



Strasbourg, 30 janvier 2014

T-PD-BUR(2014)01

**BUREAU DU COMITE CONSULTATIF DE LA CONVENTION POUR LA
PROTECTION DES PERSONNES A L'ÉGARD DU TRAITEMENT
AUTOMATISÉ DES DONNÉES A CARACTÈRE PERSONNEL**

(T-PD-BUR)

**RAPPORT SUR LES IMPLICATIONS POUR LA PROTECTION DES DONNEES
D'UN RECOURS CROISSANT A DES MECANISMES D'ECHANGE INTERETATIQUE
ET AUTOMATIQUE DE DONNEES A CARACTERE PERSONNEL A DES FINS
ADMINISTRATIVES ET FISCALES, AINSI QUE DANS LE CADRE DE LA LUTTE
CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT, LE FINANCEMENT DU TERRORISME
ET LA CORRUPTION**

Auteurs : Mme Caroline Porasso et M. Benjamin Aouizerat

Les vues exprimées dans cet ouvrage sont de la responsabilité de l'auteur et
ne reflètent pas nécessairement la ligne officielle du Conseil de l'Europe.

Direction Générale Droits de l'Homme et Etat de droit

Introduction

La question de l'échange interétatique et automatique de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, ainsi que dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la corruption pourrait en premier lieu surprendre.

En effet, les traitements automatisés mis en œuvre par les autorités étatiques aux fins de soumettre *in fine* le revenu imposable du contribuable à l'impôt ne poursuivent pas la même finalité que ceux permettant des échanges de renseignements à des fins de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la corruption (LAB-FT).

Dans le premier cas, l'enjeu est principalement national puisque le but est de renflouer des comptes étatiques alors que dans le second cas, il s'agit de priver la criminalité organisée de ses moyens d'action notamment par le gel ou la confiscation de ses avoirs.

Pourtant, une double évolution a largement contribué à gommer les frontières entre la fiscalité et la lutte contre le blanchiment.

Tout d'abord, dans le cadre de la révision de ses Recommandations en février 2012, le GAFI a décidé de faire entrer dans le champ du LAB-FT « *toutes les infractions graves* » ceci comprenant donc bon nombre d'infractions fiscales.

La terminologie « *d'infraction graves* » employée répond à une volonté d'incrimination du plus grand nombre d'infractions possibles en corrélant le champ d'application de la lutte contre le blanchiment à la peine encourue au titre de l'infraction sous-jacente. A la manière d'un trou noir, le disque d'accrétion du champ LAB-FT absorbe toutes les infractions concernées par les seuils fixés par le GAFI.

Ensuite, il convient de rappeler que dans un rapport¹ de 1998 établi aux fins de « *mettre au point des mesures pour limiter les distorsions introduites par la compétition fiscale dommageable dans les décisions d'investissement et de financement et leurs conséquences pour la matière imposable au niveau national* », l'OCDE avait déterminé quatre facteurs essentiels² permettant d'identifier les paradis fiscaux : des impôts inexistantes ou insignifiants, l'absence d'un véritable échange de renseignements, l'absence de transparence et l'absence d'activités substantielles.

Si les paradis fiscaux ont été depuis largement stigmatisés sur la scène politico-médiatique, il convient de relever que l'objectif primitif de limitation des distorsions introduites par la compétition fiscale internationale s'est aujourd'hui transformé en lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. La défiance qui existait sur des pratiques étatiques de compétition fiscale s'est désormais reportée sur les individus. Le développement exponentiel des obligations et diligences fondées sur la notion de « *soupçon* » est à cet égard remarquable.

Aussi en plein débat européen sur la question des échanges interétatiques et automatiques de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, l'entrée en vigueur imminente pour bon nombre de pays du Foreign Account Tax Compliant Act³ (FATCA) a précipité la mise en œuvre de traitements automatisés de données personnelles destinés à permettre des échanges automatiques de renseignements fiscaux.

Ainsi, l'échange automatique de renseignements est en passe de devenir la norme internationale comme l'a par ailleurs encore rappelé le Secrétaire général de l'OCDE se

¹ Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial, 19 mai 1998, OCDE.

