

Le TF protège les données des employés de banque

© 5 Feb 2018 - 07:00  Jean-Luc Bochatay et Alexis Dubois-Ferrière, FBT Avocats

2 minutes de lecture

Le Tribunal fédéral renforce la protection des banquiers, des avocats et des notaires dans le cadre d'échange d'informations fiscales sur demande avec les Etats-Unis.



Jean-Luc Bochatay et Alexis Dubois-Ferrière. On doit donc se réjouir de cette décision qui renforce la protection dans le domaine de l'assistance administrative.

La protection des tiers dans le cadre des demandes d'assistance administrative en matière fiscale adressées à la Suisse par les Etats-Unis (USA) a été notablement renforcée par deux récents arrêts du Tribunal fédéral (TF).

Ces décisions s'inscrivent dans le contexte du **programme** de règlement du **différend fiscal avec les Etats-Unis**, qui a vu 78 banques suisses conclure un **accord de non-poursuite** avec le Département de la justice des USA entre 2015 et 2016.

L'un des buts de ces accords était de fournir toute information nécessaire pour que les USA puissent formuler à la Suisse des demandes d'assistance administrative basées sur la Convention de double imposition (CDI) en vigueur entre les deux pays.

Des données sur des milliers de comptes ont ainsi été fournies aux USA, qui n'ont pas tardé à adresser des demandes d'assistance à la Suisse en vue de l'obtention des renseignements nécessaires pour taxer et sanctionner leurs contribuables, présumés avoir manqué à leurs obligations fiscales.

Saisie de telles demandes, l'Administration fédérale des contributions (AFC) considérait que les documents bancaires requis devaient être transmis aux USA sans anonymisation préalable des données relatives aux tiers (comme les employés de banque, les avocats ou les notaires) qui y figuraient. Cette position, contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en lien avec d'autres pays (**ATF 142 II 161**), a été contestée avec succès.

Par arrêt du 23 août 2017 (**2C_792/2016**), le TF a reconnu à un employé de banque le droit de s'opposer judiciairement à la transmission sans caviardage préalable des données le concernant dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative visant un contribuable américain. Il s'agissait d'une première avancée notable. Cependant, le TF ne se prononçait pas sur le fond, soit l'obligation ou non pour l'AFC d'anonymiser ces données par l'AFC.

Le TF a donné sa réponse à cette question dans son arrêt du 18 décembre 2017 (**2C_640/2016**): les données permettant d'identifier les employés de banque, les avocats ou les notaires qui figurent dans les documents bancaires à transmettre aux USA doivent être caviardées dans la mesure où elles n'ont rien à voir avec la question qui motive les demandes de renseignements et ne servent en rien à établir la situation financière et fiscale des contribuables visés par celles-ci. Elles ne sont donc pas vraisemblablement pertinentes pour taxer et éventuellement sanctionner ces derniers.

Ces arrêts vont avoir un grand impact pratique. Vu la quantité de documents que la Suisse va être appelée à transmettre aux USA, il est possible que l'AFC cherche à déléguer aux banques ce travail de caviardage. Cette solution supposerait certes des coûts, mais présenterait pour les banques l'avantage de la maîtrise du processus visant la protection de la personnalité de leurs employés, tâche qui leur incombe en vertu du droit du travail. Cette solution éviterait aussi d'avoir à informer individuellement de leur droit de participer à la procédure, chaque employé, avocat ou notaire figurant dans les documents, avec le risque de multiplication des parties que cela suppose.

Ces arrêts rappellent aussi l'importance de la protection des tiers dans le cadre de l'assistance administrative en matière fiscale, notamment en raison de la potentielle utilisation à leur détriment des données reçues par l'Etat requérant.

A cet égard, dans l'arrêt du 18 décembre 2017, le TF insiste sur le fait que la voie de l'assistance administrative ne doit pas être confondue avec celle de l'entraide en matière pénale et ne saurait donc servir permettre une poursuite pénale contre des tiers qui, par hypothèse, auraient participé à la commission d'infractions fiscales par le contribuable concerné.

Certes, comme s'en prévaut systématiquement l'AFC, une telle utilisation des données est censées être exclue par le principe de spécialité qui prévoit, selon la définition du TF, que les informations ne peuvent pas être utilisées contre un autre contribuable que la personne concernée par la procédure fiscale dans l'Etat requérant, pas plus qu'elles ne peuvent l'être contre cette dernière à d'autres fins que l'application des impôts visés par la Convention de double imposition (par exemple à des fins pénales). Cependant, le respect de ces restrictions dépend directement des personnes qui traitent ces données au sein de l'Etat requérant. De plus, dans une prise de position du 29 juin 2017, l'OCDE a affirmé que les renseignements reçus conformément à la règle de l'art. 26 du Modèle OCDE CDI peuvent être utilisés contre des tiers de la même manière que contre le contribuable visé par la demande d'assistance, battant ainsi en brèche la conception helvétique du principe de spécialité.

Il est ainsi primordial que la protection des tiers soit assurée avant la sortie de Suisse des informations. Après, cela risque d'être trop tard. On doit donc se réjouir de chaque nouvelle décision du Tribunal fédéral qui renforce cette protection dans le domaine de l'assistance administrative en matière fiscale.

BIOGRAPHIE

Jean-Luc Bochatay & Alexis Dubois-Ferrière

Associé co-fondateur & Avocat

Jean-Luc Bochatay est associé co-fondateur de FBT Avocats SA. Il est considéré comme expert de premier plan en matière de droit pénal fiscal, d'assistance administrative internationale en matière fiscale et de réglementation et fiscalité franco-suisse.

Alexis Dubois-Ferrière est avocat et membre du groupe contentieux et arbitrage de FBT Avocats SA. Ses domaines d'activités comprennent notamment l'assistance administrative internationale en matière fiscale et l'entraide pénale internationale.

in

SOCIÉTÉ



FBT Avocats SA est une Etude spécialisée dans le droit des affaires, implantée à Genève et à Paris. Elle est une des Etudes les plus spécialisées en droit bancaire et financier en Suisse romande. Elle couvre par ailleurs le droit des sociétés, le contentieux civil, administratif et pénal et la fiscalité. FBT conseille une clientèle institutionnelle et privée basée en Suisse et à l'étranger.