

BVGer A-837/2019 vom 10. Juli 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-07-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-837_2019

FR: TAF A-837/2019 du 10 juillet 2019

IT: TAF A-837/2019 del 10 luglio 2019

Regeste

Assistance administrative

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) - non réalisées en l'espèce - le Tribunal connaît, selon l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prononcées par l'AFC (cf. art. 33 let. d LTAF en lien avec l'art. 19 al. 5 de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale [LAAF, RS 651.1]). Pour autant que ni la LTAF ni la LAAF n'en disposent autrement, la procédure est régie par la PA (art. 37 LTAF et art. 5 al. 1 LAAF).

E. 1.2

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1). La première question qui se pose au titre de la recevabilité du recours est celle de la nature juridique de l'acte attaqué daté du 17 janvier 2019. Il convient en effet de déterminer si la correspondance précitée - qui ne contient aucune indication de voies de droit - peut être considérée comme une décision au sens de l'art. 5 PA.

E. 1.2.1

L'autorité inférieure a estimé que les motifs de réexamen invoqués par le recourant ne l'obligeaient pas à entrer en matière. Elle a communiqué ce point de vue par simple lettre, ce qui est discutable (cf. infra consid. 4.2.5). Cela étant, pour qu'un acte soit considéré comme une décision, il importe peu qu'il soit désigné comme tel ou qu'il remplisse les conditions formelles de l'art. 34 PA, dans la mesure où il est suffisant qu'il réponde aux conditions matérielles posées par l'art. 5 al. 1 PA (cf. parmi d'autres arrêt du TAF A-1350/2017 du 20 mars 2019 consid. 2.1). Or, la lettre litigieuse équivaut à un prononcé d'irrecevabilité et tombe sous la définition de l'art. 5 al. 1 let. c PA qui dispose que sont des décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations.

E. 1.2.2

Il s'ensuit que le TAF est compétent pour connaître du présent recours étant entendu que pour le surplus, celui-ci a été interjeté en temps utile (art. 50 al. 1 PA) et dans les formes requises (art. 52 PA) par le destinataire de la décision litigieuse, lequel a participé à la

procédure devant l'autorité inférieure et possède un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA).

E. 1.2.3

Il faut encore de relever - au titre de la recevabilité - que le recourant est limité à se plaindre uniquement de ce que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur sa demande ; toutes ses conclusions relatives au fond du litige sont donc irrecevables (cf. infra consid. 4.2.5). Sous cette réserve, il peut être entré en matière sur les mérites du recours.

E. 2.1

Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou l'inopportunité (art. 49 PA ; cf. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd. 2016, n° 1146 ss ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd. 2013, n. 2.149).

E. 2.2

Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. Il se limite toutefois en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent («Rügeprinzip», cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 2.2 et réf. cit.). Il peut aussi admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été allégués, ou confirmer la décision attaquée quant à son résultat avec une autre motivation que celle adoptée par l'instance inférieure (« substitution de motifs » ; cf. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3e éd. 2013, n° 1 p. 136 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 1.54 s. ; ATAF 2007/41 consid. 2 ; arrêt du TAF A-2730/2016 du 23 avril 2018 consid. 1.3.2).

E. 3.1

Il convient dans un premier temps de traiter la requête du recourant qui demande à ce que la présente procédure soit suspendue jusqu'à droit connu au sujet de la nouvelle demande n° 631-2018-IN.0173. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la procédure peut être suspendue pour des motifs d'opportunité. Une suspension ne doit être admise qu'exceptionnellement, singulièrement lorsqu'il se justifie d'attendre la décision d'une autre autorité (cf. ATF 138 II 386 consid. 7, 130 V 90 consid. 5, arrêt du TF 1B_238/2018 du 5 septembre 2018 consid. 2.1). D'une manière générale, la décision de suspension relève du pouvoir d'appréciation du juge saisi et il lui appartient de procéder à la pesée des intérêts, l'exigence de célérité découlant de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) l'emportant en cas de doute (cf. ATF 119 II 386 consid. 1b, arrêt du TF 1B_406/2017 du 23 janvier 2018 consid. 2). En l'espèce, il n'existe aucun motif d'attendre l'entrée en force d'une décision à venir de l'autorité inférieure ; en particulier on ne voit pas quelle question décisive pour la présente procédure permettrait de trancher cette décision. L'exigence de célérité l'emporte sur un procédé à la limite d'être dilatoire. En conséquence, la demande de suspension est rejetée.

E. 3.2

Cela étant dit, il s'agit de rappeler les principes qui régissent la révocation (cf. infra consid. 4.1), le réexamen (cf. infra consid. 4.2) et la révision des décisions administratives (cf. infra consid. 4.3) avant de procéder à la résolution du cas d'espèce (cf. infra consid. 5).

E. 4.1.1

Pendant le délai de recours, l'autorité peut en principe librement revoir sa décision lorsqu'elle est contraire au droit (cf. ATAF 2007/29 consid. 4.3 - 4.4) ; une base légale n'est pas requise (cf. arrêt du TF 1C_111/2016 du 8 décembre 2016 consid. 6.1 ; Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, volume II, 3e éd. 2011, p. 382 s). Une telle révocation peut d'ailleurs être prononcée d'office, à la seule initiative de l'autorité compétente (Thierry Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, 2e éd. 2018, n° 939).

Lorsqu'il n'existe aucune règle de droit positif sur la possibilité de modifier une décision, il y a lieu de se prononcer sur la base d'une pesée des intérêts, dans laquelle l'intérêt à une application correcte du droit objectif est mis en balance avec l'intérêt à la sécurité juridique, respectivement à la protection de la confiance (cf. ATF 137 I 69 consid. 2.3, 135 V 215 consid. 5.2, 127 II 306 consid. 7a et les réf. citées).

