

Ad 15.057

Initiative populaire « Oui à la protection de la sphère privée »

Rapport explicatif de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national relatif au contre-projet direct sur l'inscription du secret bancaire dans la Constitution

du 19 mai 2016

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 Initiative populaire « Oui à la protection de la sphère privée »

1.1.1 Texte de l'initiative populaire

L'initiative populaire « Oui à la protection de la sphère privée » a fait l'objet d'un examen préliminaire par la Chancellerie fédérale le 21 mai 2013¹ et a été déposée avec le nombre requis de signatures (117 531) le 25 septembre 2014². Elle a la teneur suivante³ :

I

La Constitution est modifiée comme suit :

Art. 13 Protection de la sphère privée

¹ Toute personne a droit à la protection de sa sphère privée.

² Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications ainsi qu'à la protection de sa sphère privée financière.

³ Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

⁴ Des tiers ne sont autorisés à fournir aux autorités des renseignements en lien avec les impôts directs dont les cantons effectuent la taxation et la perception et concernant une personne domiciliée ou sise en Suisse qui s'y oppose que dans le cadre d'une procédure pénale, et exclusivement s'il existe un soupçon fondé de présumer que :

- a. dans le but de commettre une soustraction d'impôt, des titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de salaire et autres attestations de tiers, ont été utilisés dans le dessein de tromper l'autorité fiscale ; ou
- b. intentionnellement et de manière continue, un montant important de l'impôt a été soustrait, qu'on a prêté assistance à un tel acte ou incité à le commettre.

⁵ Un tribunal décide s'il y a soupçon fondé au sens de l'al. 4.

⁶ Les conditions prévues aux al. 4 et 5 concernant les renseignements fournis aux autorités s'appliquent par analogie aux renseignements liés aux impôts indirects.

⁷ Pour les questions autres que fiscales, la loi règle les conditions auxquelles il est permis de donner des renseignements.

¹ FF 2013 3025

² FF 2014 8473

³ FF 2015 6433

II

Les dispositions transitoires de la Constitution sont complétées comme suit :

Art. 197, ch. 11⁴ (nouveau)

11. Disposition transitoire ad art. 13 (Protection de la sphère privée)

¹ L'art. 13 entre en vigueur dans sa version modifiée dès son acceptation par le peuple et les cantons.

² Toutes les autorités sont tenues d'appliquer l'art. 13, al. 2, dans la mesure où il règle la protection de la sphère privée financière, et 4.

³ Le législateur adapte les actes législatifs à l'art. 13, al. 2, dans la mesure où il règle la protection de la sphère privée financière, et 4 à 7, dans un délai de trois ans. Le Conseil fédéral édicte, dans un délai d'une année, les dispositions d'exécution relatives à l'art. 13, al. 4 et 5, qui s'avèrent nécessaires avant l'entrée en vigueur de ces modifications légales.

Conformément à l'art. 100 de la loi sur le Parlement⁵ (LParl), le Parlement a jusqu'au 25 mars 2017 pour traiter cette initiative populaire.

1.1.2 Objectifs de l'initiative populaire

L'initiative vise à étendre au domaine financier, en l'inscrivant dans la Constitution, le droit fondamental à la protection de la sphère privée. En outre, elle définit de manière exhaustive les conditions auxquelles, en matière fiscale, il serait possible de déroger à la protection de la sphère privée financière⁶. Elle entend ainsi préserver le secret bancaire au niveau national et contrecarrer la tendance internationale à faciliter l'accès aux données financières. Il s'agit notamment d'éviter une future révision du droit pénal fiscal⁷ et, par conséquent, une éventuelle redéfinition de la fraude fiscale et de la soustraction d'impôt légère ou grave⁸.

1.2 Message du Conseil fédéral du 26 août 2015

Le Conseil fédéral rejette l'initiative populaire « Oui à la protection de la sphère privée » dans le message du 26 août 2015 sans lui opposer de contre-projet direct ou indirect.⁹ Dans un Etat de droit, la protection de la sphère privée contre les intrusions

⁴ Le chiffre définitif de cette disposition transitoire sera déterminé par la Chancellerie fédérale après la votation populaire.

⁵ RS 171.10

⁶ FF 2015 6430

⁷ Rappelons que le Conseil fédéral avait envoyé en mai 2013 un avant-projet de révision du droit pénal en matière fiscale qui visait notamment à supprimer le cumul des peines, à unifier les dispositions de procédure et à élargir la gamme des moyens utilisables dans le cadre des enquêtes menées lors des procédures pénales en matière fiscale. » Le 4 novembre 2015, le Conseil fédéral a toutefois renoncé à présenter un message au Parlement (voir à ce sujet le communiqué de presse du 4.11.2015 :

< https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-59336.html >

⁸ Arguments des auteurs de l'initiative, pp. 2 s. (uniquement en allemand) <

<http://www.privatsphaere-schuetzen.ch/downloads/argumentarium-d.pdf> >

⁹ FF 2015 6429

illicites de l'Etat constitue un principe fondamental. En Suisse, ce principe figure déjà dans la Constitution et il est défini dans la législation. En droit fiscal, la protection de la sphère privée a cependant nécessairement des limites. Afin que certains impôts, notamment les impôts sur le revenu et sur la fortune, puissent être perçus correctement, les contribuables doivent en effet révéler leurs revenus et leur fortune aux autorités fiscales. La protection de la sphère privée est cependant assurée, car les autorités, tenues de respecter le secret fiscal, n'ont pas le droit de transmettre les renseignements obtenus en dehors d'un cadre défini par la loi.

