



Cour I

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : A-2766/2016

Décision incidente du 13 juin 2016

Composition

Pascal Mollard (président du collège),
Michael Beusch, Daniel Riedo, juges,
Lysandre Papadopoulos, greffier.

En la cause

Parties

A. _____,
recourant,

contre

Administration fédérale des contributions AFC,
Service d'échange d'informations en matière fiscale SEI,
Eigerstrasse 65, 3003 Berne,
autorité inférieure,

Objet

assistance administrative (CDI-F),

VU

l'art. 57 PA,

la décision incidente du 10 mai 2016 interdisant à titre superprovisionnel à l'autorité inférieure de transmettre d'autres informations aux autorités françaises sur la présente procédure avant qu'il ait été statué sur la demande d'assistance par une décision entrée en force,

la détermination de l'AFC du *** 2016,

et considérant**1.**

que l'AFC a déposé sa détermination pour faire valoir son droit d'être entendue conformément au délai imparti (décision incidente du 10 mai 2016 consid. 2); que l'AFC conclut à ce qu'il plaise au Tribunal administratif fédéral de lever la mesure superprovisionnelle en cause, sans ordonner de nouvelles mesures en ce sens,

qu'il appartient à présent Tribunal d'examiner s'il faut confirmer la mesure superprovisionnelle par une mesure provisionnelle ordinaire ou l'infirmier (HANSJÖRG SEILER, in Waldmann/Weissberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, n. 69 ad art. 56),

2.

que le Tribunal a jugé le 10 mai 2016 que, au vu des pièces produites par le recourant, l'AFC avait communiqué à plusieurs reprises la date envisagée du transfert d'informations; que l'AFC avait ainsi indirectement fait savoir à l'autorité requérante qu'il existait potentiellement des informations à lui transmettre, ce que ni la CDI-F, ni la LAAF ne prévoyaient pourtant,

que le recours avait au demeurant effet suspensif (art. 19 al. 3 LAAF), ce qui privait l'AFC de la possibilité de transmettre des informations à l'autorité requérante en tout cas avant que la procédure nationale en cours ne soit terminée,

que même si les autorités requérantes ne manqueraient pas d'inférer du temps écoulé depuis le dépôt d'une demande que la procédure faisait l'objet d'un recours, elles n'auraient pas strictement la preuve du dépôt dudit recours,

que le Tribunal a aussi jugé que la conclusion préalable en constatation de l'illicéité des communications ne saurait a priori faire l'objet d'une mesure superprovisionnelle, de sorte que la question de savoir s'il y avait lieu d'en connaître de manière incidente serait abordée dans un prononcé ultérieur, après détermination de l'AFC,

3.

que la décision incidente du 10 mai 2016 a exposé correctement les règles applicables, notamment l'art. 56 PA; qu'au surplus, il faut noter ce qui suit,

qu'une mesure provisionnelle peut avoir pour but de maintenir une situation de fait ou de droit telle qu'elle est jusqu'au prononcé au fond (SEILER, op. cit., n. 31 s. ad art. 56), et qu'elle doit être conforme au principe de proportionnalité (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd., Bâle 2013, p. 155 n. 3.32); que la mesure provisionnelle ordonnée tient tant que dure la procédure principale, une éventuelle modification de ladite mesure, d'office ou sur demande, demeurant réservée (SEILER, op. cit., n. 54 et 56 ad art. 56),

que l'assistance administrative avec la France est régie par l'art. 28 de la Convention du 9 septembre 1966 entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscale (CDI-F, RS 0.672.934.91) et le chiffre XI du Protocole additionnel de la CDI-F (publié également au RS 0.672.934.91); que ces dispositions ont été modifiées par un Avenant du 27 août 2009 (RO 2010 5683); qu'ici, les dispositions modifiées de la CDI-F et du Protocole additionnel s'appliquent à la présente demande d'assistance administrative (arrêt du TAF A-6339/2014 du 10 mars 2015 consid. 2), qui concerne les années 2010 à 2014,

que l'AFC prétend que la mesure litigieuse serait "erronée sur le fond"; que le Tribunal ne saurait toutefois suivre l'AFC dans son raisonnement; que les trois piliers de la position de l'AFC doivent être traités de la manière suivante,

4.