E. 4.1.2

Dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours (effet dévolutif du recours, cf. art. 54 PA). Toutefois, à teneur de l'art. 58 PA, l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1). La pratique va plus loin et considère que l'autorité inférieure peut revenir sur une décision aussi longtemps que la procédure est pendante devant l'autorité de recours (cf. parmi d'autres A-3980/2015 du 26 octobre 2015 consid. 2 et les réf. cit.). L'autorité inférieure notifie sans délai une nouvelle décision (décision prise pendente lite) aux parties et en donne connaissance à l'autorité de recours (al. 2). L'autorité de recours continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (al. 3 1ère phrase) ; l'art. 57 PA est applicable lorsque la nouvelle décision repose sur un état de fait notablement modifié ou crée une situation juridique sensiblement différente (al. 3 2ème phrase). Dans ce cas où la décision pendente lite ne règle pas toutes les questions à satisfaction du recourant, le Tribunal doit entrer en matière sur le recours sans que ce dernier doive attaquer le nouvel acte administratif. L'objet de la procédure reste la première décision et la nouvelle décision est considérée comme étant attaquée conjointement (cf. arrêt du TF 9C_809/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.2 ; cf. Andrea Pfleiderer, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, VwVG*, 2e éd. 2016, art. 58 n°46). Une nouvelle décision au sens du titre marginal de l'art. 58 PA implique forcément une modification du dispositif de la décision attaquée. Dite modification interviendra en principe en faveur du recourant ; la possibilité d'une modification de la décision à son détriment est en revanche limitée. En outre, un simple changement de la motivation de la décision par l'autorité émettrice dans le cadre de l'instruction ne suffit pas à remplacer la décision contestée (cf. Moser/Beusch/Kneubühler, *op. cit.*, n 3.45 s; ég. ATAF 2007/29 consid. 4.3).

E. 4.2.1

Une fois que la décision est entrée en force (soit qu'elle n'ait pas fait l'objet d'un recours soit qu'un recours contre celle-ci ait été déclaré irrecevable), il est possible d'adresser une demande de réexamen à l'autorité administrative en vue de la reconsidération d'une décision

qu'elle a rendue. Cette requête - non soumise à des exigences de délai ou de forme - n'est pas expressément prévue par la PA ; la jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions de l'autorité de recours, et des art. 8 et 29 al. 2 Cst. (cf. ATF 136 II 177 consid. 2.1 ; ATAF 2008/52 consid. 3.2.3, arrêt du TAF A-1561/2017 du 5 mars 2018 consid. 4.2.1 et les réf. cit. ; Tanquerel, op. cit., p. 491 n°1421 ; Kölz/Häner/Bertschi, op. cit., n° 735 p. 258). Si une telle requête peut être présentée en tout temps et n'est en particulier pas soumise aux délais applicables aux demandes de révision proprement dite (soit les délais de l'art. 67 PA), l'autorité saisie est fondée à estimer qu'elle est tardive en application du principe de la bonne foi (cf. JAAC 2000/64.99 ; Tanquerel, op. cit., p. 489 n° 1416, Moor/Poltier, op. cit., p. 398).

E. 4.2.2

Dans la mesure où la demande de réexamen est un moyen de droit extraordinaire, l'autorité administrative n'est tenue de s'en saisir qu'à certaines conditions. Tel est le cas, lorsque le requérant invoque l'un des motifs de révision prévus par l'art. 66 PA, notamment une irrégularité de la procédure ayant abouti à la première décision ou des faits, respectivement des moyens de preuve nouveaux et importants ou lorsque les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable - dans les faits ou exceptionnellement sur le plan juridique - depuis le prononcé de la décision matérielle mettant fin à la procédure ordinaire (cf. ATAF 2010/27 consid. 2.1 qui parle de demande d'adaptation dans ce dernier cas et de reconsidération qualifiée dans le premier). En présence de l'un de ces motifs, l'autorité doit entrer en matière et cela fait, dans une deuxième étape, elle examinera si le motif retenu (le moyen de preuve nouveau et important par exemple) conduit effectivement à une modification de la décision à réviser (cf. Moor/Poltier, op.cit., p. 398). Dans les autres situations, l'autorité administrative n'est pas tenue de réexaminer sa décision, mais est libre de le faire (ATAF 2010/5 consid. 2.1.1).

E. 4.2.3

Selon la pratique en vigueur en matière de révision, applicable par analogie à l'institution du réexamen, les faits nouveaux ne peuvent entraîner la révision ou le réexamen d'une décision entrée en force que s'ils sont pertinents et suffisamment importants pour conduire à une nouvelle appréciation de la situation (cf. ATF 136 II 177 consid. 2.2.1, 131 II 329 consid. 3.2 ; arrêt du TAF A-3595/2015 du 21 septembre 2016 consid. 2.1.2). En d'autres termes, il est nécessaire que les faits nouveaux soient décisifs et que les moyens de preuve offerts soient propres à les établir. Par faits nouveaux, il faut comprendre des faits que le requérant ne connaissait pas lors de la première décision ou dont il ne pouvait se prévaloir ou n'avait pas de raison de se prévaloir à l'époque (cf. ATF 136 II 177 consid. 2.1). Cela implique aussi qu'il doit avoir fait preuve de toute la diligence que l'on peut exiger de lui. Celle-ci fera en particulier défaut si la découverte du fait ou du moyen de preuve est le fruit de recherches qui auraient pu et dû être effectuées plus tôt (cf. ATAF 2013/37 consid. 2.1). En effet, la procédure de réexamen ne saurait servir de prétexte pour remettre continuellement en question des décisions entrées en force, ni surtout viser à éluder les dispositions légales sur les délais de recours (cf. ATF 138 I 61 consid. 4.5, 136 II 177 consid. 2.1 s. et les réf. citées). Elle ne saurait non plus viser à supprimer une erreur de droit, à bénéficier d'une nouvelle interprétation ou d'une nouvelle pratique ou encore à obtenir une nouvelle appréciation de faits qui étaient déjà connus en procédure ordinaire. Une décision infondée à l'origine, mais non contestée, n'a pas à être modifiée par la suite du seul fait qu'il résulte de jugements rendus dans des procédures parallèles que la situation juridique diffère de celle