² Cf. note n° 1, encadré I, page 26.

³ Le Foreign Account Tax Compliance Act du 18 mars 2010 (FATCA) permet aux Etats-Unis d'imposer selon leur droit fiscal tous les comptes détenus à l'étranger par des personnes soumises à l'impôt aux Etats-Unis.

félicitant que « l'adhésion politique à l'échange automatique de renseignements sur les revenus de placements n'a jamais été aussi forte. Le Luxembourg a modifié sa position et la législation FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) adoptée par les États-Unis suscite une acceptation rapide de l'échange automatique, et pousse les pays européens à adopter la même approche pour eux-mêmes. L'objectif du mandat du G20 étant que cette pratique devienne désormais la norme, l'OCDE travaille actuellement à mettre en place un système d'échange automatique standardisé, fiable et efficace»⁴.

Sur la définition de l'échange automatique de renseignements

Le Conseil de l'Europe⁵ considère qu' « un trait caractéristique des échanges automatiques des renseignements est qu'ils ont pour objet une masse de renseignements particuliers de même nature relatifs, d'ordinaire, à des paiements en provenance de l'Etat qui fournit les renseignements et à des impôts retenus à la source dans cet Etat. Les renseignements de ce type peuvent y être obtenus périodiquement, dans le cadre du système propre à cet Etat, et transmis systématiquement et régulièrement. L'échange automatique de renseignements permet d'améliorer la sincérité fiscale et de détecter une fraude qui serait demeurée insoupçonnée. Les Etats doivent s'efforcer d'échanger les renseignements de la manière la plus efficace possible du fait même de leur volume important ».

L'OCDE définit l'échange automatique de renseignements⁶ ainsi que suit :

« L'échange automatique de renseignements, que certains pays appellent également échange de renseignements de routine (routine exchange) correspond à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant des contribuables. Ils sont communiqués au pays de résidence par le pays de la source et concernent une ou plusieurs catégories de revenus (par exemple dividendes, intérêts, redevances, traitements, pensions, etc.) ».

Il le décrit⁷ encore comme « la communication systématique, à intervalles réguliers, de « blocs » de renseignements relatifs à diverses catégories de revenu (dividendes, intérêts, redevances, salaires, pensions, etc.), par le pays de la source du revenu au pays de résidence du contribuable. L'échange automatique de renseignements peut permettre de disposer en temps utile d'informations sur des cas de fraude fiscale portant soit sur des rendements d'investissements, soit sur le montant du capital sous-jacent même lorsque les administrations fiscales ne disposaient jusque-là d'aucune indication en ce sens ».

Cependant, la notion « d'échange automatique de renseignements » n'est pas synonyme d'échange automatisé de renseignements. A cet égard, si le même manuel⁸ distingue les échanges sur demande et spontanés des échanges automatiques, il prévoit au sein de ces derniers des échanges physiques (bandes magnétiques, disquettes, CD ROM, DVD, courrier postal, etc.) et des échanges électroniques (pièce jointe de courrier électronique, transfert électronique de fichiers).

⁴<http://www.oecd.org/fr/ctp/locde-annonce-de-nouvelles-evolutions-en-matiere-dechange-de-renseignements-fiscaux.htm>

⁵ Cf. Rapport explicatif de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, STCE no. 127, ouverte à la signature des Etats membres le 25 janvier 1988, article 6, n° 63.

⁶ Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, OCDE, Module sur l'échange automatique de renseignements (ou échange de routine), p. 3.

⁷ <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echangeautomatique.htm>.

⁸ Cf. note n° 11 : Annexe 1 - Norme SEIT-OCDE pour l'échange de renseignements en matière fiscale, p.80.

Par ailleurs, la Directive 2011/16/UE⁹ du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal définit l'échange automatique comme « *la communication systématique, sans demande préalable, d'informations prédéfinies, à intervalles réguliers préalablement fixés, à un autre État membre. Dans le cadre de l'article 8, les informations disponibles désignent des informations figurant dans les dossiers fiscaux de l'État membre qui communique les informations et pouvant être consultées conformément aux procédures de collecte et de traitement des informations applicables dans cet État membre* ».