Les auteurs de l'initiative ne souhaitent pas toucher à l'obligation de collaborer à laquelle les contribuables sont soumis. Ces derniers restent en effet obligés de fournir aux autorités fiscales tous les renseignements nécessaires pour déterminer les éléments fiscaux. En revanche, les auteurs de l'initiative entendent restreindre fortement le droit conféré aux tiers de fournir des renseignements aux autorités fiscales. De tels renseignements concernant les contribuables ne pourraient plus être donnés que dans le cadre d'une procédure pénale et seulement lorsqu'un tribunal soupçonne une infraction fiscale grave.

Si l'initiative est mise en œuvre, les autorités fiscales ne pourront plus, à de rares exceptions près, se procurer des renseignements auprès de tiers. Dans les cas où un contribuable violerait son obligation de collaborer, l'autorité fiscale ne pourrait plus recueillir des renseignements auprès de l'employeur ou d'une compagnie d'assurance. La perception correcte des impôts ne serait alors plus garantie.

Aujourd'hui déjà, les autorités cantonales n'ont pas la possibilité de se procurer des informations auprès de banques. L'initiative n'apporterait donc rien de nouveau dans ce domaine. Par contre, les banques sont actuellement soumises à l'obligation de fournir des renseignements dans le cadre des procédures pénales qui concernent les impôts indirects et des enquêtes fiscales spéciales que mène l'Administration fédérale des contributions (AFC) lors d'infractions fiscales graves. Si l'initiative était acceptée, les moyens d'investigation seraient donc clairement limités.

Cette initiative concerne exclusivement les impôts suisses. Elle n'aurait donc pas de conséquences sur l'assistance administrative en matière fiscale ni sur l'échange de renseignements en faveur des Etats partenaires. Suivant l'interprétation du texte de l'initiative, la Suisse pourrait cependant voir sa possibilité de se procurer des renseignements à l'étranger restreinte.

Les conséquences dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier dépendent de la manière dont on interprète le texte de l'initiative. Si la restriction de l'obligation faite aux tiers de renseigner s'appliquait également dans le domaine de la loi sur le blanchiment d'argent, l'initiative entraînerait d'importantes restrictions dans ce domaine. En effet, les intermédiaires financiers n'auraient alors plus le droit de fournir au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) des renseignements relatifs à des infractions fiscales qualifiées commises par des personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse. Cette interdiction pourrait s'étendre aux renseignements concernant des infractions non fiscales mais se rapportant aux impôts. Le cas échéant, les modifications que le Parlement a adoptées le 12 décembre 2014, dans le sillage de la révision effectuée en 2012 des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), seraient remises en question. Enfin, l'acceptation de cette initiative pourrait entraver l'échange de

renseignements concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme entre les bureaux de communication de la Suisse et de l'étranger. L'initiative pourrait ainsi se répercuter négativement sur la conformité de la législation suisse avec les normes internationales.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral recommande le rejet de l'initiative populaire. La sphère privée des contribuables qui sont en règle avec le fisc est suffisamment protégée par le secret fiscal et ne serait donc pas concernée par l'initiative. Par contre, dans les cas où un contribuable viole la relation de confiance entre l'Etat et le citoyen en refusant de coopérer, les autorités fiscales doivent pouvoir continuer de se procurer des renseignements auprès de tiers. Le Conseil fédéral estime donc qu'il n'est pas nécessaire d'élaborer un contre-projet, qu'il soit direct ou indirect.

1.3 **Droit en vigueur**

Le droit fondamental à la protection de la sphère privée est inscrit à l'art. 13 Cst. Cette disposition «confère à toute personne le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec d'autres personnes, sans que l'Etat ne l'en empêche»¹⁰. En outre, le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance est garanti par l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹¹. L'art. 17 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)¹² prévoit quant à lui que nul «ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation». La vie familiale, la correspondance et le secret des postes et des télécommunications (al. 1) ainsi que la protection contre l'emploi abusif de données (al. 2) sont garantis. Cette garantie se concrétise dans la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹³. Les constitutions cantonales les plus récentes contiennent également des dispositions spécifiques concernant la protection de la sphère privée¹⁴.

La protection de la sphère privée en général, dont la sphère privée financière fait partie, est inscrite dans le code civil (CC)¹⁵. Les art. 27 à 29 CC traitent de la protection de la personnalité contre les engagements excessifs (art. 27 CC), contre des atteintes (art. 28 ss CC) et relativement au nom (art. 29 CC). Ces articles concrétisent donc ce droit fondamental contenu dans la Constitution. Le code pénal (CP)¹⁶ contient également plusieurs dispositions visant à faire respecter le droit à la protection de la sphère privée. Le titre 3 du code pénal s'intitule «Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé» et contient les art. 173 à 179^{novies} CP qui prévoient les sanctions en cas de telles infractions. Toujours dans cette optique de protection de la sphère privée, les art. 320 ss CP traitent du secret de fonction (art. 320 CP) et du secret professionnel (art. 321 CP). Ces notions

