



Janvier 2021

Note explicative sur l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (OEAR)

Table des matières

Condensé	3
Commentaires des dispositions	4
Section 1: Juridictions partenaires	4
Section 2: Institutions financières non déclarantes	4
Section 4: Résidence d'institutions financières en Suisse	10
Section 5: Dispositions alternatives du commentaire de l'OCDE relatif à la NCD	11
Section 6: Précisions concernant les obligations générales de déclaration	12
Section 7: Précisions concernant les obligations de diligence raisonnable	14
Section 8: Obligation d'enregistrement faite aux institutions financières suisses déclarantes	16
Section 9: Renseignements transmis automatiquement de l'étranger	17
Section 10: Système d'information	18
Section 11: Dispositions finales.....	19

Condensé

Le 15 juillet 2014, le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a approuvé la nouvelle norme internationale relative à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (norme EAR). Lors de la réunion plénière du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial), qui s'est tenue le 29 octobre 2014 à Berlin, plus de 100 États ont déclaré vouloir adopter cette nouvelle norme. Certains ont annoncé le premier échange de renseignements pour 2017, d'autres – dont la Suisse – pour 2018, sous réserve des procédures législatives internes. Lors du sommet du groupe des 20 principaux pays industrialisés et pays émergents (G20), qui a eu lieu les 15 et 16 novembre 2014 à Brisbane, les chefs d'État et de gouvernement de ces États se sont également prononcés en faveur de l'adoption rapide de l'échange automatique de renseignements.

Contexte

La nouvelle norme internationale prévoit que certaines institutions financières, certains instruments de placement collectif et certaines sociétés d'assurance collectent des renseignements financiers relatifs à leurs clients ayant leur résidence fiscale à l'étranger. Ces renseignements comprennent tous les types de revenus de capitaux ainsi que le solde des comptes. Ils sont transmis automatiquement, en règle générale une fois par an, à l'autorité fiscale nationale, qui les transmet à l'autorité étrangère compétente pour le client concerné. Cette transparence vise à éviter que du substrat fiscal échappe au fisc d'un pays par sa dissimulation à l'étranger.

En vue de l'introduction de la norme EAR, le Conseil fédéral a signé, le 19 novembre 2014, l'Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (Multilateral Competent Authority Agreement, MCAA)¹. Le MCAA se fonde sur l'art. 6 de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (Convention)² et dispose que les renseignements destinés à être échangés doivent avoir été collectés conformément à la norme commune de déclaration et de diligence raisonnable (NCD). Elaborée par l'OCDE comme partie de la norme EAR, la NCD est, en Suisse, annexée au MCAA et en fait partie intégrante. Le 18 décembre 2015, l'Assemblée fédérale a approuvé la Convention, le MCAA et la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR)³. Elle a posé ainsi les bases légales de l'EAR. La Convention, le MCAA et la LEAR sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Contenu de l'ordonnance

L'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (OEAR)⁴ contient les dispositions d'exécution du Conseil fédéral relatives à la LEAR. Elle définit en particulier d'autres institutions financières non déclarantes et comptes exclus et règle des détails se rapportant aux obligations de déclaration et de diligence des institutions financières déclarantes suisses. Outre les dispositions d'exécution relatives à la LEAR, l'ordonnance contient des dispositions nécessaires à la mise en œuvre de l'échange automatique de renseignements (EAR). Elle définit également les tâches de l'Administration fédérale des contributions (AFC) dans le cadre de l'EAR et fournit des précisions concernant son système d'information. L'ordonnance contient, en annexe, les dispositions alternatives du commentaire de l'OCDE relatif à la NCD. L'OEAR est entrée en vigueur en même temps que les autres bases légales de l'EAR, le 1^{er} janvier 2017.

¹ FF 2015 8775

² FF 2015 8777

³ RS 653.1

⁴ RS 653.11

Commentaires des dispositions

Section 1: Juridictions partenaires

Art. 1

La disposition a été abrogée au 1^{er} janvier 2019.

Section 2: Institutions financières non déclarantes

Le terme «institution financière non déclarante» désigne les institutions financières suisses qui sont exclues du champ d'application de l'EAR parce qu'elles présentent un faible risque d'être utilisées dans un but de fraude fiscale. La par. B de la section VIII de la NCD définit des catégories spécifiques d'institutions financières non déclarantes et contient, à la par. B, n°1, let. c, une clause générale qui permet aux États, compte tenu de leurs spécificités nationales, de désigner comme institution financière non déclarante toute autre entité juridique qui présente un faible risque d'être utilisée dans un but de fraude fiscale et qui affiche des caractéristiques substantielles similaires à celles des institutions financières non déclarantes définies dans la NCD. Sur cette base, l'art. 3 LEAR exclut, déjà au niveau de la loi, certaines institutions financières suisses du champ d'application de l'EAR. L'art. 3, al. 7, LEAR délègue au Conseil fédéral la compétence de désigner les organismes de placement collectif qui sont qualifiés d'institutions financières non déclarantes. Le Conseil fédéral peut en outre désigner comme institutions financières non déclarantes, en vertu de l'art. 3, al. 11, LEAR, toute autre entité juridique qui présente elle aussi un faible risque d'être utilisée dans un but de fraude fiscale et qui affiche des caractéristiques substantielles similaires à celles des institutions financières non déclarantes définies dans la NCD.

Art. 2 Organismes de placement collectif

Al. 1

Les conventions applicables prévoient qu'un organisme de placement collectif est considéré comme un organisme dispensé, et donc comme une institution financière non déclarante, si toutes les participations sont détenues en totalité par ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes physiques ou d'entités qui ne sont pas des personnes devant faire l'objet d'une déclaration. Les organismes de placement collectif font exception à cette règle si les participations sont détenues par ou par l'intermédiaire d'ENF passives contrôlées par des personnes devant faire l'objet d'une déclaration. Dans le cas d'un organisme de placement collectif émettant des parts sociales conçues comme un papier-valeur au nom du porteur (certificats créés comme papiers-valeurs au nom du détenteur), les conventions applicables prévoient qu'il doit prendre des mesures supplémentaires assurant qu'aucun certificat créé comme papier-valeur au nom du détenteur ne soit plus en circulation et que tous les détenteurs lui sont connus. L'art. 3, al. 7, LEAR se réfère à ces conditions préalables. Cette disposition donne en outre au Conseil fédéral la compétence de désigner les organismes de placement collectif exclus. Pour le cas où la convention applicable ne prévoit aucune échéance en ce qui concerne les conditions qu'un organisme de placement collectif ayant émis des certificats créés comme papiers-valeurs au nom du détenteur doit respecter pour être qualifié d'institution financière suisse non déclarante, l'art. 3, al. 8, LEAR prévoit une disposition correspondante.

Dans la mesure où les conditions prévues à l'art. 3, al. 7 et 8, LEAR, sont remplies, les organismes de placement collectif mentionnés à l'art. 2, let. a à d, OEAR sont qualifiés d'institutions financières non déclarantes. Ils sont soumis à la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)⁷ et donc à l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Qualifier d'institution financière non déclarante les véhicules de placement collectif mentionnés aux let. a à d peut être comparé à la règle appliquée dans le cadre de la loi FATCA (cf. annexe II, par. II.C de l'accord entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA [accord FATCA]⁸ ainsi que l'annexe II, par. IV.E de l'accord modèle FATCA selon le modèle 1⁹; la Suisse veut adopter

⁷ RS 951.31

⁸ RS 0.672.933.63

⁹ Consultable sous www.treasury.gov > resource-center > tax-policy.

cette disposition de l'annexe II de l'accord modèle dans le cadre du passage à l'accord selon le modèle 1).