qu'a retenue l'autorité qui a rendu la décision initiale. Par principe, une erreur dans l'application du droit doit être invoquée à l'aide des voies de recours ordinaires ouvertes contre la décision et l'on ne peut revenir sur celle-ci que de manière exceptionnelle si elle est affectée d'erreurs matérielles particulièrement graves (cf. arrêt du TF 2C_114/2011 du 29 août 2011 consid. 2.2).

E. 4.2.4.1

Lorsqu'une autorité de recours s'est prononcée matériellement sur le fond, une décision administrative ne peut en principe plus être réexaminée, seule étant alors ouverte la voie de la révision de l'arrêt qui a mis fin à la cause (cf. infra consid. 4.3). En effet, contrairement aux décisions administratives qui n'acquiescent que la force de chose décidée (« formelle Rechtskraft »), les décisions prises sur recours sont assorties de l'autorité de la chose jugée (« materielle Rechtskraft » ou « res iudicata »), ce qui signifie qu'elles ne peuvent être remises en discussion par les mêmes parties sur le même objet (cf. sur ces notions ATAF 2009/11 consid. 2.1.2). A cela s'ajoute que le recours devant le TAF est un moyen de droit ordinaire, dévolutif et en principe de nature réformatoire (cf. art. 61 PA). Par conséquent, l'arrêt du TAF, qu'il admette ou rejette le recours, remplace la décision attaquée (cf. à l'égard des arrêts du TF, ATF 144 I 208 consid. 3.1). Toutefois, dans la pratique, l'autorité compétente de première instance peut malgré tout, exceptionnellement, procéder au réexamen de sa décision lorsque celle-ci a un effet durable (« Dauersachverhalt ») et qu'une modification notable des circonstances de fait ou de droit est alléguée (cf. Kölz/Häner/Bertschi, op. cit., n° 742 p. 260 et les réf. cit.). Ainsi lorsque le requérant fait valoir une modification notable des circonstances, l'autorité est tenue de traiter la demande de réexamen si ces changements sont exposés (cf. arrêt du TAF A-6381/2009 du 16 mars 2010 consid. 3.4). En revanche, si les motifs invoqués ont trait à des éléments de droit et de fait qui existaient au moment de la décision sur recours, seule une procédure de révision devant l'autorité de dernière instance peut être entreprise (cf. arrêt du TAF A-6381/2009 du 16 mars 2010 consid. 3.10). Autrement dit, une demande de réexamen ne peut concerner qu'une décision de première instance. En raison de l'autorité de la chose jugée dont elles sont pourvues, les décisions sur recours ne peuvent pas être réexaminées par les autorités administratives. Toutefois, cela n'empêche pas l'autorité de première instance de prendre une nouvelle décision sur une demande de réexamen, même si un jugement est entré en force sur la même question (cf. Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n° 1278).

E. 4.2.4.2

Selon plusieurs arrêts du TAF qui se fondent tous sur l'ATAF 2013/22, l'autorité administrative est également tenue de se saisir d'une demande de réexamen lorsque celle-ci est fondée sur un moyen de preuve nouveau, postérieur à un arrêt matériel du Tribunal, lorsque ce moyen - qui serait irrecevable comme motif de révision en application de l'art. 123 al. 2 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) in fine auquel renvoi l'art. 45 LTAF (cf. infra consid. 4.3.2) - est important au sens de l'art. 66 al. 2 let. a PA, appliqué par analogie, en ce sens qu'il serait apte à établir un fait allégué antérieurement, durant la procédure ordinaire, et demeuré non établi (cf. parmi d'autres arrêts du TAF D-6959/2018 du 19 décembre 2018, F-6318/2018 du 15 novembre 2018, E-1311/2018 du 8 mars 2018).

E. 4.2.4.3

Saisie d'une demande de réexamen, l'autorité inférieure doit tout d'abord décider si elle entre en matière ou non. La non-entrée en matière constitue une décision au sens de l'art. 5 PA contre laquelle le requérant peut seulement recourir en alléguant que ladite autorité a nié à tort l'existence des conditions requises pour l'obliger à statuer au fond et le TAF ne peut qu'inviter cette dernière à examiner la demande au fond, s'il admet le recours. Les conclusions du recourant (soit « l'objet du litige ») sont en effet limitées par les questions tranchées dans le dispositif de la décision querellée (soit « l'objet de la contestation »; cf. ATF 144 II 359 consid. 4.3). Celles qui en sortent, en particulier les questions portant sur le fond de l'affaire, ne sont pas recevables (cf. ATF 135 II 38 consid. 1.2 et arrêt du TF 2C_555/2015 du 21 décembre 2015 consid. 4). Une exception paraît justifiée lorsque - sans s'en tenir strictement aux conditions de recevabilité-, l'autorité inférieure a clairement indiqué que, dans l'hypothèse où elle serait entrée en matière, la demande aurait dû être rejeté (ATAF 2010/27 consid. 2.1.3 in fine).

