le souhaite typiquement au moyen d'un *LLC Operating Agreement* sous la forme écrite qui doit être signé par tous les partenaires, mais pas obligatoirement transmis aux autorités. La LLC est également traitée comme une société de personnes sur le plan fiscal au niveau fédéral américain. Les associés sont eux-mêmes assujettis et la LLC n'est pas considérée comme un sujet fiscal bien qu'elle doive s'enregistrer auprès des autorités fiscales fédérales américaines et soit tenue de remplir une déclaration d'impôt. En cas de LLC à un seul membre, le propriétaire individuel doit déclarer les revenus de la LLC sur sa déclaration de revenus individuelle. Toutefois, une LLC (à un ou plusieurs associés) peut faire la demande expresse d'être traitée fiscalement comme une personne morale (*company*).

La LLC la plus fréquemment citée est celle du Delaware, étant donné le nombre élevé de sociétés de ce type dans cet Etat. Il n'existe aucune obligation d'enregistrer le nom des actionnaires ou de(s) bénéficiaire(s) effectif(s) d'une société ou d'une LLC au Delaware. Il suffit d'enregistrer le ou les directeurs qui officieront jusqu'à la première assemblée générale ou jusqu'à ce que leurs successeurs soient élus. Le rôle de directeur peut néanmoins être assumé par une personne déléguée (*nominee*). Les sociétés incorporées au Delaware doivent y avoir une adresse. Cette condition peut être remplie par l'utilisation d'un *registered agent* qui n'a pas l'obligation de vérifier qui est l'ayant droit économique de la société ou de la LLC. La LLC devra en outre fournir au *registered agent* une personne de contact qui soit une personne physique. Toutefois, cette personne est simplement autorisée à recevoir des informations du *registered agent* et n'a également pas l'obligation de détenir des informations quant à l'ayant droit économique de la LLC.

En Suisse, une LLC américaine est considérée comme le bénéficiaire effectif, sauf si elle est qualifiée de société de domicile parce qu'elle n'exerce pas une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Dans ce cas, l'intermédiaire financier doit prendre les mesures nécessaires afin de déterminer le bénéficiaire effectif de la LLC (voir l'art. 6, al. 2, OIF et l'art. 4, al. 1, CDB).

Les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ainsi qu'en matière d'échange de renseignements à des fins fiscales requièrent que les bénéficiaires effectifs de véhicules sociétaires soient identifiés et que les autorités compétentes puissent avoir accès à ces informations. Ces normes restreignent donc dans une certaine mesure la protection de la sphère privée.

L'introduction du trust ou de la LLC en droit suisse ne semble pas une mesure adéquate pour renforcer la protection de la sphère privée. En effet, les standards internationaux du GAFI et du Forum mondial exigent des intermédiaires financiers qu'ils déterminent qui est le bénéficiaire effectif des avoirs de véhicules sociétaires, dont les trusts ou, par exemple, la LLC du Delaware. En règle générale, l'échange de renseignements et l'imposition à la source ne sont pas limités aux cas où les avoirs sont détenus directement par des personnes physiques, mais sont également applicables aux personnes physiques qui sont les bénéficiaires effectifs de véhicules sociétaires. Par conséquent, l'introduction du trust ou de la LLC en droit suisse ne changerait rien à l'étendue de la protection de la sphère privée, la Suisse s'étant engagée à respecter les standards internationaux en matière d'identification du bénéficiaire effectif et d'échange de renseignements.

Un *level playing field* ne peut être atteint que si tous les acteurs respectent les standards internationaux en matière d'identification des bénéficiaires effectifs et d'échange de renseignements. Tant le GAFI que le Forum mondial procèdent à des examens par les pairs. En cas de non-conformité avec les standards, des recommandations sont formulées et un suivi est assuré afin que les juridictions mettent en œuvre les recommandations. Les examens par les pairs assurent ainsi le respect des normes internationales à une échelle mondiale. En cas de non-respect, les juridictions récalcitrantes sont identifiées par les pairs. Ainsi, suite à l'identification par le GAFI de manquements quant à l'identification des bénéficiaires effectifs des trusts, tant le Royaume-Uni que certains de ses dépendances et territoires d'outre-mer ont dû adapter leurs législations respectives et renforcer les mesures relatives à l'identification des ayants droit économiques⁶. Quant aux Etats-Unis, le GAFI et le Forum mondial ont indiqué dans leurs rapports que les mesures en place pour identifier les bénéficiaires effectifs des LLC étaient insuffisantes. De ce fait, les Etats-Unis sont soumis à un processus de suivi renforcé au GAFI.

Le Conseil fédéral s'engage au niveau international pour un *level playing field* tant en matière d'échange de renseignements qu'en matière de mécanismes efficaces – conformes aux normes internationales – visant à identifier le bénéficiaire effectif et à assurer l'accès des autorités compétentes à cette information. L'existence d'informations appropriées relatives aux bénéficiaires effectifs de véhicules sociétaires est en effet un élément préalable indispensable aux autres mesures telles l'échange de renseignements. Si les obligations de diligence en matière d'identification du bénéfici-

⁶ En amont du sommet du G8 des 17 et 18 juin 2013 en Irlande du Nord, le Royaume-Uni a annoncé de nouvelles règles relatives à l'identification des ayants droit économiques (comme par exemple l'introduction de registres dans lesquels les bénéficiaires effectifs de sociétés devraient être inscrits). En outre, les territoires d'outre-mer et les dépendances du Royaume-Uni devraient être soutenus dans l'élaboration de leurs propres plans d'action pour l'amélioration de l'identification des ayants droit économiques.

ciaire effectif ne sont pas appliquées correctement, un échange de renseignements ou une imposition à la source, même larges, ne permettent pas d'assurer la conformité fiscale des avoirs. La Suisse s'engage tant au GAFI qu'au Forum mondial. Elle contribue non seulement au développement des standards et des méthodologies appliqués dans les examens par les pairs, mais participe également activement à ces derniers. Elle met à disposition des spécialistes pour l'examen d'autres juridictions et elle analyse et prend position sur les rapports d'évaluation des autres juridictions.

L'introduction, par la Suisse, de structures dans le but de dissimuler l'identité de leurs ayants droit économiques irait de ce fait à l'encontre des développements internationaux actuels en la matière qui visent à assurer une plus grande transparence⁷. La Suisse collabore de surcroît activement, dans le cadre de l'OCDE, à l'élaboration d'une norme mondiale d'échange de renseignements afin d'assurer la conformité fiscale. Cette norme devra satisfaire aux exigences élevées posées en matière de respect du principe de la spécialité et des dispositions sur la protection des données, garantir la réciprocité et réglementer de manière fiable l'identification des ayants droit économiques de toutes les structures juridiques, y compris les trusts et les sociétés de domicile. Du reste, l'introduction des structures suggérées par la motion irait à l'encontre de la stratégie du Conseil fédéral en matière de marchés financiers qui vise entre autres à garantir l'intégrité de la place financière suisse.

6 Conclusion

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral recommande à l'Assemblée fédérale de renoncer à instituer des modifications législatives inspirées des dispositions légales en vigueur au Royaume-Uni et dans certains Etats américains aux fins de renforcer la protection de la sphère privée. Le Conseil fédéral propose par conséquent de classer la motion 09.3147.

⁷ Cf. par exemple le communiqué des ministres des finances et des directeurs de banques centrales du G20 des 18-19 avril 2013: www.g20.org/events_financial_track/20130418/780961081.html.