4.1.

qu'en l'espèce, l'AFC est d'avis que l'information de l'état de la procédure (pratique des *status updates*) ne serait pas une information matérielle (soit une information soi-disant *vraisemblablement pertinente*) susceptible de

contestation, de sorte que l'AFC pourrait – et devrait – communiquer librement à ce titre avec l'autorité requérante; que l'AFC soutient que l'information de l'état de la procédure ne pourrait pas faire l'objet d'un consentement (art. 16 LAAF), ni d'un recours (art. 20 LAAF), ni d'un quelconque effet suspensif (art. 19 LAAF),

que le Tribunal constate qu'il n'est en tout cas pas contesté que la transmission des renseignements "matériels" peut faire l'objet d'un recours; que l'autorité requérante ne saurait ignorer qu'un tel recours peut être déposé; que l'art. XI du Protocole additionnel prévoit en effet notamment que

"[l]es règles de procédure administratives relatives aux droits du contribuable s'appliquent dans l'Etat requis, sans pour autant que leur application puisse entraver ou retarder indûment les échanges effectifs de renseignements".

qu'on ne voit donc pas en quoi il serait utile d'informer l'autorité requérante d'une chose qu'elle ne peut ignorer, à savoir le dépôt éventuel d'un recours; que l'information du "délai nécessaire pour fournir les informations" n'est au demeurant pas prévue par le droit applicable,

que l'AFC ne peut être suivie lorsqu'elle soutient qu'un *status update* ne pourrait pas fonder une demande d'entraide internationale en matière pénale; qu'en effet, ladite entraide fonctionne sur la base de règles propres qui n'ont pas à être examinées ici afin de déterminer si le *status update* constituerait ou non une base pour requérir, respectivement obtenir, l'entraide pénale,

qu'on ne peut d'ailleurs exclure, comme le suggère le recourant, que le *status update* constitue un élément potentiellement favorable – éventuellement au sein d'un complexe de faits connus de l'autorité requérante mais non de l'AFC – à une taxation d'office ou à l'ouverture d'une instruction de nature pénale,

qu'en définitive, le recourant peut être protégé contre ces risques par la confirmation de la mesure superprovisionnelle, sous réserve de l'information du fait que la procédure suit son cours, comme évoqué ci-dessous,

qu'il est vrai que la mesure provisionnelle doit rester dans le cadre de l'objet du litige (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., p. 154 n. 3.32; sur la distinction entre objet du litige et objet de la contestation, voir arrêt du TAF A-1635/2015 du 11 avril 2016 consid. 3.1.2); que selon les conclusions du recours, l'intégralité de la décision du *** 2016 est attaquée; que celle-ci ne

traite pas à proprement parler de l'information de l'état de la procédure; qu'elle prévoit néanmoins, au ch. 1 de son dispositif, que l'assistance administrative est accordée au sujet du recourant; qu'à ce stade, on peut comprendre que l'information de l'état de la procédure est à tout le moins suggérée par le ch. 1 évoqué,

qu'on ne saurait en tout état, à un stade provisionnel, s'atteler à la tâche de distinguer une information matérielle dont la transmission peut être contestée, d'une communication relative à l'état de la procédure, qui ne serait, elle, pas susceptible de recours, ce d'autant plus que la base légale de cette communication fait défaut,

que l'AFC cite, à l'appui de l'allégation selon laquelle elle serait tenue de communiquer l'état de la procédure, divers textes, soit les "Termes de référence en vue de suivre et d'examiner les progrès vers la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales" ainsi que l'art. 5 ch. 6 du "modèle d'accord sur l'échange de renseignements",

que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 1 Cst.),

que les textes cités par l'AFC n'incluent pas la CDI-F ni le Protocole additionnel, notamment pas l'art. 28 CDI-F ni l'art. XI du Protocole additionnel, qui délimitent pourtant le cadre de l'échange de renseignements international,

que l'AFC s'en rapporte tout au plus à la "bonne application de la norme conventionnelle sur l'échange d'informations" dont le "contexte" (voir art. 31 ch. 1 et 2 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [CV, RS 0.111, en vigueur pour la Suisse depuis le 6 juin 1990]) de conclusion lui donnerait le sens allégué,

qu'ainsi, le droit et le devoir d'information de l'état de la procédure sur lesquels l'AFC s'appuie pour contester toute mesure provisionnelle ne disposent d'aucune base légale (décision incidente du TAF A-2523/2015 du 15 février 2016 consid. 2),

qu'il convient dès lors pour ce motif déjà de confirmer la mesure superprovisionnelle,

4.2.