Si les conditions préalables formulées à l'art. 3, al. 7 et 8, LEAR sont remplies, les sociétés d'investissements cotées à une bourse suisse qui revêtent la forme des sociétés anonymes suisses conformément à l'art. 2, al. 3, LPCC sont aussi considérées, en vertu de la let. e, comme des institutions financières non déclarantes. Elles affichent des caractéristiques substantiellement similaires à celles des sociétés de placement collectif de capitaux soumises à la LPCC. Elles-mêmes ne sont pas soumises à la LPCC, mais au droit sur les bourses et donc à la surveillance des bourses, qui impose des exigences particulièrement élevées en matière de transparence. En outre, toutes les sociétés d'investissement mentionnées à l'al. 1 tombent sous le coup de l'art. 2, al. 3, de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)¹⁰ et doivent s'affilier à un organisme d'autorégulation au sens de l'art. 24 LBA, ou demander une autorisation à la FINMA. Dans l'ensemble, cela garantit une réglementation adéquate au sens de la convention applicable. La qualification comme institution financière non déclarante correspond au résultat de la disposition prévue à l'annexe II, par. IV.E de l'accord modèle FATCA selon les modèles 1 et 2¹¹, que la Suisse veut aussi adopter dans le cadre du passage à l'accord modèle 1, respectivement de l'adaptation à l'accord modèle prévu pour l'annexe II de l'accord FATCA en vigueur.

Al. 2

Comme pour les conditions préalables fixées par la convention applicable, l'al. 2 dispose que les organismes de placement collectif mentionnés à l'al. 1 ne sont pas exclus du champ d'application de l'EAR si leurs participations sont détenues par ou par l'intermédiaire d'ENF passives dont le contrôle est détenu par des personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

Art. 3 Entités actives dans la gestion de fortune ou le conseil en placements

Les entités actives dans la gestion de fortune ou le conseil en placements qui gèrent exclusivement, sur la base d'une procuration, des fonds déposés auprès d'une institution financière, en Suisse ou à l'étranger, au nom de leur client ou qui exercent cette activité comme organe d'une société ou d'une fondation sont considérées, en vertu de l'art. 3, comme des institutions financières non déclarantes. Cette exception englobe notamment les gestionnaires de fortune ou les conseillers en placements indépendants, les gestionnaires de placements collectifs et les directions de fonds.

L'exclusion de ces entités du champ d'application de l'EAR est justifiée, car les obligations de déclaration et de diligence sont assurées dans ce cas par l'institution financière, en Suisse ou à l'étranger, par l'intermédiaire de laquelle les placements sont détenus. Le risque que ces entités juridiques soient utilisées dans un but de fraude fiscale est donc faible.

Art. 4 Dépositaires centraux

En vertu de l'art. 4, les dépositaires centraux selon l'art. 61 de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)¹² sont considérés comme des institutions financières non déclarantes pour les activités soumises à autorisation selon cette loi, à condition que les titulaires de compte soient des personnes physiques ou des entités qui ne doivent pas faire l'objet d'une déclaration, ou alors qu'il s'agisse d'une ENF passive contrôlée par des personnes qui ne doivent pas faire l'objet d'une déclaration.

Les institutions qui sont actives professionnellement dans la négociation de valeurs mobilières ou dans son exécution pour des tiers et qui sont régulées et surveillées de manière adéquate par rapport au blanchiment d'argent sont enregistrées en tant que clients et participants (titulaires de compte) de tels dépositaires centraux. En font partie notamment des banques et des négociants en valeurs mobilières suisses et étrangers, des assureurs ou des unités administratives organisées selon le droit public, qui détiennent, gèrent ou comptabilisent des valeurs mobilières en relation avec leur activité. Les dépositaires centraux eux-mêmes doivent obtenir une autorisation de la FINMA en tant qu'infrastructure des marchés financiers. En tant que telles, elles sont assujetties à une surveillance prudentielle et permanente de la FINMA. Afin de protéger la stabilité du système financier, la Banque nationale suisse (BNS)

¹⁰ RS 955.30

¹¹ Consultable sous www.treasury.gov > resource-center > tax-policy.

¹² RS 958.1

surveille en outre, en vertu de l'art. 19 de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)¹³, les systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières. En vertu de la séparation des fonctions de surveillance, la BNS se charge de la surveillance du système et la FINMA de la surveillance prudentielle de l'exploitant du système, ce qui garantit une régulation appropriée.

Dans l'ensemble, le risque que des dépositaires centraux soient utilisés dans un but de fraude fiscale peut être considéré comme faible.

Art. 5 Associations

Selon l'art. 5, les associations à but non lucratif constituées et organisées en Suisse selon les art. 60 à 79, du code civil (CC)¹⁴, sont des institutions financières non déclarantes. Selon la disposition de l'art. 60 CC, les associations doivent poursuivre un but non lucratif. Conformément au principe du décompte par tête statué à l'art. 67, al. 1, CC, chaque membre de l'association a droit à une voix. Il ne peut être fait exception à cette règle que pour des raisons objectives, justifiées par le but de l'association. Le patrimoine de l'association sert à la poursuite du but de cette dernière. D'après le droit des associations, il n'est pas prévu que les fonds d'une association soient distribués à ses membres, sauf en cas de liquidation. Si une association est dissoute par un juge à la demande de l'autorité compétente ou d'un intéressé, selon l'art. 78 CC, sa fortune est impérativement dévolue à la collectivité publique en vertu de l'art. 57, al. 3, CC.

Cette conception permet d'affirmer que le risque que des associations constituées et organisées selon le droit suisse soient utilisées dans un but de fraude fiscale est faible.

Art. 6 Fondations

Sont des institutions financières non déclarantes selon l'art. 6, les fondations constituées et organisées en Suisse selon les art. 80 à 89a CC qui, selon la let. a, poursuivent des buts de service public ou d'utilité publique et dont le bénéfice exclusivement et irrévocablement affecté à ces buts est exonéré de l'impôt selon l'art. 56, let. g, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹⁵, ou, selon la let. b, poursuivent des buts idéaux et dont le bénéfice, inférieur ou égal à 20 000 francs et exclusivement et irrévocablement affecté à ces buts, est exonéré de l'impôt. La let. b reprend la nouvelle disposition de l'art. 66a LIFD, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Le patrimoine de la fondation sert à poursuivre le but de cette dernière. Sauf disposition contraire dans les statuts de la fondation, en cas de dissolution, la fortune de la fondation est dévolue à la corporation publique dont la fondation relevait par son but, selon l'art. 57, al. 1, CC. La destination primitive des biens doit être maintenue dans la mesure du possible (art. 57, al. 2, CC).

Cette conception permet d'affirmer que le risque que des fondations constituées et organisées selon le droit suisse soient utilisées dans un but de fraude fiscale est faible.

Art. 7 Communautés de copropriétaires

Cette disposition a été abrogée à compter du 1^{er} janvier 2021.

Section 3: Comptes exclus

Le terme «compte exclu» désigne les comptes qui sont exclus du champ d'application de l'EAR parce qu'ils présentent un faible risque d'être utilisés dans un but de fraude fiscale. Comme pour ce qui concerne les institutions financières non déclarantes, la section VIII, par. C, n° 17, de la NCD prévoit ici aussi des catégories spécifiques (let. a à f) ainsi qu'une clause générale (let. g) permettant aux États de définir d'autres comptes exclus, compte tenu de leurs spécificités nationales, que ceux figurant dans la NCD. Pour cela, il faut que ces comptes, selon la let. g, ne présentent qu'un faible risque d'être utilisés dans un but de fraude fiscale, qu'ils affichent des caractéristiques substantiellement similaires à celles qui sont mentionnées aux let. a à f et que leur statut de compte exclu n'aille pas à l'encontre des objectifs de la NCD. Sur cette base, différents comptes sont déjà exclus au niveau de la loi (cf. art. 4 LEAR). En vertu de l'art. 4, al. 3, LEAR, le Conseil fédéral peut désigner d'autres comptes exclus qui remplissent les conditions requises.