En conséquence de ces définitions et notamment du caractère systématique et sans demande préalable de ces communications de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, il est recommandé que les Etats concernés veillent à apporter le plus grand soin dans la rédaction de l'instrument juridique sur lequel se fonde l'échange automatique de données à caractère personnel et particulièrement en définissant *a minima* :

- le fondement juridique sur lequel se fonde l'échange automatique ;
- son champ d'application (par exemple les impôts et les personnes concernées) ;
- la définition des termes susceptibles de donner lieu à différentes interprétations ;
- une liste exhaustive des données à caractère personnel sujettes à l'échange automatique et leur durée de conservation par l'Etat destinataire de celles-ci ;
- la (les) finalité(s) pour lesquelles ces données ont été collectées et pour lesquelles elles peuvent être valablement exploitées ;
- les autorités et les services habilités pour transmettre les données à caractère personnel concernées et celles habilités à exploiter les données transmises ;
- la périodicité des communications d'informations ;
- les modalités pratiques de l'échange automatique.

Sur le fondement juridique de l'échange interétatique et automatique de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales

L'échange automatique de renseignements à des fins administratives et fiscales a essentiellement pour socle juridique une convention bilatérale relative à l'impôt sur le revenu ou un accord bilatéral ou multilatéral d'entraide ou d'échange de renseignements.

A titre d'exemple, il peut être cité de manière non exhaustive :

- les conventions fiscales bilatérales, suivant par exemple le modèle de l'OCDE ou celui des Nations Unies ;
- la Convention conjointe du Conseil de l'Europe et de l'OCDE¹⁰ concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale¹¹ ;
- la Directive 2011/16/UE¹² du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal¹³ et abrogeant la directive 77/799/CEE ;

⁹ Art. 3 – 9°) de la Directive 2011/16/UE.

¹⁰ Cf. art. 6 de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, Strasbourg, 25.I.1988, STE n° 127.

¹¹ Son texte a été amendé conformément aux dispositions du Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, entré en vigueur le 1^{er} juin 2011.

¹² V. également le Règlement d'Exécution (UE), N°1156/2012 de la Commission du 6 décembre 2012 établissant les modalités d'application de certaines dispositions de la directive 2011/16/UE du Conseil relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, Bruxelles, 12 juin 2013, COM(2013) 348 final, 2013/0188(CNS). La proposition étend l'échange

- la Directive 2003/48/CE¹⁴ du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts¹⁵ ;
- le Règlement (CE) n° 1798/2003¹⁶ du Conseil du 7 octobre 2003 concernant la coopération administrative dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée et abrogeant le règlement (CEE) n° 218/92 ;
- le Règlement (CE) n°2073/2004¹⁷ du Conseil du 16 novembre 2004 relatif à la coopération administrative dans le domaine des droits d'accises ;

Eu égard à la grande diversité des instruments juridiques susceptibles de servir de fondement à un échange de renseignements, la question du croisement des normes applicables peut se poser même si elle est généralement résolue au sein des instruments eux-mêmes¹⁸.

Des développements récents semblent marquer une préférence pour les accords multilatéraux aux conventions bilatérales pour des raisons d'harmonisation et aux fins que les mêmes règles s'appliquent à tous¹⁹.

Ainsi, il est recommandé, pour clarifier le cadre juridique des traitements automatisés mis en œuvre dans le cadre des échanges interétatiques et automatiques de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, que les autorités compétentes déterminent systématiquement l'instrument juridique sur lequel ils se fondent.

Sur le principe de finalité des traitements

L'article 5 b) de la Convention²⁰ pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dite « *Convention 108* » consacré à la qualité des données dispose que les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont « *enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités* ».

automatique d'informations à une gamme complète de revenus. Certains commentateurs estiment que les éléments visés par la réglementation FATCA pourraient y être inclus dans le cadre d'un « FATCA européen ».

¹³ L'article 29 diffère au 1^{er} janvier 2015 les mesures relatives à l'échange automatique et obligatoire d'informations figurant à l'article 8. Ledit article 8 vise a) les revenus professionnels, b) les jetons de présence, c) les produits d'assurance vie non couverts par d'autres actes juridiques de l'Union concernant l'échange d'informations et d'autres mesures similaires, d) les pensions, e) la propriété et les revenus de biens immobiliers.