10 FF 1997 I 154

11 RS 0.101

12 RS 0.103.2

13 RS 235.1

14 Cf. art. 12 Cst. FR; art. 21 Cst. GE

15 RS 210

16 RS 311.0

d'obligation de garder le secret, donc de protection de la sphère privée, se retrouvent également en matière financière à l'art. 47 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹⁷ qui protège le secret professionnel en matière bancaire. Cette loi protège les informations que les banques possèdent en raison de leur relation contractuelle avec leurs clients. Ces informations rendent la banque dépositaire du secret, raison pour laquelle il lui est interdit *ex lege* de transmettre ces informations à des tiers. La violation intentionnelle du devoir de garder le secret est considérée comme un délit passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si l'auteur a agi par négligence, il risque une amende de 250 000 francs au plus. L'art. 47 LB a été récemment complété par les al. 1, let. c, et 1^{bis} à l'occasion de la loi fédérale du 12 décembre 2014 sur l'extension de la punissabilité en matière de violation du secret professionnel¹⁸, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015. Cette loi prévoit désormais la possibilité de punir plus sévèrement les personnes qui obtiennent un avantage pécuniaire en violant le secret bancaire ou d'autres secrets professionnels liés aux marchés financiers. Elle permet également de punir des personnes qui révèlent à d'autres personnes un secret qui leur a été confié en violation du secret professionnel ou exploitent ce secret à leur profit ou au profit d'un tiers. La loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹⁹ et la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)²⁰ prévoient que les autorités fiscales sont liées au secret fiscal (art. 110 LIFD; art. 39 LHID). En d'autres termes, toute personne chargée de l'exécution de la législation fiscale est tenue de garder le secret, sous réserve d'une base légale à l'obligation de renseigner prévue par une disposition fédérale ou cantonale. Les exceptions au secret fiscal sont peu nombreuses. A titre d'exemple, on peut citer l'art. 34 CP, qui prévoit que les autorités fiscales sont tenues de donner des renseignements aux autorités pénales pour fixer le montant de la peine.

Toutes ces bases légales garantissent au citoyen que les données le concernant que l'administration pourrait être amenée à collecter sont traitées de façon confidentielle et ne sont pas rendues publiques. Au demeurant, le secret fiscal va au-delà du secret de fonction, dans la mesure où il n'admet une transmission d'informations aux autorités autres que fiscales que dans une mesure limitée. Les informations collectées par les autorités fiscales ne peuvent donc que d'autant plus rarement être utilisées à des fins autres que fiscales. Dès lors, on peut en conclure que les données fournies aux autorités fiscales bénéficient d'une très large protection.

Les principaux impôts directs de la Confédération et des cantons sont les impôts sur le revenu et le bénéfice, de même que les impôts cantonaux sur la fortune, le capital ou encore les gains immobiliers. Ces derniers sont régis par les mêmes principes concernant l'accès aux informations que les impôts sur le revenu et le bénéfice. Selon la doctrine récente, les impôts cantonaux sur les successions et les donations font également partie des impôts directs.

¹⁷ RS 952.0

¹⁸ RO 2015 1535

¹⁹ RS 642.11

²⁰ RS 642.14

Impôts fédéraux et cantonaux sur le revenu et le bénéfice

Procédure de taxation – pas d'accès aux informations bancaires

En procédure de taxation d'impôts directs, toutes les lois fiscales suisses précisent que le contribuable doit faire tout ce qui est nécessaire pour assurer une taxation complète et exacte (art. 126, al. 1, LIFD et 42, al. 1, LHID). En d'autres termes, le contribuable doit déclarer tous les éléments de ses revenus et de sa fortune et fournir les justificatifs correspondants. Cela vaut pour tous les éléments de fortune, y compris ceux détenus auprès de banques. Il s'agit donc du principe de la taxation dite mixte, avec une participation du contribuable et de l'administration. Il est à souligner que, dans le cadre de la procédure de taxation, les autorités fiscales ne peuvent exiger des informations directement auprès des banques si le contribuable s'y oppose.

Procédure pénale

En ce qui concerne la répression des infractions en matière d'impôts directs, l'accès aux informations concernant le contribuable dépend de la nature de l'infraction, à savoir s'il s'agit d'une contravention fiscale (a), d'un délit fiscal (b) ou d'une grave infraction fiscale (c).

a) Contraventions fiscales – pas d'accès aux informations bancaires

Lorsque le contribuable, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète, il y a soustraction d'impôt (art. 175, al. 1, LIFD). La soustraction d'impôt est une contravention fiscale, au même titre que la tentative de soustraction ou la dissimulation ou distraction de biens successoraux dans la procédure d'inventaire.

La procédure ensuite de soustraction d'impôts directs est menée par les autorités administratives. Il s'agit toutefois d'une procédure pénale et toutes les garanties du droit pénal en faveur du prévenu, comme l'interdiction de l'auto-incrimination forcée, doivent être respectées. Bien qu'il s'agisse de procédures pénales, elles ne sont pas régies par la procédure pénale ordinaire, mais par les principes de la procédure de taxation. C'est la raison pour laquelle, dans l'enquête, aucun moyen de preuve ne peut être acquis par des mesures de procédure pénale (séquestre).

b) Délits fiscaux – accès aux informations bancaires

Parallèlement à la soustraction d'impôt, les lois fiscales sanctionnent l'usage de faux. C'est le cas lorsqu'un contribuable parvient à éviter toute imposition ou à diminuer sa taxation en présentant intentionnellement à l'autorité de taxation un document faux, falsifié ou inexact quant à son contenu, cela afin de justifier les indications erronées figurant sur sa déclaration d'impôt. Il s'agit d'une particularité car ce délit de faux constitue, indépendamment de la soustraction fiscale, un délit en soi; ces deux délits peuvent par conséquent être poursuivis cumulativement.

Il y a donc escroquerie au préjudice du fisc lorsque le contribuable, dans le but de commettre une soustraction d'impôt, fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, comme par exemple des livres de comptes ou des certificats de salaire, dans le dessein de tromper l'autorité fiscale (art. 186 LIFD et 59, al. 1, LHID).

Une autre forme de délit fiscal est le détournement de l'impôt à la source. On considère qu'il est réalisé lorsque la prestation imposable a certes été déduite de l'impôt, mais que les sommes retenues, au lieu d'être versées au fisc, ont été détournées par le débiteur de l'impôt et utilisées à son profit ou à celui d'un tiers (art. 187 LIFD et 59, al. 1, LHID).

