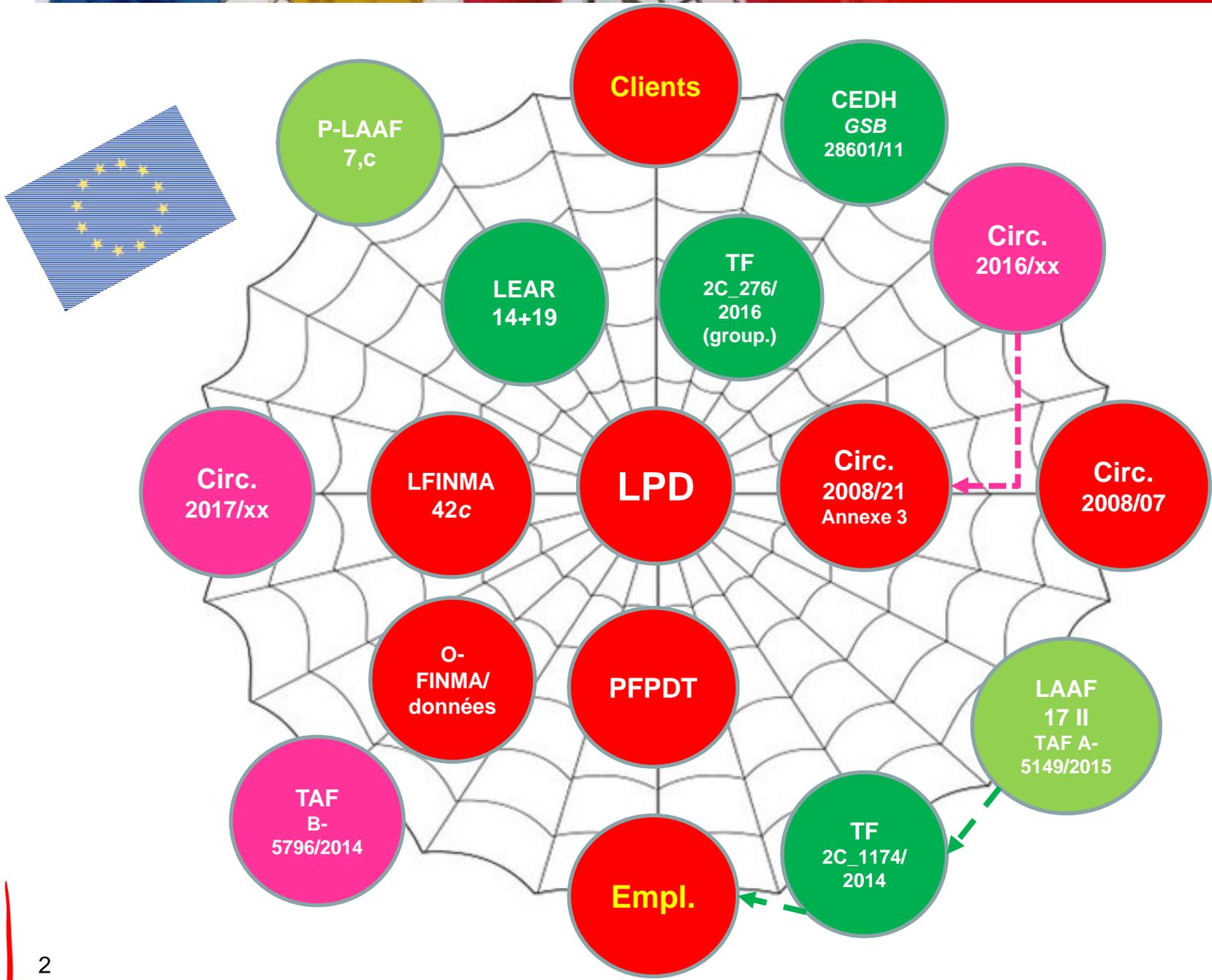




**Communications aux autorités fiscales  
et de surveillance étrangères:  
Protection des données *versus* procédure administrative ?**

