TF, 17.07.2018, 2C_648/2017

Sous réserve du cas où l'État requérant acquiert des données volées en Suisse dans le but de former une demande d'entraide, le principe de la bonne foi entre États n'est pas violé du simple fait que la demande d'entraide est fondée sur des données d'origine illicite. Un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce s'impose dans ces cas. Par ailleurs, le refus d'un État de confirmer l'origine licite des données ayant mené à la demande ne suffit en principe pas pour qualifier la démarche comme étant contraire à la bonne foi.

Faits

Le Ministère des finances indien adresse une demande d'assistance administrative à l'Administration fédérale des contributions (AFC) visant deux personnes imposées en Inde.

La demande indique que, selon des informations obtenues dans le cadre de l'entraide avec les îles Vièrges Britanniques (BVI), ces deux personnes auraient omis de déclarer des avoirs soumis à l'impôt sur le revenu en Inde. Plus particulièrement, le Ministère indien requiert des informations bancaires concernant des comptes dont quatre sociétés sises aux BVI sont titulaires, et dont le bénéficiaire économique est un trust. Les bénéficiaires de ce trust seraient les deux personnes visées par la demande.

Les intéressés (à savoir les deux personnes physiques ainsi que les quatre sociétés des BVI) s'opposent à la transmission des données bancaires au motif que la demande indienne serait fondée sur des informations volées par Hervé Falciani au sein de la filiale HSBC à Genève.

Malgré le refus des autorités indiennes de confirmer l'origine licite des données utilisées aux fins de la demande, l'AFC dispose la transmission d'une partie des données objet de la demande. Cette décision est confirmée par le Tribunal administratif fédéral.

Les intéressés forment recours au Tribunal fédéral, lequel doit déterminer (*i*) si l'origine illicite des données à la base d'une demande d'entraide est guérie par le fait que l'État requérant ait reçu les données par le biais d'une autre demande d'entraide (licite) et (*ii*) si l'État requérant viole le principe de la bonne foi lorsqu'il refuse de confirmer l'origine licite

des données sur lesquelles sa demande d'entraide est fondée.

Droit

En entrée de cause, le Tribunal fédéral retient l'existence d'une question juridique de principe et/ou d'un cas particulièrement important (art. 84a LTF). S'il a déjà eu à trancher la question de la bonne foi d'un État (la France) qui confirme explicitement l'origine licite des données sur lesquelles la demande d'entraide est fondée (ATF 143 II 224, résumé in : LawInside.ch/429), le Tribunal fédéral n'a pas encore été confronté à la question de savoir si le refus pur et simple d'un État de livrer une telle confirmation permet à la Suisse de refuser l'entraide. Aussi, à la différence de l'État de fait à l'origine de l'arrêt précité, l'Inde n'a pas reçu des données directement de Hervé Falciani, mais d'un État tiers. Vu l'importance de ces aspects dans la pratique, il se justifie d'entrer en matière sur le fonds du recours.

L'art. 7 let. c LAAF prévoit qu'il n'est pas entré en matière lorsque la demande viole le principe de la bonne foi, notamment lorsqu'elle se fonde sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse.

Le Tribunal fédéral revient sur ses considérants de l'ATF 143 II 224 afin d'en préciser la portée. Il confirme tout d'abord le principe selon lequel un État qui achète des données bancaires obtenues de façon punissable au regard du droit suisse, dans le but de les utiliser pour une demande d'entraide, agit de façon contraire à la bonne foi. Dans tous les autres cas, notamment lorsqu'une demande d'entraide repose sur des données d'origine illicite (mais qui n'ont pas été obtenues par le comportement de l'État requérant), la manière de procéder d'un État ne peut qu'être examinée à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

Ainsi, contrairement à l'avis de l'AFC, il ne peut être affirmé que le simple fait d'utiliser (*das blosse Verwenden*) des données volées serait, dans tous les cas, conforme au principe de la bonne foi entre États. De même, contrairement à l'avis de certains auteurs, il ne saurait être affirmé qu'un tel comportement serait illicite.

Le Tribunal fédéral observe que dans la procédure menée par le Tribunal pénal fédéral à l'encontre de Hervé Falciani, il n'a pas pu être prouvé que celui-ci aurait effectivement vendu à la France les données volées en Suisse. Fort de ce constat, il considère qu'en l'espèce il ne peut pas être retenu que les données utilisées par l'Inde proviendraient (indirectement) d'une telle acquisition effectuée par la France.