E. 4.2.4.4

Si l'autorité refuse de manière informelle d'entrer en matière et que le requérant souhaite faire valoir ses droits en justice, il doit en principe demander le prononcé d'une décision (cf. Kölz/Häner/Bertschi, op. cit., p. 262 n° 746). Tanquerel est d'avis que dans les cas où l'autorité n'est pas tenue d'entrer en matière mais est libre de le faire (cf. supra consid. 4.2.2), si elle ne le fait pas, elle n'est pas obligée de rendre une décision (Tanquerel, op. cit., p.493 n° 1428). Cela étant, si ce point est précisément litigieux, elle devra rendre une décision à cet égard.

E. 4.3.1

Aux termes de l'art. 45 LTAF, les art. 121 à 128 LTF s'appliquent par analogie à la révision des arrêts du TAF. Selon l'art. 47 LTAF, l'art. 67 al. 3 PA régit le contenu et la forme de la demande de révision ainsi que les conditions auxquelles celle-ci peut être améliorée ou complétée. La révision au sens des art. 45 ss LTAF est un moyen de droit extraor-dinaire. Elle constitue un réexamen juridictionnel d'un arrêt en vue de sa rétraction par la juridiction même qui l'a rendu et une exception à l'autorité matérielle de la chose jugée (cf. arrêts du TAF E-1212/2019 du 21 mars 2019 consid. 2, C-3272/2018 du 9 janvier 2019 consid. 2.1 et réf. cit.). Si le Tribunal admet le motif de révision invoqué, il annule l'arrêt et statue à nouveau (art. 128 al. 1 LTF). Il le fait généralement dans un seul arrêt : par la première décision, dénommée le rescindant, il annule l'arrêt formant l'objet de la demande de révision ; par la seconde, appelée le rescisoire, il statue derechef sur le recours dont il avait été précédemment saisi. La décision d'annulation met fin à la procédure de révision proprement dite et entraîne la réouverture de la procédure antérieure. Dans ce dernier cas, les parties sont replacées dans la situation où elles se trouvaient au moment où l'arrêt annulé a été rendu. L'annulation peut être complète ou partielle si le motif invoqué ne concerne qu'une partie du dispositif (cf. arrêts du TF 2F_2/2013 du 5 juin 2013 consid. 7.2 et 8C_656/2013 du 26 août 2014 consid. 2.4). Le TAF est ainsi compétent pour statuer sur les demandes de révision dirigées contre ses propres arrêts. Les motifs admissibles sont ceux prévus aux art. 121 à 123 LTF (cf. art. 45 LTAF).

E. 4.3.2

Conformément à l'art. 123 al. 2 let. a LTF, la révision peut être demandée dans les affaires de droit public, si le requérant découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion

des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt. Les moyens de preuve évoqués dans cette disposition doivent servir à prouver soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant (cf. arrêt du TAF E-7278/2018 du 4 mars 2019 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n° 5.48). Les moyens de preuve déposés ne peuvent pas avoir pour but de provoquer une nouvelle appréciation des faits connus, mais bien d'établir ces derniers (cf. arrêt du TF 4A_144/2010 du 28 septembre 2010 consid. 2.1.2 et les réf. cit.). Par faits nouveaux importants, il faut entendre des faits pertinents de nature à conduire à un jugement différent. Seuls peuvent être invoqués des faits anciens, découverts après coup (pseudo nova), la nouveauté se rapportant ainsi à la découverte et non aux faits eux-mêmes, les faits postérieurs, soit les véritables nova, étant exclus (cf. Pierre Ferrari, in Corboz et alii, Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n°16 ad. art. 123 ; ATF 143 V 105 consid. 2.3, 143 III 272 consid. 2.1). Les moyens de preuve postérieurs à l'arrêt litigieux, portant sur des faits antérieurs, ne sont pas admis et une demande de révision fondée sur de telles preuves n'est pas recevable (cf. arrêt de principe ATF 2013/22 consid. 6, arrêts du TAF A-750/2019 du 31 mai 2019 consid. 3.2.1, A-956/2019 du 3 mai 2019 consid. 4.2, E-5839/2018 du 16 janvier 2019 consid. 4.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n° 5.49, voir aussi l'arrêt du TF 2F_23/2017 du 9 janvier 2018 consid. 3.2).

E. 4.3.3

La révision, en tant que moyen de droit extraordinaire (cf. supra consid. 4.3.1), est subsidiaire au recours. Cela signifie qu'une partie doit soulever un motif de révision comme grief de recours lors de la procédure ordinaire, tant que cela lui est possible et qu'on peut l'exiger de lui (cf. ATF 138 II 386 consid. 5.1 et les réf. cit., cf. ég. l'art. 46 LTAF). Dans la procédure de recours devant le TF, de nouveaux faits et moyens de preuve (nova) ne peuvent être invoqués que dans la mesure où ils résultent de la décision de l'autorité précédente (cf. art. 99 al. 1 LTF). Si cette condition n'est pas satisfaite, les motifs de révision ne peuvent être examinés que dans le cadre d'une procédure de révision (cf. ATF 138 II 386 consid. 5.2).