Prof. Christian Bovet et Prof. Alexandre Richa





## Plan

- **Protection des données**
- **Surveillance des marchés financiers**
  - Nouveau régime de communication directe selon l'art. 42c LFINMA
  - Protection des clients et des tiers dans le cadre de l'art. 42c LFINMA
- **Echange automatique de renseignements**
  - Introduction à l'échange automatique de renseignements
  - Protection des données dans le cadre de l'échange automatique
- **Conclusion**





## Protection des données

### ■ Notions de protection des données (LPD, OLPD)

- Champ d'application (art. 2)
  - Traitement de données
    - concernant des **personnes physiques et morales**
    - effectué par des **personnes privées** et des **organes fédéraux**
  - Ne s'applique pas notamment « *aux procédures pendantes [...] ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance* »
- Données personnelles (art. 3 let. a); sensibles (art. 3 let. c); profils de personnalité (art. 3 let. d)
- Principes (art. 4, 5, 7); consentement (art. 4 al. 5)
- Droit d'accès (art. 8), droit à la rectification (art. 5 al. 2)
- Communication transfrontière (art. 6)

- **Droit européen:** cf. art. 3 al. 2 Règl. UE 2016/679; réforme à venir du droit suisse





## Procédure LPD

### ■ Autorités compétentes

- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
- Tribunaux civils; autres

### ■ Types d'actions judiciaires

- Art. 15 LPD, avec renvoi aux art. 28a et 28/ CCS
- Exécution du droit d'accès
- Rectification
  - ✓ Si rectification par un arrêt entré en force, l'institution financière suisse déclarante transmet ces renseignements rectifiés à l'AFC, qui transmet ces renseignements rectifiés à l'autorité étrangère (art. 19 al. 3 LEAR)
- Interdiction de la communication
- Constatation du caractère illicite de l'atteinte
- Mention du caractère litigieux
- Prétentions en dommages-intérêts





## Procédure LPD

- Type(s) de procédure(s) selon le CPC
  - Procédure simplifiée (art. 243 ss) pour les litiges portant sur le droit d'accès (art. 243 al. 2 let. d)
  - Procédure ordinaire (art. 219 ss)
  - Mesures provisionnelles (art. 261 ss) / superprovisionnelles (art. 265)
  
- For et droit applicable
  
- Aspects pénaux





## Surveillance des marchés financiers

### ■ Sources

- Art. 42c LFINMA
- Projet de Circulaire FINMA 2017/xx – Transmission directe
- Art. 14 CP

### ■ Système

- Autorités et services étrangers
    - Selon l'art. 42c al. 1 LFINMA
    - Selon l'art. 42c al. 2 LFINMA
  - Rôle et position de la FINMA
- } Projet de Circulaire FINMA 2017/xx, Cm 6 ss
- 1<sup>er</sup> devoir de l'assujetti: vérifier que les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA sont remplies (art. 42c al. 1 LFINMA)
  - 2<sup>ème</sup> devoir de l'assujetti: s'assurer que « *les droits des clients et des tiers sont garantis* » (art. 42c al. 1 lit. b et 42c al. 2 LFINMA)





## Surveillance des marchés financiers

- Protection des droits des clients et des tiers
  - Exigences légales
    - Art. 42c LFINMA
    - Secret professionnel
    - Protection des données
    - Art. 328b CO
  - Notions de clients et de tiers
    - En cas de structure *offshore* (ADE)
    - Organes de l'intermédiaire financier
    - Collaborateurs de l'intermédiaire financier:
      - ✓ En tant que « tiers manifestement non impliqués »?
      - ✓ Paradoxe de l'arrêt TAF B-5053/2010, c. 2.4
    - Autres tiers, en particulier contreparties des clients (« tiers bénéficiaires »)