Les délits fiscaux sont poursuivis par les autorités pénales cantonales. La procédure est régie par le code de procédure pénale (CPP)²¹ et l'autorité pénale dispose donc de tous les moyens prévus par ce code (art. 188, al. 2, LIFD et 61 LHID). Quant à l'accès aux données bancaires, la loi sur les banques oblige les personnes qui lui sont soumises à respecter le secret professionnel. La violation du secret bancaire est punissable. Cependant, l'art. 47, al. 5, LB prévoit une réserve en faveur des législations fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Dès lors, les déclarations faites en vertu de ces obligations ne sont pas punissables. L'art. 171 CPP définit sous quelles conditions il peut être refusé de témoigner en raison d'un secret professionnel. Etant donné que le secret professionnel inscrit dans la loi sur les banques n'est pas mentionné dans cet article, l'autorité pénale a accès aux informations bancaires du prévenu. En pratique, le Ministère public cantonal compétent pour poursuivre les délits fiscaux (notamment l'usage de faux au sens de l'art. 186 LIFD) peut avoir accès aux données bancaires en ordonnant de son propre chef des mesures d'enquête, y compris des mesures coercitives. Il ordonne à l'établissement bancaire concerné la remise des données bancaires par le biais de l'obligation de dépôt au sens de l'art. 265 CPP.

Le Ministère public a donc accès aux données bancaires en ordonnant de son propre chef des mesures d'enquêtes, sans devoir obtenir au préalable l'autorisation d'un juge (Tribunal des mesures de contrainte par exemple).

c) Graves infractions fiscales – accès aux informations bancaires

En cas de soupçons fondés de graves infractions fiscales, d'assistance ou d'incitation à de tels actes, le chef du Département fédéral des finances (DFF) peut autoriser l'AFC à mener une enquête en collaboration avec les administrations fiscales cantonales (art. 190 LIFD). Ces enquêtes sont réglées d'après les dispositions des art. 19 à 50 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)²², à l'exclusion de la disposition relative à l'arrestation provisoire (art. 19, al. 3, DPA). Le DPA prévoit des obligations de renseigner et de témoigner qui présentent des similitudes avec certaines obligations prévues par le CPP. Dès lors, l'AFC peut par exemple entendre des témoins, avoir accès aux renseignements bancaires et ordonner un séquestre de documents. Les personnes concernées par de telles mesures d'enquête peuvent s'y opposer par le biais d'une plainte au Tribunal pénal fédéral contre les actes d'enquêtes (art. 26 ss DPA).

Impôts cantonaux sur les successions et les donations

Les impôts sur les successions et sur les donations sont perçus uniquement par les cantons, au moyen de dispositions légales qui leur sont propres.

Les autorités fiscales cantonales ne disposent d'aucun moyen pour obtenir des informations directement auprès des banques.

²¹ RS 312.0

²² RS 313.0

L'accès aux informations bancaires n'est possible que dans le cadre d'une procédure pénale en raison d'un délit fiscal et conduite par les autorités pénales cantonales, selon les règles de procédures pénales.

En matière pénale, les dispositions concernant la poursuite sont semblables à celles de l'impôt fédéral selon la gravité de l'infraction.

Etant donné que les impôts sur les successions et sur les donations sont exclusivement cantonaux, les mesures spéciales d'enquêtes de l'AFC selon l'art. 190 LIFD n'entrent pas en considération.

Impôt anticipé

L'impôt anticipé est un impôt perçu à la source par la Confédération sur divers rendements de capitaux mobiliers (en particulier sur les intérêts et les dividendes), sur des gains de loterie et sur certaines prestations d'assurances. Il vise à garantir la perception des impôts sur le revenu et la fortune auprès des personnes domiciliées en Suisse. L'impôt anticipé est restitué aux personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse et qui satisfont à leurs obligations de déclaration (en matière d'impôts sur le revenu et la fortune). Pour les personnes domiciliées à l'étranger, l'impôt a pour partie un caractère définitif.

Procédure de taxation – pas d'accès aux données bancaires

Le débiteur de la prestation imposable est redevable de l'impôt. Il doit payer l'impôt sur la prestation imposable et le répercuter sur le bénéficiaire de celle-ci. Le débiteur de l'impôt doit s'annoncer spontanément à l'AFC, remettre les relevés et pièces justificatives prescrits et, simultanément, s'acquitter de l'impôt (principe de l'auto-taxation). Sous certaines conditions, l'obligation fiscale peut être exécutée par la déclaration de la prestation imposable à l'AFC (procédure de déclaration).

Procédure pénale – accès aux données bancaires

L'AFC est compétente pour la poursuite pénale (art. 67 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé ; LIA²³). La procédure est régie par les dispositions du DPA. Celui-ci prévoit, dans le cadre de l'instruction, la demande d'informations, l'audition de témoins et le séquestre (art. 40 s. et 46 DPA). La LIA connaît plusieurs infractions passibles de peines qui se limitent à l'amende pour le contrevenant, par exemple la mise en péril de l'impôt (art. 62 LIA) ou la violation de l'obligation de transfert (art. 63 LIA). A cela s'ajoutent les dispositions du DPA lorsque sont notamment remplies les conditions de l'escroquerie fiscale ou de l'entrave à l'action pénale.

1.4 Travaux de la commission

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) s'est penchée pour la première fois sur l'initiative populaire à sa séance du 12 novembre 2015. Elle a commencé par procéder à l'audition de représentants du comité d'initiative et de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances (CDF). A l'instar du Conseil fédéral, la majorité de la commission s'est alors montrée sceptique envers les objectifs de l'initiative. Selon elle, les moyens

d'action des autorités fiscales seraient trop fortement limités au moment de la taxation, ce qui ne faciliterait pas la lutte contre la soustraction d'impôt. Une minorité a en revanche approuvé l'initiative, souhaitant protéger la sphère privée financière en Suisse. Craignant que l'échange automatique de renseignements ne soit aussi introduit au niveau national, elle a salué le fait que des dispositions visant à protéger la sphère privée financière, telles qu'elles existent au niveau de la loi, soient introduites dans la Constitution. Au final, la commission a proposé, par 13 voix contre 9 et 2 abstentions, de recommander au peuple et aux cantons de rejeter l'initiative²⁴. En raison d'un programme trop chargé, le Conseil national n'a pas pu examiner l'initiative populaire dans le cadre de la session d'hiver 2015.

