

L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, au secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur

Theodor Baums

Professeur à l'Université de Frankfurt/Main

Thierry Bonneau

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

André Prüm

Professeur à l'Université de Luxembourg

RÉSUMÉ : La présente note propose d'évaluer le système de l'échange automatique d'informations, tel qu'il résulte de la directive 2003/48 du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, au regard du droit fondamental de chaque individu à la vie privée, du secret bancaire et des principes de liberté constitutifs du marché intérieur européen.

Les conflits d'intérêts et de valeurs qui sous-tendent cette évaluation sont mis en lumière dans le contexte de la détention par les établissements de crédit, spécialement ceux qui offrent des services de « banque privée » d'informations à la fois de plus en plus nombreuses, détaillées et intimes sur leurs clients et de l'existence de systèmes de traitement automatisé de ces données d'une puissance et d'une sophistication croissantes.

Le secret bancaire joue un rôle essentiel pour prémunir les clients contre les dangers que représenterait la communication à des tiers de telles informations, sans l'aval du client. Il est rappelé qu'un tel secret existe non seulement au Luxembourg, mais aussi dans de nombreux autres pays européens et qu'il revêt, en particulier, en Allemagne et en France, une portée que ne diffère pas fondamentalement de celle qui lui est reconnue au Luxembourg. Si, contrairement à leur homologue luxembourgeois, les administrations fiscales y jouissent d'un certain droit d'investigation, celui-ci est toutefois précisément circonscrit et ne peut, en particulier, pas s'appuyer sur un échange automatique d'informations semblable à celui préconisé par la directive 2003/48/CE.

Si l'existence d'un secret bancaire n'est guère compatible avec un échange automatique d'informations, la véritable question demeure toutefois de savoir si ce dernier est conciliable avec le respect de la vie privée, dont le secret professionnel n'est qu'un instrument. Dans une Europe qui se veut le berceau du respect des droits fondamentaux de l'homme, un tel échange, par nature massif et indifférencié, n'offre pas les garanties adéquates et suffisantes contre les abus. L'ingérence dans la vie privée paraît manifestement disproportionnée par rapport à l'intérêt public poursuivi et partant contraire aussi bien à l'article 8 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'échange automatique d'informations risquant, du moins potentiellement, de restreindre les flux de capitaux entre États

membres et de gêner, par la même occasion, les prestations de services bancaires transfrontières, sa compatibilité avec les principes constitutifs du marché intérieur mérite une appréciation distincte. Les restrictions induites par un tel échange excèdent très vraisemblablement les limites tolérables à la libre circulation des capitaux et des services. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, le principe de proportionnalité n'est pas respecté lorsque les mesures qui se revendiquent de l'intérêt général reposent, en réalité, sur une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscales. Il faut toutefois souligner que la Cour ne soumet pas toujours à un examen très rigoureux le caractère nécessaire et proportionné des restrictions apportées à la libre circulation des capitaux en matière fiscale.

L'efficacité économique du système d'échange automatique d'informations est loin d'être démontrée, impliquant des coûts non négligeables aussi bien pour les banques qui doivent servir les informations que pour les administrations fiscales qui sont censées les exploiter. Par ailleurs, ce système ne semble pas avoir, pour l'instant, engendré de nouvelles recettes fiscales significatives et ne prévient pas davantage la fuite des capitaux hors d'Europe. A l'opposé, la solution de la retenue à la source, qui est respectueuse des libertés tant individuelles qu'économiques, procure aux États des recettes fiscales sans coût. Un échange d'informations sur demande, tel qu'il est prévu par le modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE, permet de lutter au surplus contre la fraude fiscale tout en offrant aux citoyens les garanties indispensables au respect de leur vie privée.

La combinaison de ces deux voies - retenue à la source et échange d'informations sur demande - permet d'instaurer le juste équilibre entre les intérêts publics et privés en cause ce qui n'est définitivement pas le cas de l'échange automatique d'informations.

Introduction

Afin que les intérêts perçus par une personne physique dans un État membre où il ne réside pas fiscalement soient taxés conformément à la législation de l'État où il a sa résidence, la directive du 3 juin 2003 (directive 2003/48 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts) a instauré un échange automatique d'informations entre les autorités fiscales des États membres de l'Union européenne. Cet échange automatique a toutefois été écarté, à titre transitoire, au profit de la Belgique, du Luxembourg et de l'Autriche et remplacé par une retenue à la source avec un partage de recettes entre l'État appliquant la retenue à la source et l'État de résidence du bénéficiaire des intérêts. Cette période transitoire doit s'achever dans les conditions définies par la directive.

L'échange automatique est annuel et intervient sans demande quelconque des États. Il implique la communication spontanée d'informations précises concernant les personnes physiques (notamment leurs noms, les numéros de comptes et des informations relatives aux intérêts payés), alors que de

telles informations sont normalement confidentielles et que ce caractère implique protection et non diffusion : les informations confidentielles ne doivent pas faire l'objet de communication sans l'accord de ceux qu'elles concernent. Aussi est-on conduit à s'interroger sur la **compatibilité de ce système d'échange avec le respect de la vie privée garantie, en particulier, par la convention européenne des droits de l'homme et préservée par le secret bancaire** qui est reconnu et protégé en tant que tel par les États membres. Cette question est l'objet de la présente note dont la finalité a pour but d'éclairer les professionnels et les autorités à un moment où la fin de la période transitoire est proche et que l'échange automatique d'information pourrait se généraliser.

La question est délicate, car la communication automatique et générale d'informations au profit des administrations fiscales paraît reposer sur des intérêts publics non négligeables. D'ailleurs nous sommes d'avis que ces intérêts justifieraient sans doute la levée du secret bancaire, si celui-ci n'était destiné qu'à protéger les intérêts de ceux qui y sont tenus. La question qui se pose concerne, en vérité, moins le secret bancaire en tant que tel que le respect de la vie privée qui est un droit fondamental reconnu à l'ensemble des citoyens européens : **la communication d'informations doit se faire dans des conditions qui ne portent pas atteinte de façon illégitime et disproportionnée à la vie privée.** Une telle perspective implique, il est vrai, que le respect de la vie privée ne soit pas éliminé du débat. Il pourrait l'être, tout au moins en pure théorie. Car, en fait, il ne peut pas l'être dans la mesure où le respect de la vie privée participe des droits fondamentaux dont la protection est aussi importante dans une société démocratique que les intérêts publics justifiant la communication automatique et générale d'informations. Ces derniers doivent, au surplus, être confrontés à d'autres intérêts publics susceptibles d'être atteints par un tel système de communication, à savoir principalement **le progrès économique et social tel qu'il est notamment promu en Europe par la création d'un marché intérieur intégré.**

Aucun intérêt et valeur en jeu (II.) ne nous paraissent pouvoir être éliminés du débat. Aussi la question qui se pose est nécessairement celle de savoir comment on peut les articuler. Et comme il n'est pas question de remettre en cause l'intérêt des États à percevoir les impôts qu'ils ont instaurés tout en veillant à la justice fiscale, la question est de savoir comment on peut prendre en considération tant le respect de la vie privée que les principes de liberté qui sous-tendent le marché intérieur européen dans les mécanismes de communication d'information ou de retenue à la source prévus par la directive du 3 juin 2003 (III.). On ne peut toutefois répondre à cette question qu'en la situant dans le contexte où elle se pose, ce qui suppose que l'on en rappelle les éléments (I.).

I. Le contexte

Les communications d'informations entre autorités ne peuvent pas être déconnectées de la société dans laquelle nous vivons. C'est aisé à comprendre : aucun groupe d'individus et aucun dispositif légal ne vivent en vase clos. Le contexte général mérite ainsi d'être décrit tout autant que le contexte concernant plus spécifiquement le secret bancaire.