## Surveillance des marchés financiers

- Protection des droits des clients et des tiers
  - Problématique du « *waiver* »
    - Versions allemande et française du Message du CF:
      - ✓ « [...] les droits des tiers **doivent** être garantis **même si** ceux-ci y renoncent légalement » (FF 2014 7235, 7372)
      - ✓ « *Die Rechte Dritter **können** dabei auch gewahrt bleiben, **wenn** diese rechtsgültig auf ihre Rechte verzichten* » (BBI 2014 7483, 7620)
    - Exigences légales (secret bancaire, LPD)
    - Modèles
      - ✓ Clause CG large
      - ✓ Clause CG précise (le cas échéant avec une fiche d'information)
      - ✓ *Waivers* spécifiques multi-Etats ou mono-Etat
  - Autres mesures de protection
    - Caviardage (principe de proportionnalité)
    - Information aux clients et aux tiers?
    - Pertinence des précédents relatifs au contentieux fiscal US s'agissant des employés et autres tiers?





## Echange automatique de renseignements

### ■ Bases conventionnelles et légales

- Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE
- MCAA et son annexe (norme commune OCDE) etc.
- Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017); P-OEAR; P-Directives AFC

### ■ Concept

### ■ Intervenants clefs d'un point de vue suisse

- Institutions financières suisses
- Personnes devant faire l'objet d'une déclaration
- Administration fédérale des contributions
- Etats partenaires de la Suisse





## Echange automatique de renseignements

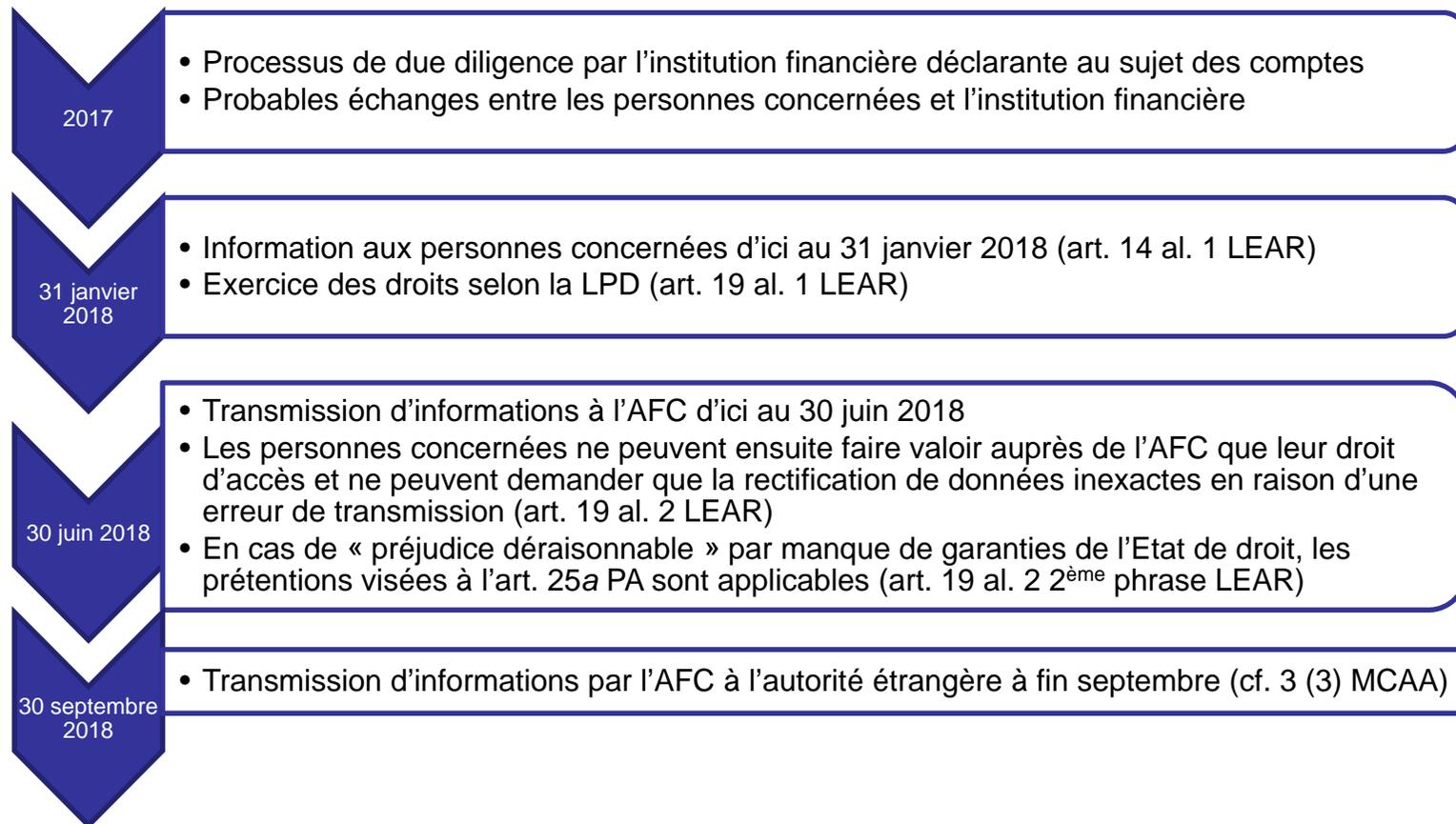
- **Données** concernées (section 2, par. 2 du MCAA)
  - Renseignements d'identification de la personne physique ou morale (en particulier nom, adresse/état de résidence fiscale, NIF, date et lieu de naissance)
  - Renseignements sur le compte (notamment numéro de compte)
  - Renseignements financiers relatifs au compte (y compris revenus)
  - Nom et numéro d'identification de l'Institution financière déclarante
  