E. 4.3.4

Appelé à trancher la question de savoir si un recours en matière de droit public pendant devant lui à l'encontre d'un arrêt cantonal faisait obstacle à la recevabilité d'une demande de révision dudit arrêt cantonal, le TF a jugé qu'une instance inférieure ne peut pas refuser d'entrer en matière à propos d'une demande de révision pour la simple raison que l'affaire fait l'objet d'un recours au TF. Au contraire, l'instance inférieure doit examiner, pendant la durée de la procédure de recours fédérale, la demande en révision qui lui est soumise sur la base du droit procédural qui lui est applicable et, si nécessaire, réviser sa décision. La Haute Cour a en outre déclaré que, dans une telle constellation, afin d'éviter des contradictions avec une qualification divergente ultérieure du TF, l'instance inférieure devait s'abstenir d'examiner elle-même la question de savoir si un motif de révision pouvait également être un novum admissible devant le TF et ne pouvait pas refuser d'entrer en matière sur un tel motif de révision en invoquant la subsidiarité de ce moyen de droit (cf. ATF 138 II 386 consid. 6.4). Le TF a également relevé qu'afin d'éviter qu'il ne se prononce matériellement, pendant la procédure de révision, sur le recours formé contre la décision faisant l'objet de la demande de révision, la partie devait en outre demander la suspension de la procédure par devant lui (cf. ATF 138 II 386 consid. 7). Cette jurisprudence - confirmée par des arrêts ultérieurs (cf. entre autres ATF 144 I 208 consid. 4.1 et ATF 144 IV 35 consid. 2.3.2) -,

développée à l'occasion d'une affaire concernant une demande de révision d'un arrêt cantonal en matière de droit public, doit s'appliquer également lorsqu'est en jeu la recevabilité d'une demande de révision d'un arrêt du TAF en tant qu'instance inférieure au TF (cf. arrêt du TAF A-750/2019 du 31 mai 2019 consid. 3.3 en ce sens également, Moser/Beusch/ Kneubühler, op. cit., n° 5.39a).

E. 5.1

En l'espèce, la décision du 16 décembre 2016 dont le réexamen est demandé a été examinée matériellement par le TAF qui s'est prononcé quant à son objet par arrêt du 29 janvier 2018 (A-525/2017), arrêt ensuite entrepris par un recours en matière de droit public actuellement pendant devant le TF (procédure 2C_141/2018).

E. 5.2.1

Dans la procédure ayant abouti à cet arrêt, le recourant avait fait valoir une violation du principe de la spécialité, affirmant que la demande d'assistance visait à contourner les règles de l'entraide en matière pénale. Devant l'AFC, il avait exposé que les autorités fiscales indiennes avaient formé une plainte (dont il avait produit la copie) à son encontre pour manquement à l'obligation de produire des documents. Cette procédure pénale, conduite par des autorités pénales selon la procédure pénale, ne visait pas à percevoir des impôts mais à sanctionner des infractions. Il affirmait - en produisant la demande - que le Directorate of Enforcement indien, une autorité non fiscale, avait « requis la production des documents de cette procédure pénale à la Cour en charge de la procédure ». Il en déduisait que tout document transmis par l'autorité inférieure à l'autorité fiscale indienne sera transmis aux autorités pénales en charge de la procédure pénale initiée sur la base de l'Income Tax Act (cf. pce 19 AFC p. 9). Dans sa décision du 16 décembre 2016, l'autorité inférieure s'est limitée à rejeter ce grief en relevant « qu'il n'est nulle part fait mention dans la demande que les informations sont demandées pour être transmises et utilisées dans un but non fiscal ». Devant le TAF, le recourant a, en substance, persévéré dans son grief, invoquant une violation du principe de la spécialité et de la confidentialité. Dans son arrêt, le Tribunal a rappelé qu'en vertu du principe de la confiance, la Suisse doit considérer que l'Etat avec lequel elle est liée par une convention respectera le principe de spécialité, respect au demeurant expressément confirmé par l'autorité fiscale indienne et rappelé dans le dispositif de la décision litigieuse (cf. arrêt du 29 janvier 2018 précité consid. 2.7 et 3.5).

E. 5.2.2

Le recourant soutient aujourd'hui détenir des faits nouveaux déterminants qui confirment les craintes qu'il avait exprimées, qui seraient dès lors avérées et prouvées. Par faits nouveaux, il entend la production par le Directorate of Enforcement d'un affidavit daté du xx.xx.2018, si bien qu'il n'a pas été en mesure de les présenter devant le TAF (dont l'arrêt date du 29 janvier 2018) ni devant le TF (son recours date du 12 février 2018). Ce document établirait, selon le recourant, la violation du principe de spécialité par les autorités indiennes.

E. 5.2.3

Le Tribunal observe que le grief de spécialité avait déjà été formulé tant devant l'autorité inférieure que devant le TAF. Les éléments invoqués doivent ainsi être considérés comme des moyens de preuve nouveaux (dans la mesure où le document porte une date postérieure à celle de l'arrêt du TAF) servant à établir des faits antérieurs, dans le sens qu'ils ont déjà été allégués devant le TAF ainsi que devant l'autorité inférieure. Or, de tels moyens de preuve n'ouvrent pas la procédure de révision de l'arrêt du TAF (cf. supra consid. 4.2.4.2 et 4.3.2).

E. 5.3

Reste à déterminer s'ils peuvent fonder un cas de réexamen par l'autorité inférieure de sa décision.

