

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

Avis n° 2/2015

*Avis du CEPD sur l'accord entre l'UE et la Suisse sur
l'échange automatique d'informations fiscales*



8 juillet 2015

TABLE DES MATIÈRES

I. MISE EN ŒUVRE DE LA NORME MONDIALE D'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS RELATIFS AUX COMPTES FINANCIERS.....	3
II. CONSÉQUENCES, AU NIVEAU DE LA PROTECTION DES DONNÉES, DES DISPOSITIONS D'APPLICATION DE L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE D'INFORMATIONS FISCALES.....	4
<i>II.1 Proportionnalité des mesures - Identification des comptes déclarables et procédures de diligence raisonnable.....</i>	<i>4</i>
<i>II.2 Limitation de la finalité du traitement des informations échangées.....</i>	<i>6</i>
<i>Traitement des informations fiscales à d'autres fins.....</i>	<i>6</i>
<i>II.3 Droits de la personne concernée.....</i>	<i>6</i>
<i>II.4 Sécurité des données et durée de conservation.....</i>	<i>7</i>
<i>Mesures visant à assurer la sécurité des données.....</i>	<i>7</i>
<i>Durée de conservation des informations fiscales échangées.....</i>	<i>8</i>
III. CONCLUSIONS.....	8

SYNTHÈSE

L'UE a signé, ou négocie actuellement, des accords bilatéraux avec la Suisse, l'Andorre, le Liechtenstein, Monaco et Saint-Marin dans le but de réglementer et de faciliter l'échange d'informations financières pertinentes à des fins fiscales, levant ainsi le secret bancaire en matière fiscale.

À la lumière des dispositions de l'accord récemment conclu avec la Suisse («l'accord»), le CEPD a décidé d'inviter le législateur européen à introduire des garanties en matière de protection des données dans les futurs accords bilatéraux similaires ayant trait à l'échange automatique d'informations fiscales.

Le contexte: L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a été chargée par le G20 de développer une norme unique et mondiale d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, afin de mettre en œuvre l'échange automatique d'informations comme moyen de lutter contre la fraude fiscale internationale et l'évasion fiscale en assurant une coopération et une transparence fiscales totales entre les administrations fiscales du monde entier. L'OCDE a adopté un tel système en juillet 2014 (la «norme mondiale»).

Afin d'appliquer la norme mondiale dans le cadre des échanges de données entre l'UE et la Confédération suisse, l'accord -signé par les parties le 27 mai 2015 et remplaçant un accord précédemment conclu sur le même thème- contient un certain nombre de dispositions réglementant l'échange automatique d'informations fiscales entre les autorités fiscales concernées de la Suisse et des États membres.

L'attention accrue ainsi portée à la lutte contre la fraude fiscale et à l'échange automatique d'informations financières appelle à la mise en place de garanties appropriées concernant les droits relatifs à la protection des données.

Les garanties: Le CEPD estime que, malgré les dispositions relatives à la protection des données prévues à l'article 6 de l'accord, les garanties fondamentales en la matière n'ont pas été pleinement appliquées. Il considère notamment qu'il aurait été approprié de prévoir les garanties suivantes:

- (i) subordonner la collecte et l'échange de données pertinentes à des fins fiscales au risque réel de fraude fiscale;
- (ii) limiter la finalité du traitement des données à la poursuite d'un objectif politique légitime (à savoir la lutte contre la fraude fiscale), tout en empêchant son utilisation à d'autres fins sans en avoir informé les personnes concernées;
- (iii) prévoir la fourniture d'informations adéquates aux personnes concernées quant à l'objet et aux modalités du traitement de leurs données financières, y compris les destinataires de leurs données;
- (iv) établir des normes explicites en matière de sécurité et de protection des données, que les institutions publiques et privées participant à la collecte et à l'échange d'informations fiscales sont tenues de respecter;
- (v) prévoir une durée de conservation explicite des informations fiscales échangées et imposer leur suppression dès lors qu'elles ne sont plus traitées aux fins de la lutte contre la fraude fiscale.