- **Accords** sur la protection des données (art. 6 LEAR)
  
- **Protection juridique** des personnes objet d'une déclaration
  - Art. 14 LEAR prévoit un système d'**information** aux personnes devant faire l'objet d'une déclaration
  - Art. 19 LEAR clarifie les **droits au bénéfice des personnes** devant faire l'objet d'une déclaration, (i) vis-à-vis de l'institution financière déclarante, (ii) vis-à-vis de l'AFC





## Echange automatique de renseignements

- Processus vis-à-vis des personnes devant faire l'objet d'une déclaration (années pertinentes pour les premiers Etats partenaires tels que les membres de l'UE)





## Echange automatique de renseignements

### ■ **Information** aux personnes faisant l'objet d'une communication

#### ■ Art. 14 al. 1 LEAR

- = Information unique et abstraite en tant que minimum légal
- Liste d'informations selon l'art. 14 al. 1 let. a-e
- > au 31 janvier 2018
- Vise avant tout à informer les personnes de leurs droits en vertu de la LPD et de la LEAR

#### ■ Remise d'une copie de la déclaration **à la demande** du titulaire du compte (art. 14 al. 4 LEAR)

#### ■ Modèles d'information

#### ■ Information préalable/annuelle/détaillée?

#### ■ Personnes autres que les clients?

### ■ **Consentement?**

- Pas nécessaire dans le cadre d'une transmission à une autorité suisse avec base légale formelle





## Lettre d'information sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (EAR)

[Client],

[Banque] est une institution financière suisse déclarante au sens des dispositions de la Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR). La mise en œuvre de la norme sur l'EAR en Suisse a pour fondement juridique la LEAR.

Le présent courrier vise à vous informer, conformément à l'art. 14 LEAR.