A sa séance du 18 janvier 2016, la CER-N a décidé, par 17 voix contre 7, de réexaminer l'initiative, approuvant une proposition d'un membre de la commission visant à présenter un contre-projet direct à l'initiative.

Le 18 avril 2016, la commission est entrée en matière, par 18 voix contre 7, sur le contre-projet direct. Elle en a entamé la discussion par article le même jour, pour l'achever le 19 mai 2016. Au vote sur l'ensemble, le contre-projet a été approuvé par 17 voix contre 8. Concernant la recommandation de vote, la commission propose, par 11 voix contre 3 et 9 abstentions, de recommander au peuple et aux cantons de rejeter l'initiative populaire et d'accepter le contre-projet direct. Une minorité (Matter, Bigler, Lüscher) soutient l'initiative, mais ne peut proposer, en vertu de l'art. 102 de la loi sur le Parlement, que de recommander d'accepter à la fois l'initiative et le contre-projet et de donner la préférence au contre-projet dans la question subsidiaire. Une partie de la commission n'approuve ni l'initiative ni le contre-projet, raison pour laquelle elle s'est abstenue sur la question de la recommandation de vote. La CER-N a par ailleurs décidé de lancer une procédure de consultation conformément à l'art. 3 de la loi sur la consultation²⁵.

La commission a l'intention de prendre connaissance des résultats de la consultation à sa séance des 14 et 15 novembre 2016 afin de pouvoir soumettre ses propositions au Conseil national pour la session d'hiver 2016. Si le Conseil national approuve le contre-projet direct durant la session d'hiver, la commission pourra proposer de prolonger d'une année le délai de traitement de l'initiative populaire conformément à l'art. 105 LParl. Cette prolongation de délai devra toutefois être acceptée par les deux conseils.

2 Grandes lignes du projet

2.1 Nécessité d'élaborer un contre-projet direct

2.1.1 Proposition de la majorité

La majorité propose d'entrer en matière sur le contre-projet direct. Elle partage les objectifs fondamentaux visés par l'initiative, à savoir essentiellement garantir une meilleure protection de la sphère privée financière et s'opposer à l'introduction de l'échange automatique d'informations en matière fiscale au niveau interne. C'est pourquoi elle veut, à l'instar l'initiative populaire, d'une part, inscrire dans la

²⁴ Communiqué de presse de la CER-N du 13.10.2015 < <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2015/mm-wak-n-2015-10-13.aspx> >

²⁵ RS 172.061

Constitution la mention explicite de la protection de la sphère financière, d'autre part, ancrer dans le texte fondamental les dispositions de loi en vigueur définissant les conditions auxquelles des banques peuvent transmettre aux autorités fiscales des informations sur les données bancaires de leurs clients.

La majorité de la commission ne veut ni affaiblir ni renforcer la protection de la sphère privée financière telle qu'elle se présente actuellement, mais souhaite confirmer au niveau constitutionnel les dispositions en vigueur. Les autorités fiscales pourront toujours accéder à des données bancaires en cas de soupçons de graves infractions fiscales. A la différence de l'initiative, le contre-projet ne propose toutefois pas une liste exhaustive de ces infractions, ce qui permettra au législateur d'étendre la liste au niveau de la loi.

La majorité de la commission considère que, contrairement à l'initiative, le contre-projet est aussi proche que possible du droit en vigueur et ne pose pas de problèmes d'interprétation étant donné que sa formulation est dépourvue de toute ambiguïté. Par ailleurs, comme il s'agit de dispositions qui sont déjà valables actuellement et qui n'ont qu'une portée nationale, elle est convaincue que cette modification de la Constitution sera également acceptée sur le plan international. Ces dernières années, l'OCDE et l'UE ont mis en place des normes internationales afin de lutter de manière plus ciblée contre la soustraction d'impôt. Ces règles visent à empêcher les contribuables étrangers de cacher de l'argent aux autorités fiscales de leur pays en le plaçant en Suisse. Elles ne concernent donc pas les contribuables suisses qui doivent payer des impôts en Suisse. Notre pays est ainsi libre de déterminer la façon dont il entend réglementer les rapports entre l'Etat et les contribuables. La majorité est convaincue que les règles de la bonne foi ont déjà donné toutes les garanties nécessaires dans ce domaine. Elle fait confiance à l'honnêteté fiscale des citoyens, laquelle est exemplaire en comparaison internationale. Dans ce contexte, la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale a aussi fait ses preuves : une erreur involontaire dans la déclaration fiscale ne doit pas être traitée de la même manière qu'une falsification délibérée de documents fiscaux.

La majorité est en outre d'avis que les banques ne devront pas faire face à de nouveaux problèmes ; aucune réaction négative n'est à craindre sur la scène internationale et les banques ne deviendront nullement les auxiliaires des autorités fiscales. L'inscription dans la Constitution de dispositions en vigueur ne changerait rien pour les banques, car elles ne devraient fournir aux autorités fiscales ni plus ni moins de renseignements qu'aujourd'hui.

Enfin, la majorité de la commission espère que, eu égard aux améliorations qui sont contenues dans le contre-projet, lesquelles ne remettent pas en cause l'objectif central de l'initiative populaire, le comité d'initiative retirera cette dernière au profit du contre-projet direct.