¹³ RS 951.11

¹⁴ RS 210

¹⁵ RS 642.11

Art. 8 Comptes d'avocats ou de notaires

Selon la section VIII, par. C, n° 17, let. e, de la NCD, les comptes de garantie bloqués (*escrow accounts*) sont des comptes exclus. Il s'agit là entre autres de comptes fiduciaires qui ont été ouverts en relation avec une décision ou un jugement d'un tribunal ou, dans certaines conditions, avec la vente, l'échange ou la location d'une valeur patrimoniale mobilière ou immobilière.

Al. 1

L'art. 8, al. 1, exclut du champ d'application de l'EAR, en tant que comptes de garantie bloqués (*escrow accounts*), des comptes détenus au nom de leurs clients par des avocats ou des notaires agréés en Suisse ou par un cabinet d'avocats ou de notaires agréés en Suisse, organisé sous forme de société.

Al. 2

Selon l'al. 2, les valeurs patrimoniales qui peuvent être déposées sur ces comptes et les conditions régissant la détention de ces comptes se fondent sur l'accord du 14 février 2014 entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA (ci-après accord FATCA)¹⁶. Les dispositions dérogatoires relatives aux comptes d'avocats ou de notaires de l'annexe II, section III.C, de l'accord FATCA sont entrées en vigueur le 29 février 2016.

Selon l'annexe II, section III, let. C, de l'accord FATCA, les avocats ou les notaires peuvent détenir des avoirs sur ces comptes exclusivement dans le cadre d'une activité professionnelle spécifique (et non en qualité d'intermédiaire financier) qui est soumise au secret professionnel des avocats ou des notaires selon le droit suisse. Ils doivent fournir à l'institution financière suisse déclarante qui gère le compte une déclaration écrite qui confirme que la condition ci-dessus et les autres conditions mentionnées dans l'accord FATCA sont remplies et qu'ils l'informeront de toute modification de l'état des faits.

La déclaration écrite se fait au moyen du formulaire R¹⁷, qui est partie intégrante de l'annexe à la convention relative à l'obligation de diligence des banques. Dans le cadre de la prévention et de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ce formulaire permet aux avocats et aux notaires de ne pas dévoiler l'identité des ayants droit économiques, en dérogation aux règles générales applicables, pour les transactions qui figurent dans le formulaire et qui sont effectuées sur un compte documenté dans ce dernier, et ainsi de garantir le respect du secret professionnel prévu par la loi. Les conditions d'utilisation d'un compte associé à un formulaire R et qui figurent dans un tel formulaire correspondent à l'annexe II, section III.C, de l'accord FATCA. Lors de l'inscription de la disposition d'exception relative aux comptes d'avocats ou de notaires à l'annexe II, section III.C, de l'accord FATCA, le formulaire R a été remanié et mis à la disposition des membres par l'Association suisse des banquiers, en annexe à la circulaire n° 7885 du 22 avril 2016. Un formulaire R, identique au plan matériel, est utilisé dans le cadre de l'EAR et du FATCA.

L'art. 8 a pour conséquence que l'institution financière qui gère un compte ne doit pas identifier les clients des avocats ou des notaires. Il permet donc de garantir le respect du secret professionnel auquel le droit suisse soumet les avocats et les notaires.

Etant donné les conditions posées par la norme EAR, il existe un faible risque que ces comptes exclus soient utilisés dans un but de fraude fiscale.

Art. 9 Comptes de consignation de capital

Les comptes de consignation de capital présentent des caractéristiques similaires à celles des comptes de garantie bloqués (*escrow accounts*) exclus en vertu de la section VIII, par. C, n° 17, let. e, de la NCD. Ils servent à la fondation ou à l'augmentation de capital d'une société. Les comptes de consignation de capital sont bloqués (cf. par ex. art. 633 du code des obligations (CO)¹⁸) et en règle générale limités dans le temps. Si les conditions formulées aux let. a à c sont remplies, les institutions financières suisses déclarantes peuvent, selon l'art. 9, traiter ces comptes comme des comptes exclus.

Sur la base des conditions posées par la norme EAR le risque que les comptes de consignation de capital soient utilisés dans un but de fraude fiscale peut être considéré comme faible.

¹⁶ RS 0.672.933.63

¹⁷ Disponible sur le site: www.swissbanking.org > Publications > Formulaires.

¹⁸ RS 220

Art. 10 Comptes d'associations

L'art. 5 prévoit que les associations qui remplissent les conditions mentionnées sont des institutions financières non déclarantes. Une entité (qui satisfait aux conditions mentionnées) n'est réputée institution financière non déclarante que s'il s'agit d'une institution financière et non d'une ENF. Une association peut, selon son activité, être considérée comme une institution financière (par exemple si elle confie le soin de la gestion de son patrimoine à des professionnels) ou comme une ENF active ou passive. La disposition d'exception de l'art. 4, al. 2, let. a, LEAR ne s'applique pas aux comptes des associations considérées comme des ENF et non comme des institutions financières. C'est pourquoi les institutions financières déclarantes ne peuvent prétendre à l'allègement de leurs obligations de déclaration et de diligence raisonnable et, pour une ENF passive, sont chargées d'identifier et de déclarer les personnes qui en détiennent le contrôle. Cela entraîne pour les institutions financières une charge administrative disproportionnée.

L'art. 10 prévoit donc que les institutions financières suisses déclarantes peuvent traiter les comptes d'associations à but non lucratif constituées et organisées en Suisse comme des comptes exclus.

Comme expliqué dans le commentaire sur l'art. 5, la conception des associations selon les art. 60 à 79 CC permet d'estimer que le risque que des associations constituées et organisées selon le droit suisse soient utilisées dans un but de fraude fiscale est faible. Il en va de même pour leurs comptes.

Art. 11 Comptes de fondations

L'art. 6 prévoit que les fondations constituées et organisées en Suisse qui remplissent les conditions mentionnées sont des institutions financières non déclarantes. Comme expliqué dans le commentaire sur l'art. 10, la disposition d'exception de l'art. 4, al. 2, let. a, LEAR ne s'applique pas aux comptes des fondations considérées comme des ENF et non comme des institutions financières. Afin d'éviter aux institutions financières déclarantes une charge administrative disproportionnée, l'art. 11 prévoit que ces dernières peuvent considérer comme des comptes exclus les comptes des fondations constituées et organisées en Suisse qui remplissent les conditions mentionnées à l'art. 6, let. a et b.

Comme expliqué dans le commentaire sur l'art. 6, on peut estimer que le risque que des fondations constituées et organisées selon le droit suisse qui satisfont aux conditions énoncées soient utilisées dans un but de fraude fiscale est faible. Il en va de même pour leurs comptes.

Art. 12 Comptes de communautés de copropriétaires

L'art. 12 prévoit que les institutions financières non déclarantes peuvent considérer les comptes de communautés de copropriétaires comme des comptes exclus à condition que les droits de copropriété de la communauté de copropriétaires soient inscrits au registre foncier conformément à l'article 23 de l'ordonnance du 23 septembre 2011¹⁹ sur le registre foncier (alinéa a) et que et les copropriétaires ont convenu d'un règlement d'utilisation et de gestion inscrit au registre foncier qui, par dérogation aux dispositions légales, stipule que les actifs financiers gérés par la communauté de copropriété doivent être utilisés exclusivement pour les dépenses liées à la copropriété (alinéas b et c).