E. 5.3.1

C'est ce que soutient le recourant en se fondant sur l'ATAF 2013/22 consid. 11.4.7 et 12.3 et c'est également ce que prétendent certains arrêts du TAF (cf. supra consid. 4.2.4.2). Cette jurisprudence a été développée en matière de droit d'asile, domaine où le TAF statue en dernière instance (cf. art. 83 let. a ch. 1 LTF), et a été reprise dans d'autres domaines où le recours en matière de droit public devant le TF est également irrecevable (cf. notamment art. 83 let. c LTF). Or, le cas d'espèce a ceci de particulier qu'un recours devant le TF est toujours pendant. Ainsi, si l'on devait admettre que de tels moyens de preuve, non admis par l'art. 123 al. 2 let. a LTF, doivent être examinés dans le cadre d'une demande de réexamen par l'autorité inférieure, en violation de l'effet dévolutif, le risque existe de se retrouver avec deux décisions contradictoires : celle de l'autorité inférieure et celle sur recours du TF ; situation inconnue dans les domaines du droit où le recours au TF n'est pas recevable. Pour éviter pareille constellation, il conviendrait de faire application par analogie de la procédure prescrite par l'ATF 138 II 386 et de requérir la suspension de la procédure devant le TF (cf. supra consid. 4.3.4). Il serait en effet insatisfaisant que de tels moyens ne puissent être examinés par aucune autorité, alors qu'aucune décision n'a encore acquis définitivement l'autorité de la chose jugée. C'est précisément ce qu'a fait le recourant en demandant à la Haute Cour de suspendre la procédure par devant elle (cf. supra consid. Bb). Il s'est heurté à un refus motivé sur le fait que l'autorité inférieure avait affirmé qu'elle n'entendait pas réexaminer sa décision. Or, pareille décision de l'autorité inférieure est en principe sujette à recours devant le TAF (cf. supra consid. 4.2.5)

E. 5.3.2

Cela étant, la compétence fonctionnelle de l'autorité inférieure étant admise, il faut encore examiner dans quelle mesure elle était tenue d'entrer en matière sur le motif invoqué. En effet, seuls les motifs figurant à l'art. 66 PA (qui s'applique par analogie à la procédure de réexamen) contraignent l'autorité inférieure à se saisir d'une demande de réexamen ; dans les autres situations, elle est libre de le faire (cf. supra consid. 4.2.2)

E. 5.3.2.1

L'art. 66 al. 2 let. a PA dispose que l'autorité procède, à la demande d'une partie, à la révision de sa décision si la partie allègue des faits nouveaux importants ou produit de nouveaux moyens de preuve. Une autrice, commentant l'art. 66 al. 2 let. a PA, évoque une controverse en doctrine sur la question de savoir si sont aussi admissibles les nouveaux moyens de preuve apparus après la décision dont la révision (ou le réexamen, cf. supra consid. 4.2.3) est demandée, relevant que le texte littéral ne l'exclut pas en soi (cf. Karin Scherer Reber in: Praxiskommentar VwVG, n° 28 ad art. 66). Elle cite toutefois à cet égard des auteurs qui le nient mais qui commentent l'art. 123 LTF et non l'art. 66 PA (Escher in : Niggli et al., BSK BGG, n°5 ad art. 123) et d'autres qui l'admettent se référant à la pratique du TAF avant l'arrêt de principe ATAF 2013/22 (Kölz/Häner/Bertschi, op. cit, p. 455 n° 1333) ou commentant la loi sur la procédure et la juridiction administrative du canton de Zürich (Kölz/Bosshart/Röhl in : Komm. VRG ZH, 3e éd. 2014, § 86a n° 13). Finalement, Karin Scherrer Reber remarque que la pratique de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile (la CRA, à laquelle a succédé le TAF, qui examinait, avant l'entrée en

vigueur de la LTAF, la révision de ses décisions à l'aune de l'art. 66 PA) était d'admettre ces éléments de preuve provenant d'une période postérieure à l'arrêt dont la révision était demandée. Or, c'est précisément cette pratique de la CRA - qui se distinguait de celle du TF basée sur l'art. 123 al.2 let. a LTF qui exclut expressément les moyens de preuve postérieurs à l'arrêt - qui a donné lieu à la jurisprudence précitée (cf. ATAF 2013/22 consid. 5.3), unifiant la pratique des Tribunaux fédéraux au sujet des motifs ouvrant la révision de leur propre arrêt.

E. 5.3.2.2

Un autre auteur, dans la première édition de son commentaire de l'art. 66 PA, prétendait que seuls les faits et moyens de preuve qui existaient au moment de la procédure de recours mais qui n'ont pas pu être produits pour des raisons excusables étaient admissibles (« Anerkennung finden können daher nur Tatsachen und Beweismittel, welche zur Zeit des Beschwerdeverfahrens bereits vorhanden waren, aber aus entschuldbaren Gründen nicht vorgebracht werden konnten », cf. August Mächler in: Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, n° 16 ad art. 66). Dans la deuxième édition, la mention des moyens de preuve a disparu (« Anerkennung finden können daher nur Tatsachen, welche zur Zeit des Beschwerdeverfahrens bereits vorhanden waren, aber aus entschuldbaren Gründen nicht vorgebracht werden konnten [neu bekannte Tatsachen] », cf. August Mächler in: Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2019, n° 18 ad art. 66). Cela étant, dans les deux éditions, August Mächler précise qu'il est possible que le moyen de preuve date d'une période postérieure à la décision sur recours (« [...] können Beweismittel durchaus auch erst nach dem Erlass des Beschwerdeentscheids entstanden sein » ; cf. éd. 2008 n° 17 et éd. 2019 n° 19).