¹⁴ L'échange automatique d'informations est prévu à l'article 9 de ladite directive.

¹⁵ Elle concerne les intérêts des créances. Une proposition de modification de la directive est en cours d'examen au Conseil, suite aux conclusions adoptées à l'unanimité le 2 décembre 2008. Elle devrait intervenir en mars 2014 selon une communication du Conseil européen du 20 décembre 2013.

¹⁶ Il prévoit à l'article 17 « *un échange automatique ou à un échange automatique structuré des informations visées à l'article 1^{er} (...)* ».

¹⁷ Il prévoit à l'article 17 « *un échange automatique occasionnel ou régulier* » des informations visées à l'article 1^{er}.

¹⁸ V. par ex. art. 27 de la Convention conjointe entre le Conseil de l'Europe et l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, art. 12 du Modèle d'Accord de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale, ou encore art. 11 la directive 77/799/CEE¹⁸, modifiée, du Conseil, du 19 décembre 1977.

¹⁹ V. les débats récents sur la question du « *level playing field* » dans le cadre du réexamen de la directive sur la fiscalité de l'épargne.

²⁰ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Conseil de l'Europe, STCE n° 108, 28 janvier 1981, Strasbourg, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

A cet égard, si certains pays signataires de ladite Convention prévoient dans leur droit interne qu'un traitement automatisé peut poursuivre plusieurs finalités, d'autres ont opté pour le principe d'unité de finalité.

En toutes hypothèses, il s'infère *a minima* de l'article 5 b) précité qu'un traitement automatisé ne peut pas exploiter de données à caractère personnel pour des finalités incompatibles entre elles²¹.

Or une tendance actuelle vise à rapprocher les concepts de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et la corruption, de fraude fiscale et d'évasion fiscale.

En ce sens, le préambule de la Convention²² concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale énonce dans ses considérants que « *le développement des mouvements internationaux de personnes, de capitaux, de biens et de services – par ailleurs largement bénéfique – a accru les possibilités d'évasion et de fraude fiscales, ce qui nécessite une coopération croissante entre les autorités fiscales* ».

Il convient de rappeler que si la fraude fiscale est une infraction qui justifie pleinement une coopération renforcée entre les autorités fiscales, l'évasion fiscale peut être un procédé licite qui relève de l'habileté fiscale. La mise en œuvre de procédés identiques pour traiter des questions afférentes à la fraude fiscale et à l'évasion fiscale reviendrait à permettre une coopération renforcée des autorités, en incluant des outils d'investigation et de recherche particulièrement attentatoires à la vie privée, dans des situations non assimilables.

Par ailleurs, la mise à jour²³ de l'article 26 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE illustre de manière frappante une tendance au décloisonnement des finalités en prévoyant que « *nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un Etat contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux Etats et lorsque l'autorité compétente de l'Etat qui fournit les renseignements autorise cette utilisation* ».

Cette évolution peut surprendre dans la mesure où l'OCDE²⁴ considère s'agissant des conventions relatives à la confidentialité des informations fiscales que « *les renseignements échangés ne peuvent être utilisés qu'à des fins déterminées* » et « *divulgués qu'à certaines personnes déterminées* ».

De la même façon, la 3^{ème} recommandation du GAFI dans sa version de février 2012 dispose que « *les pays devraient appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les infractions graves afin de couvrir la gamme la plus large d'infractions sous-jacentes* ».

Il précise dans les points 2 et 3 de la note interprétative de la 3^{ème} recommandation que « *les pays devraient appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les infractions graves, afin de couvrir la gamme la plus large d'infractions sous-jacentes. Les infractions sous-jacentes peuvent être définies par rapport à l'ensemble des infractions, par*

²¹ Dans un communiqué de presse (EDPS/13/7, Bruxelles, 4 juillet 2013) le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) a rappelé, s'agissant des propositions anti-blanchiment de la Commission que : « *la finalité du traitement soit limitée à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et que les données personnelles collectées ne puissent être traitées de manière incompatible avec cette finalité* ».