Cette exception a été incluse parce que, dans le cas des comptes détenus par les communautés de copropriétaires qui remplissent les conditions de l'article 12, le risque d'abus dans un but de fraude fiscale peut être considéré comme faible.

Art. 13 Comptes de communautés de propriétaires par étages

En vertu de l'art. 3, al. 10, LEAR, les communautés de propriétaires par étages sont considérées comme des institutions financières non déclarantes si elles remplissent les conditions de l'art. 712I, al. 2, CC. Comme expliqué dans le commentaire sur l'art. 10, on peut estimer que la disposition d'exception de l'art. 4, al. 2, let. a, LEAR ne s'applique pas aux comptes de communautés de propriétaires par étages considérées comme des ENF et non comme des institutions financières. Afin d'éviter aux institutions financières déclarantes une charge administrative disproportionnée, l'art. 13 prévoit que ces dernières peuvent considérer comme des comptes exclus les comptes des communautés de propriétaires par étages qui remplissent les conditions de l'art. 712I, al. 2, CC.

¹⁹ RS 211.432.1

En vertu de l'art. 3, al. 10, LEAR, on peut estimer que le risque que des communautés de propriétaires par étages qui satisfont aux conditions de l'art. 712I, al. 2, CC soient utilisées dans un but de fraude fiscale est faible Il en va de même pour leurs comptes.

Art. 14 Comptes inactifs

Selon le ch. 103, exemple 6, du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD, les comptes inactifs dont le solde ou la valeur ne dépasse pas 1000 dollars américains sont des comptes exclus car ils ne présentent qu'un faible risque d'être utilisés dans un but de fraude fiscale. Sont considérés comme des comptes inactifs selon la NCD les comptes au sens de l'art. 11, al. 6, let. a et b, LEAR. L'art. 14 reprend cette catégorie de comptes exclus.

Art. 15 Comptes exclus en vertu de la loi du pays de résidence du titulaire de compte

Cette disposition a été abrogée à compter du 1^{er} janvier 2021.

Art. 16 Comptes en monnaie électronique

Les comptes en monnaie électronique sont d'une certaine manière comparable aux comptes exclus selon la section VIII, par. C, n° 17, let. f, de la NCD. Ils se distinguent des comptes de dépôt classiques en ceci que la monnaie électronique ne se qualifie pas pour un dépôt ou un dépôt du public, mais est enregistrée auprès d'un émetteur de services de paiement en monnaie électronique, en vue d'être utilisée comme un moyen de paiement légal.

Al. 1

Les institutions financières suisses déclarantes peuvent traiter les comptes en monnaie électronique comme des comptes exclus si ces comptes offrent exclusivement des moyens de paiement en monnaie électronique aux fins et conditions prévues à la let. a. En outre, selon la let. b, le plafond de l'avoir doit être fixé à 10 000 francs ou dollars américains ou euros par contrat. La mention de ces trois monnaies se justifie par le fait que, dans la pratique, les fonds versés en contrepartie de l'avoir enregistré sous forme électronique et destiné au paiement électronique sont libellés au choix en francs, en dollars américains ou en euros. La valeur de 10 000 unités de monnaie retenue comme plafond s'applique dans la même mesure aux trois monnaies, c'est-à-dire que le franc n'est pas la monnaie déterminante du plafond et qu'il n'est pas nécessaire de convertir en francs le plafond exprimé dans les deux autres monnaies. Si le franc était retenu comme monnaie déterminante, les institutions financières concernées seraient obligées de modifier une grande partie des contrats existants. Il en résulterait une charge administrative disproportionnée. Le plafond fixé à 10 000 francs ou dollars américains ou euros établit un lien avec l'art. 12, al. 2, de l'ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA)²⁰. D'après cette disposition, des obligations de diligence simplifiées pour les émetteurs de moyens de paiement en monnaie électronique s'appliquent aux relations d'affaires conclues directement et ouvertes par voie de correspondance, s'il n'est pas possible d'effectuer des prélèvements en espèces ou des paiements excédant 10 000 francs par mois et par cocontractant par le biais de moyens de paiement servant au paiement sans numéraire de biens et services et au retrait d'espèces, pour lesquels un avoir enregistré sous forme électronique conditionne les transactions. L'inscription à l'art. 16 OEAR de l'usage prévu et du plafond de l'avoir enregistré de l'art. 12, al. 2, OBA-FINMA permet de garantir que les comptes qui ont déjà été classés comme présentant un faible risque dans le domaine du blanchiment d'argent sont exclus du champ d'application de l'EAR.

En outre, la let. c prévoit que tout paiement excédant 10 000 francs ou dollars américains ou euros est remboursé au détenteur du compte sous 60 jours. Cette disposition garantit que les comptes en monnaie électronique ne sont pas utilisés pour effectuer des dépôts. Les comptes en monnaie électronique, en règle générale, ne rapportent pas d'intérêts. Cet aspect est pris en compte à la let. d. C'est pourquoi la monnaie électronique n'est pas appropriée pour les placements ni pour l'épargne.

²⁰ RS 955.033.0

Al. 2

Selon l'al. 2, on entend par monnaie électronique toute valeur monétaire enregistrée sous forme électronique à titre de créance sur un émetteur de moyens de paiement en monnaie électronique, émise en contrepartie de fonds pour exécuter des opérations de paiement et acceptée en tant que paiement par d'autres personnes physiques et morales que l'émetteur. La monnaie électronique peut nommément être stockée et utilisée sur les téléphones portables, sur un compte de paiement en ligne ou sur les cartes prépayées aux nombreuses possibilités d'utilisation. Les cartes caractérisées par une possibilité d'utilisation limitée (par exemple les cartes de paiement ou les cartes cadeau), qui ne sont acceptées en tant que paiement que par l'émetteur, n'en font pas partie.

Le risque que les comptes en monnaie électronique qui remplissent les conditions prévues soient utilisés dans un but de fraude fiscale peut donc être considéré comme faible.

Art. 17 Comptes de défunts

La section VIII, par. C, n° 17, let. d, de la NCD prévoit qu'un compte détenu par une succession dotée de la personnalité juridique (*estate*) doit être traité comme un compte exclu si sa documentation comprend une copie du testament du défunt ou du certificat de décès. Le ch. 92 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD prévoit également que les États définissent, dans leur droit national, ce qu'il faut entendre par un compte détenu par une succession.

Dans le *common law*, l'*estate* est considéré comme une masse patrimoniale séparée, autonome et indépendante juridiquement et économiquement. Dans l'ordre juridique du droit civil tel qu'il existe en Suisse, la masse successorale n'est au contraire pas autonome juridiquement, mais est dévolue par la loi aux héritiers dès le décès du défunt, selon le principe de la succession universelle. Les héritiers forment une communauté. Ces deux concepts juridiques sont comparables dans la mesure où les héritiers ne peuvent pas disposer de manière autonome de l'héritage avant la dissolution de la communauté héréditaire.

L'art. 17 met les deux concepts juridiques sur un même pied en ce qui concerne l'application de l'EAR. Les institutions financières suisses déclarantes peuvent considérer les comptes de défunts comme des comptes détenus exclusivement par une succession dotée de la personnalité juridique (*estate*) jusqu'à la dissolution de la communauté héréditaire, et peuvent les traiter comme des comptes exclus dans la mesure où le décès leur a été communiqué par un testament ouvert, par un certificat de décès ou sous une autre forme appropriée, telle qu'un avis de décès publié dans un journal. La communauté héréditaire prend fin lors du partage ou de sa transformation en une autre relation juridique (société simple ou société en commandite). Le moment auquel l'institution financière suisse déclarante peut supposer que la communauté héréditaire a été partagée ou qu'elle a été transformée dans une autre relation juridique se détermine sur la base des obligations de diligence applicables à une relation client.