1. Contexte général

Il n'est pas nouveau que les États veuillent obtenir des informations sur leurs ressortissants. La crise bancaire et finan-

cière de ces dernières semaines a cependant exacerbé cette volonté comme l'ont montré les déclarations faites en mars 2009 par le G 20. Celles-ci ne sont d'ailleurs pas restées sans suite, comme l'illustre notamment l'engagement pris par les banques françaises à tenir à la disposition du superviseur de la maison mère des informations sur les opérations relevant du domaine qui a conduit au classement des pays dans les pays les moins coopératifs (Revue banque juin 2009, p. 6). On doit toutefois éviter de confondre les paradis fiscaux et les paradis réglementaires. Car ces derniers désignent des lieux où les opérations peuvent être faites sans contrainte particulière, alors que les premiers désignent des lieux où la fiscalité est plus attractive pour les gens fortunés ; cette attractivité n'est pas la cause de la crise financière, alors que la possibilité de faire des opérations sans être astreint à respecter des règles y a contribué.

Ce regain d'intérêt pour les informations détenues par autrui intervient à une époque où certains dépositaires d'informations en possèdent toujours plus : c'est le cas des établissements de crédit comme des entreprises d'investissement.

1.1. Les banquiers, des détenteurs d'informations par profession

En raison de leurs activités, ces professionnels ont toujours détenu des informations sur leurs clients¹, que ce soient des informations patrimoniales ou des informations extrapatrimoniales. C'est vrai de tous les établissements financiers, y compris ceux qui offrent un service de « banque privée ».

Car un client ne peut éviter de communiquer à son banquier d'innombrables indications qui touchent au plus profond de sa vie privée. Les opérations qui transitent par son compte renseignent non seulement sur sa situation patrimoniale, mais fournissent également d'amples informations sur son train de vie, ses préférences de consommation, ses déplacements... en bref, son genre de vie. Le soutien qu'il cherche auprès d'un banquier privé pour la gestion patrimoniale l'oblige souvent à lui dévoiler les plus intimes secrets de sa vie personnelle sans la connaissance desquels le premier n'est tout simplement pas en mesure de lui offrir un conseil avisé et des services dignes d'un professionnel.

Ce constat peut d'ailleurs être étendu à l'ensemble des clients, fortunés ou non. Dès lors que l'ensemble des paiements et encaissements concerne la monnaie scripturale, le banquier détient de multiples informations sur ses clients.

1.2. Accroissement du nombre des informations détenues par les banquiers

Le nombre d'informations détenues par les banquiers ne cesse de s'accroître. Cet accroissement n'est d'ailleurs pas dû aux professionnels : ceux-ci ne veulent pas en connaître toujours plus sur leurs clients. **Il est dû aux autorités elles-mêmes qui ont multiplié les obligations mises à leur charge.**

La tendance est lourde et peut être illustrée par les dispositions de la directive MIF du 21 avril 2004² qui impose de distinguer plusieurs catégories de clients et de procéder à une

1 Cf. Trib. Lux., 24 avril 1991, p. 28, 173 : « par profession, le banquier est détenteur d'informations confidentielles sur ses clients et sur des tiers ».

2 Directive 2004/39 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive

évaluation de leur situation, afin de pouvoir leur proposer les produits et services qui leur correspondent le mieux. Elle peut l'être également par la législation anti-blanchiment, issue de la directive du 26 octobre 2005³, qui oblige les établissements de crédit à recueillir des informations sur leurs clients et leurs opérations et qui module les obligations des établissements de crédit en fonction du risque d'exposition du client. Ce dispositif n'a d'ailleurs cessé de permettre une ingérence de plus en plus insidieuse que le spectre des infractions primaires du blanchiment a été étendu bien au-delà de la lutte contre le trafic des stupéfiants pour lequel cette législation a été initialement conçue et admise à des délits banaux, comparés aux enjeux de ce dernier.

Cette tendance n'est pas sans justification, que ce soit l'intérêt du client ou l'intérêt général et du système financier tout entier. On doit toutefois souligner que l'accroissement du nombre d'informations sur autrui détenues par des tiers n'est pas propre aux établissements de crédit : il peut être également effectué en ce qui concerne les caméras de vidéo surveillance qui se multiplient dans les lieux publics, en ce qui concernent certains moyens de transport, tel que le passe Navigo des transports publics parisiens, dont l'usage permet de conserver des traces des allers et venues des individus, ou encore, des fichiers qui se multiplient en tous domaines.

Ce qui explique que les fichiers soient réglementés : la voie a été ouverte par la loi française, dit informatique et liberté, du 6 janvier 1978⁴. Par ses dispositions⁵, elle illustre l'idée que la collecte et l'usage des informations concernant autrui ne peuvent pas être admis sans contrainte ni surveillance. Ces mêmes principes fondent aujourd'hui les règles qui s'imposent à travers toute l'Europe⁶.

2. Contexte particulier

Le secret bancaire est reconnu et protégé en tant que tel. Fondé sur le respect de la vie privée et certains intérêts publics, il n'est pas absolu : il connaît de nombreuses exceptions, en particulier au profit des autorités autorisées à procéder à des échanges d'informations.

2.1. La reconnaissance du secret bancaire par les législations communautaire et nationales

Le secret bancaire ne fait, en droit communautaire, l'objet d'aucun régime juridique particulier. Les directives communautaires le prennent toutefois en considération : la directive du 6 mai 2009⁷ en est une illustration. La jurisprudence de la

.....
2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

- 3 Directive 2005/60 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, modifiée par Directive 2008/20 du 11 mars 2008 « en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission ».
- 4 Loi numéro 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- 5 Cf. not. art. 6 et 7.
- 6 Voir en particulier la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 et, pour l'Allemagne le Bundesdatenschutzgesetz du 14 janvier 2003, Bundesgesetzblatt I, 66, et le Luxembourg les lois modifiées du 2 août 2002 et du 30 mai 2005.
- 7 Cf. art. 2, 5, de la directive 2009/44 qui modifie l'article 3 de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière.

CJCE n'en méconnaît pas non plus l'existence⁸. Le secret bancaire participe ainsi du contexte communautaire, ce qui ne doit pas étonner, puisque le secret bancaire est reconnu et protégé par les États membres.

Considéré comme d'ordre public notamment en France⁹ et au Luxembourg¹⁰, le secret bancaire est législativement prévu et pénalement sanctionné¹¹. On doit d'ailleurs observer que le législateur français est intervenu en 2008¹² pour soumettre les entreprises d'investissement au secret professionnel¹³, puis à nouveau tout récemment par l'ordonnance numéro 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement pour l'imposer également aux personnels et dirigeants des établissements de paiement¹⁴. En Allemagne, le secret bancaire est reconnu par plusieurs lois¹⁵ et considéré par les juridictions civiles comme faisant partie des devoirs essentiels d'une banque vis-à-vis de ses clients¹⁶.

Le secret bancaire est constitutif d'une véritable obligation de résultat au Luxembourg (voir la jurisprudence précitée) et est protégé avec vigueur par la jurisprudence française : le secret professionnel est ainsi en matière civile un motif légitime qui justifie la non divulgation à des tiers même lorsque la responsabilité de l'établissement de crédit est engagée¹⁷.

2.2. Les intérêts privés et publics protégés par le secret bancaire

Le secret bancaire protège à la fois des intérêts privés et des intérêts publics.