²² La Convention a été élaborée par le Conseil de l'Europe et l'OCDE a été ouverte à la signature aux pays membres des deux organisations le 25 janvier 1988. Le texte a été amendé conformément aux dispositions du Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, entré en vigueur le 1^{er} juin 2011.

²³ Adopté par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2012.

²⁴ Garantir la confidentialité – Le Guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales, OCDE 2012, p.7.

rapport à un seuil lié soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine privative de liberté dont est passible l'infraction sous-jacente (méthode du seuil), par rapport à une liste d'infractions sous-jacentes ou par une combinaison de ces méthodes.

Dans les pays qui adoptent la méthode du seuil, les infractions sous-jacentes devraient au minimum comprendre toutes les infractions relevant de la catégorie des infractions graves en vertu de leur droit interne ou inclure les infractions passibles d'une peine maximale de plus d'un an d'emprisonnement ou, pour les pays qui ont établi dans leur système juridique un seuil minimum pour les infractions, les infractions sous-jacentes devraient comprendre toutes les infractions passibles d'une peine minimale de plus de six mois d'emprisonnement ».

Par conséquent, l'infraction de blanchiment de capitaux est susceptible de s'appliquer à certaines infractions fiscales.

Cependant, les techniques juridiques employées pour inclure dans le champ d'application de la lutte contre le blanchiment, le financement du terrorisme et la corruption, des infractions qui ne s'y rapportent que de manière très indirecte, sont de nature à se heurter aux principes de l'article 5 b) précité de la Convention 108²⁵.

Aussi le critère « *d'infraction grave* » adopté par le GAFI peut être sujet à interprétations et les seuils évoqués dans la note interprétative ne traduisent pas clairement le critère de gravité retenu.

En conséquence, il est recommandé :

- que les infractions fiscales visées soient valablement définies et énumérées aux fins, d'une part, de délimiter les contours de la finalité²⁶ des traitements mis en œuvre pour lutter contre ces infractions, et d'autre part, de définir avec certitude le périmètre des personnes concernées ;
- que les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé soient enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne soient pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités ;
- de s'assurer que les données, collectées puis échangées, n'enrichissent pas d'autres traitements des autorités émettrices et réceptrices pour des fins non prévues par l'instrument juridique qui régit ledit échange automatique.

Sur la question des personnes concernées

Sur le ciblage des personnes concernées

En matière de lutte contre le blanchiment comme en matière de fiscalité, il existe des zones d'incertitude sur l'étendue exacte des personnes concernées. La question de ce

²⁵ Aussi, il est rappelé qu'aux termes d'une jurisprudence française du Conseil d'Etat du 23 juillet 2010 (6ème et 1ère sous-sections réunies, n° 309993), « *le requérant ne saurait utilement se prévaloir des recommandations du groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), dès lors que ces actes, émanant d'un organisme de coordination intergouvernementale, n'ont pas le caractère de convention internationale et sont dépourvus d'effets juridiques dans l'ordre juridique interne* ». Si la reconnaissance des recommandations du GAFI par la communauté internationale leur confère une dimension quasi normative, leur transposition dans l'ordre interne des Etats devrait être systématiquement effectuée en considération du droit existant en matière de protection des données.

²⁶ En ce sens, le CEPD a recommandé que « *la finalité du traitement soit limité à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et que les données personnelles collectées ne puissent être traitées de manière incompatible avec cette finalité* » : Communiqué de presse, *Le CEPD constate des lacunes importantes dans les propositions anti-blanchiment de la Commission*, EDPS/13/7, Bruxelles, 4 juillet 2013.

ciblage des personnes concernées devient particulièrement prégnante dans la perspective d'échanges interétatique et automatique de données à caractère personnel.

Dans le cadre d'échanges automatiques de données à des fins administratives et fiscales, il est nécessaire de viser expressément les instruments juridiques sur lequel s'appuient les traitements automatisés mis en œuvre à ces fins dans la mesure où ce sont les impôts et taxes compris dans leur champ d'application qui déterminent *in fine* les catégories de personnes concernées.