2.1.2 Proposition de la minorité

Une minorité de la commission (Landolt, Bertschy, Birrer-Heimo, Jans, Leutenegger Oberholzer, Marra, Pardini, Schelbert) propose de ne pas entrer en matière sur le contre-projet. Elle est d'avis que ni l'initiative populaire ni le contre-projet ne constituent une plus-value pour la protection de la sphère privée, estimant que cette protection est aujourd'hui déjà suffisamment garantie tant au niveau de la

Constitution qu'au niveau de la loi²⁶. La minorité ne voit plus particulièrement aucun avantage pour les contribuables honnêtes dans le texte du contre-projet, craignant au contraire que la soustraction d'impôt ne soit finalement banalisée.

Par ailleurs, la minorité relève que l'initiative comme le contre-projet direct vont à l'encontre de l'évolution internationale. Selon elle, l'OCDE et l'UE œuvrent depuis des années pour l'introduction de normes internationales, telles que l'échange automatique de renseignements en matière fiscale, afin de lutter contre la soustraction d'impôt et le blanchiment d'argent. Ainsi, l'orientation du contre-projet direct ne serait pas conforme à la *stratégie de l'argent propre* décidée par le Conseil fédéral le 14 décembre 2012²⁷. La minorité relève en outre que les autorités fiscales seront tenues, de par les différents accords internationaux que la Suisse a signés sur l'échange automatique de renseignements, de livrer des données financières à l'étranger. Or, les autorités fiscales suisses auraient ainsi accès à des données qu'elles ne sont pas habilitées à obtenir au niveau interne, un paradoxe que le contre-projet ancrerait dans la Constitution. L'inscription du secret bancaire dans la Constitution exposerait la place financière suisse à une certaine pression sur la scène internationale ou menacerait pour le moins sa bonne réputation. La minorité souligne d'ailleurs que l'Association suisse des banquiers rejette elle aussi le contre-projet, craignant précisément de nouveaux conflits avec l'étranger et ne souhaitant pas que les banques deviennent les auxiliaires des autorités fiscales²⁸.

La minorité craint également que l'inscription dans la Constitution d'une réglementation relative à la fraude fiscale et à la soustraction d'impôt ne rende plus difficile ou n'empêche même une éventuelle future révision du droit pénal fiscal et de la loi fédérale sur l'impôt anticipé. Le projet définit en effet indirectement, par le biais de la réglementation de l'accès aux données bancaires, les éléments constitutifs de la fraude fiscale. Or, les résultats de la consultation sur la révision du droit pénal fiscal révèlent qu'il y a lieu de prendre des mesures concernant la définition de la fraude fiscale. D'une part, la sanction parallèle de la soustraction d'impôt et de l'usage de faux à des fins de soustraction d'impôt (« fraude fiscale ») n'est pas opportune sur le plan pénal ; d'autre part, la soustraction d'impôt a parfois des conséquences plus lourdes pour les caisses de l'Etat que la fraude fiscale, qui est pourtant punie plus sévèrement.

Enfin, la minorité émet des réserves concernant l'introduction de la notion de sphère privée financière dans la Constitution. Même si la démarche n'équivaudrait pas ipso facto à déclarer que les informations financières sont des données sensibles au sens de l'art. 3, let. c, de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)²⁹, le législateur pourrait décider d'introduire cette modification en conséquence à l'adoption du contre-projet. S'il le faisait, cela risquerait non seulement de se répercuter sur le traitement des données dans les domaines de la banque et de

26 Les autorités fiscales sont tenues au secret de fonction et au secret fiscal ; elles ne peuvent transmettre à des tiers des informations dont elles ont eu connaissance dans le cadre de leur activité que dans la mesure où une base légale le prévoit (art. 110 LIFD et 39 LHID).

27 Communiqué de presse du Conseil fédéral : « Le Conseil fédéral entend empêcher l'acceptation d'avoirs non fiscalisés en étendant les obligations de diligence », 14.12.2012 < <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-47203.html> >

28 Communiqué de presse de l'Association suisse des banquiers, 20.4.2016 < <http://www.swissbanking.org/fr/home/standpunkte-link/medien/stellungnahme-20160415.htm> >

29 RS 235.1

l'encaissement, mais aussi de poser des problèmes dans la recherche et la poursuite de l'escroquerie à l'aide sociale.

2.2 Description générale du contre-projet et différences par rapport à l'initiative populaire

Le contre-projet direct comprend essentiellement trois points :

1. la sphère privée financière est explicitement mentionnée comme faisant une partie de la sphère privée ;
2. les dispositions actuelles sur les exceptions au secret bancaire *en matière fiscale* sont élargies au niveau constitutionnel ;
3. l'échange automatique de renseignements au niveau interne ne peut en aucun cas être introduit par le biais d'une révision de l'impôt anticipé.

De ce point de vue, le contre-projet direct est assez proche de l'initiative populaire. Il ne va toutefois pas au-delà du droit en vigueur. Ainsi, il comprend plusieurs différences par rapport à l'initiative populaire (voir aussi la synthèse en annexe) :