qu'en outre, l'AFC se plaint du manque de respect de ses garanties procédurales,

que pour ce qui est du droit d'être entendu, l'AFC a pu l'exercer par le dépôt de sa détermination, nécessairement postérieure au prononcé de la mesure *superprovisionnelle* litigieuse,

que l'AFC soutient en outre que les conditions de l'art. 56 PA ne seraient pas remplies; que la confirmation de la mesure *superprovisionnelle* rendrait obsolète "l'idée même des *status updates*", de sorte que la mesure *superprovisionnelle* ne serait ni accessoire, ni provisoire; qu'en substance, l'AFC se plaint de la sorte de ce que la mesure litigieuse sortirait de l'objet du litige,

qu'à ce titre, l'AFC ne saurait procéder à des actes non prévus par la loi; que la confirmation de la mesure *superprovisionnelle* ne préjuge en rien de la transmission des renseignements litigieux,

qu'indépendamment des allégations du recourant relatives à la transmission de ses données par le biais des *status updates*, le Tribunal, qui peut ordonner d'office ou sur requête une mesure, détecte un risque de dommage irréparable en cas d'absence de maintien de la mesure; qu'en effet, la divulgation de certaines données de nature privée peut impliquer une atteinte définitive à la sphère privée (dans ce sens, arrêt du TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010 consid. 1.1.1),

que dans le cadre de la pesée des intérêts (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., p. 155 n. 3.32), on ne voit pas quel préjudice pourrait survenir si l'AFC devait s'abstenir de communiquer le *status update* de la présente procédure; que l'AFC allègue que la Suisse s'exposerait à des sanctions internationales en cas de non-respect de ses engagements,

que pourtant, ces engagements, à savoir ceux relatifs à l'échange d'informations sur la base de la CDI-F, de même que la garantie d'accès à une procédure judiciaire de contrôle de la légalité de toute décision de l'AFC, ne sont aucunement remis en cause par la confirmation de la mesure litigieuse, mais bien plutôt respectés,

que la présente procédure doit au demeurant être conduite avec diligence (art. 4 al. 2 LAAF), ce qui a pour conséquence que la transmission des informations, si elle devait être confirmée, ne serait pas différée de manière extensive,

qu'on voit au contraire que le recourant pourrait subir le préjudice issu du fait que des informations le concernant seraient transmises avant toute décision définitive et exécutoire, étant précisé que seul une base légale peut autoriser le traitement de ses informations, ce que démontre d'ailleurs bien la conclusion des normes internationales évoquées relatives à l'échange de renseignements,

qu'il n'est pas contesté que l'information de l'état de la procédure concerne bien le recourant; seul est discuté le caractère "matériel" de ce renseignement,

que le dépôt d'un recours peut signifier qu'il existerait potentiellement des renseignements à transmettre, puisque la personne concernée s'y oppose (voir décision incidente du 10 mai 2016 consid. 1),

que la condition de l'urgence (SEILER, op. cit., n. 27 ad art. 56) est réalisée, puisqu'il est établi notamment par le biais des pièces *** du recourant que l'AFC a communiqué, à plusieurs reprises par écrit avant la clôture de la procédure nationale, avec l'autorité requérante au sujet de la présente procédure; que le fait que ces communications aient déjà eu lieu ne suffit naturellement pas à rendre surannée une mesure provisionnelle; qu'au contraire, elles démontrent bien qu'il existe un risque que des informations relatives au recourant soient transmises avant la clôture de la présente procédure; que l'AFC a en mains des informations qui relèvent de la sphère personnelle du recourant qu'il convient de sauvegarder jusqu'à la clôture évoquée, indépendamment de l'usage qui pourrait être fait de ces données si elles devaient être mises à disposition de l'autorité requérante,

que l'AFC se plaint enfin d'une "[r]estricción injustificada de las vías de derecho"; qu'à ce titre, elle se base sur le sens de l'art. 98 LTF, selon lequel les motifs de recours contre une mesure provisionnelle sont limités; que l'AFC soutient que la question des *status updates* serait de toute façon liquidée lors du prononcé de l'arrêt final, ce qui la priverait de la possibilité de contester la mesure litigieuse avec une pleine voie d'accès au Tribunal fédéral, ce qui serait d'autant plus critiquable que les faits et le droit ne sont examinés que de manière sommaire dans la procédure de mesures provisionnelles,

que l'AFC soutient que le Tribunal devrait tout au plus trancher la question des *status updates* par le biais d'une décision incidente susceptible de recours au Tribunal fédéral aux conditions habituelles,

que néanmoins, vu l'urgence évoquée, seule une mesure provisionnelle entre en considération ici,

qu'en plus, "[s]avoir si une autorité, agissant dans l'exercice de la puissance publique, peut se prévaloir devant le Tribunal fédéral de la violation d'un droit constitutionnel, alors que ces droits sont destinés à protéger les particuliers à l'égard de l'Etat, est une question délicate" (BERNARD CORBOZ, in Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin [éd.], Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, n. 16 ad art. 98); qu'on peut dès lors douter que la "violation des droits constitutionnels de l'AFC" puisse être invoquée avec succès ici; qu'il a de toute manière été présenté que la confirmation de la mesure superprovisionnelle n'empêcherait en rien la transmission des renseignements litigieux en cas d'admission du recours,