Une réglementation identique à celle prévue à l'art. 17 s'applique dans le cadre du FATCA²¹.

Section 4: Résidence d'institutions financières en Suisse

Art. 18 Institutions financières assujetties à l'impôt et institutions financières exonérées

Let. a

L'art. 18 se fonde sur la norme de délégation de l'art. 5, al. 5, LEAR. A ce propos, le message explique qu'un assujettissement limité en raison de l'impôt anticipé ou d'un bien immobilier sis en Suisse ne suffit pas à fonder la résidence d'une institution financière en Suisse²². L'art. 18 OEAR est conçu en conséquence. La let. a prévoit d'une part que sont réputées résidentes de Suisse les institutions financières assujetties à l'impôt de manière illimitée. Il peut s'agir de personnes physiques ou de personnes morales. Par ailleurs, sont aussi réputées résidentes de Suisse selon la let. a les institutions financières qui fondent un rattachement économique (établissements stables; art. 4, al. 1, let. b, ou art. 51, al. 1, let. b, LIFD).

²¹ Cf. évaluations de l'organe de qualification FATCA sur la question «Décès d'un/du titulaire du compte» (texte allemand du 07.04.2016) consultable sous www.sif.admin.ch > Thèmes > Accord FATCA > Organe de qualification.

²² FF 2015 5026

Let. b

Si l'on applique le critère de l'assujettissement fiscal illimité selon la let. a, les institutions financières exonérées d'impôt, telles que les banques cantonales, ne seraient pas réputées résidentes de Suisse pour l'application de l'EAR. D'après les commentaires figurant dans le message sur l'art. 5, al. 5, LEAR, l'OEAR désigne les banques cantonales exonérées comme résidentes de Suisse. Par conséquent la let. b définit d'une manière générale que les institutions financières exonérées d'impôt, qui ont été constituées selon le droit suisse, sont réputées résider en Suisse.

Art. 19 Trusts réglementés à l'étranger

Les véhicules de placement collectif organisés sous la forme de *investment trusts* ou de *unit trusts* qui sont réglementés à l'étranger en tant qu'organismes de placement collectif sont réputés résider dans la juridiction où ils sont réglementés, en raison de leur lien à cette juridiction. L'art. 19 prévoit donc que ces trusts ne sont pas réputés résider en Suisse, et ce indépendamment du lieu de résidence des trustees.

Art. 20 Siège de la direction

L'art. 5, al. 2 LEAR, correspond à la définition des ch. 4 et 5 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD, selon lesquels une institution financière ne résidant fiscalement dans aucune juridiction est réputée résidente de Suisse, entre autres, si le siège de sa direction, administration effective comprise, se trouve en Suisse. Le terme de «siège de la direction» n'est pas un terme juridique suisse, mais découle du droit fiscal international. L'art. 20 définit par conséquent ce terme comme le lieu où se trouve l'administration effective, c'est-à-dire l'endroit où une société a son centre économique et effectif, respectivement où se trouve la direction qui opère normalement au siège de la société.

Section 5: Dispositions alternatives du commentaire de l'OCDE relatif à la NCD

Art. 21

Le commentaire de l'OCDE sur la NCD comprend diverses dispositions alternatives. Un État qui met l'EAR en œuvre peut décider d'appliquer ou non ces dispositions alternatives. Elles représentent soit un complément soit un remplacement des dispositions de la NCD. Les dispositions alternatives sont identifiées comme telles dans le commentaire de l'OCDE sur la NCD et inscrites en italique (cf. renvois aux sections 1 à 3 dans les explications ci-après). Si un État décide d'appliquer les dispositions alternatives du commentaire de l'OCDE sur la NCD, la formulation des dispositions de la NCD peut être remplacée ou complétée par celle des dispositions alternatives correspondantes. L'art. 9, al. 3, LEAR délègue au Conseil fédéral la compétence de définir les dispositions alternatives applicables du commentaire de l'OCDE sur la NCD. L'OEAR reprend certaines dispositions alternatives qui apportent en principe un allègement lors de la mise en œuvre de l'EAR. L'art. 21 fait référence à l'annexe mentionnant ces dispositions alternatives.

Le par. 1 des dispositions alternatives constitue un complément aux dispositions de la NCD et correspond à la disposition alternative du ch. 13 du commentaire de l'OCDE sur la section VII de la NCD. Pour le cas des contrats d'assurance de groupe ou des contrats de rente de groupe, cet allègement se justifie par le fait que l'institution financière suisse déclarante n'a pas, lors de la conclusion du contrat, de relation directe avec l'employé, respectivement avec le titulaire du certificat d'assurance, et ne pourrait ainsi pas prouver sa résidence. L'application de cette disposition alternative ne fait pas obstacle à la prise en compte, pour la tarification, de réserves de santé ou de facteurs de risques qui ne sont pas liés à la santé.

Le par. 2 remplace le par. C, n° 9 de la section VIII de la NCD et correspond à la disposition alternative du ch. 82 du commentaire de l'OCDE relatif à la section VIII de la NCD. Elle définit que les institutions financières suisses déclarantes peuvent traiter certains nouveaux comptes de clients existants comme des comptes préexistants si les conditions fixées à cette section sont remplies.

Le par. 3 remplace le par. E, n° 4 de la section VIII de la NCD et correspond également à la disposition alternative du ch. 82 du commentaire de l'OCDE relatif à la section VIII, par. C, n° 9, de la NCD. Elle fixe comment définir le terme «entité juridique liée».

L'art. 21 prévoit en outre qu'il reste possible pour la Suisse de conclure avec un État partenaire un accord sur l'introduction de l'EAR qui déclare que les dispositions alternatives du commentaire de l'OCDE sur la NCD ne sont pas applicables.

Section 6: Précisions concernant les obligations générales de déclaration

Art. 22 Montant et qualification des versements

Al. 1

Selon l'art. 10, al. 2, let. a LEAR, le Conseil fédéral fixe les critères et les règles d'après lesquels doivent être déterminés le montant et la qualification des versements effectués au titre d'un compte déclarable. Pour l'application de l'EAR, les versements mentionnés à l'art. 22, al. 1 OEAR, au crédit d'un compte déclarable selon les let. a à d doivent être déclarés à titre d'intérêts, de dividendes, de produits de vente ou de rachat, ou d'autres revenus.

Al. 2

En référence au terme d'intérêt soumis à l'impôt anticipé, tel qu'il est défini à l'art. 4, al. 1, let. a, de la loi du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)²³, l'al. 2 considère, pour l'application de l'EAR, comme intérêts au sens de l'al. 1, let. a, notamment les intérêts générés par des obligations, des cédules hypothécaires et des lettres de rente émises en série, des avoirs figurant au livre de la dette ainsi que des avoirs de clients.

Al. 3

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

Al. 4

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

Al. 5

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

Art. 23 Catégories de comptes financiers

Al. 1

En conformité avec le ch. 66 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD, l'al. 1, let. a et b, OEAR définit qu'en plus des termes mentionnés à la section VIII, par. C, n° 2, de la NCD, les opérations de capitalisation et les opérations tontinières au sens de l'annexe 1, branches d'assurance A6 et A7, de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (OS)²⁴, qui peuvent être proposées exclusivement par des assureurs sur la vie sont aussi réputées comptes de dépôt. Ainsi, la délimitation exigée

²³ RS 642.21

²⁴ RS 961.001

par la NCD envers les assurances avec valeur de rachat et les assurances de rente est réalisée. Les paiements anticipés et les dépôts de primes qui sont fondés sur un contrat séparé sont aussi réputés comptes de dépôt selon la let. c.