Dans le même contexte, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si, de manière générale, l'origine illicite des données serait guérie par le fait que l'État requérant ait reçu ces données dans le cadre d'une demande d'entraide. Dès lors que l'achat des données volées par la France n'a pas pu être prouvé, cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce.

Le Tribunal fédéral doit en revanche déterminer si le refus de l'Inde de confirmer l'origine licite des données sur lesquelles se fonde la demande d'entraide est contraire au principe de la bonne foi.

Comme mentionné ci-dessus, le seul fait que la demande d'entraide soit fondée sur des données d'origine illicite ne suffit pas pour refuser d'emblée d'entrer en matière sur la demande d'entraide d'un État, à l'exception du cas où l'État requérant aurait lui-même acquis les données dans le but de former une demande d'entraide.

L'art. 7 let. c LAAF n'est qu'une concrétisation en droit interne du principe de la bonne foi entre États. En tant que tel, il n'est pas directement opposable aux autres États, sous réserve de dispositions particulières prévues par les conventions de double imposition (CDI). Ainsi, pour que cette disposition de droit interne soit opposable à un autre État, (*i*) la convention de double imposition conclue avec l'État requérant doit renvoyer à la disposition suisse susmentionnées et (*ii*) l'État requérant doit avoir effectivement agi de façon contraire à la bonne foi.

En l'espèce, la CDI conclue avec l'Inde ne contient aucun renvoi à des dispositions internes suisses qui concrétisent le principe de la bonne foi entre États, tel que l'art. 7 let. c LAAF. Cette convention ne prévoit pas non plus d'exigences quant au fait que l'État requérant devrait confirmer que les données sur la base desquelles la demande est fondée ne

découlent pas d'actes punissables selon le droit pénal suisse. La bonne foi entre États étant présumée, même le refus de l'État requérant de livrer une telle confirmation, sur demande explicite de l'État requis, ne justifie pas de retenir un comportement contraire à la bonne foi de l'État requérant.

C'est donc à raison que le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de l'AFC de transmettre une partie des informations visées par la demande d'entraide du Ministère des finances indien. Le recours est ainsi rejeté.

Note

Dans la décision résumée ici, Tribunal fédéral observe que la révision en cours de l'art. 7 let. c LAAF n'est pas en vigueur et a été suspendue pour le moment, de sorte qu'on ne serait l'appliquer de façon anticipée. Pour rappel, la révision de l'art. 7 let. c LAAF vise à permettre l'entrée en matière sur des demandes fondées sur des renseignements obtenus initialement par des actes punissables au regard du droit suisse, mais dont l'État requérant est entré en possession dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative et en l'absence d'un comportement actif.

La « saga » Falciani a occupé le Tribunal fédéral a plusieurs reprises. Tout d'abord dans l'ATF 143 II 202 (résumé in: LawInside.ch/405), à l'occasion duquel le Tribunal fédéral a retenu que l'application de l'art. 7 let. c LAAF suppose que les conditions objectives de la norme pénale suisse prétendument violée soient remplies et que ces actes entrent dans le champ de compétence territoriale de la Suisse. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a nié que la demande d'entraide était fondée sur des données obtenues de façon punissable au regard du droit suisse, celles-ci n'ayant pas été volées en Suisse.

Par la suite, dans l'ATF 143 II 224 le Tribunal fédéral à refusé l'entraide à la France au motif qu'il existait un lien suffisant entre la demande d'entraide française et les données volées par Hervé Falciani en Suisse, et que la France s'était engagée dans un avenant à la CDI à ne pas utiliser ces données aux fins de l'entraide avec la Suisse.

Il est intéressant de noter qu'à la différence de ATF 143 II 224, dans l'arrêt résumé ici la

documentation conventionnelle entre la Suisse et l'Inde ne comportait aucune référence (directe ou indirecte) à l'art. 7 let. c LAAF. Ainsi, même si une confirmation ou un engagement de l'État requérant au sujet de l'origine licite des données liées à la demande n'est en soi pas requis, cela est certainement un élément important à prendre en compte dans l'analyse de la bonne foi de l'État requérant.

Finalement, rappelons également l'arrêt récent du Tribunal administratif fédéral A-5066/2016 du 17 mai 2018 (résumé in: LawInside.ch/641), dans lequel l'entraide administrative à la France a été refusée au motif qu'il existait un lien de causalité entre les données Falciani (que la France s'était engagée à ne pas utiliser) et la demande d'entraide à la Suisse.

Proposition de citation : SIMONE SCH RCH, Falciani : le refus de confirmer l'origine licite des données utilisée aux fins d'une demande d'entraide, in: https://lawinside.ch/647/