La protection des intérêts privés est mise en avant par la jurisprudence française¹⁸ selon laquelle le secret bancaire est

-
- 8 CJCE, 10 décembre 2002, *Weduwe*, affaire C-153/00.
 - 9 E. Collomp, *Le secret bancaire*, Rapport Cour de cassation (française) 2004.
 - 10 Cour d'appel, 2 avril 1993, *Bull. Droit et Banque*, 2003, numéro 34, p. 52 ; Cour d'appel, 13 mars 2002, *Bull. Droit et Banque*, 2002, numéro 33, p. 40 ; Cass., 22 mai 2003, Cass., 18 mars 2004, numéro 2053 : jurisprudence en ligne sous www.codeplaf.lu rubrique « secret bancaire ».
 - 11 Art. L. 511-33 et L. 571-4, Code français monétaire et financier ; art. 226-13, Code pénal français ; art. 41 de la loi luxembourgeoise du 5 avril 1993 relative au secteur financier telle qu'elle a été modifiée ; art. 458 du Code pénal luxembourgeois ; arrêté grand-ducal du 24 mars 1989.
 - 12 Loi numéro 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : v. Th. Bonneau, *Apports concernant les marchés financiers*, Dr. sociétés novembre 2008, numéro 232.
 - 13 L'article L. 531-12 recopie le texte de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier.
 - 14 Article L. 522-19 du Code monétaire et financier issu de l'article 12 de l'ordonnance.
 - 15 § 1 Absatz 3 Satz 2 Bundesdatenschutzgesetz ; § 30a Abgabenordnung.
 - 16 Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 830, 834.
 - 17 Com., 13 novembre 2003, *Banque et droit* numéro 94, mars-avril 2004, 57, obs. Th. Bonneau ; JCP 2004, éd. E, 736, numéro 6, obs. J. Stoufflet ; Rev. dr. bancaire et financier numéro 4, juillet-août 2004, 242, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Com., 25 janvier 2005, *Bull. civ.*, IV numéro 13, p. 12 ; Banque et droit numéro 101, mai-juin 2005, 70, obs. Th. Bonneau ; D. 2005, act. jurisp. 485, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. dr. bancaire et financier numéro 2, mars-avril 2005, 12, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Rev. trim. dr. com., 2005, 395, obs. D. Legeais ; JCP 2005, éd. E, 1676, numéro 6, obs. A.S. ; Com., 23 janvier 2007, *Banque et droit* numéro 113, mai-juin 2007, 38, obs. Th. Bonneau.
 - 18 Cass. com., 11 avril 1995, *Bull. civ.*, IV, numéro 121, p. 197 ; Rev. dr. bancaire et bourse, numéro 50, juillet/août 1995, 145, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Rev. trim. dr. com., 1995, 635, obs. M. Cabrillac ; *Quotidien juridique* numéro 51, 27 juin 1995, 4 ; JCP 1996, éd. E, I, 525, numéro 6, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; D. 1996, I, 573, note Matsopolou ; v. Th.

de simple protection du client. Cette position est rejointe par les auteurs qui soulignent que le secret bancaire est d'abord et avant tout l'expression d'un devoir de loyauté et que lorsque la loi s'en saisit, « il devient un droit de l'individu à l'égard de la société, à l'instar des autres droits de la personnalité, respect de la vie privée, et familiale, du domicile et de la correspondance »¹⁹. Il en va de même en Allemagne où la jurisprudence comme la doctrine conçoivent le secret bancaire principalement comme un instrument au service de la protection de la liberté individuelle²⁰.

Le secret bancaire ne protège toutefois pas uniquement des intérêts privés ; il protège également des intérêts publics²¹ comme la démocratie et la confiance²² ou encore l'économie, le secret bancaire étant « un outil de politique économique dans la mesure où il peut servir à attirer des capitaux ou à les conserver dans un pays »²³. Sur un plan européen, l'existence du secret bancaire, tel qu'il est protégé dans plusieurs États membres, favorise certainement la libre circulation des capitaux au sein de l'Union européenne. Il soutient, par la même occasion, la libre prestation de services par les banques en direction de clients installés sur le territoire d'autres États membres. Le secret bancaire contribue ainsi à une intégration de plus en plus profonde du marché intérieur (voir infra). Ces intérêts publics ne sont pas ignorés comme en témoignent notamment les positions déclarées par l'Office de coordination bancaire française²⁴ et par la Commission luxembourgeoise de Surveillance du Secteur financier dont le comité des juristes a souligné, dans une étude du 1^{er} mars 2004²⁵ que le secret bancaire n'a pas seulement vocation à protéger la vie privée des clients, mais aussi « l'autorité de la profession et la relation de confiance entre les dépositaires du secret et les personnes protégées ». Et le comité de conclure qu'un client ne peut relever son banquier de manière générale et indifférenciée de son obligation de secret sans remettre en cause « un intérêt social général » que celui-ci est aussi censé garantir.

2.3. Les communications d'informations

Le secret bancaire est relatif dans un très grand nombre de pays : il connaît des exceptions qui conduisent à des communications d'informations. Celles-ci peuvent bénéficier au juge pénal comme le prévoit, par exemple, l'article L. 511-33, alinéa 2, du Code monétaire et financier français ou le § 160 ff de la « Strafprozeßordnung » en Allemagne ; elles peuvent également bénéficier à des autorités comme le prévoit le texte précité au profit de la Commission bancaire française ou des autorités nationales et étrangères chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier comme le décide l'article 41 (3) de la loi luxembourgeoise du 5 avril 1993 ou le § 24c du « Kreditwesengesetz » allemand.

.....
Bonneau, « Communication de pièces et secret bancaire (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 avril 1995) », Rev. dr. bancaire et bourse, numéro 49, mai/juin 1995, 94.

19 M. Contamine-Raynaud, « Le secret bancaire et le contrôle de l'Etat sur les opérations de change et sur leurs effets délictuels », RIDC 1994, p. 487.

20 Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 830, 834 ; Canaris in Staub, Handelsgesetzbuch, 4. Auflage 1988, Bankvertragsrecht Rz. 41.

21 Garabiol, art. préc.

22 A. Teissier, « Le secret professionnel du banquier » préf. G. Di Marino, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 265.

23 Teissier, op. cit., p. 255.

24 OCBF, Secret bancaire, in bulletin d'information numéro 612, avril 2000.

25 Rapport annuel de la CSSF 2004, p. 196.

Les échanges d'informations entre États sont organisés au niveau communautaire, étant observé que la directive du 3 juin 2003, qui prévoit un échange d'information automatique, réalise une rupture avec la directive du 19 décembre 1977²⁶. Rupture, car la directive du 3 juin 2003 impose le seul échange automatique, alors que la directive du 19 décembre 1977 prévoit trois types d'échanges : sur demande (art. 2), automatique (art. 3) et spontané (art. 4). Rupture également, car l'échange sur demande réalise le principe et ne peut intervenir que s'il est justifié par un cas précis. Rupture encore, car les échanges dits automatiques sont limités à des cas particuliers arrêtés après mis en œuvre d'une procédure de consultation tandis que les échanges dits spontanés, qui se font sans demande préalable, ne peuvent intervenir que dans des cas spécifiés qui sont le plus souvent pathologiques. Rupture enfin, car la directive du 19 décembre 1977 énonce des limites permettant aux États membres de refuser la communication d'informations (art. 8). La directive du 3 juin 2003 ne se démarque d'ailleurs pas seulement de celle de 1977. Elle se démarque de bien d'autres textes, en particulier de la directive bancaire du 14 juin 2006 (Directive 2006/48 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice) puisque ce texte prévoit l'échange, sur demande, des informations entre les autorités des États membres (art. 132).

La directive du 3 juin 2003 prend encore le contrepied de l'article 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE sur le revenu et la fortune. Ce texte montre en effet que « les pays ne sont pas libres d'entreprendre des « pêches aux renseignements » ou de demander des informations qui ne sont pas susceptibles d'être pertinentes en ce qui concerne la situation fiscale d'un contribuable donné. En formulant leurs demandes, les États requérants doivent démontrer la pertinence prévisible des renseignements demandés. En outre, l'État requérant doit avoir eu recours à tous les moyens dont il dispose dans le cadre national pour se procurer les informations demandées, sauf lorsque cela donnerait lieu à des difficultés disproportionnées » (cf. site de l'OCDE. Accueil : échange d'informations – article 26 du modèle de la convention fiscale sur le revenu et la fortune).