Al. 2

L'art. 90, al. 2, de la loi du 9 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)²⁵ dispose que l'assureur doit racheter une assurance vie, entièrement ou en partie, sur demande de l'ayant droit si les primes ont été payées au moins pour trois ans. La condition de paiement d'au moins trois primes annuelles relève du droit dispositif. C'est pourquoi on trouve aussi sur le marché des produits dont le rachat est déjà possible plus tôt. Le ch. 74 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD prévoit que les produits avec valeur de rachat doivent être traités comme comptes financiers. En conséquence, l'al. 2, OEAR dispose que, en plus des termes cités à la section VIII, par. C, n° 7, de la NCD, les assurances avec valeur de rachat à un moment ultérieur seulement sont déjà réputées comptes financiers au sens de la convention applicable dès la conclusion du contrat. Cela évite une requalification complexe à l'instant où l'assurance devient susceptible de rachat.

Al. 3

En droit fiscal suisse, les versements des assurances de rente viagère garantie à vie et de rente viagère temporaire sont soumis à l'impôt sur le revenu de manière différente selon la structure du produit concerné²⁶. Cela peut avoir pour conséquence que les revenus d'une assurance de rente viagère temporaire soient qualifiés de rendement de la fortune mobilière (art. 20 LIFD) et non pas de revenus provenant de la prévoyance (art. 22 LIFD). L'art. 23, al. 3, OEAR prévoit donc que la qualification d'un contrat de rente (cf. section VIII, par. C, n° 6, NCD) ne dépend pas de la durée convenue du versement de la rente. Les assurances non constitutives de capital, telles que les rentes pour incapacité de gain, ne sont pas considérées comme des contrats de rente.

Art. 24 Remboursement de primes non utilisées à titre de partie de la valeur de rachat

La LCA connaît le principe du partage de la prime selon lequel, en cas de résiliation anticipée ou d'échéance d'un contrat d'assurance, la prime n'est due que jusqu'à la résiliation du contrat (art. 24 LCA). Si la prime a été payée d'avance pour toute l'année d'assurance, une partie doit en être remboursée en cas de résiliation anticipée du contrat. En vertu de l'art. 24 OEAR, une institution financière suisse déclarante (une société d'assurance spécifiée conformément au ch. 26 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD) peut traiter les primes à rembourser découlant d'un contrat de rente ou d'un contrat d'assurance avec valeur de rachat non lié à un placement en capitaux comme élément de la valeur de rachat au sens du ch. 75 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD et déclarer, le cas échéant, tout le montant versé (valeur de rachat et primes non utilisées).

Cette réglementation correspond à celle appliquée dans le cadre du FATCA²⁷.

Art. 25 Valeur de rachat d'assurances de rente

Al. 1

La section I, par. A, n° 4, de la NCD prévoit que la «valeur» d'un compte financier doit être déclarée. Alors que le ch. 75 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD comprend des dispositions détaillées pour les assurances avec valeur de rachat, aucune disposition de concrétisation n'y est prévue pour les assurances de rente. L'art. 25 contient les dispositions nécessaires.

Ainsi, selon l'al. 1, est réputée valeur de rachat d'une assurance de rente aux fins de l'application de la convention la valeur de rachat du contrat d'assurance définie selon l'art. 91 LCA. Cette valeur sert aussi de base de calcul pour l'impôt suisse sur la fortune; il s'agit donc d'une information dont l'assureur dispose. Comme jour de référence du calcul de la valeur de rachat, on peut utiliser la valeur à la fin de l'année civile ou à la fin de l'année d'assurance.

En outre, l'al. 1 prévoit que la valeur de rachat est nulle pour les assurances de rente constitutives de capital qui ne sont pas encore ou ne sont plus susceptibles de rachat (let. a). Ont aussi une valeur de

²⁵ RS 221.229.1

²⁶ Cf. ATF 2C_596/2007 du 24 juin 2008.

²⁷ Cf. § 1.1471-5(b)(3)(vii)(C)(3) des dispositions d'exécution applicables au Trésor américain.

rachat nulle les assurances de rente sans remboursement des primes au décès qui sont constitutives de capital mais non susceptibles de rachat (let. b).

Al. 2

Alternativement à la disposition de l'al. 1, une institution financière suisse déclarante (une société d'assurance spécifiée selon le ch. 26 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD) peut utiliser la réserve mathématique d'inventaire comme valeur à déclarer. Cette réserve est une valeur actuarielle.²⁸

Art. 26 Monnaie dans le cadre de la déclaration

Les institutions financières suisses déclarantes doivent indiquer, dans les informations qu'elles fournissent, la monnaie dans laquelle les montants sont libellés (al. 1). L'al. 2 énumère les monnaies possibles.

Section 7: Précisions concernant les obligations de diligence raisonnable

Les dispositions de la section 7 se fondent sur la norme de délégation de l'art. 11, al. 10, LEAR. Celle-ci a été prévue pour garantir des règles praticables pour tous les types de comptes et pour toutes les branches du secteur financier concernées par les dispositions de l'art. 11, al. 8 et 9, LEAR.²⁹

Art. 27 Ouverture de comptes

Le nouvel art. 11, al. 8, let. b, LEAR précise que, en dehors du cas visé à l'art. 11, al. 8, let. a, LEAR, ouvrir un nouveau compte sans disposer d'une autocertification du titulaire du compte n'est autorisé que dans des cas exceptionnels. L'art. 27 énumère à titre d'exemple les exceptions possibles.

Let. a

Dans le domaine de l'assurance-vie, un nouveau compte au sens de l'EAR peut être ouvert sans que l'assureur sur la vie y contribue ou puisse refuser la création du nouveau compte. Étant donné que, dans les cas de ce genre, il n'est pas possible de se procurer préalablement une autocertification mais que l'assureur est tout de même tenu d'enregistrer le nouveau preneur d'assurance, la formulation d'une exception est nécessaire.

La let. a précise que cette exception vaut pour les assurances au décès d'autrui (assurances-vie de tiers) pour lesquelles une succession entraîne un changement du preneur d'assurance.

Dans le cas d'une assurance au décès d'autrui, les rôles du preneur d'assurance (partie contractante) et de la personne assurée (objet du contrat) sont assumés par des sujets de droit différents. En cas de transmission des droits due à une succession universelle, le changement de partie contractante, c'est-à-dire de preneur d'assurance, ne nécessite pas l'assentiment de l'assureur sur la vie. On pense notamment à une fusion de deux sociétés à la suite de laquelle la qualité de preneur d'assurance passe de la société reprise (partie contractante) à la société reprenante (nouvelle partie contractante) en vertu de l'universalité de la succession, tandis que le contrat d'assurance et donc l'objet du contrat restent en revanche inchangés. En pareil cas, l'assureur a l'obligation d'enregistrer le nouveau preneur d'assurance.

Let. b

D'après la let. b, il existe également une exception dans les cas où il se produit un changement du titulaire du compte sur ordre d'un tribunal ou d'une autorité. Citons à titre d'exemple le changement de preneur d'assurance découlant d'une convention de divorce prévoyant qu'une police du pilier 3b doit être transmise au partenaire. Dans les cas de ce genre, il y a également fondation d'un nouveau compte sans que l'institution financière suisse déclarante y contribue ou puisse refuser la création du nouveau compte.