LE CONTRÔLEUR EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES,

vu le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, et en particulier son article 28, paragraphe 2,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT AVIS:

I. MISE EN ŒUVRE DE LA NORME MONDIALE D'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS RELATIFS AUX COMPTES FINANCIERS

1. L'importance de l'échange automatique d'informations comme moyen de lutter contre la fraude fiscale internationale et l'évasion fiscale en assurant une coopération et une transparence fiscales totales entre les administrations fiscales du monde entier a été reconnue à l'échelle internationale. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a été chargée par le G20 de développer une norme unique et mondiale d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. La norme mondiale a été publiée par le Conseil de l'OCDE en juillet 2014.
2. Au sein de l'UE, afin de préserver des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs économiques, des accords ont été signés avec la Suisse, l'Andorre, le Liechtenstein, Monaco et Saint-Marin, lesquels prévoient des mesures équivalentes à celles établies dans la directive n° 2003/48/CE (en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts)¹. Ces accords visaient à réglementer et à faciliter l'échange d'informations financières, pertinentes à des fins fiscales, entre les autorités compétentes des pays partie aux accords, levant ainsi le secret bancaire en matière fiscale.
3. Le 27 mai 2015, le président du Conseil a signé, au nom de l'Union européenne, le protocole modifiant l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (ci-après «l'accord»). La ratification par le Parlement européen de l'accord conclu est actuellement en cours.
4. Afin de minimiser les coûts et la charge administrative aussi bien pour les administrations fiscales que pour les opérateurs économiques, l'accord vise à aligner l'accord sur l'épargne déjà conclu avec la Suisse sur les développements intervenus au sein de l'UE et à l'échelle internationale concernant l'échange automatique d'informations. Cela renforcera la transparence fiscale en Europe et constituera la base juridique de la mise en œuvre de la norme mondiale de l'OCDE sur l'échange automatique de renseignements entre la Suisse et l'UE.
5. Ce faisant, afin d'appliquer la norme mondiale dans le cadre des échanges de données entre l'UE et la Confédération suisse, l'accord contient un certain nombre de dispositions réglementant l'échange automatique d'informations fiscales entre les autorités fiscales concernées de la Suisse et des États membres.

¹ Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *JO L 157 du 26.6.2003*, p. 38 à 48.

6. L'attention accrue portée à la lutte contre la fraude fiscale et à l'échange automatique d'informations financières appelle à la mise en place de garanties appropriées concernant les droits relatifs à la protection des données. Il s'agit là d'un élément crucial dans la mesure où les règles de l'OCDE sur l'échange automatique s'accordent sur des principes déjà adoptés en la matière par la législation américaine (la Foreign Account Tax Compliance Act, ou FATCA, américaine), laquelle se caractérise toutefois par une approche différente concernant les questions relatives à la protection des données².
7. S'agissant de la protection des données à caractère personnel, il y a lieu de noter que l'accord inclut, à l'article 6, des dispositions relatives à la confidentialité et à la protection des données. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la Commission a adopté une décision d'adéquation³ selon laquelle le cadre juridique en vigueur en Suisse concernant la protection des données est conforme aux principes de la directive 95/46/CE (la «directive sur la protection des données»), permettant ainsi un libre transfert de données aux termes des articles 25 et 26 de ladite directive.
8. Le présent avis entend formuler un certain nombre d'observations axées sur les conséquences de l'accord au niveau de la protection des données, dans l'optique de fournir des recommandations quant aux garanties essentielles qu'il y a lieu de prévoir dans les futurs accords bilatéraux que conclura l'UE dans le but de faciliter l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers.

II. CONSÉQUENCES, AU NIVEAU DE LA PROTECTION DES DONNÉES, DES DISPOSITIONS D'APPLICATION DE L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE D'INFORMATIONS FISCALES

II.1 Proportionnalité des mesures - Identification des comptes déclarables et procédures de diligence raisonnable

9. L'échange automatique d'informations, qui sera effectué selon une fréquence annuelle, concerne principalement les *comptes déclarables* établis soit en Suisse, soit dans un quelconque État membre de l'UE, lesquels seront identifiés dans le cadre de procédures de *diligence raisonnable* (également réglementées par l'accord). Un compte déclarable est un compte auquel l'accord associe un risque important de fraude fiscale, de nature à déclencher des obligations déclaratives. La déclaration entraîne le transfert et le traitement d'une quantité importante de données à caractère personnel à et par la Suisse et les États membres de l'UE (tels que les nom, adresse et lieu de naissance du titulaire du compte, le solde du compte, le montant des intérêts, les dividendes et/ou les autres revenus issus du compte).
10. Les comptes déclarables, ainsi que cela a été mentionné, sont identifiés non pas en raison de circonstances particulières qui leur sont propres ou sont propres au titulaire du compte, mais dans le cadre de procédures de diligence raisonnable mises en œuvre par les institutions financières aussi bien de Suisse que des États membres de l'UE. La diligence raisonnable consiste essentiellement à effectuer une recherche par voie électronique de toutes les données pouvant faire l'objet de recherches par voie électronique -réalisée au

² Lettre du groupe de travail «Article 29» du 18.9.2014 sur la norme commune de déclaration et de diligence raisonnable de l'OCDE, disponible à http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2014/20140918_letter_on_oecd_common_reporting_standard.pdf.pdf .