Cette approche est partagée par nombre d'États. Il en est ainsi en France où les échanges d'informations entre les autorités nationales du secteur financier ou avec leurs homologues étrangères (art. L. 631-1 et L. 631-2, Code monétaire et financier ; voir également, et notamment : Charte conclue entre la Commission de contrôle des assurances et la Commission bancaire relative à la coopération en matière de contrôle et d'échange d'informations (art. 12 et 13), Bull. officiel de la Banque de France, numéro 35, novembre 2001, 27 ; Accord de coordination entre la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et institutions de prévoyance concernant la surveillance complémentaire des conglomérats financiers, Bull. officiel Banque de France numéro 86, février 2006, 21 ; Accord de coopération entre la Commission bancaire et la Banque Nationale de Croatie en matière de supervision bancaire (art. 9), Bull. officiel du CECEI et de la Commission bancaire numéro 10, décembre 2008, 6 ; Accord multilatéral de l'OIVC portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (art. 8), Bull. mens. COB numéro 383, octobre 2003, 223. Voir encore les accords conclus par la Commission bancaire et l'AMF

.....
26 Directive 77/799 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, modifiée par la directive 2004/106 du 16 novembre 2004.

cités par Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 7^e éd. 2007, Montchrestien, numéro 158-2 et la note 151 et par Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 2^e éd. 2005, Economica, numéro 1027 et les notes de bas de pages) interviennent sur demande. **L'échange d'informations peut toutefois être également spontané. Mais en ce cas, comme dans nombre de textes communautaires ou européens, il n'est pas général et doit être motivé, l'échange devant porter sur des éléments précis**²⁷.

De même, en Allemagne, la « Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht / BaFin » dispose d'un accès aux références bancaires (Kontostammdaten : Namen usw.) qui ne s'étend toutefois pas aux opérations enregistrées sur les comptes (§ 24c Kreditwesengesetz). L'accès direct à la base de données contenant ces références n'autorise toutefois pas la BAFIN à procéder à des consultations automatisées. Comme l'observe la Cour constitutionnelle dans sa décision du 13 juin 2007²⁸, l'interrogation de la base de données n'est permise à la BAFIN que si celle-ci peut s'appuyer sur des motifs concrets et légitimes²⁹.

S'agissant plus précisément de la possibilité pour les administrations fiscales d'obtenir des renseignements auprès d'une banque, des divergences doivent être observées sur un plan européen. En Allemagne, l'administration fiscale ne peut demander des informations à une banque qu'à condition, d'une part, qu'elle n'ait pas pu se procurer les renseignements souhaités directement auprès du contribuable³⁰ et, d'autre part, qu'au vu de cette impossibilité elle dispose d'éléments concrets qui lui permettent de penser que les déclarations fiscales d'un contribuable sont incomplètes ou inexactes³¹. Dans une circulaire interne (« Anwendungserlass »), l'administration reconnaît qu'elle ne peut agir sans motifs concrets en quelque sorte de manière aveugle³². En France, l'ouverture et la clôture des comptes doit être d'office déclarée à l'administration fiscale qui tient le fichier des comptes bancaires, dit FICOBA³³. Si l'administration fiscale française est en droit d'obtenir un grand nombre de documents³⁴, son droit d'investigation « ne peut cependant être exercé que dans une affaire déterminée et non en général ». Une instruction du

18 mars 1988 précise les conditions de l'exercice de ce droit : en particulier, « les demandes concernant des montants très faibles devront être éliminées et le droit de communication ne sera utilisé que dans les seuls cas où le contribuable, client de la banque, n'a pas renseigné lui-même l'administration »³⁵.

Au Luxembourg, l'administration fiscale se voit clairement déniée tout droit d'investigation direct en matière d'impôts directs. Le règlement grand-ducal du 24 mars 1989 ne laisse subsister aucun doute à cet égard : « Les administrations fiscales ne sont pas autorisées à exiger des établissements financiers des renseignements individuels sur leurs clients, sauf dans les cas prévus par la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste perception des droits d'enregistrement et de succession » (article 1^{er}).

Au delà de ces différences, il faut constater qu'une communication automatique et spontanée d'informations, telle qu'elle est pourtant prévue par la directive du 3 juin 2003, n'existe dans aucun des trois pays en faveur des administrations fiscales. **Les échanges d'informations en leur faveur, comme en faveur des autres autorités doivent toujours être circonstanciés.**

II. Les valeurs et intérêts en conflit

Les échanges d'information et les mécanismes d'assistance mutuelle préconisés par les directives 77/799/CEE et 2003/48/CE se fondent sur un **double intérêt public clair : la perception par les États des impôts qu'ils ont instaurés et la justice fiscale entre contribuables**. La protection de cet intérêt implique la mise en place de contrôles fiscaux efficaces pour lutter contre la fraude fiscale, impératifs que la CJCE reconnaît comme étant des « raisons impérieuses d'intérêt général »³⁶. Quelle que soit toutefois son importance, cet intérêt doit compter avec d'autres valeurs essentielles.

L'article 6, paragraphes 1 et 2 du Traité sur l'Union européenne l'affirme avec autorité :

« L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux États membres.

L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

Il s'agit donc d'apprécier, en premier lieu, si les solutions prévues pour garantir l'intérêt public en cause sont conformes aux « principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit ». Le respect dû à la vie privée constitue à cet égard le point le plus critique.

27 Cf. art. 18 et 19, Accord de coordination entre la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et institutions de prévoyance concernant la surveillance complémentaire des conglomerats financier, préc. ; art. L. 632-6, I, Code monétaire et financier.

28 Voir http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070613_1bvr155003.html

29 « Ein Kontenabruf nach dieser Vorschrift kommt danach nur im Rahmen eines konkreten, die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllenden Ermittlungs- oder Rechtshilfeverfahrens in Betracht » Rdnr 109.

30 « Wenn ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziel geführt hat oder keinen Erfolg verspricht », §§ 93 Absatz 1, 7, 8 ; 93b Abgabenordnung.

31 Es muß ein « hinreichender Anlass für ein Auskunftersuchen » bestehen ; Auskunftersuchen « ins Blaue hinein » oder Rasterfahndungen sind unzulässig, (§§ 30a Absatz 2 ; 93 Absatz 1 Abgabenordnung, voir aussi la décision précitée du Bundesverfassungsgericht du 13 juin 2007, Rdnr 111 et s.

32 32 AEAO : « Danach darf der Kontenabruf zum Zwecke der Steuererhebung nach § 93, Abs. 7 AO nur anlassbezogen und zielgerichtet erfolgen; er muss im Einzelfall erforderlich sein und sich auf eine eindeutig bestimmte Person beziehen (Nr. 2.3 AEAO). Vor dem Kontenabruf soll dem Beteiligten Gelegenheit gegeben werden, selbst Auskunft zu erteilen, es sei denn, der Ermittlungszweck würde dadurch gefährdet » (Nr. 2.6 AEAO); voir aussi « Randziffer » 37 de l'arrêt du BverfG.

33 Art. 1649-A, CGI ; F. BORDAS, *Devoirs professionnels des établissements de crédit, Secret bancaire*, fasc. 141, juris-classeur Banque – Crédit – Bourse, spéc. numéro 43.

34 Art. L. 83 et L. 85 du livre des procédures fiscales.

35 BORDAS, *Devoirs professionnels des établissements de crédit, secret bancaire*, art. préc. numéro 50.

36 Voir notamment CJCE, 18 décembre 2007, A, C-101/05, Rec. P. I-11531, point 555 et CJCE, 11 octobre 2007, ELISA, C-451/05, Rec. P. I-8251, point 81) et auxquels le traité CE fait également une certaine place (art. 58. 1 b).

Fondant une disposition du droit dérivé, l'intérêt public en question doit, par ailleurs, être confronté avec les objectifs de l'Union européenne et notamment avec son ambition « de promouvoir le progrès économique et social ... et de parvenir à un développement équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières ... » (art. 2 du traité UE). En d'autres mots, il s'agit de vérifier dans quelle mesure un échange automatique et généralisé d'informations serait compatible avec les **libertés qui sous-tendent le marché intérieur**, spécialement la libre circulation des capitaux et des services.