4.3.

qu'enfin, la mesure litigieuse ne respecterait pas le principe de proportionnalité; que l'interdiction faite de communiquer *d'autres* informations serait trop large; que l'AFC dit qu'il serait possible que les autorités françaises demandent explicitement à être informées de l'état d'avancement de la présente procédure,

que la question de savoir comment répondre à une telle requête éventuelle peut être réglée en ce sens que l'AFC est autorisée à informer l'autorité requérante que la procédure nationale suit son cours,

que l'AFC craint aussi d'être privée de la possibilité demander des informations complémentaires au sens de l'art. 6 al. 3 LAAF,

qu'on ne discerne pourtant pas à quel titre l'AFC devrait à ce stade demander des informations complémentaires sur le présent cas, contesté devant le Tribunal, à qui revient désormais le pouvoir de traiter l'affaire (effet dévolutif; art. 54 PA; arrêt du TAF A-1414/2015 du 31 mars 2016 consid. 4.1); qu'ainsi, il ne se justifie pas de réserver la possibilité à l'AFC de demander des informations complémentaires,

4.4.

que la mesure superprovisionnelle du 10 mai 2016 doit par la présente être confirmée,

5.

que s'il est compréhensible que l'AFC s'attende à disposer d'un délai ultérieure pour déposer sa réponse sur le fond du recours, on a plus de peine

à appréhender pourquoi l'AFC s'attend à disposer d'un délai pour se prononcer sur la conclusion – préalable – en constatation de l'illicéité de la pratique des *status updates*, alors que le Tribunal a expressément indiqué le 10 mai 2016 qu'il se prononcerait sur cette question après détermination de l'AFC,

que l'AFC ayant eu la possibilité de se déterminer sur ladite conclusion préalable, le Tribunal peut rendre la présente décision incidente sans octroyer un nouveau délai à l'AFC pour se prononcer sur la demande en constatation du recourant; que cette dernière est traitée conformément au considérant qui suit,

qu'il convient au surplus d'impartir un délai à l'AFC pour répondre sur le fond du recours du *** 2016 en tant que la procédure doit être conduite avec diligence,

6.

6.1.

que le recourant conclut sous ch. 2 de ses conclusions préalables à ce que le Tribunal dise et constate que les correspondances des *** constituent des violations de diverses dispositions conventionnelles, constitutionnelles et légales citées,

que cette requête du recourant est déjà satisfaite en substance par les considérations sous ch. 4 ci-dessus, lesquelles consistent en un prononcé provisionnel faisant droit à la demande en interdiction à l'AFC de transmettre d'autres communications,

qu'ainsi, la conclusion en constatation évoquée ne saurait faire l'objet d'une mesure provisionnelle,

6.2.

qu'en effet, l'art. 25a PA prévoit que toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations notamment constate l'illicéité de tels actes (let. c); que l'administré peut obtenir sur la base de l'art. 25a al. 1 let. c PA la constatation du caractère illicite de l'acte en cause, qui peut jouer à la fois le rôle de compensation (morale) de l'atteinte découlant de l'acte matériel, et celui d'une prévention du renouvellement de celui-ci (THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, vol. II, 3e éd., Berne 2011, p. 46),

que l'art. 25a PA prévoit par ailleurs le prononcé d'une décision notamment en présence d'un intérêt digne de protection (ATF 136 V 136 consid. 4.3); que cet intérêt digne de protection a en substance le même sens que celui mentionné à l'art. 48 al. 1 let. c PA (arrêt du TAF A-5762/2012 du 7 février 2013 consid. 7.1); que cet intérêt n'est pas à lui seul suffisant pour obtenir une décision constatatoire, puisqu'il faut encore que cet intérêt ne puisse pas être satisfait par le biais d'une décision formatrice ou condamnatoire (arrêt du TAF B-6755/2013 du 11 août 2014 consid. 3.1.2); qu'un tel intérêt n'existe pas lorsque la personne peut bénéficier de la protection judiciaire (*Rechtsschutz*) à l'égard de l'acte matériel à un moment ultérieur, à moins que la privation de la voie de droit créée un inconvénient inadmissible (*unzumutbarer Nachteil*; ATF 136 V 136 consid. 4.3),

que la procédure en constatation doit demeurer subsidiaire (arrêt du TAF B-6755/2013 du 11 août 2014 consid. 3.1.2, arrêt du TAF A-5762/2012 du 7 février 2013 consid. 7.1),