³ Décision 2000/518/CE de la Commission du 26.7.2000, disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1415700329280&uri=CELEX:32000D0518>.

sujet des titulaires de comptes dont la résidence n'est pas connue- afin de trouver des indices (tels que l'adresse postale, des numéros de téléphone fixe ou portable, une procuration accordée) de la résidence dudit titulaire de compte dans l'une des juridictions soumises à déclaration et à échange d'informations fiscales. Si l'examen des données par voie électronique révèle un des indices énumérés dans l'accord, ou si un changement de circonstances intervient qui se traduit par un ou plusieurs indices associés à ce compte, l'institution financière déclarante est tenue de traiter le titulaire du compte comme un résident à des fins fiscales de chacune des juridictions pour laquelle un indice est identifié.

11. Dans le préambule, l'accord indique que certaines institutions financières et certains comptes présentant un faible risque d'être utilisés à des fins de fraude fiscale seront dispensés des obligations déclaratives. Il considère toutefois qu'il est généralement préférable de ne pas indiquer de seuils, dans la mesure où ces derniers pourraient aisément être contournés en répartissant les comptes entre différentes institutions financières. Ce faisant, la façon d'identifier les institutions et comptes à faible risque ne ressort pas clairement de la lecture de l'accord.
12. Étant donné que les circonstances permettant de conclure à un risque élevé de fraude fiscale -et de déclencher les obligations déclaratives- ne sont pas claires, que les procédures de diligence raisonnable semblent reposer dans une grande mesure sur les recherches par voie électronique et qu'il n'existe apparemment aucun critère approprié permettant de dispenser des obligations déclaratives les comptes à faible risque, nous craignons que les mesures prévues dans l'accord soient disproportionnées ou dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif politique légitime (la lutte contre la fraude fiscale).
13. La relation entre les objectifs légitimes de politique générale et la protection des données à caractère personnel a été abordée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Digital Rights Ireland*.⁴ En fait, d'après l'arrêt de la Cour annulant la directive n° 2006/24/CE (directive sur la conservation des données s'appliquant à des personnes pour lesquelles il n'existe aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves), des mesures entraînant la collecte de données à grande échelle et de façon systématique ne sont pas jugées proportionnées si elles ne permettent pas de restreindre le type de personnes qui peuvent être ciblées comme personnes soupçonnées d'avoir commis un délit.
14. Ce faisant, nous estimons que l'accord aurait dû contenir des dispositions et des critères faisant explicitement le lien entre la déclaration des données personnelles relatives aux comptes financiers et la possibilité de fraude fiscale, et dispensant les comptes à faible risque des obligations déclaratives. À cet égard, de tels critères devraient être applicables ex ante afin de déterminer les comptes (et les informations) qu'il y a lieu de déclarer. Ce n'est qu'à ce stade -une fois établie la pertinence (ou non) de la déclaration aux fins de la lutte contre la fraude fiscale- que la recherche par voie électronique pourrait contribuer à déterminer la résidence du titulaire de compte.

⁴ Arrêt de la Cour du 8.4.2014, dans les affaires jointes C-293/12 et C-594/12.

II.2 Limitation de la finalité du traitement des informations échangées

Traitement des informations fiscales à d'autres fins

15. L'accord inclut des dispositions limitant la diffusion et l'utilisation des informations échangées dans le cadre du système d'échange automatique. À cet effet, l'article 6, paragraphe 2 (confidentialité et protection des données à caractère personnel) stipule que les informations échangées, y compris les données à caractère personnel, ne seront divulguées selon le principe du besoin d'en connaître *«qu'aux personnes ou autorités (...) concernées (...) par l'établissement, la perception ou le recouvrement de l'impôt, l'exécution des décisions, l'engagement des poursuites ou la détermination des recours en matière fiscale, ou encore la surveillance à laquelle ces tâches sont soumises. Seules les personnes ou les autorités mentionnées ci-dessus peuvent utiliser les informations et uniquement aux fins énoncées dans la phrase précédente»*.
16. Par ailleurs, l'article 6, paragraphe 3, stipule que les informations échangées *«peuvent être utilisées à d'autres fins lorsque [cela est possible] selon la législation de la juridiction qui fournit les informations (...) et que l'Autorité compétente de cette juridiction consent à une telle utilisation»*.
17. Nous nous félicitons que l'accord cherche à limiter la diffusion et l'utilisation des informations échangées dans la mesure où la limitation de la finalité est l'un des principes fondamentaux de la protection des données consacrés dans la directive sur la protection des données. Toutefois, pour cette même raison, nous déplorons la possibilité envisagée d'utiliser les informations à d'autres fins, lorsque cela est possible selon la législation de la juridiction qui fournit les informations et que l'autorité compétente de cette juridiction y consent. Nous estimons que le problème n'est pas tant que d'autres usages soient possibles dans la juridiction qui fournit les informations mais que, en application de cette disposition, d'autres usages deviennent possibles dans la juridiction recevant les informations, d'une manière susceptible de porter atteinte aux droits individuels.
18. À cet égard, le CEPD observe que l'élasticité de la finalité restreint les droits individuels à la protection des données à caractère personnel, dans la mesure où la finalité du traitement des données doit être déterminée, explicite et légitime, et divulguée ex ante à la personne concernée. Un traitement ultérieur à d'autres fins ne peut avoir lieu que si ces finalités sont compatibles avec la finalité originelle (article 6 de la directive sur la protection des données). Selon lui, l'article 6, paragraphe 3, de l'accord limite encore les droits individuels sans fournir de garantie (telle que l'information préalable des personnes concernées quant aux autres usages possibles des informations les concernant).⁵

II.3 Droits de la personne concernée

19. L'article 6, paragraphe 2, de l'accord stipule que *«les informations fournies par une juridiction (un État membre ou la Suisse) à une autre juridiction (soit, respectivement, la Suisse ou un État membre) peuvent être transmises par cette dernière à une troisième juridiction (c'est-à-dire un autre État membre), sous réserve de l'autorisation préalable de l'Autorité compétente de la première juridiction d'où proviennent initialement les*

⁵ À cet égard, se référer aux orientations émises dans l'avis 3/2013 du groupe de travail «article 29» sur la limitation de la finalité (WP 203), disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

informations. Les informations communiquées par un État membre à un autre État membre dans le cadre de sa législation en vigueur portant application de la directive 2011/16/UE du Conseil relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal peuvent être transmises à la Suisse, sous réserve de l'autorisation préalable de l'Autorité compétente de l'État membre d'où proviennent initialement les informations».

20. Ce transfert de données à caractère personnel ayant lieu soit entre États membres (tous tenus de respecter la directive sur la protection des données), soit avec la Suisse (laquelle fait l'objet d'une décision d'adéquation de la Commission), nous ne doutons pas que le transfert soit conforme aux articles 25 et 26 de la directive sur la protection des données. Nous estimons toutefois qu'il est spécifiquement nécessaire de veiller à ce que les personnes concernées soient informées, dûment et en temps utile, de la diffusion et de l'utilisation de leurs données à caractère personnel, comme l'exige l'article 10 de la directive sur la protection des données.
21. Ce faisant, l'accord aurait dû préciser qu'il est nécessaire de fournir à la personne concernée des informations relatives aux transferts de données dans un délai raisonnable préalablement à l'échange effectif de données (de sorte que la personne concernée ait, le cas échéant, le temps de se défendre). Les informations fournies doivent à tout le moins informer les personnes concernées du fait que leurs données à caractère personnel seront envoyées à une autorité compétente dans le but de lutter contre la fraude fiscale, comprendre une liste de la catégorie de données envoyées ainsi que les coordonnées du responsable du traitement dans leur pays de résidence et les informer de leur droit de contestation ainsi que de leur droit de recours.

II.4 Sécurité des données et durée de conservation

Mesures visant à assurer la sécurité des données

22. L'accord stipule (article 3, paragraphe 5) que les autorités chargées de l'échange automatique des informations fiscales conviendront d'une ou plusieurs méthodes de transmission des données, y compris les normes de cryptage. Il prévoit également (article 6, paragraphe 4) que chaque autorité d'un État membre ou de la Suisse notifie immédiatement à l'autre partie (c'est-à-dire l'autorité compétente de la Suisse ou de l'État membre concerné) toute violation de la confidentialité ou défaillance des garanties ainsi que les sanctions éventuelles et mesures correctives adoptées en conséquence.
23. Compte tenu du caractère sensible des informations fiscales (ces dernières étant susceptibles de révéler des aspects importants de la vie et des activités des citoyens), nous nous félicitons que ces garanties aient été prévues. Nous estimons toutefois que l'accord aurait dû établir explicitement les normes de sécurité que les autorités (tant en Suisse qu'au sein de l'UE) participant à un échange systémique de données sont tenues de respecter. Par ailleurs, un système optimal de garanties nécessiterait l'application de sanctions en cas non seulement de violation de la sécurité, mais également de violation des dispositions relatives à la protection des données, afin de rendre ces dernières règles convaincantes et donc plus efficaces.
24. Combiner la technologie et la protection des données et concevoir un système respectueux de la vie privée dès le départ -plutôt que d'appliquer des règles de protection des données a posteriori- est un exemple d'une démarche de *privacy-by-design* (respect de la vie privée depuis la conception). Une telle initiative s'inscrit dans une philosophie que

nous soutenons et qui sera également mise en œuvre dans le prochain règlement général sur la protection des données.

Durée de conservation des informations fiscales échangées

25. S'agissant de l'application de la norme globale dans le temps, nous observons que l'accord prévoit que les informations fiscales pertinentes à échanger portent sur la première année à compter de l'entrée en vigueur du protocole de modification (l'ensemble des dispositions d'application de la norme mondiale) ainsi que sur toutes les années suivantes, et soient communiquées dans les neuf mois qui suivent la fin de l'année civile à laquelle elles se rapportent.
26. D'une part, l'échange d'informations relatives à un certain nombre de comptes sur une base annuelle confirme notre sentiment selon lequel l'échange d'informations n'est pas subordonné à la détection d'un quelconque risque réel de fraude fiscale, remettant ainsi en question la proportionnalité de la mesure même (un point que nous avons abordé aux paragraphes ci-dessus). D'autre part, nous observons qu'il n'est pas fait mention de ce qui se passe une fois les informations fiscales collectées et échangées, en ce sens qu'aucune durée de conservation n'est indiquée.
27. L'indication d'une durée explicite de conservation des données à caractère personnel collectées et échangées aurait permis de veiller à ce que les données soient conservées pendant la durée strictement nécessaire afin de poursuivre les objectifs politiques légitimes et, une fois cela fait, à ce qu'elles soient supprimées, rétablissant ainsi pleinement les droits individuels. Si tel n'était pas le cas, l'échange à grande échelle et continu d'informations fiscales concernant les citoyens aboutirait à de vastes archives difficiles à contrôler et risquant d'être préjudiciables pour les citoyens.
28. Nous estimons donc que l'accord aurait dû indiquer clairement pendant combien de temps il convient de conserver les informations fiscales afin de lutter contre la fraude fiscale. Il aurait également dû prévoir explicitement la suppression de ces informations une fois la durée de conservation expirée.

III. CONCLUSIONS

29. Eu égard aux considérations précédentes, nous prenons note du fait que l'application de la norme mondiale est jugée nécessaire afin de lutter contre la fraude fiscale et ainsi préserver des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs économiques.
30. Nous estimons toutefois que, durant la phase de négociation, un certain nombre de corrections auraient dû être apportées à l'accord afin de mieux prendre en compte les questions relatives à la protection des données. Nous invitons désormais le législateur européen à introduire de telles garanties en matière de protection des données dans les futures mesures d'application de l'accord ainsi que dans les futurs accords bilatéraux qui seront conclus avec d'autres pays dans ce même domaine. En particulier, tout accord similaire ou toute future mesure d'application devrait:
 - veiller à la proportionnalité du traitement des données, en subordonnant la collecte et l'échange d'informations fiscales à un risque réel de fraude fiscale et en introduisant des critères visant à dispenser les comptes à faible risque des obligations déclaratives;

- limiter la finalité du traitement des données à la poursuite d'un objectif politique légitime et empêcher son utilisation à d'autres fins sans en avoir informé les personnes concernées;
- prévoir la fourniture d'informations adéquates aux personnes concernées (en vertu de l'article 10 de la directive sur la protection des données) quant à l'objet et aux modalités du traitement de leurs données financières, y compris les destinataires de leurs données;
- établir des normes explicites en matière de sécurité et de protection des données, que les institutions publiques et privées participant à la collecte et à l'échange d'informations fiscales sont tenues de respecter (*privacy-by-design*). Il devrait également prévoir des sanctions en cas de violation de ces dispositions;
- prévoir une durée de conservation explicite des informations fiscales échangées et imposer leur suppression dès lors qu'elles ne sont plus traitées aux fins de la lutte contre la fraude fiscale.

Bruxelles, le 8 juillet 2015

(signé)

Wojciech Rafał WIEWIÓROWSKI
Contrôleur européen adjoint de la protection des données