### a. L'EAR, qu'est-ce que c'est?

L'EAR oblige les institutions financières suisses déclarantes à identifier les comptes soumis à déclaration et à les déclarer à l'Administration fédérale des contributions (AFC). Sont déclarables tant les comptes de personnes physiques que les comptes d'entités. Si une personne physique ou une entité qui n'est pas une institution financière détient un compte à titre fiduciaire en faveur ou pour le compte d'un tiers, ce tiers ou le bénéficiaire effectif est réputé être le titulaire du compte au sens de l'EAR. S'agissant des comptes d'entités, l'obligation d'identification et de déclaration peut concerner aussi la/les personne(s) détenant le contrôle. Pour des informations détaillées sur les notions de «titulaire du compte» et de «personne détenant le contrôle», nous vous invitons à consulter la norme commune de déclaration de l'OCDE ainsi que les dispositions légales d'exécution.

Un compte n'est réputé «déclarable» que si ses titulaires ou les personnes en détenant le contrôle sont des personnes devant faire l'objet d'une déclaration. On entend par «personnes devant faire l'objet d'une déclaration» les personnes physiques ou les entités ayant leur résidence fiscale dans des Etats avec lesquels la Suisse est convenue d'appliquer l'EAR (Etat(s) partenaire(s)).

Les institutions financières suisses déclarantes sont tenues de transmettre chaque année à l'AFC des renseignements sur les comptes déclarables des personnes devant faire l'objet d'une déclaration. A réception de ces renseignements, l'AFC les communique aux autorités fiscales de l'Etat de résidence concerné, à condition que cet Etat soit un Etat partenaire. La liste actualisée des Etats partenaires est consultable à tout moment sous <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/themen/internationale-steuerpolitik/automatischer-informationsaustausch.html>.





## Echange automatique de renseignements

- Droits **vis-à-vis de l'institution financière suisse** selon la LPD (art. 19 al. 1 LEAR)
  - Droits
    - Droit d'accès (art. 8 LPD)
      - ✓ Cas échéant restriction selon l'art. 9 LPD
      - ✓ Modalités d'accès (cf. notamment ATF 141 III 119)
    - Droit à la rectification de données inexactes (art. 5 al. 2 LPD)
  - Types de désaccords possibles
  - Moyens procéduraux (renvoi)
    - Si rectification par un arrêt entré en force, l'institution financière suisse déclarante transmet ces renseignements rectifiés à l'AFC, qui transmet ceux-ci à l'autorité étrangère (art. 19 al. 3 LEAR)





## Echange automatique de renseignements

### ■ Droits **vis-à-vis** de l'AFC

- Accès (art. 19 al. 2 LEAR)
- Rectification de données inexactes en raison d'une erreur de transmission (art. 19 al. 2 LEAR)
- Prétentions selon l'art. 25a PA (art. 19 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LEAR)
- Si rectification par un arrêt entré en force, l'institution financière suisse déclarante transmet ces renseignements rectifiés à l'AFC, qui transmet ceux-ci à l'autorité étrangère (art. 19 al. 3 LEAR)

### ■ **Constitutionnalité** de la protection juridique mise en place par l'art. 19 LEAR





## Echange automatique de renseignements

- Comparaison avec le régime de protection selon la loi **FATCA**
  - Communication directe à l'IRS (autorisation art. 271 CP)
  - Pas de décision ou d'intervention d'une autorité administrative suisse dans la transmission initiale
  - Pas de réserve expresse de la LPD
    - Celle-ci s'applique tout de même vis-à-vis de l'institution financière
  - Nécessité d'obtenir le consentement des clients en raison du secret bancaire (et de la LPD)
  - Modèle 2; passage prévu au modèle 1





## Conclusions

- Conséquences du transfert de missions de nature publique vers le secteur privé
- Relations entre le droit de la protection des données, d'une part, et le droit de la surveillance et le droit fiscal, d'autre part
- Risques d'interférences?
  - Relations entre le droit de la surveillance et le droit privé
  - Relations entre la procédure administrative et la procédure civile
  - Relations entre les juridictions administratives et civiles
- Impératif de cohérence