Faut-il, au surplus, apprécier la légitimité d'un tel système d'information directement à l'aune du **secret bancaire**, c'est-à-dire abstraction faite du nécessaire respect de la vie privée qui en constitue le principal fondement ? Un tel test n'apparaît pertinent qu'à condition de voir dans le secret, une valeur en soi, digne d'une protection indépendante ou, en termes de droit communautaire, comme un principe général du droit communautaire.

Un rapprochement avec le secret professionnel des avocats permet de se convaincre que tel n'est pas le cas. Malgré l'importance de ce dernier, la CJCE n'accepte de le prendre en considération qu'à travers les droits fondamentaux qu'il est censé protéger, plus précisément le droit de tout individu à un procès équitable³⁷. Confronté à l'obligation mise à la charge des avocats de dévoiler dans certaines circonstances des soupçons de blanchiment, le secret des avocats n'a pas été reconnu comme un principe général du droit communautaire susceptible de tenir en échec une telle obligation. Seuls les droits fondamentaux à proprement parler – ici le droit au procès équitable – constituent pour la CJCE des valeurs qui peuvent être mises en balance avec la lutte contre le blanchiment et qui peuvent donc, le cas échéant, rendre illégales des restrictions au secret professionnel³⁸.

La même conclusion s'impose pour le secret bancaire. Atteint par un échange automatique d'informations, le secret bancaire ne constitue pas, par lui-même, un argument qui peut prévaloir sur les intérêts publics sous-jacents à cet échange. En revanche, les fondements sur lesquels il s'appuie ne doivent pas être ignorés.

Un juste équilibre doit être observé entre ces intérêts publics, d'une part, et les principes de liberté tant individuelle - à travers le respect dû à la vie privée et la protection des données à caractère personnel - qu'économique à la base du marché intérieur, d'autre part. Pour le définir, il convient d'apprécier essentiellement si le **sacrifice imposé aux intérêts privés sur le fondement d'intérêts généraux répond à une nécessité impérieuse et n'est point disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi**. Cette double exigence caractérise aussi bien la logique de résolution des conflits de valeurs ou d'intérêts protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que celle qui prévaut en droit communautaire où elle trouve, d'ailleurs, une traduction dans l'article 5 CE.

37 CJCE, 26 juin 2007, affaire C-305/05, point 29, notons que sa seconde dimension, à savoir le respect de la vie privée, mis en évidence par l'avocat général, n'a été négligé dans cette affaire par la CJCE que pour des raisons procédurales, point 18 de l'arrêt précité.

38 Voir en particulier les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire C-305/05, numéro 38.

1. Respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel

1.1. Le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel

Pour ouvrir un compte auprès d'un établissement de crédit, tout client est tenu de renseigner celui-ci sur son identité, son domicile, sa situation familiale et sa profession. Comme il a déjà été remarqué ci-dessus, au cours de leurs relations, la banque est amenée à recueillir de nombreuses autres données à caractère personnel sur son client. La législation anti-blanchiment oblige les banques à adopter une attitude active dans la collecte d'informations d'autant plus vaste que le champ d'application de cette législation s'est considérablement développé, comme en atteste la directive du 26 octobre 2005. D'une façon similaire, la directive MIFID du 21 avril 2004 impose au banquier de recueillir toutes les informations nécessaires à l'évaluation de la situation patrimoniale de leurs clients et de leur catégorisation par rapport à des profils d'investissement.

De toute évidence, une banque dite privée, dont le client attend un conseil avisé ainsi qu'une assistance pour la gestion de tout ou partie de sa fortune, accèdera à un niveau d'informations plus profond touchant souvent à la sphère la plus intime de son client.

Le droit fondamental de toute personne à la liberté recouvre le respect de sa vie privée ainsi que sa protection à l'égard des traitements et de la circulation des données à caractère personnel. Ces droits sont expressément consacrés par la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950** dont l'article 8 paragraphe 1^{er} dispose que

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

A travers une interprétation dynamique de cette disposition, la Cour européenne des droits de l'homme veille à assurer au respect de la vie privée une dimension concrète et effective³⁹. Elle n'hésite ainsi plus à élargir l'étendue de la protection aux relations sociales d'un individu⁴⁰. Sa jurisprudence témoigne d'une sensibilité particulière à l'égard de la mémorisation et/de la communication de données à caractère personnel qui recèlent le danger d'aboutir à des systèmes de surveillance secrète des citoyens comportant « le risque de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre »⁴¹. Considérées comme étant d'une « importance fondamentale » pour la jouissance du droit au respect de la vie privée, les données à caractère personnel ne doivent selon la CEDH être divulguées, en dehors de tout consentement de l'intéressé, sans qu'une telle divulgation ne soit justifiée par la défense d'un « aspect primordial de l'intérêt public » et s'accompagner de

39 CEDH, 9 oct. 1979, Airey, in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : PUF, Thémis, 2^e éd, 2004, GACEDH numéro 2.

40 CEDH, 16 déc. 1992 : Niemetz c/ Allemagne, GACEDH numéro 40, où la CEDH a considéré que l'atteinte portée au secret professionnel d'un avocat était disproportionnée au but légitime poursuivi.

41 CEDH, 6 sept. 1978, Klass c/ Allemagne, A. 29, préc. supra numéro 18. – CEDH, 5 mai 2000, Rotaru c/ Roumanie.

garanties adéquates et suffisantes – notamment un contrôle judiciaire – contre les abus⁴².

Ces principes valent pleinement dans l'ordre communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes se réfère explicitement à la Convention et fait sienne l'interprétation que la CEDH donne à l'article 8⁴³. L'impératif de la protection des données à caractère personnel fonde les directives 95/46/CE du 24 oct. 1995 et 2002/58/CE du 12 juillet 2002 que la CJCE subordonne au surplus au strict respect de la Convention⁴⁴. Pour la CJCE, « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »⁴⁵. Si « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté », il n'est pas question qu'ils puissent être tenus en échec par une disposition du droit dérivé.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend à son tour ces principes en proclamant dans son article 7 que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications » et dans l'article 8 que « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel le concernant », préfigurant le contenu de la future Constitution européenne.

1.2. L'atteinte disproportionnée à la vie privée

Pour prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose en son article 8 paragraphe 2 que:

« 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

La lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt constituent assurément des buts légitimes selon cette règle, en ce qu'ils visent notamment à garantir « le bien-être économique » des pays. Reste à savoir si l'échange automatique d'informations préconisé par la directive 2003/48/CE correspond à une nécessité et n'implique pas une ingérence disproportionnée par rapport au but poursuivi.

La nécessité doit être démontrée de manière concrète et ne saurait résulter d'un postulat. Ainsi, la CJCE n'admet pas, par exemple qu'un État membre instaure un système de traitement de données à caractère personnel spécifique aux

citoyens de l'Union non-ressortissants de cet État membre dans l'objectif de lutter contre la criminalité⁴⁶.

Dans l'appréciation du caractère proportionné d'une telle mesure, la CJCE comme la CEDH vérifient si « un juste équilibre » est sauvegardé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (par exemple, CEDH, Klass, 6 sept. 1978, A. 28, § 59, à propos de la surveillance secrète de la correspondance et des télécommunications des citoyens aux fins de lutte contre le terrorisme). Cette exigence d'adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre, se situe en effet « au cœur du contrôle de la marge nationale d'appréciation que le juge européen reconnaît à l'État dans la mise en œuvre des limitations aux droits protégés » (JCI Europe, v° fascicule 6525 par F. Sudre).