Cette remarque renvoie donc directement à la recommandation précédemment formulée quant à la nécessité de déterminer systématiquement l'instrument juridique sur lequel se fondent les traitements dont s'agit.

Sur les droits des personnes concernées

Il convient de relever que l'article 25 de la Directive 2011/16/UE, précitée, et consacré à la protection des données, dispose que « *tous les échanges d'informations effectués en vertu de la présente directive sont soumis aux dispositions d'application de la directive 95/46/CE. Toutefois, aux fins de la bonne application de la présente directive, les États membres limitent la portée des obligations et des droits prévus à l'article 10, à l'article 11, paragraphe 1, et aux articles 12 et 21 de la directive 95/46/CE dans la mesure où cela est nécessaire afin de sauvegarder les intérêts visés à l'article 13, paragraphe 1, point e), de ladite directive* ».

Il en résulte que ce texte à des inférences directes sur l'information des personnes concernées, leur droit d'accès aux données et sur la publicité des traitements²⁷.

Or, en considération de leur caractère particulièrement intrusif, il semble que les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre d'échanges interétatiques et automatiques de données à des fins administratives et fiscales devraient être conformes aux législations nationales respectives des Etats concernés en matière de protection des données à caractère personnel ainsi qu'à la Convention 108 du Conseil de l'Europe.

En ce sens, il est recommandé que ces traitements automatisés soient conformes aux dispositions législatives nationales en matière de protection des données.

Par ailleurs, il conviendrait que :

- les autorités compétentes ne prévoient qu'à titre exceptionnel et de manière très circonscrite la possibilité de déroger aux règles qui régissent le droit de la protection des données à caractère personnel ;
- toute limitation apportée aux droits fondamentaux des individus soit dûment justifiée et soumise à des conditions et des garanties strictement encadrées.

Sur la question des informations exploitées

²⁷ V. cependant l'arrêt CJUE, 3^{ème} chambre, 7 novembre 2013, IPI / Geoffrey E, Grégory F., suivant lequel : « *L'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, doit être interprété en ce sens que les États membres ont non pas l'obligation, mais la faculté de transposer dans leur droit national une ou plusieurs des exceptions qu'il prévoit à l'obligation d'informer les personnes concernées du traitement de leurs données à caractère personnel* ».

Dans le cadre d'échanges interétatiques et automatiques de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, le principe de qualité des données prévu à l'article 5 de la Convention 108²⁸ impose un encadrement des flux de données.

A cet égard, l'article 26 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune dispose que « *les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention (...)* ».

Dans les commentaires²⁹ de l'article 26 précité, il est expliqué au point 4.1 que « *le remplacement de « nécessaires » par « vraisemblablement pertinents » et l'insertion des mots « pour l'administration ou l'application » au paragraphe 1 étaient destinés à assurer une meilleure cohérence avec le modèle d'accord sur les échanges de renseignements en matière fiscale et n'avaient pas pour objet de modifier les effets de la disposition* ». Puis au point 5, il est indiqué que « *la norme de « pertinence vraisemblable » a pour but d'assurer un échange de renseignements en matière fiscale qui soit le plus large possible tout en indiquant clairement qu'il n'est pas loisible aux États contractants « d'aller à la pêche aux renseignements » ou de demander des renseignements dont il est peu probable qu'ils soient pertinents pour élucider les affaires fiscales d'un contribuable déterminé* ».

Il est constant que l'interprétation de critères tels que « *la pertinence vraisemblable*³⁰ » est de nature à créer des difficultés juridiques dans la mesure où elles comportent une dimension nécessairement subjective.

Or ces difficultés ont des inférences immédiates³¹ sur les informations collectées au regard du principe de qualité des données précité au sens de l'article 5-c) suivant lequel les données faisant l'objet d'un traitement automatisé doivent être « *adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées* ».

En conséquence, et quel que soit l'instrument juridique sur lequel se fonde l'échange automatique de renseignements, il semble devoir être privilégié une approche normalisée et exhaustive des listes d'informations transmises.