E. 5.3.2.3

Il semble dès lors admis que de tels moyens de preuve tombent dans la champ d'application de l'art. 66 al. 2 let. a PA, entraînant un réexamen obligatoire. Toutefois, l'art. 66 al. 2 let. a PA (à l'instar de ce qui prévaut pour l'art. 123 LTF) n'oblige l'autorité à entrer en matière que si les nouveaux moyens de preuve sont significatifs, soit de nature à donner l'impression que les fondements de la décision litigieuse sont erronés. Ils ne peuvent avoir pour but de provoquer une nouvelle appréciation des faits connus mais doivent bien établir ces derniers (cf. arrêt du TF 4A_144/2010 du 28 septembre 2010 consid. 2.1.2 et les réf. cit.). Autrement dit, dans de tels cas, l'autorité se limite à examiner si le moyen allégué est susceptible de remettre en cause la décision contestée, en aucun cas elle ne réapprécie ce qui l'a déjà été (cf. parmi de nombreux autres, arrêts du TAF E-7278/2018 du 4 mars 2019 et E-1311/2018 du 8 mars 2018). Le fait qu'elle se saisisse du motif ne signifie par ailleurs pas encore qu'elle prononcera une décision différente.

E. 5.3.3.1

In casu, le document produit concerne une cause impliquant le recourant et émane du Directorate of Enforcement. Le recourant rappelle que cet organisme gouvernemental indien est chargé de poursuivre les infractions relatives aux opérations de change et de blanchiment d'argent ; il ne s'occupe pas de questions fiscales (selon un avis de droit d'un cabinet d'avocats indiens datant du 18 février 2019 produit par le recourant). L'extrait du document produit, intitulé XXX dont il espère tirer un droit est le suivant. [...] Ce document

révèle la conception qu'ont les autorités indiennes de l'art. 28 de la convention de double imposition qui les lient à la (...). Cette disposition est en substance identique à l'art. 26 CDI CH-IN, les deux étant calquées sur l'art. 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (ci-après : MC OCDE).

E. 5.3.3.2

Or, se fondant sur la teneur de l'art. 26 CDI CH-IN, la Cour de céans a déjà jugé que la CDI CH-IN ne fait pas obstacle à ce que l'autorité fiscale indienne utilise les données obtenues par le biais de l'assistance administrative non seulement pour l'imposition de la personne concernée mais également dans le cadre de procédures pénales fiscales, voire même qu'elle les transmette à d'autres autorités dans le but de sanctionner des infractions fiscales (cf. parmi d'autres : arrêts du TAF A-639/2016 du 17 janvier 2018 consid. 5.2.3 et A-778/2017 du 5 juillet 2017 consid. 4.3.3 ; Robert Weyeneth, *Der nationale und internationale ordre public im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe in Steuersachen*, Bâle, 2017, p. 220). En effet, selon l'art. 26 par. 2 CDI CH-IN, les renseignements reçus dans le cadre de l'assistance peuvent être entre autres utilisés, sans le consentement de l'autorité compétente de l'Etat requis, pour l'établissement et le recouvrement des impôts mentionnés au par. 1 et aussi pour les procédures et poursuites concernant ces impôts. Toutefois, ce raisonnement s'applique pour autant que les infractions concernées par ces renseignements soient relatives aux impôts prévus par la convention. A cela s'ajoute que la demande d'assistance administrative ne doit pas avoir pour seul but d'obtenir des informations pour une procédure pénale fiscale. A cet égard, il importe peu que les procédures nationales concernées soient conduites par une autorité administrative ou fiscale. Il n'est pas relevant non plus de déterminer si la sanction relève plutôt de la mesure administrative ou possède un caractère pénal matériel; pas plus que ne l'est de savoir si la sanction est prononcée dans le cadre même de la procédure en perception de l'impôt ou dans une procédure distincte (cf. arrêt du TAF 5687/2017 du 17 août 2018 consid. 4.4.4.7). Autrement dit, l'assistance administrative en matière fiscale est aussi prévue pour la clarification des infractions fiscales pour lesquelles l'entraide judiciaire est exclue dans la mesure où l'imposition de la personne concernée est aussi visée. Ce n'est que dans ces circonstances que l'on peut considérer que la demande de l'autorité fiscale indienne ne constitue pas une tentative de contourner les garanties de la procédure d'entraide en matière pénale (cf. égal. Daniel Holenstein, in: Zweifel/Beusch/Matteotti [éd.], *Kommentar zum Internationalen Steuerrecht*, 2015, ad art. 26 MC OCDE n. 266). En revanche, en vertu de l'art. 26 par. 2 seconde phrase CDI CH-IN, l'utilisation des informations reçues par l'Etat requérant à d'autres fins que celles mentionnées à l'art. 26 par. 2 première phrase CDI CH-IN - en particulier la lutte contre le blanchiment d'argent, la corruption et le financement du terrorisme - suppose que cette possibilité résulte des lois suisses et indiennes et, cumulativement, l'accord de l'autorité compétente de l'Etat requis. En Suisse, l'AFC est à ce titre compétente, avec l'accord de l'Office fédéral de la justice (art. 20 al. 3 LAAF ; Holenstein, op. cit., art. 26 MC OCDE n° 268 ; cf. arrêts du TAF A-630/2019 du 12 avril 2019 consid. 3.5, A-2830/2017 du 17 septembre 2018 consid. 3.1, A-4154/2017 du 21 août 2018 consid. 3.3.3 et A-2454/2017 du 7 juin 2018 consid. 2.1.3, 3.1 et 3.8.1).