Let. c

Pour certaines institutions financières, il arrive que des statuts (notamment dans le cas des fondations) ou des actes constitutifs de trust provoquent la création de nouveaux comptes que l'institution financière

²⁸ Cf. circulaire FINMA 2016/6 «Assurances sur la vie» du 3 décembre 2015, p. 19, ch. 6.

²⁹ Cf. message relatif à la LEAR, FF 2015 5035.

ne peut ni empêcher, ni refuser, ni fermer. C'est pourquoi il a été nécessaire de formuler une disposition dérogatoire pour ces cas à la let. c. Dans les cas de ce genre, un nouveau compte peut par exemple prendre naissance à l'expiration du délai ou lorsque surviennent certains événements indépendants de la volonté de l'institution financière. On pense ici notamment à la naissance d'un enfant qui a été désigné à l'avance comme bénéficiaire d'un *fixed interest trust*.

Art. 28 Clôture de comptes

L'art. 28 règle les obligations de déclaration que doivent remplir les institutions financières suisses déclarantes en ce qui concerne les comptes financiers dont elles n'ont pas pu achever l'examen avant leur clôture.

Al. 1

Selon l'al. 1, un compte préexistant qui est clôturé avant l'échéance du délai fixé à l'art. 11, al. 2 ou 3, LEAR sans que l'institution financière suisse déclarante ait pu en achever l'examen peut être considéré comme compte non déclarable.

Al. 2

Selon l'al. 2, un nouveau compte clôturé avant que l'institution financière suisse déclarante ait été en mesure de déterminer la résidence fiscale du titulaire de compte ou de la personne qui détient le contrôle de l'entité juridique peut être considéré comme compte non déclarable.

Al. 3

Lorsqu'un compte préexistant ou un nouveau compte est clôturé après un changement de circonstances nécessitant son réexamen, mais que celui-ci n'est pas encore achevé au moment de la clôture, l'institution financière suisse déclarante, en vertu de l'al. 3, ne doit pas tenir compte du changement de circonstances pour sa déclaration.

Art. 29 Prétentions de tiers découlant d'un contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un contrat de rente

Al. 1

Le droit du contrat d'assurance prévoit que le preneur d'assurance a le droit de désigner un tiers comme bénéficiaire sans l'assentiment de l'assureur (art. 76 LCA). Le preneur d'assurance peut aussi, même lorsqu'un tiers est désigné comme bénéficiaire, disposer librement, soit entre vifs soit pour cause de mort, du droit qui découle de l'assurance (art. 77 LCA). En conséquence de ces possibilités légales de disposition, des prestations d'assurance sont régulièrement attribuées à des tiers.

L'art. 29, al. 1, OEAR reprend la disposition formulée dans la section VIII, par. E, n° 1, de la NCD selon laquelle, à l'échéance d'un contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un contrat d'assurance de rente, la personne qui jouit d'un droit à des paiements en vertu du contrat doit être traitée comme un titulaire de compte, les obligations de diligence pour un nouveau compte étant alors applicables. Cette disposition ne s'applique pas à l'ancien titulaire de compte, car celui-ci a déjà été identifié antérieurement, en règle générale lors de la conclusion du contrat (en vertu des obligations de diligence pour les nouveaux comptes et le cas échéant, pour les comptes préexistants).

Al. 2

L'institution financière suisse déclarante (la société d'assurance spécifiée selon le ch. 26 du commentaire de l'OCDE sur la section VIII de la NCD) doit être en possession d'une autocertification des ayants droit selon l'al. 1 avant de verser la prestation. Dans les conditions définies par l'OCDE dans son manuel de mise en œuvre de la NCD³⁰, elle peut renoncer à une autocertification. Cela est le cas si les renseignements disponibles montrent que l'entité juridique ayant droit à la prestation n'est pas une personne qui doit faire l'objet d'une déclaration. La société d'assurance spécifiée peut également renoncer à une autocertification si elle applique la procédure alternative prévue dans la section VII, par. B, de la NCD

³⁰ Manuel de mise en œuvre de la norme commune de déclaration (publié en août 2015 par l'OCDE), page 66 s, consultable à l'adresse: www.oecd.org/tax/automatic-exchange > Common Reporting Standard (CRS) > CRS Implementation Handbook (disponible en anglais seulement).

pour les comptes financiers détenus par une personne physique bénéficiaire d'un contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un contrat d'assurance de rente.

Al. 3

Si l'autocertification est fournie selon l'al. 2, il s'agit d'une action de préparation qui incombe à l'ayant droit découlant du contrat d'assurance et sans laquelle l'assureur, en tant que débiteur contractuel, n'est pas en mesure d'effectuer le versement. Si l'ayant droit ne fournit pas l'autocertification dans les délais, il devient un créancier en demeure au sens de l'art. 91 CO. La demeure du créancier exclut une éventuelle demeure du débiteur (pour l'échéance de prestations d'assurance ou de rachat, voir art. 41 et 92, al. 3 LCA). La demeure du créancier n'a pas de conséquence pour l'institution financière suisse déclarante jusqu'à la réception de l'autocertification. L'al. 3 OEAR concrétise la disposition du CO par rapport aux contrats d'assurance.

Al. 4

L'art. 11, al. 8 et 9, LEAR concerne les ouvertures de comptes financiers et non pas le traitement des prétentions de tiers à l'échéance d'un contrat d'assurance vie. Selon l'al. 4, elles ne s'appliquent donc pas aux prétentions de tiers à l'échéance de contrats d'assurance avec valeur de rachat et de contrats d'assurance de rente. Pour garantir une identification sans faille dans les conditions du contrat d'assurance sans restreindre la liberté de disposition selon art. 76s LCA, l'art. 29, al. 2 OEAR prévoit au lieu de cela que la prestation ne peut pas être versée en l'absence d'une autocertification correcte.

Art. 30 Conversion des montants

Cette disposition a été abrogée à compter du 1^{er} janvier 2021.

Section 8: Obligation d'enregistrement faite aux institutions financières suisses déclarantes

Art. 31

Al. 1

Selon l'al. 1, les institutions financières suisses déclarantes doivent s'annoncer spontanément à l'AFC au plus tard pour la fin de l'année civile pendant laquelle leur qualité d'institution financière suisse déclarante devient effective. Cette annonce s'effectue exclusivement sur un portail en ligne.

Al. 2

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

Al. 3

Si elle ne gère aucun compte déclarable, une institution financière suisse déclarante doit, selon l'al. 3, s'annoncer quand même à l'AFC dans les six mois après la fin de l'année civile concernée et lui communiquer qu'elle ne gère aucun compte déclarable. Cette obligation découle de l'art. 15, al. 1, LEAR. Selon l'art. 31, al. 3, OEAR, cette communication n'est pas considérée comme une réquisition de radiation du registre des institutions financières déclarantes.

Les délais mentionnés à l'art. 31 sont des délais d'ordre. En règle générale, le délai a un caractère péremptoire si la sécurité du droit ou la technique administrative nécessitent que les rapports de droit soient fixés définitivement à l'échéance d'un certain délai sans que ce dernier puisse être allongé par un acte interruptif³¹. Contrairement aux délais de péremption, les délais d'ordre n'entraînent aucun changement direct des rapports de droit. Si le délai mentionné à l'art. 31 échoit sans être utilisé, l'AFC donne l'occasion à l'institution financière suisse déclarante, en vertu de l'art. 28, al. 3 LEAR, de s'expliquer sur les manquements constatés. Si l'institution financière suisse déclarante ne remplit pas son obligation

³¹ Cf. ATF 2C_756/2010, consid. 3.2.2.

selon l'art. 31 OEAR même après le rappel par l'AFC, celle-ci peut lui infliger une amende, en vertu de l'art. 32 LEAR, pour violation des obligations de déclaration.