En outre, une telle approche endiguerait les risques d'un zèle excessif de l'autorité en amont de la transmission d'information ou « *d'aller à la pêche aux renseignements* » suivant l'expression consacrée et elle permettrait de facto une évaluation *a posteriori* des procédures dotée d'un haut niveau de comparabilité.

Sur la question des flux transfrontières de données

Compte tenu du caractère multilatéral des mécanismes d'échange interétatique et automatique de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, la

²⁸ Cf. note n° 21.

²⁹ Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2010 (version complète), commentaire de l'article 26, p. 1.084 et s.

³⁰ Ce critère est par ailleurs repris dans le 9^{ème} considérant de la Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE : « *La norme dite de la « pertinence vraisemblable » vise à permettre l'échange d'informations en matière fiscale dans la mesure la plus large possible et, en même temps, à préciser que les États membres ne sont pas libres d'effectuer des « recherches tous azimuts » (...)* ».

³¹ Cf. rapport de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil (COM(2012)168 final) du 11 avril 2012, point 2.14 – Protection des données personnelles, p.17 et 18 : « *Il convient, en outre, d'examiner la possibilité d'encourager une interaction plus poussée entre les régulateurs dans le domaine de la LBC et les autorités de surveillance chargées de la protection des données, de manière à atteindre un équilibre dans l'application des règles* ».

question de la protection adéquate se pose dans toutes les hypothèses où l'échange automatique concerne un pays ne disposant pas d'un niveau de protection adéquat.

A cet égard, les transferts de données à caractère personnel devraient être effectués sans méconnaître les dispositions de l'article 12 de la Convention 108, de l'article 25 de la directive 95/46/CE, et des législations nationales des Etats concernés.

S'agissant des flux transfrontières de données, Il est donc recommandé que :

- les Etats concernés s'assurent dès avant la mise en œuvre des traitements automatisés y afférents que les échanges interétatiques et automatiques de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales peuvent valablement être effectués au regard de leur législation nationale, en tenant compte des législations du ou des pays destinataires particulièrement en ce qui concerne la faculté de réutilisation ultérieure des données à des fins autres que celles visées à l'origine ;
- des dispositions spécifiques aux transferts internationaux soient intégrées dans l'instrument juridique régissant ledit échange automatique, « *qui prennent notamment en considération le principe de proportionnalité, en particulier aux fins d'éviter le transfert massif de données personnelles et de données sensibles* »³² vers des pays ne disposant pas d'un niveau de protection adéquat.

Sur la sécurité des données

Que ce soit à l'occasion des échanges ou lors du traitement des données, la question de la sécurité des informations se pose avec acuité au regard des affaires qui ont ponctué l'actualité de l'année 2013 et qui ont mis en lumière la fragilité de certains systèmes d'informations et un certain nombre de dérives.

A cet égard, les personnes habilitées à recevoir communication de ces échanges ou encore celles pouvant avoir accès aux données devraient être clairement identifiées.

De même, les mesures de sécurités appropriées, au sens de l'article 7 de la Convention 108, et des articles 16 et suivants de la Directive 95/46/CE, devraient systématiquement faire l'objet de développements spécifiques au sein même des instruments juridiques régissant les échanges interétatiques et automatiques de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, ainsi que dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la corruption³³.

En effet, le caractère confidentiel des données susceptibles d'être échangées nécessite qu'il soit pris des précautions particulières afin d'assurer la protection des personnes dont l'intégrité et la vie privée pourraient être mises en défaut si les informations les concernant venaient à être communiquées à des personnes qui n'ont pas à en connaître.

Ainsi, il est recommandé l'adoption de mesures techniques et organisationnelles adéquates et notamment au moyen d'études d'impact permettant d'établir les conséquences vraisemblables de la violation des données à caractère personnel constatée pour les personnes physiques impactées et aux fins de pouvoir remédier de manière adaptée à leurs conséquences.

³² Cf. Communiqué de presse précité, note n° 26.

³³ V. par ex. art. 9 de l'Accord du 6 mai 2011 sur la coopération opérationnelle et stratégique entre le gouvernement de S.A.S. le Prince Souverain de Monaco et l'Office européen de police, Ordonnance Souveraine n° 3.509 du 2 novembre 2011.