E. 5.3.3.3

Il s'en suit que *prima facie*, le document produit est de nature à établir que l'on se trouve dans les circonstances de l'art. 26 par. 2 seconde phrase CDI CH-IN et que, dès lors, la procédure décrite devrait être suivie. En effet, l'autorité dont émane l'acte nouvellement

produit par le recourant n'a pas en charge la poursuite des infractions fiscales pénales mais, notamment, des actes de blanchiment. Du moment que le nouveau moyen de preuve permet de jeter un doute sur la décision litigieuse, l'autorité inférieure doit entrer en matière, quand bien même, à l'issue d'un examen plus approfondi, elle devait rendre une nouvelle décision identique à la première. A cet égard, c'est le lieu de rappeler que si la bonne foi de l'Etat requérant est présumée dans les relations internationales, ses déclarations peuvent être remises en cause par des fautes, des lacunes ou comme en l'espèce, des contradictions manifestes. Cas échéant, le principe de la confiance ne s'oppose alors pas à ce qu'un éclaircissement soit demandé à l'Etat requérant (cf. parmi d'autres: arrêt du TAF A-6314/2017 du 17 avril 2019 consid. 4.3.2 et les réf. citées).

E. 6.1

Les considérants qui précèdent conduisent en principe le Tribunal à admettre le recours et à renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle entre en matière sur la demande de réexamen du recourant et prononce une nouvelle décision.

E. 6.2.1

Cela étant, compte tenu des prises de position de l'autorité inférieure dans le cours de la procédure devant le TAF, en particulier sa dernière écriture du 3 juin 2019, on pourrait se demander s'il ne faudrait pas considérer que l'autorité inférieure, tout en niant à la fois sa compétence et l'existence de motifs de réexamen (soit deux conditions de recevabilité), n'a pas clairement indiqué qu'elle rejeterait en tous les cas la demande sur le fond et que dans cette situation, le TAF, par économie de procédure, devrait statuer lui-même sur la question (cf. supra consid. 4.2.4.3).

E. 6.2.2

Toutefois, le Tribunal constate que les arguments développés par l'autorité inférieure ne peuvent être suivis sans autre et mérite à tout le moins une instruction (par exemple sous la forme d'éclaircissement, cf. supra consid. 5.3.3.3) auprès de l'autorité requérante. Dans ce contexte, le fait que la pièce produite par le recourant ne concerne pas une procédure d'assistance entre la Suisse et l'Inde n'est pas pertinent dans la mesure où cette pièce est de nature à révéler la conception qu'ont les autorités indiennes d'une disposition qui se retrouve dans toutes les conventions basées sur le MC OCDE, ce qui inclut la CDI CH-IN (cf. supra consid. 5.3.3.1). A cet égard, il va de soi qu'il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une violation effective du principe de spécialité pour s'inquiéter de son respect. Un soupçon, certes au moins solidement étayé, suffit en tous les cas à ce qu'un éclaircissement voire une garantie supplémentaire soit requise pour le dissiper. Ce qu'avait d'ailleurs fait l'autorité inférieure dans d'autres affaires, en particulier avec la France (cf. parmi d'autres, arrêt du TAF A-7496/2016 du 27 avril 2018 consid. O). L'argument selon lequel l'Enforcement Directorate (qui a émis la pièce produite par le recourant) est rattachée, comme l'autorité requérante, au Department of Revenue, Ministry of Finance en Inde ne permet pas d'exclure une éventuelle transmission d'informations prohibée par la CDI. Cette transmission à des autorités chargées de la poursuite des infractions pour lesquelles l'entraide en matière pénale est exclue est certes admissible à certaines conditions (cf. supra consid. 5.3.3.2). Or, si l'autorité inférieure a également rappelé ces conditions dans sa dernière prise de position, elle n'a pas fait la démonstration qu'elles étaient satisfaites en l'espèce. Pour toutes ces raisons, il est dès lors préférable de suivre le cours des instances tel qu'il a été établi par le législateur et de renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle

entre en matière sur la demande de réexamen et qu'elle investigate concrètement si le nouveau document produit remet en cause le respect du principe de spécialité par les autorités indiennes.

E. 6.3

L'arrêt au fond étant rendu, la requête tendant au prononcé de mesures provisionnelles est devenue sans objet.

E. 7.1

Vu l'issue du litige, les frais de procédure - arrêtés à 3'000 francs - ne sont pas perçus (art. 63 al. 1 et 2 PA). En conséquence, l'avance de frais d'un même montant versée par le recourant lui sera restituée une fois le présent arrêt définitif et exécutoire.

E. 7.2

Il reste à examiner la question des dépens relatifs à la procédure devant l'autorité de céans. Les art. 64 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) permettent au Tribunal d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Le Tribunal fixe les dépens sur la base de l'éventuel décompte remis par la partie concernée et, à défaut, sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). Les frais d'avocats engagés en relation avec la procédure menée devant l'administration elle-même ne sont pas couverts par les dépens (ATF 132 II 47 consid. 5.2). En l'occurrence, le recourant prétend à cet égard au versement de la somme de 25'000 francs qu'il ne justifie d'aucune manière. En l'absence de note d'honoraires, l'indemnité est fixée ex aequo bon, sur la base du dossier, compte tenu de la nature de la cause et de son degré de complexité, de l'écriture de recours ainsi que de l'ampleur des actes de procédure et selon la pratique du Tribunal, à 4'500 francs.

E. 8

La présente décision rendue dans le domaine de l'assistance administrative internationale en matière fiscale peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral (art. 83 let. h LTF). Le délai de recours est de dix jours (art. 100 al. 2 let. b LTF). 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. 84a LTF). Le Tribunal fédéral est seul habilité à décider du respect de ces conditions.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.