Al. 4

D'après l'art. 13, al. 4, LEAR, le Conseil fédéral règle les modalités de l'inscription des trusts qui recourent au principe du TDT dans l'ordonnance. L'al. 4 reprend la réglementation actuellement pratiquée. Lorsque le trustee inscrit le trust faisant usage du principe du TDT auprès de l'AFC, il doit munir le nom du trust du préfixe «TDT=».

De plus, le nom du trust doit être indiqué dans l'élément «Reporting FI» du schéma XML de la NCD. Il faut là aussi munir le nom du préfixe «TDT=». Cette partie de la réglementation actuelle, qui ne concerne pas l'inscription mais bien la déclaration, a été reprise dans la directive sur l'EAR.

Section 9: Renseignements transmis automatiquement de l'étranger

Art. 32

Al. 1 et 2

Dans le cadre de l'EAR, l'AFC constitue la plate-forme d'échange de renseignements avec les juridictions partenaires ainsi qu'avec les administrations fiscales cantonales. Elle affecte aux administrations fiscales cantonales les renseignements transmis automatiquement par les États partenaires. Pour les personnes physiques ou les ayants droit, le numéro d'identification fiscale revêt une grande importance en tant que critère incontestable d'affectation. Conformément aux dispositions de l'art. 2, al. 1, let. f, LEAR, le numéro d'identification fiscale des personnes physiques en Suisse est le numéro d'assuré AVS selon la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants³². Pour les entités juridiques, il s'agit du numéro d'identification des entreprises (IDE) selon la loi du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises³³.

Pour pouvoir affecter les renseignements reçus de l'étranger aux cantons, l'AFC a besoin de recevoir dans les deux mois suivant la fin de l'année civile le numéro d'identification fiscale de toutes les personnes physiques ou entités juridiques assujetties à titre illimité à l'impôt dans chaque canton. Les résidents de Suisse imposés à la source sont aussi considérés comme des personnes physiques soumises à l'imposition illimitée. Par entité juridique au sens de la LEAR, on entend en particulier des personnes morales. Il faut supposer que les renseignements transmis de l'étranger ne contiendront pas de numéro d'identification fiscale dans de nombreux cas, du moins durant les premières années suivant l'introduction de l'EAR en Suisse. Dans de tels cas, l'affectation devra se faire sur la base d'autres critères.

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

Al. 3

Si un numéro ou autre attribut coïncide avec les renseignements transmis automatiquement de l'étranger, l'AFC donne au canton dans lequel la personne devant faire l'objet d'une déclaration est assujettie à titre illimité l'accès aux renseignements au moyen d'une procédure d'appel sûre et cryptée. En outre, l'AFC rappelle aux administrations fiscales cantonales les restrictions à l'utilisation des renseignements transmis et l'obligation de maintenir le secret prévues dans la convention applicable (art. 21, al. 1, LEAR).

Al. 4

La sécurité des données concernant les renseignements transmis par l'étranger doit pouvoir être garantie en tout temps. C'est pourquoi il est indispensable que seuls les collaborateurs des administrations

³² RS 831.10

³³ RS 431.03

fiscales cantonales disposant d'une authentification à deux facteurs aient accès à la procédure d'appel. L'un des deux facteurs doit être un élément d'identification physique, incontestable et infalsifiable (hardware token) nécessaire pour accéder à un réseau (par exemple SuisseID ou carte à puce).

Section 10: Système d'information

Art. 33 Organisation et administration du système d'information

Pour tous les genres d'impôts de son domaine de compétence, l'AFC exploite un système d'information (cf. par ex. art. 36a LIA). Toute collection de données personnelles sous forme électronique ou autres est considérée comme un système d'information. L'exploitation d'un système d'information pour l'EAR selon l'art. 33 est nécessaire notamment parce que de grands volumes de données sont transmis pour l'application de l'EAR.

Al. 1 et 2

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

Al. 3

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

Art. 34 Catégories des données personnelles traitées

Dans le cadre de l'EAR, l'AFC en tant que maître du fichier assure la fonction de plaque tournante. C'est-à-dire qu'elle transmet aux juridictions partenaires et, au moyen d'une procédure d'appel, aux administrations fiscales cantonales les données qu'elle a reçues des institutions financières suisses déclarantes ou des juridictions partenaires. En outre, elle utilise ces données pour la vérification prévue à l'art. 28 LEAR des institutions financières suisses quant à l'accomplissement de leurs obligations résultant de la convention applicable et pour les autres tâches qui lui sont confiées en vertu de la LEAR. En application de l'art. 35, l'AFC conserve ces données pendant 20 ans au maximum.

En vertu de l'art. 34, l'AFC peut traiter les données personnelles qui lui ont été transmises sur la base de la convention applicable (art. 1, al. 1, LEAR). Il y a lieu de se référer à la convention applicable pour savoir quelles données peuvent être traitées dans un cas particulier. Un aperçu des États partenaires de la Suisse et des conventions applicables dans chaque cas est disponible sur le site Internet du SFI³⁴. Le terme «traitement» doit être compris au sens de l'art. 3, let. e, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)³⁵.

Art. 35 Destruction des données

En vertu de l'art. 16, al. 3, LEAR, l'obligation pour l'institution financière suisse déclarante de transmettre la déclaration se prescrit par dix ans au plus tard après la fin de l'année civile pendant laquelle celle-ci devait être transmise. L'AFC doit donc conserver les données pendant au moins dix ans afin de pouvoir y accéder lors de la vérification des institutions financières suisses déclarantes quant à l'accomplissement de leurs obligations ressortant de la convention applicable en vertu de l'art. 28 LEAR. Dans le cas où une procédure judiciaire est engagée, les données doivent toutefois être conservées pendant plus longtemps. La durée de conservation de 20 ans, prévue à l'art. 35, correspond à la durée de conservation que l'AFC prévoit en relation avec l'assistance administrative. Cette concordance est toute indiquée,

³⁴ Disponible à l'adresse www.sif.admin.ch > Relations multilatérales > Echange de renseignements > Automatique > Comptes financiers

³⁵ RS 235.1

car les données transmises au titre de l'EAR sont traitées, dans certains cas, dans le cadre de demandes d'assistance administrative. Les dispositions de la loi du 26 juin 1998 sur l'archivage (LAR)³⁶ s'appliquent.

Section 11: Dispositions finales

Art. 35a Dispositions transitoires relatives à la modification du 1er janvier 2021

L'art. 35a dispose que, en ce qui concerne les comptes ouverts le jour précédant l'entrée en vigueur de la modification le 1^{er} janvier 2021, et pour lesquels l'institution financière suisse déclarante, dans le cadre de la mise en œuvre des obligations de diligence, s'est procuré une autocertification qui ne contient pas de NIF, les règles énoncées à la sect. I, par. C, NCD sont applicables. L'application de cette procédure aux comptes préexistants vise à donner aux institutions financières concernées un délai approprié pour obtenir rétroactivement les NIF manquant.

Il convient de souligner que la disposition transitoire proposée n'est pas contraire au sens et au but de la NCD. C'est ainsi que la norme sur l'EAR prévoit explicitement les mêmes processus pour la phase d'introduction de l'EAR dans une institution financière. La disposition transitoire ne peut du reste pas être exploitée pour contourner la norme sur l'EAR, raison pour laquelle son introduction dans l'OEAR peut être considérée comme adéquate.

Art. 36 Entrée en vigueur

L'OEAR et la LEAR sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

³⁶ RS 152.1