Un précédent intéressant mérite ici d'être rappelé qui concerne précisément un dispositif national de lutte contre la fraude fiscale conférant à des agents d'administration douanière - française en l'occurrence - le droit de pratiquer des visites domiciliaires et des saisies de documents. Dans une série de trois arrêts du même jour (Mialhe c. France, 25 février 1993, requête numéro 12661/87 ; Funke c. France, 25 février 1993, requête numéro 10588/83 et Cremieux c. France, 25 février 1993, requête numéro 11471/85), la CEDH rappelle d'abord que une telle législation et sa pratique doit offrir « des garanties adéquates et suffisantes contre les abus ». Appréciant le caractère incisif de l'ingérence, elle retient que ces garanties n'existent pas en présence de saisies qui revêtent « un caractère massif et surtout indifférencié » pour conclure à la violation de l'article 8. Or, n'est-ce pas le propre d'un échange systématique d'informations, déconnecté, par hypothèse, de tout risque concret qu'un contribuable déterminé se soustraie à ses obligations fiscales, d'être totalement « indifférencié » et « massif » ? Retenir pareille solution pour veiller à la juste taxation des revenus de l'épargne paraît d'autant plus grave au regard de l'indispensable protection de la vie privée que le législateur s'est judicieusement abstenu de la prévoir pour d'autres impératifs publics tout aussi impérieux, comme la stabilité du système financier.

Il est vrai, comme le rappelle un auteur, que « l'échelle des valeurs varie selon les conceptions de la vie en société ; elle est nécessairement différente dans un État totalitaire et dans un État démocratique où les droits de l'homme et les libertés individuelles ne sont pas appréciés de manière identique, la place attribuée au secret professionnel dépendant fondamentalement de la place donnée à l'individu et à la protection de sa personnalité au sein de la société. » (P. Lambert, Le secret professionnel, Nemesis, Bruxelles, 1985, p. 37)

Il nous paraît pour le moins très discutable, dans une Europe qui se veut le berceau du respect des droits fondamentaux de l'homme, que l'ingérence dans la vie privée que représente le système de l'échange automatique d'informations, tel qu'il est prévu par la directive 2003/48/CE, respecte le principe de proportionnalité. L'affirmer, comme le fait la directive dans ses considérants numéro 10 et 26, sans la moindre argumentation, relève plus du postulat que de la démonstration et ne saurait donc convaincre.

42 CEDH, Rotaru, préc. – CEDH, 25 févr. 1997, Z. c/ Finlande : JCP G 1998, I, 107, numéro 35, chron. F. Sudre.

43 CJCE, 26 juin 1980, aff. 136/79, National Panasonic c/ Commission : Rec. CJCE 1980, p. 2033, pt 17.

44 CJCE, 20 mai 2003, aff. C-465/00, C-138/01, Rechnungshof, Osterreichischer Rundfunk : RTDH 2004, p. 724, obs. C. Maubernard.

45 CJCE, 17 déc. 1970, "Internationale Handelsgesellschaft", aff. 11/70 : Rec. CJCE 1970, p. 1125.

46 CJCE, 16 décembre 2008, Huber c. Allemagne, affaire 524/06.

2. Les libertés constitutives du marché intérieur

Il peut paraître surprenant de vouloir apprécier la conformité d'une directive avec les principes de liberté constitutifs du marché intérieur. Ces principes ne s'adressent-ils, en effet, exclusivement aux États en leur faisant interdiction de lever des barrières au sein d'un marché intégré ?

L'interrogation ne manque certainement pas d'intérêt dans une perspective prospective où la solution de l'échange automatique d'informations chasserait définitivement la retenue à la source que permet encore aujourd'hui la directive 2003/48/CE. L'argument que l'échange automatique généralisé d'informations risquerait de porter atteinte à la libre circulation des capitaux et à la libre prestation de services ne manquera, dans ce contexte, pas de pertinence (article 5 TUE). C'est donc à cette fin que l'examen ci-dessous est proposé.

2.1. Le caractère restrictif d'un échange automatique d'informations

a) L'article 49 CE, instaurant le principe de la **libre prestation de services** (LPS), doit être compris comme s'opposant à toute mesure ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre⁴⁷. La CJCE a eu à plusieurs reprises l'occasion d'appliquer le principe de la LPS au domaine des activités financières⁴⁸.

Dans une affaire très récente, concernant précisément une législation nationale adoptée dans le but de lutter contre les fraudes fiscales commises par des personnes qui placent une partie de leur épargne auprès d'un établissement de crédit installé dans un autre État membre, la CJCE a estimé que l'application de règles différentes pour les avoirs détenus en dehors de l'État de résidence que ceux déposés auprès d'une banque locale pouvait « rendre moins attrayant pour ces contribuables de transférer des avoirs vers un autre État membre afin de bénéficier des services financiers y offerts que de détenir lesdits avoirs et d'obtenir des services financiers aux Pays-Bas », leur État de résidence⁴⁹. Elle en a conclu que la réglementation en cause « constitue une restriction à la fois à la libre prestation de services et à la libre circulation des capitaux, prohibée, en principe, par les articles 49 CE et 56 CE respectivement. »⁵⁰

Il ne paraît pas contestable que l'instauration d'une solution par laquelle les banques, qui acceptent de gérer l'épargne de non-résidents, doivent mettre en place un dispositif d'échange automatique d'informations rend plus difficile pour elles la prestation de services transfrontières. Elles se heurteront d'abord aux réticences naturelles que ne manque pas de soulever un tel régime auprès d'une clientèle européenne (voir ci-dessous pour le caractère restrictif par rapport au flux de capitaux). La gestion d'un tel système induira aussi un coût auquel échappe la gestion patrimoniale d'une

clientèle résidente. L'activité transfrontière se trouve, par ce biais, soumise à des contraintes contraires au principe de la LPS. Celles-ci seront ressenties d'autant plus lourdement que la clientèle européenne représente une part importante de l'activité de gestion patrimoniale. Les banques des pays de petite taille, comme le Luxembourg, se trouvent de ce fait particulièrement pénalisées par rapport à celles qui peuvent compter sur un important marché domestique.

b) Le placement par des citoyens européens d'une partie de leur épargne auprès d'un établissement de crédit installé dans un État membre différent de leur résidence induit des flux de capitaux, au sens des articles 56 et suivants CE consacrant le principe de la **libre circulation des capitaux**. La directive 2003/48/CE poursuit le but que les revenus de l'épargne, sous la forme de paiements d'intérêts, soient effectivement imposés dans le pays de résidence de leurs bénéficiaires et selon les règles qui y sont en vigueur. Elle est susceptible d'affecter par là les mouvements de capitaux au sein de l'Union européenne, comme le laisse d'ailleurs entendre le visa des articles 56 à 60 du traité CE par la directive. Rappelons simplement qu'il est généralement admis que seules des mesures nationales prises par un État membre sont visées par l'interdiction posée par l'article 56 du traité CE. Mais comme il a été observé ci-dessus, le test consistant à vérifier si un système généralisé d'échange automatique d'informations pourrait constituer une restriction justifiable à ces mouvements n'est proposé ici qu'à titre prospectif.

Selon la jurisprudence aujourd'hui bien établie de la CJCE, l'interdiction s'étend aux restrictions indirectes qui, sans paralyser ni le transfert financier ni l'opération juridique liée à ce transfert financier, peuvent dissuader l'opérateur d'y procéder, notamment en rendant plus onéreux les mouvements de capitaux envisagés. Le simple risque d'une telle dissuasion est au surplus considéré comme suffisant⁵¹. Les règles fiscales alimentent à cet égard une jurisprudence de plus en plus nourrie où la CJCE retient une conception ouverte des restrictions prohibées.

Dans l'arrêt signalé ci-dessus du 11 juin 2009, la CJCE a considéré comme étant restrictive de la libre circulation des capitaux une législation par laquelle un État membre prolonge d'une durée de sept ans le délai de redressement pour les avoirs détenus hors de son territoire, tout en calquant le montant des amendes dues en cas de fraude sur cette période étendue. Il a été reproché, en particulier, à cette législation de reporter sensiblement dans le temps l'échéance où un contribuable peut bénéficier de la sécurité juridique que doit lui procurer la limitation du délai de redressement.