- Dans le contre-projet, les dispositions sur l'obligation de renseigner ne concernent pas des *tiers*, à la différence du texte de l'initiative, mais seulement les *banques*. Le terme de *tiers* donne une grande marge d'interprétation. En revanche, le terme de *banques* figure à l'art. 98 Cst. et est défini dans la loi sur les banques, de sorte qu'il ne devrait poser aucun problème d'interprétation.
- L'initiative prévoit que les dispositions sur les délits fiscaux s'appliquent *aussi bien aux impôts directs qu'aux impôts indirects*, tandis que le contre-projet se limite aux *impôts directs*. Ainsi, la TVA ne serait par exemple pas touchée par le contre-projet.
- S'agissant des *infractions fiscales graves*, le contre-projet mentionne aussi le *détournement des impôts perçus à la source*, ce qui n'est pas le cas de l'initiative. De cette manière, le contre-projet est conforme aux dispositions actuelles du droit pénal fiscal selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), qui cite la soustraction répétée de montants importants soumis à l'impôt, la fraude fiscale et le détournement de l'impôt à la source (art. 175, 176, 186 et 187 LIFD³⁰). La présence du mot *notamment* dans le texte du contre-projet implique que l'énumération n'est en outre pas exhaustive, ce qui permettrait au législateur d'étendre la liste des infractions fiscales graves au niveau de la loi.
- Selon le contre-projet, l'*autorisation de mener une enquête* lorsqu'il existe un soupçon fondé de graves infractions fiscales peut être délivrée par le chef du Département fédéral des finances, ce qui est déjà le cas aujourd'hui (art. 190 LIFD). Quant à l'initiative, elle prévoit que c'est un tribunal qui décide s'il y a soupçon fondé.
- Le contre-projet précise que les obligations légales d'annonce des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent demeurent réservées. D'après le message du Conseil fédéral, cela n'apparaît pas clairement dans l'initiative³¹.

³⁰ RS 642.11

³¹ FF 2015 6459

- L'initiative contient des dispositions transitoires afin que le législateur et le Conseil fédéral disposent d'un certain temps pour adapter les lois aux nouveaux al. 4 à 7 et pour édicter les dispositions d'exécution. Le contre-projet ne comporte pas de dispositions transitoires, car les al. 4 à 8 sont formulés de façon précise et sont par conséquent directement applicables. Ainsi, la nouvelle disposition constitutionnelle primerait l'art. 190 Cst. (voir par ex. Hangartner/Looser, in : *St. Galler Kommentar BV*, art. 190 N 16). Le contre-projet ne prévoit en outre aucune clause relative à l'entrée en vigueur de la nouvelle norme : conformément à l'art. 195 Cst., la Constitution révisée totalement ou partiellement entre en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont acceptée.

3 **Commentaire par article**

Alinéas 1 - 3

L'al. 1 prévoit, comme le droit en vigueur, le droit fondamental à la protection de la sphère privée. L'al 2 correspond à l'al. 1 de la disposition constitutionnelle en vigueur, mais inclut expressément la protection de la sphère privée financière au nombre des droits qui peuvent être déduits du droit fondamental à la protection de la sphère privée. L'al. 3 reprend mot pour mot l'al. 2 de la disposition constitutionnelle en vigueur.

Proposition de la minorité (Pardini, Bertschy, Birrer-Heimo, Jans, Leutenegger Oberholzer, Marra, Schelbert)

La minorité propose de biffer ces alinéas, ce qui revient à maintenir le droit constitutionnel en vigueur. L'art. 13 Cst. en vigueur contiendrait déjà implicitement la protection de la sphère privée financière. Si l'on devait mettre particulièrement en évidence cet aspect, on courrait notamment le risque que des bénéficiaires de l'aide sociale, par exemple, se prévalent de ce droit pour refuser de renseigner les autorités compétentes sur leur situation financière.

Alinéa 4

Cet alinéa définit sous quelles conditions, dans le domaine des impôts directs pour lesquels la taxation et la perception incombent aux cantons, les banques peuvent déroger au droit fondamental à la protection de la sphère privée financière et livrer des informations, sur demande, aux autorités. La disposition est directement applicable. Ainsi elle prime l'article 190 Cst. (voir p.ex. Hangartner/Looser, in : *St. Galler Kommentar BV*, Art. 190 N 16).

La notion de « banques » n'est pas définie de manière plus précise dans la Constitution. D'après la réglementation figurant dans les lois fiscales en vigueur, la définition déterminante de la notion de « banques » est celle de la loi sur les banques.

Le terme « relation bancaire » n'englobe pas uniquement le détenteur d'un compte bancaire, mais également les personnes disposant d'un droit de signature, d'une procuration ainsi que les ayant droits économiques.

La disposition prévoit que la banque est légitimée et tenue de fournir des informations dans certaines situations prévues. Si toutes les conditions d'une transmission d'informations sont réunies, la banque est tenue de transmettre ces informations. Si tel n'est pas le cas, les banques ne sont pas autorisées à pas fournir d'informations aux autorités.

Il n'est pas nécessaire de préciser dans la disposition elle-même que la personne concernée peut délier la banque de son obligation de garder le secret par déclaration de consentement. Cela va de soi.

Par « impôts directs », on entend surtout les impôts fédéraux et cantonaux sur le revenu et le bénéfice, de même que les impôts cantonaux sur la fortune, le capital ou encore les gains immobiliers, mais également les impôts cantonaux sur les successions et les donations, pour autant qu'ils répondent aux critères des impôts directs.

Les informations concernées par cette disposition sont explicitement liées à une relation de clientèle. Les informations que la banque détient sur ses employés en raison de leur qualité d'employé, comme le certificat de salaire par exemple, ne sont pas concernées par cette réglementation, y compris lorsque l'employé est également un client de la banque.

La communication d'informations concernées n'est envisageable qu'en cas de soupçon fondé de graves infractions fiscales, dans le cadre d'une procédure pénale. Les éléments constitutifs d'infractions fiscales font l'objet d'une énumération non-exhaustive. La disposition définit les plus importantes infractions fiscales graves que sont l'usage de faux et le détournement de l'impôt à la source, ainsi que les cas graves de soustraction fiscale continue. Cette énumération non-exhaustive correspond à la législation en vigueur (art. 186, 187 et 190 LIFD et art. 59 LHID). De même, la condition de se trouver dans une procédure pénale permet de couvrir toutes les procédures qui ouvrent la voie aux informations de banques selon le droit en vigueur.

