

L'entraide administrative

Évolution ou révolution?

Édité par

Etienne Poltier, Anne-Christine Favre
et Vincent Martenet

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7

ROBERT ZIMMERMANN

Entraide administrative et entraide judiciaire en matière pénale; délimitations, points de contact, convergences et divergences	9
I. Introduction	9
II. Le but et la nature juridique de l'entraide	12
III. Les caractéristiques de l'entraide	14
IV. Le cas particulier de l'entraide en matière fiscale	15
V. L'entraide et les principes fondamentaux régissant l'activité de l'État	16
VI. L'article 6 CEDH et l'entraide	19
VII. La protection juridique	21
VIII. Conclusions	24

STEPHAN BREITENMOSER

La protection juridique dans les procédures d'entraide administrative internationale en Suisse et dans l'Union européenne (UE)	27
I. Sommaire	27
II. Bases juridiques déterminantes de l'entraide administrative	28
A. Droit du marché financier	28

1. Loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007	29
2. Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information (IOSCO-MMoU)	29
B. Droit fiscal	29
1. Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune / Conventions en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune	29
2. Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012	30
3. Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale du 18 décembre 2015	30
C. Garanties de procédure nationales	30
D. Les (diverses) voies de recours prévues par le droit suisse	31
III. L'entraide administrative dans l'UE et avec l'UE	31
A. Bases légales dans l'UE	31
1. Relativisation et remplacement de l'entraide administrative et judiciaire dans l'UE	32
2. Assistance administrative et entraide judiciaire entre la Suisse et l'UE	33
B. Voie de recours en matière d'entraide dans l'UE	36
1. Arrêt de la CJUE dans l'affaire <i>Berlioz</i> du 16 mai 2017	36
2. Article 47 CDFUE	37
IV. Questions et tendances actuelles	38
A. Entraide administrative/judiciaire en tant qu'ingérence dans les droits fondamentaux	38
1. Devoirs de protection positifs	39
2. Procédure B-1092/2009 du Tribunal administratif fédéral dans l'affaire <i>UBS contre FINMA</i>	40

a. Décision provisoire du Tribunal administratif fédéral du 30 avril 2009	40
b. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010	41
3. Arrêt du Tribunal fédéral 137 II 431	41
4. Confirmation de la pertinence des droits fondamentaux dans les mesures et prestations d'entraide administrative par la CourEDH et la CJUE	42
a. Arrêt de la CourEDH dans l'affaire <i>M.N. et autres contre Saint-Marin</i> du 7 juillet 2015	42
b. Arrêt de la CourEDH dans l'affaire <i>G.S.B. contre Suisse</i> du 22 décembre 2015	42
5. Appréciation	43
B. Nécessité d'une protection juridique efficace	44
1. Le droit à un recours effectif	44
2. Les droits de procédure	45
3. La CEDH en tant que « <i>living instrument</i> »	47
C. Interdiction des investigations non ciblées (<i>fishing expeditions</i>)	48
D. Soupçon initial suffisant	50
V. Conclusions	52
Bibliographie	55

ÉTIENNE POLTIER

L'entraide administrative interne	61
I. Introduction	61
A. L'entraide administrative: une première illustration	62
B. Schéma de présentation	62
II. Les acteurs de l'entraide administrative	63
A. Remarques liminaires	63
B. Les autorités impliquées	64

1. Deux entités administratives	64
2. L'une des entités impliquées peut-elle (néanmoins) être une autorité judiciaire?	65
C. Les administrés concernés	66
1. Les parties à la procédure principale	67
2. Les tiers	68
III. L'objet de l'entraide	68
A. L'entraide est l'accessoire d'une procédure administrative principale	68
B. La nature de l'appui demandé. La transmission d'informations	70
C. Délimitations	72
IV. Principes et modèles de fonctionnement	73
A. Les modèles	73
B. Les principes	76
1. Le principe de la base légale	77
a. Le principe; exceptions	77
b. Densité normative	80
2. Autres principes	81
V. Au-delà des modèles : l'entraide suppose-t-elle une procédure formelle?	83
A. Les réponses légales	85
1. Entraide fiscale internationale et règles internes de mise en œuvre	85
2. Droit fiscal interne et assurances sociales, un aperçu	86
3. Le régime des articles 19 et 20 LPD	88
4. Deux exemples de droit cantonal	89
5. Appréciation	89
B. La nature des actes d'entraide	90
C. Procédure préalable?	91
D. Les voies de recours	92
1. La décision portant sur l'entraide	92