Un raisonnement similaire ne paraît pas déplacé, à propos d'un échange automatique d'informations pour la seule épargne qu'une personne détient auprès d'une banque en dehors de son État de résidence. Quelles que soient les circonstances et raisons qui amènent une personne à souhaiter qu'une partie de leur fortune soit gérée depuis un autre État membre, ce système d'information pourrait la gêner par le simple fait qu'il la confronte à un circuit d'information dont elle ne pourra saisir ni l'ampleur ni les conséquences. L'effet dissuasif paraît d'autant plus net qu'une contrainte similaire n'est pas imposée sur un plan européen pour les avoirs confiés à

47 Voir notamment, CJCE, 28 avril 1998, *Safir*, C-118/96, Rec. p. I-1897, point 23 ; CJCE, 4 mars 2004, *Commission c. France*, C-334/02, Rec. p. I-2229, point 23 et CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c. Allemagne*, C-318/05, Rec. p. I-6957, point 81.

48 Voir notamment, CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV*, C-384/93 ; CJCE, 14 novembre 1995, *Svensson*, C-484/93 ou CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04.

49 CJCE, 11 juin 2009, C-155/08 et C-157/08, point 39.

50 Arrêt précité, point 40.

51 CJCE, 16 mars 1999, *Manfred Trummer et Peter Mayer*, aff. C-222/97 : Rec. CJCE, p. I-1661 ; CJCE, 26 septembre 2000, *Commission / Belgique*, C-478/98, Rec. P. I-7587, point 18.

une banque installée dans le pays de résidence et qu'elle n'existe d'ailleurs pas dans la plupart des États membres.

En conclusion, l'échange automatique d'informations constitue une restriction, aussi bien au principe de la libre prestation de services, qu'à celui de la libre circulation des capitaux. Reste à savoir si cette restriction, quoiqu'émanant d'un acte communautaire, serait susceptible d'être justifiée au regard des exceptions contenues dans le traité CE ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

2.2. Fondements d'une justification de la restriction à la libre prestation de services et à la libre circulation des capitaux

Le traité CE tolère expressément certaines restrictions aux mouvements de capitaux. Il permet ainsi aux États membres « d'appliquer des dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis » ou encore « de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ... »⁵².

Cette justification doit être rapprochée de la **nécessité de lutter contre la fraude fiscale et de celle corrélative de veiller à l'efficacité des contrôles fiscaux**. La CJCE voit, en effet, en elles des « *raisons impérieuses d'intérêt général* » susceptibles de fonder une restriction à l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité CE⁵³.

Elle n'admet par pour autant qu'une telle restriction puisse s'appuyer sur une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscales⁵⁴. A ainsi été invalidée notamment une disposition législative belge ayant pour objet d'interdire l'acquisition, par des personnes résidant en Belgique, de titres d'un emprunt émis à l'étranger⁵⁵.

Or, n'est-ce pas précisément cette justification qui est invoquée à l'appui d'un échange généralisé et automatique d'information ?

Une position plus nuancée paraît toutefois avoir été retenue dans l'arrêt précité du 11 juin 2009. Pour apprécier les dispositions contestées du droit néerlandais (rallongement du délai de redressement et élargissement du délai pris en compte pour le calcul d'une éventuelle amende), la Cour opère une distinction selon que les éléments imposables ont été dissimulés aux autorités fiscales de l'État d'imposition et que celles-ci ne disposent d'aucun indice quant à l'existence desdits éléments permettant de déclencher une enquête ou qu'au contraire, l'État, auteur de la mesure restrictive, dispose d'indices sur les éléments imposables situés dans un autre État membre qui lui permettent d'initier une enquête. En l'espèce, elle retient que les mesures restrictives se rapportent au premier cas de figure pour conclure que « *dans ces circonstances, le fait de soumettre des éléments imposables dissimulés*

au fisc à un délai de redressement prolongé de douze ans ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir l'efficacité des contrôles fiscaux et lutter contre la fraude fiscale » (point 70). Elle observe par la même occasion que le but n'étant pas de permettre aux autorités de l'État concerné d'obtenir des renseignements auprès de l'État où l'épargne est détenue (le Luxembourg), « *il n'est pas ... pertinent de savoir si ce dernier applique le secret bancaire* » (point 68).

Le raisonnement suivi par la Cour n'est pas des plus limpides. Il repose essentiellement sur le constat qu'en l'absence d'indice sur l'existence d'actifs financiers détenus par un contribuable néerlandais auprès d'une banque étrangère, le rallongement du délai de redressement ne peut pas viser à procurer aux autorités néerlandaises un temps supplémentaire pour obtenir auprès de l'État où se trouve installée la banque, des renseignements qui lui permettraient de déclencher des poursuites (points 66 et 67). On ne peut, par conséquent, estimer que le délai serait excessif pour satisfaire une telle demande de renseignements. Il ne peut s'agir que de « *prévoir une période plus longue au cours de laquelle une éventuelle découverte de ces éléments imposables peut encore donner lieu à un redressement dans la mesure où l'enquête déclenchée par suite d'une telle découverte peut aboutir à ce redressement avant l'expiration de cette période* » (point 67). Le fait que la période de redressement de douze ans ait été fixée « *en fonction du délai applicable pour les poursuites en matière de délit de fraude fiscale* » suffit à la Cour pour considérer qu'elle n'est pas disproportionnée (point 69). En d'autres mots, c'est l'impossibilité pour les Pays-Bas d'obtenir automatiquement de la part du Luxembourg (et de l'Allemagne) des informations sur les comptes détenus par les contribuables soumis à sa législation qui justifie l'introduction de mesures restreignant la libre circulation des capitaux et des services.

Cette analyse nous paraît bien succincte pour démontrer tant la nécessité de la restriction au regard de la raison impérieuse dont elle se réclame que son caractère proportionné. En effet, si l'allongement du délai de redressement ne doit servir qu'à renforcer une simple éventualité – celle où par hasard le fisc néerlandais aurait pris connaissance d'éléments que personne hormis le contribuable qui les a dissimulés ne doit lui communiquer – la nécessité, pour ne pas dire l'utilité, d'une telle mesure reste elle-même hypothétique. L'inconvénient qu'elle fait subir aux contribuables en termes de sécurité juridique n'est en revanche pas négligeable de sorte que le caractère proportionnel de la restriction ne paraît pas donné. Il est regrettable que l'affaire n'ait pas donné lieu à des conclusions écrites de l'avocat général, mais peut-être est-ce le signe de l'importance modérée que le Cour a prêté à l'affaire.

Que faut-il, en définitive, en déduire dans l'appréciation du caractère justifié ou non de la restriction résultant d'un échange automatique et généralisé d'informations sur la libre circulation des capitaux et des services ?

Un tel système paraît bien reposer sur le postulat que les contribuables européens manquent d'honnêteté par rapport au fisc, lorsqu'il s'agit d'appréhender les revenus de l'épargne qu'ils ont déposés auprès d'une banque d'un État membre autre que celui de leur résidence. Suivant la jurisprudence classique de la Cour, la nécessité d'une mesure restrictive ne peut découler d'un tel postulat. Celle-ci semble toutefois aujourd'hui considérer que la mise en place d'un échange automatique d'informations, tel qu'il est prévu par la directive 2003/48/CE, offrirait une solution très efficace pour lutter

52 Art. 58 1, a) et b) du traité CE.

53 Voir notamment CJCE, 18 décembre 2007, A, C-101/05, Rec. P. I-11531, point 555 et CJCE, 11 octobre 2007, ELISA, C-451/05, Rec. P. I-8251, point 81.

54 CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Rec. p. I-4161, point 44.

55 CJCE, 26 sept. 2000, Commission c. Belgique, C-478/98, Rec. p. I-7587, point 45.

contre la fraude fiscale. De là à admettre qu'il n'exède pas le but qui lui est assigné paraît un pas facile à franchir.

En conclusion, c'est donc essentiellement sur le terrain des droits fondamentaux de l'homme et plus précisément au vu de l'atteinte à la vie privée qu'un échange automatique d'informations est condamnable. Sa compatibilité avec les principes de liberté du marché intérieur sans être acquise pourrait s'appuyer sur l'impérieuse nécessité de lutter contre la fraude fiscale et d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux pour laquelle la CJCE ne semble pas toujours appliquer un test de proportionnalité très rigoureux.