Il est important de préciser que bien qu'elles ne soient pas explicitement citées, l'incitation et l'assistance aux infractions citées plus haut sont également considérées comme des infractions graves. Cela ressort des articles 24 et 25 du Code Pénal qui restent applicables. En d'autres termes, les conditions pour obtenir des informations des banques sont également réunies en cas de soupçon fondé d'incitation ou d'assistance à une infraction fiscale grave.

Proposition de la minorité (Pardini, Bertschy, Birrer-Heimo, Jans, Leutenegger Oberholzer, Marra, Schelbert)

La minorité propose de biffer les alinéas 4, 5, 7 et 8. La législation en vigueur offre une protection adéquate de la sphère privée financière. Un ancrage dans la Constitution fixe un cadre trop strict pour envisager de futures révisions de la législation sur l'impôt anticipé ou une harmonisation du droit pénal fiscal.

Alinéa 5

L'alinéa 5 ancre dans la Constitution la procédure particulière prévue dans le droit en vigueur à l'art. 190, al. 1, LIFD, selon laquelle le chef du DFF peut autoriser

l'AFC à mener une enquête selon les règles prévues par le droit pénal administratif, et donc obtenir des informations des banques, en cas de soupçon fondé de graves infractions fiscales. Cela ne change rien à la pratique actuelle. Dans ce cas particulier, l'assistance et l'incitation sont expressément mentionnées, pour reprendre l'énoncé contenu dans la LIFD.

Alinéa 6

Cette disposition vise à empêcher que le législateur puisse contourner les règles définies aux alinéas précédents et ainsi donner aux autorités des possibilités élargies d'accéder à des informations concernant la situation financière de contribuables au moyen de l'introduction d'un échange automatique des renseignements à l'échelle nationale, par exemple par le biais d'une modification de la législation sur l'impôt anticipé. Ainsi, cet alinéa interdit toute annonce de revenus de capitaux mobiliers, à moins que la personne concernée l'ait autorisée. Il est nécessaire de préciser que la présente disposition vise les procédures visant à préserver les impôts fédéraux sur le revenu et le bénéfice, de sorte qu'elle ne limite pas l'accès aux informations prévues en matière de procédure pénale de l'alinéa 4 ci-dessus.

Bien qu'elles soient également soumises à l'impôt anticipé actuellement en vigueur, les prestations d'assurances ne sont pas concernées par cette règle, en raison du fait que le présent contre-projet se concentre sur les informations détenues par les banques.

Proposition de la minorité (Birrer-Heimo, Bertschy, Jans, Leutenegger Oberholzer, Marra, Pardini, Schelbert)

La minorité propose de biffer cet alinéa. Une telle formulation ancrerait la forme du prélèvement de l'impôt anticipé de manière très stricte dans la Constitution et restreindrait les possibilités de révision de la législation de manière excessive. Il ne serait par exemple pas possible de prévoir une forme d'échange automatique d'information à l'échelle nationale.

Alinéa 7

Cet alinéa prévoit une réserve au principe prévu à l'alinéa 4 en faveur des dispositions prévues en matière d'obligation d'annonce pour lutter contre le blanchiment d'argent. Ces obligations d'annonce des banques forment donc une exception au principe décrit à l'alinéa 4 et permet d'assurer une conformité du droit suisse avec les réglementations internationales. La disposition est formulée de manière exhaustive, à savoir que la réserve ne vaut que pour les dispositions légales concernant le blanchiment d'argent.

Alinéa 8

Le présent alinéa est directement lié à l'alinéa 7, dans la mesure où pour les situations où il n'est pas question d'infractions fiscales, la loi règle les conditions selon lesquelles il peut être dérogé au droit à la protection de la sphère privée financière.

4

Conséquences financières

Etant donné que le contre-projet se limite à inscrire le droit en vigueur au niveau de la Constitution, il n'engendre pas des conséquences financières directes. En effet, les obligations des contribuables de même que les possibilités pour les autorités fiscales d'obtenir des informations de banques demeureraient inchangées. Pour la majorité, les craintes d'effets négatifs sur l'honnêteté fiscale des citoyens suisses tiennent surtout de la spéculation, car le droit en vigueur ne changera aucunement. Les recettes de la Confédération, des cantons et des communes ne devraient donc pas diminuer, ni à court terme ni à long terme.

Pour la minorité qui ne veut pas du contre-projet, il faut s'attendre cependant à des effets négatifs sur l'honnêteté fiscale. Ces dernières années, les contribuables suisses ont largement fait usage de la possibilité de dénonciation spontanée non punissable dans le domaine des impôts directs et ont régularisé leurs avoirs jusque-là non imposés. Les discussions menées dernièrement sur la transparence grandissante dans le domaine fiscal et sur le renforcement de l'assistance administrative internationale ont contribué à l'apparition d'une telle tendance. Si la Suisse contre désormais cette tendance au niveau national par une disposition constitutionnelle, il faut s'attendre à un recul des dénonciations spontanées et à une hausse des nouveaux cas de délits fiscaux. Il en résultera des baisses de recettes pour la Confédération, les cantons et les communes.

5

Relation avec le droit européen et compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Etant donné qu'il se limite à inscrire le droit en vigueur dans la Constitution et ne concerne que les citoyens domiciliés ou sis en Suisse, le contre-projet ne pose pas, selon une interprétation objective, de problème en matière de droit européen. De plus, le contre-projet ne remet pas en question, d'après une interprétation objective du texte, les engagements internationaux de la Suisse, notamment en matière d'échange automatique d'informations. En effet, les informations que la Suisse livre à l'étranger ne concerne pas des impôts directs, dont le prélèvement et la taxation relèvent de la compétence des cantons, et les informations que la Suisse reçoit lui seront remises par des autorités étrangères, et non par des banques.