2. Le cas particulier du contentieux entre autorité requérante et autorité requise	94
3. La transmission constitue un acte matériel	95
VI. Remarques finales	96
Bibliographie	98

FABIEN MANGILLI / STÉPHANE WERLY

Entraide administrative et protection des données personnelles	103
I. Introduction	103
II. Les textes consacrant la protection des données personnelles	105
III. Les notions cardinales de la protection des données personnelles	110
IV. Les principes généraux relatifs au traitement des données personnelles	112
V. L'entraide administrative	114
VI. L'entraide en matière de données personnelles	118
A. Les trois régimes de communication de données de l'article 39 LIPAD/GE	118
B. Le régime d'entraide facilité (art. 39 al. 1 LIPAD/GE)	120
1. La communication au sein d'une même institution ou à une autre institution publique	120
2. Une communication sur requête ou spontanée ?	121
3. La communication de données personnelles ordinaires et de données personnelles sensibles	124
4. Les conditions de la communication de données personnelles	124
a. Principe de la légalité et communication de données personnelles ordinaires (art. 35 al. 1 et art. 39 al. 1 let. a LIPAD/GE)	125

b. Principe de la légalité et communication de données personnelles sensibles (art. 35 al. 2 et art. 30 al. 1 let. a LIPAD/GE)	127
ba. Comparaison avec le droit fédéral	128
bb. Comparaison intercantonale	131
C. Les autres solutions cantonales	132
1. Berne	132
2. Fribourg	132
3. Jura/Neuchâtel	133
4. Vaud	133
5. Valais	133
D. La LPD	133
VII. Conclusion	135

VINCENT MARTENET

Entraide administrative et droit de la concurrence	137
I. Introduction	137
II. Entraide administrative interne	139
A. Entraide générale	139
B. Entraide spéciale	142
III. Entraide administrative internationale	144
A. Principe des effets et enjeux en matière d'entraide	145
B. Intensité variable de l'entraide	146
C. Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne	149
1. Présentation générale	149
2. Échange d'informations confidentielles	150
3. Mécanisme prévu par l'article 42b de la loi sur les cartels	152
IV. Conclusion	156
Bibliographie	159

CARLO LOMBARDINI

Entraide administrative internationale dans le secteur financier	163
I. Introduction	163
II. Nécessité de l'entraide	164
III. Les autorités	166
IV. Les origines de l'entraide et les fondements juridiques	168
A. Au niveau international	168
B. En droit suisse	171
V. Les diverses modalités de coopération	173
A. En général	173
B. La communication de l'identité des clients	173
C. La transmission d'informations au sein d'un groupe bancaire	176
D. Les contrôles sur place	179
E. La communication directe aux autorités étrangères de surveillance	180
VI. Conclusion	183
Bibliographie	186

ROBERT DANON / ALESSANDRO TURINA / BENJAMIN MALEK

La Directive UE 2018/822 concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration Quel impact pour la Suisse ?	189
I. Introduction et contexte de politique fiscale	189
A. Le point de départ: le projet BEPS de l'OCDE	189
B. Le cadre de transparence fiscale dans le monde post-BEPS	192

1. L'échange des rulings fiscaux	192
2. L'élaboration de règles applicables à la documentation des prix de transfert	194
3. Développements récents	195
II. La Directive UE 2018/822	197
A. Fondement et compatibilité de la directive avec le droit primaire	197
B. Structure de la directive	200
C. Les notions posées par la Directive	200
1. La notion d'intermédiaire	200
a. Exigences subjectives	200
b. Rattachement avec le marché intérieur	201
2. La notion de contribuable concerné et d'entreprise associée	202
3. La notion de dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration	203
a. Dispositif transfrontière	203
b. Marqueurs au sens de l'Annexe IV de la Directive	204
ba. Considérations d'ordre général	204
bb. Marqueurs liés au critère de l'avantage principal	205
bc. Marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières	207
bd. Marqueurs spécifiques concernant l'échange automatique d'informations et les bénéficiaires effectifs	208
be. Marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert	209
4. Champ d'application temporel	209
5. Contenu et modalités de l'échange automatique de renseignements	210
III. Conclusion: quel impact pour la Suisse?	213

THIERRY TANQUEREL

Conclusions générales	215
I. Introduction	215
II. Objet et enjeux	215
A. Le champ de l'entraide	215
B. Les enjeux	217
III. Solutions et perspectives	219
A. Le fond	219
1. L'évolution des fondements juridiques de l'entraide	219
2. Droits fondamentaux et protection des données	220
B. La procédure	222
IV. Conclusion	223