III. Le juste équilibre entre l'intérêt public et le respect de la vie privée

La gravité de l'atteinte qu'un système automatique d'informations porte au respect de la vie privée oblige à s'interroger sur le point de savoir si l'objectif poursuivi par la directive 2003/48/CE ne peut pas être garanti par d'autres voies moins incisives et possiblement tout aussi efficaces.

Deux solutions viennent ici immédiatement à l'esprit : l'échange d'informations sur demande tel qu'il est prévu tant par la directive 77/799/CEE que par le modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE (art. 26) et la perception d'une retenue à la source dans le pays où l'épargne est détenue dont le produit serait en grande partie reversé à l'État de résidence du contribuable, que la directive 2003/48/CE admet, du moins temporairement, comme alternative à l'échange automatique d'informations.

L'admissibilité de cette dernière solution au regard du respect dû à la vie privée doit, en effet, s'apprécier à l'aune de l'efficacité d'autres mécanismes nettement plus respectueux de celui-ci. En d'autres mots, le coup porté au respect de la vie privée par un système « *aveugle* » d'échange automatique d'informations devient d'autant plus intolérable que sa supériorité en termes d'efficacité pour l'imposition des revenus de l'épargne n'est pas clairement établie (1.). Aussi est-il préférable de maintenir le système d'échange sur demande qui permet de garantir le respect de la vie privée (2.).

1. L'efficacité économique douteuse de l'échange automatique d'informations

Les avantages de l'échange automatique d'informations sur le système de retenue à la source sont loin d'être prouvés, tout au contraire⁵⁶.

Dans son rapport au Conseil du 15 septembre 2008 ([SEC (2008)2420] p. 4) la Commission européenne se veut certes rassurante en affirmant que « *la directive s'est révélée efficace dans les limites de son champ d'application. Elle a également eu des résultats positifs indirects, non mesurables, sur le respect par les contribuables de l'obligation qui leur incombe de déclarer les intérêts qu'ils perçoivent* »⁵⁷. En vain cherche-t-on toutefois les preuves à l'appui de cette affirmation dans son

rapport précité ou dans l'étude d'impact préparée en vue de la modification de la directive, publiée le 13 novembre 2008 (SEC(2008) 2767). La Commission y avoue explicitement qu'elle n'a pas pu se procurer les données nécessaires à une évaluation sérieuse de la directive et que ces données manquent en particulier pour les échanges d'informations. Pour l'instant, il ne semble donc pas possible de se faire une idée précise sur le montant des recettes fiscales générées par l'échange automatique d'informations ni même sur l'exploitation concrète par les administrations fiscales des informations reçues. Il n'est donc pas exclu que ces échanges n'aient en définitive contribué que de manière insignifiante à l'objectif final de la directive, à savoir de « *permettre l'imposition effective des paiements d'intérêts dans l'État membre où le bénéficiaire effectif a sa résidence fiscale* » (directive 2003/48/CE, considérant 14).

Que cet échange ait parallèlement engendré des coûts n'est pas contestable. Les indications fournies par la Commission restent ici également incomplètes⁵⁸. Plus instructive est l'étude empirique préparée sous l'égide du European Policy Forum par Graham Mather et Keith Boyfield⁵⁹. Une vaste enquête auprès de 1243 banques en Europe et en Suisse révèle que la mise en conformité avec la directive a engendré pour celles-ci un coût initial de 753 millions d'euros auquel s'ajoute un coût annuel de 693 millions d'euros. Les auteurs estiment qu'une extension du champ d'application de la directive telle qu'envisagée par la Commission doublerait la facture.

Un autre point passé pour l'instant sous silence par la Commission est celui de savoir si l'échange automatique d'informations n'a pas conduit à une fuite de capitaux vers des États tiers à l'Union européenne où ils se trouvent définitivement à l'abri de toute imposition en Europe.

Ces éléments laissent songeur lorsque l'on sait que le système de retenue à la source est d'une efficacité économique incomparable. Évitant la mise en place par les banques (« agents payeurs ») de systèmes complexes de communication d'information, il garantit la perception efficace d'impôts sur l'intégralité des revenus concernés. Le système étant géré directement par les banques, les États profitent d'une manne fiscale sans devoir déployer les moindres ressources. N'est-ce pas pour cette raison que la grande majorité des États membres retient sur un plan interne la solution de la retenue à la source pour imposer les revenus de l'épargne ? En d'autres mots, la solution préconisée par la directive n'est pas jugée efficace pour taxer l'épargne conservée à l'intérieur du pays. Comment peut-elle le devenir pour celle confiée à une banque installée dans un autre État membre ?

2. Les garanties offertes par une retenue à la source ou/et l'échange d'informations sur demande

La retenue à la source n'implique par hypothèse aucun danger pour la vie privée. Il en est ainsi parce que l'impôt étant perçu dans l'État où les revenus de l'épargne sont produits en toute transparence, aucun transfert d'information nominative au profit de l'État de résidence n'est nécessaire. La retenue à

56 Voir notamment les rapports et documents sous http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/index_en.htm

57 [http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/COM\(2008\)552_fr.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/COM(2008)552_fr.pdf)

58 Rapport d'impact précité, point 2.3

59 Graham Mather & Keith Boyfield, *Challenges Facing the EU Savings Tax* (2008).

la source ne protège pas seulement la vie privée des individus ; elle favorise également le développement des opérations transfrontières au sein de l'UE et par voie de conséquence, la libre circulation des capitaux et l'activité des professionnels exerçant en libre prestation de service, les systèmes d'échange automatique d'informations étant indirectement des entraves à ces libertés. Par ailleurs, en permettant aux personnes physiques de pouvoir bénéficier de systèmes de fiscalité différents, la retenue à la source permet d'éviter une fuite massive des capitaux en dehors de l'Europe.

L'échange sur demande protège également la vie privée. La demande doit en effet répondre à certaines conditions dont le respect peut être contrôlé au cas par cas sous le contrôle des tribunaux : les demandes d'informations s'analysent, en effet, en des actes administratifs susceptibles de recours. A l'inverse, l'échange systématique ne permet pas la mise en place de telles garanties et fait ainsi échapper les échanges d'informations à tout contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori* étant assez illusoire : une fois l'information communiquée, le mal est en quelque sorte fait. Un tel système ne permet donc que très difficilement de lutter contre les abus et porte en lui-même très potentiellement des atteintes disproportionnées à la vie privée.

Les deux dispositifs peuvent être envisagés indépendamment l'un de l'autre. Il est vrai toutefois que le système de retenue à la source ne pourra jamais éviter toute fraude, celle-ci étant liée à une opération hors du dispositif de retenue à la source ou à une opération en caractérisant le dysfonctionnement. Mais comme ces fraudes ne sont pas le cas général et qu'elles ne peuvent pas être présumées, elles sont insuffisantes pour justifier le système d'échange automatique d'informations : elles ne peuvent que fonder la combinaison de la retenue à la source avec l'échange sur demande.

Conclusion

Le respect de la vie privée n'est pas l'ennemi de la justice fiscale. Celle-ci peut être assurée aisément via la retenue à la source et le reversement de l'impôt à l'État de résidence du bénéficiaire des intérêts. Il est vrai que le montant de la retenue à la source peut ne pas paraître suffisant pour certains États. Mais est-ce une raison suffisante pour généraliser un système d'échange d'informations portant gravement atteinte à la vie privée des européens ? Nous ne le pensons pas, car les divergences fiscales peuvent être traitées en amont par les États membres. Par ailleurs, à une époque où l'on souhaite que les européens puissent librement effectuer des opérations partout en Europe, quel que soit le lieu d'exécution de l'opération, est-il raisonnable de permettre aux États de résidence de les suivre à la trace en tout endroit ? La liberté économique rejoint la vie privée dont le respect doit être à tout instant assuré. ■