6.3.

qu'en l'occurrence, le recourant, qui en appelle à l'art. 25a al. 1 let. c PA, semble partir de l'idée qu'il serait nécessaire de "constater" la violation de dispositions légales avant d'ordonner la mesure en interdiction sollicitée; que tel n'est toutefois pas le cas, comme cela ressort de l'art. 56 PA, dont les conditions (respect du principe de proportionnalité dans le cadre d'une pesée des intérêts; risque de dommage irréparable; urgence), qui ont été analysées ci-dessus, ne comprennent pas une quelconque *constatation* d'illicéité,

qu'il n'est ni soutenu ni soutenable qu'il serait urgent de constater l'illicéité de la pratique du *status update*, ce qui ressort d'ailleurs du fait qu'il est fait droit à la demande en interdiction sollicitée par le recourant sans qu'une illicéité quelconque ne soit *constatée* (consid. 4 ci-dessus),

que la motivation à l'appui de la conclusion préalable en "constatation de l'illicéité de la pratique de l'AFC" apparaît ainsi soutenir la conclusion en interdiction; que cette motivation semble en outre, avec une certaine ambiguïté, aussi étayer la conclusion principale en annulation de la décision attaquée, en tant que le recourant allègue que les principes d'économie et d'unité de la procédure commanderaient que l'illicéité soit "traitée directement dans le cadre du présent recours",

qu'on précisera que, en tant que la conclusion préalable en constatation et l'argumentation à son appui auraient une portée sur le fond du litige, ils seront traités dans l'arrêt final,

7.

que dans la mesure où la présente décision fait droit à la conclusion en interdiction du *** 2016 du recourant, qui est d'accord en substance et "[à] tout le moins", de limiter la communication au fait que la procédure suit son cours, le Tribunal n'est pas tenu de lui communiquer la détermination de l'AFC du *** 2016 avant de rendre la présente décision (art. 30 al. 2 let. c PA); qu'on rappellera à ce titre que la conclusion préalable en constatation ne peut se comprendre que comme un argument en faveur de la conclusion préalable en interdiction, à laquelle il est fait droit,

que la question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans le cadre de l'arrêt final (décision incidente du 16 septembre 2015 TAF A-4743/2015 consid. 7),

(Le dispositif est indiqué à la page suivante.)

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

A titre de mesure provisionnelle, il est fait interdiction à l'autorité inférieure de transmettre d'autres informations aux autorités françaises sur la présente procédure avant qu'il ait été statué sur la demande d'assistance par une décision entrée en force. Demeure réservée la possibilité pour l'AFC d'informer les autorités françaises de ce que la procédure nationale suit son cours.

2.

Un double de la détermination de l'AFC du *** 2016 est transmis au recourant.

3.

Il sera statué sur les frais et dépens liés à la présente décision incidente avec l'arrêt au fond.

4.

Un double de l'acte de recours du *** 2016 et de ses annexes est transmis à l'autorité inférieure.

5.

L'autorité inférieure est invitée à déposer sa réponse sur le fond du recours en 2 exemplaires jusqu'au *** 2016 et à produire le dossier complet de la cause accompagné des pièces réunies en un bordereau et numérotées.

6.

La présente décision incidente est adressée :

- au recourant (Recommandé avec avis de réception; annexes ment. sous ch. 2)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. *** ; Recommandé ; annexes ment. sous ch. 4)

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Mollard

Lysandre Papadopoulos

Indication des voies de droit :

La présente décision, qui concerne un cas d'assistance administrative internationale en matière fiscale, peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les dix jours qui suivent la notification. Le recours n'est recevable que lorsqu'une question juridique de principe se pose ou qu'il s'agit pour d'autres motifs d'un cas particulièrement important au sens de l'art. 84 al. 2 LTF (art. 82, art. 83 let. h, art. 84a, art. 90 ss et art. 100 al. 2 let. b LTF). Le mémoire de recours doit exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée. En outre, le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient entre les mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :