

# La loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers et son application aux niveaux international et européen

---

## PÉTITIONS



Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles

Direction générale des politiques internes  
PE 604.967- Mai 2018





# La loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers et son application aux niveaux international et européen

---

## ÉTUDE

### Résumé

La présente étude, commandée par le département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen à la demande de la commission des pétitions, analyse la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA) et son application à l'échelle internationale et européenne: elle fournit d'abord une vue d'ensemble concernant l'échange d'informations fiscales et les mécanismes de la FATCA appliqués par le biais d'accords intergouvernementaux, décrit ensuite la nature extraterritoriale et les externalités négatives de la FATCA, en particulier l'incidence de cette loi sur les citoyens américains à l'étranger et les conflits potentiels avec le droit de l'Union, en portant une attention particulière au droit à la protection des données relevant de la FATCA au titre du règlement général sur la protection des données (RGPD), et se conclut par des suggestions de politiques bilatérales et unilatérales que pourraient adopter l'Union européenne et les États-Unis, ainsi que des observations finales concernant une approche multilatérale.

## **À PROPOS DE LA PUBLICATION**

Le présent rapport d'étude a été demandé par la commission des pétitions du Parlement européen et commandé, supervisé et publié par le département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles.

Les départements thématiques fournissent des expertises indépendantes, internes ou externes, dans le but d'aider les commissions du Parlement européen et les autres organes parlementaires à concevoir la législation et à exercer le contrôle démocratique des politiques externes et internes de l'Union.

Pour contacter le département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles ou pour vous abonner à sa lettre d'information, veuillez écrire à l'adresse suivante: [poldep-citizens@europarl.europa.eu](mailto:poldep-citizens@europarl.europa.eu)

## **ADMINISTRATEUR DE RECHERCHE RESPONSABLE**

Giorgio MUSSA

Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles

Parlement européen

B-1047 Bruxelles

Courriel: [poldep-citizens@europarl.europa.eu](mailto:poldep-citizens@europarl.europa.eu)

## **AUTEUR**

Carlo GARBARINO, professeur de droit fiscal de l'Université Bocconi, et directeur de l'observatoire fiscal de l'école de commerce de Bocconi, Milan.

## **VERSION(S) LINGUISTIQUE(S)**

Original: EN

Manuscrit achevé en octobre 2018

© Union européenne, 2018

Ce document est disponible sur l'internet à l'adresse suivante:

<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>.

## **CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ**

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

La reproduction et la traduction sont autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source, information préalable du Parlement et transmission d'un exemplaire à celui-ci.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>ABRÉVIATIONS</b>	<b>5</b>
<b>SYNTHÈSE</b>	<b>6</b>
<b>1. LA FATCA ET L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS: VUE D'ENSEMBLE</b>	<b>9</b>
<b>2. LE MÉCANISME DE LA FATCA</b>	<b>13</b>
2.1. Intermédiaires financiers étrangers	13
2.2. Déclarations des intermédiaires financiers étrangers	13
2.3. Retenue à la source	15
2.4. Déclaration des actifs financiers étrangers	16
<b>3. LES ACCORDS INTERGOUVERNEMENTAUX</b>	<b>18</b>
3.1. Les deux modèles d'AIG	18
3.2. Le statut juridique des AIG	21
<b>4. L'INCIDENCE DE LA FATCA</b>	<b>23</b>
4.1. Caractère extraterritorial de la FATCA et absence de réciprocité	23
4.2. Les externalités négatives de la FATCA	24
4.3. Incidence négative de la FATCA sur les citoyens américains à l'étranger	27
<b>5. CONFLITS AVEC LE DROIT DE L'UNION</b>	<b>31</b>
5.1. Le droit à la protection des données relevant de la FATCA au titre du règlement général sur la protection des données	31
5.1.1. La FATCA et le droit des contribuables à la protection des données	31
5.1.2. Les restrictions au droit à la protection des données relevant de la FATCA	33
5.1.3. La transparence et l'accès aux données FATCA à caractère personnel	35
5.1.4. Les transferts de données relevant de la FATCA vers des pays tiers	36
5.1.5. Le droit de rectification des données relevant de la FATCA	37
5.1.6. Contestation pour défaut de conformité	38
5.2. Les données relevant de la FATCA et les garanties substantielles	38
5.2.1. Compatibilité de la FATCA avec l'article 14 de la CEDH	39
5.2.2. Compatibilité de la FATCA avec l'article 8 de la CEDH	40
<b>6. CONCLUSIONS ET SUGGESTIONS DE POLITIQUES</b>	<b>41</b>
6.1. Politiques bilatérales entre l'Union européenne et les États-Unis	41
6.1.1. Modifications des AIG en vue de leur conformité avec le RGPD	41
6.1.2. La renégociation des AIG en vue de les rendre réellement réciproques	42
6.2. Politiques unilatérales de l'Union européenne	42
6.3. Politiques unilatérales des États-Unis	44
6.3.1. L'atténuation de la FATCA	44

6.3.2. Modifications de la fiscalité fondée sur la citoyenneté	44
6.4. Politiques multilatérales	45

## ABRÉVIATIONS

<b>IRS</b>	<i>Internal Revenue Service</i> (administration fiscale américaine)
<b>NCD</b>	Norme commune de déclaration
<b>AEOI</b>	Échange automatique d'informations
<b>DAC</b>	Directive sur la coopération administrative
<b>FATCA</b>	Loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers
<b>IFE</b>	Intermédiaires financiers étrangers
<b>RGPD</b>	Règlement général sur la protection des données
<b>Cour européenne des droits de l'homme</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CEDH</b>	Convention européenne des droits de l'homme
<b>DCP</b>	Directive sur les comptes de paiement
<b>AEIF</b>	Accord d'échange d'informations fiscales
<b>IRC</b>	<i>Internal Revenue Code</i> (code fiscal)
<b>FBAR</b>	Comptes bancaires et financiers étrangers
<b>AIG</b>	Accord intergouvernemental

## SYNTHÈSE

Cette étude fait suite à la pétition n° 1088/2016, présentée par M. J.R., de nationalité française, sur la prétendue violation, par la loi américaine relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA), des droits européens et sur les effets extraterritoriaux des lois américaines au sein de l'Union européenne, et analyse cette loi aux niveaux international et européen: elle fournit d'abord une vue d'ensemble concernant l'échange automatique d'informations (AEOI) fiscales et les mécanismes de la FATCA appliqués par le biais d'accords intergouvernementaux, et examine ensuite les problèmes de la FATCA et les moyens d'y remédier.

Dans le contexte de l'émergence de l'AEOI, en 2010, les États-Unis ont introduit la FATCA de manière unilatérale: les intermédiaires financiers étrangers, sous la menace d'une retenue à la source sur tous leurs paiements provenant des États-Unis et de la révocation de leur agrément bancaire dans ce pays, doivent informer l'administration fiscale américaine (IRS) des participations détenues par leurs clients ayant la citoyenneté américaine. La FATCA est mise en œuvre par une série d'accords intergouvernementaux (AIG) conclus entre les États-Unis et certains États membres de l'Union européenne.

La FATCA est l'expression de l'exercice unilatéral de la compétence législative extraterritoriale, qui, *dans la plupart des cas, n'est pas fondé sur la réciprocité*. Ces caractéristiques créent deux types d'externalités négatives systémiques: i) des coûts pour le secteur financier combinés à un effet dissuasif sur les investissements étrangers aux États-Unis; et ii) des conflits avec des lois nationales partiellement résolus par les AIG. La FATCA entraîne aussi d'autres externalités idiosyncrasiques touchant les «*Américains accidentels*», c'est-à-dire les personnes qui sont actuellement citoyens ou résidents fiscaux de pays de l'Union, mais qui ont acquis d'office la citoyenneté américaine à la naissance du fait de leur naissance sur le sol américain, et qui ne conservent aucun lien avec les États-Unis. Il existe deux grands problèmes liés à la FATCA pour ces personnes: d'une part, ils se voient refuser des services bancaires par les établissements financiers de l'Union en raison de coûts associés à la FATCA; d'autre part, ils sont soumis à la coûteuse mise en conformité avec la loi américaine, qui n'est pas proportionnée à leur situation réelle de citoyens respectueux de la législation européenne.

En raison de son caractère extraterritorial, la FATCA déclenche également des conflits systémiques avec différents échelons du droit de l'Union. Il existe deux principaux exemples de ces conflits: i) les données détenues et transmises par les intermédiaires financiers étrangers (IFE) au titre de la FATCA donnent lieu à un problème de garanties procédurales et de protection des données; et ii) les données qui ne sont pas obtenues par les IFE qui refusent de fournir des services engendrent une violation des droits substantiels des individus.

En ce qui concerne le premier cas i), le règlement général sur la protection des données (RGPD), entré en vigueur le 25 mai 2018, comble le vide qui s'est creusé ces dix dernières années, lorsque les pouvoirs des administrations fiscales ont augmenté grâce à l'AEOI et à la FATCA, phénomène qui s'est intensifié avec les technologies numériques, alors que la protection des données à l'échelle de l'Union n'a pas vraiment suivi la même tendance. Désormais, le RGPD confère un caractère systématique à ces droits et établit le *droit fondamental à la protection des données*. En ce qui concerne le deuxième cas ii), les violations engendrées par la FATCA peuvent être alléguées au titre de l'article 14 (interdiction de discrimination) et de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette étude analyse en détail les droits des citoyens de l'Union à la protection des données relevant de la FATCA en vertu du RGPD, ainsi que les mesures de



sauvegarde de leurs droits substantiels, et se termine par un ensemble de propositions de politiques à mettre en œuvre.

### Politiques bilatérales entre l'Union européenne et les États-Unis

Dans le cadre des AIG, le transfert de données au titre de la FATCA vers les États-Unis ne bénéficie pas du niveau de protection imposé par le RGPD, et il convient donc de modifier les AIG de manière à ce qu'ils soient conformes au RGPD. L'Union devrait entreprendre un examen et envisager de telles modifications des AIG, car la violation des droits à la protection des données est susceptible d'affaiblir la légitimité de l'AEIOI intervenant dans le cadre de la FATCA.

### Politiques unilatérales de l'Union européenne

Les politiques européennes unilatérales jouent un rôle déterminant dans la renégociation des AIG avec les États-Unis en faveur de la protection des données au titre du RGPD. Le non-respect du principe de réciprocité dans l'échange d'informations de la part des États-Unis pourrait conduire à envisager la possibilité pour l'Union d'adopter une «*loi de blocage*» qui serait applicable jusqu'à ce que la réciprocité soit rétablie en ce qui concerne la FATCA. En outre, la loi de blocage pourrait s'appliquer jusqu'à ce que certains points critiques de la FATCA en ce qui concerne les Américains accidentels au sein de l'Union et les citoyens ayant une double nationalité (européenne et américaine) soient atténués par les États-Unis. En outre, jusqu'à ce que la renégociation soit achevée, l'Union devrait *uniquement* permettre les transferts de données relevant de la FATCA concernant les citoyens américains qui ne sont pas des résidents de l'Union, mais *pas* ceux des données de citoyens/résidents européens. Enfin, la *protection juridictionnelle des Américains accidentels par les tribunaux nationaux et la Cour européenne des droits de l'homme* devrait voir le jour au titre des articles 8 et 14 de la CEDH.

### Politiques unilatérales des États-Unis

En outre, l'Union devrait utiliser les canaux de communication politique et diplomatique pour inciter les États-Unis à adopter une législation qui permettrait d'atténuer les points critiques de la FATCA dans l'Union, grâce à des mesures telles qu'une dispense de l'obligation prévue par la FATCA de déclarer les comptes à faible risque, ainsi qu'un relèvement du seuil à partir duquel la communication d'informations au titre de la FATCA est obligatoire jusqu'à hauteur de 500 000 USD. Les États-Unis pourraient également modifier certains aspects de la fiscalité fondée sur la citoyenneté américaine, qui ont été exacerbés par la classification des citoyens américains potentiels du monde entier opérée par la FATCA, ce qui constitue de toute évidence un excès. La fiscalité fondée sur la citoyenneté est en cours d'examen aux États-Unis et les universitaires ont avancé l'hypothèse que la citoyenneté absolue fondée sur le droit du sol et la citoyenneté automatique fondée sur le droit du sang posent aujourd'hui problème en ce qu'elles imposent des obligations déraisonnables en vertu de la FATCA aux citoyens tels que les Américains accidentels, qui n'ont pas de liens avec les États-Unis, tout en maintenant des obstacles à leur abandon de la citoyenneté américaine. L'Union pourrait donc encourager la facilitation de l'abandon de la citoyenneté américaine par les Américains accidentels, ou l'élimination des obligations au titre de la FATCA liées au statut des Américains accidentels.

### Politiques multilatérales

L'AEIOI et la FATCA ont été établis en tant que mesures multilatérales visant un système mondial de partage d'informations fiscales entre les pays, et la FATCA a été présentée en tant que facilitatrice de ce processus de coopération dans la lutte contre la fraude fiscale à l'échelle mondiale. Dans le cadre de l'AEIOI et de la FATCA, le multilatéralisme peut être considéré comme étant la somme de nombreux accords bilatéraux *entièrement fondés sur la réciprocité*. Malheureusement, les États-Unis ont conclu des accords intergouvernementaux bilatéraux avec certains pays de l'Union qui ne fonctionnent *pas*

réellement sur la base de la réciprocité, de sorte que le système multilatéral qui était initialement envisagé par l'Union et les États-Unis est en cours d'effondrement. En outre, les États-Unis n'ont pas l'intention de se conformer à la norme commune de déclaration.

Il convient donc de relancer le multilatéralisme dans le cadre de l'AEOL en matière fiscale entre l'Union et les États-Unis afin de revenir à l'esprit de la FATCA en tant qu'initiatrice du multilatéralisme. Les États-Unis pourraient envisager un instrument multilatéral comme moyen d'augmenter les chances de succès du système établi par la FATCA, au lieu de se reposer uniquement sur les IFE, au risque que l'opposition d'autres gouvernements à la FATCA ne s'accroisse. Il existe plusieurs raisons en faveur d'un instrument multilatéral qui fixerait des normes communes concernant l'AEOL: i) si d'autres pays étaient prêts à collecter et à échanger des données similaires à celles faisant l'objet de la FATCA, l'effet dissuasif vis-à-vis des investissements étrangers sur le marché des capitaux américain provoqué par la FATCA serait dilué; ii) les coûts de la mise en œuvre de la FATCA pourraient être réduits grâce à une coopération entre les gouvernements américain et étrangers; iii) un alignement des garanties en matière de protection des données permettrait de réduire les conflits entre la FATCA et les législations européenne et locales; et iv) les expatriés américains seraient soumis aux mêmes exigences de déclaration que les citoyens d'autres pays.

## 1. LA FATCA ET L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS: VUE D'ENSEMBLE

L'échange d'informations est lié au principe de l'imposition mondiale des revenus. Les pays de résidence qui imposent leurs résidents sur les revenus générés tant sur le marché intérieur qu'à l'étranger ont besoin de la coopération des pays sources pour obtenir des informations sur les revenus générés par leurs résidents dans ces pays. Par la neutralisation des effets plus avantageux d'une fiscalité nulle ou faible dans un pays étranger, un pays de résidence est effectivement en mesure d'exiger que les revenus étrangers soit soumis à un contrôle par l'échange d'informations et la coopération administrative.

L'imposition dans le pays de résidence fonctionne aussi longtemps que les pays de résidence sont effectivement capables de recueillir des informations en provenance des pays sources concernant les revenus générés dans ces pays, et, par conséquent, l'une des principales préoccupations des autorités fiscales des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) est l'évasion fiscale des contribuables résidents qui ne déclarent pas ou ne déclarent qu'une partie de leurs revenus générés à l'étranger.

L'interdépendance des pays de résidence à fiscalité élevée et des pays sources à fiscalité faible est la toile de fond naturelle permettant de comprendre les concepts novateurs de «transparence» et d'«échange d'informations», qui sont devenues cruciaux dans le contexte actuel de la situation fiscale internationale. Les règles fondamentales en matière d'échange d'informations figurent à l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE (ci-après «l'article 26»), qui se reflète dans les conventions de double imposition visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

Les questions pratiques liées à ces types d'échange d'informations ont été traitées par le groupe de travail du Forum mondial de l'OCDE pour un échange effectif de renseignements, qui a commencé à travailler sur un projet d'accord d'échange d'informations fiscales (AEIF) en vue de la promotion de méthodes effectives de coopération internationale en matière fiscale grâce à l'échange d'informations. Le Forum mondial sur la fiscalité a été établi en 2001 et l'OCDE a commencé à centrer son projet sur l'amélioration de la transparence et sur un accès effectif accru à l'échange d'informations<sup>1</sup>. En avril 2002, l'OCDE a publié un modèle d'accord d'échange d'informations fiscales (modèle AEIF), qui est un instrument non contraignant qui sert de modèle pour aider les États contractants dans leurs négociations bilatérales ou multilatérales visant à finaliser les accords en cause.

À la même époque, les États-Unis avaient déjà déployé leurs propres politiques, qui étaient essentiellement fondées sur la coopération entre les établissements financiers. À compter de 2001, les établissements financiers étrangers pouvaient considérer comme accord d'échange d'informations fiscales (AEIF) les accords spécifiques conclus avec les États-Unis. Les intermédiaires qualifiés (QI) ont accepté d'établir l'identité de leurs clients, mais ils n'avaient pas à communiquer l'identité des clients non américains, y compris des sociétés, à l'IRS aussi longtemps que les QI estimaient que le montant adéquat de l'impôt américain était retenu sur les paiements provenant des États-Unis aux clients non américains. Le fonctionnement du système des QI est le premier exemple significatif d'un système de «régime transfrontalier anonyme de retenue à la source», dans lequel les établissements financiers ont servi d'intermédiaires nécessaires à l'obtention directe des informations sur leurs clients.

---

<sup>1</sup> Voir: *OECD Pursues a Global Dialogue on International Taxation*, OCDE, Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2001.

En 2004, l'OCDE a jugé explicitement pertinents les critères de transparence et d'échange d'informations en vue de déterminer les pays qui étaient les prétendus bénéficiaires de ses politiques, et ces pays ont été ouvertement qualifiés de «pays et territoires non coopératifs». L'ensemble de la campagne de l'OCDE a alors déplacé son attention de la fraude fiscale dans le secteur des activités géographiquement mobiles à l'évasion fiscale dans le domaine des revenus d'investissements passifs<sup>2</sup>, et ce changement a été approuvé par les ministres des finances du G 20 à la fin de l'année 2004<sup>3</sup>.

Le bouleversement provoqué par la crise financière de 2008 a intensifié le besoin des gouvernements d'augmenter les recettes en réduisant la fraude fiscale internationale, et les pays et territoires non coopératifs sont donc devenus un sujet brûlant de l'agenda politique de l'OCDE<sup>4</sup>. La transparence fiscale a été au centre de l'attention lors des sommets du G 20 à Washington, Londres, Pittsburgh et Toronto. Le 2 avril 2009, au moment où les participants au sommet du G 20 de Londres réclamaient une liste des paradis fiscaux, le secrétaire général de l'OCDE a publié un nouveau rapport sur l'état de la situation concernant les pays évalués par le Forum mondial de l'OCDE du point de vue de la mise en œuvre des normes convenues à l'échelle internationale sur la transparence et l'échange d'informations à des fins fiscales.

Tout a changé aux États-Unis en 2008-2009 lorsque Bradley Birkenfeld, un ancien employé de la banque UBS, a révélé que celle-ci conseillait à des citoyens américains d'ouvrir des comptes à l'étranger liés à des entités étrangères qui recevraient des paiements sans aucune retenue à la source, même si les bénéficiaires effectifs étaient des résidents américains. UBS a accepté de payer une amende de 780 millions USD, de révéler (par l'intermédiaire du gouvernement suisse) le nom des 250 titulaires américains de comptes UBS à l'étranger et de cesser ses activités bancaires et de courtage illicites aux États-Unis. En vertu d'un accord distinct, UBS a également accepté de divulguer le nom d'un grand nombre de titulaires américains de comptes UBS à l'étranger.

En 2009, dans le cadre d'un programme de mise en conformité volontaire de comptes à l'étranger, près de 15 000 contribuables américains ont divulgué à l'administration fiscale américaine (IRS) qu'ils détenaient des fonds dans des comptes à l'étranger non déclarés jusque-là, puis, les États-Unis ont adopté un système visant à soumettre les contribuables américains à une divulgation obligatoire. Le 18 mars 2010, l'administration Obama a promulgué la loi sur les incitations à l'embauche pour le rétablissement de l'emploi («Hiring Incentives to Restore Employment Act», ou «HIRE Act»), qui intègre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers («Foreign Account Tax Compliance Act», ou «FATCA»). La FATCA a établi un principe de base: une institution financière étrangère est soumise à une retenue à la source de trente pour cent sur l'ensemble de ses revenus provenant des États-Unis à moins qu'elle ne respecte les obligations de déclaration prévue par la FATCA concernant les «citoyens américains» (pour une définition spécifique, voir le paragraphe 4.3) qui sont titulaires d'un compte de cette institution. Ainsi, la FATCA impose un vaste régime de surveillance et d'information aux établissements financiers étrangers situés en dehors des États-Unis dans le but de découvrir les actifs étrangers non déclarés à l'IRS.

---

<sup>2</sup> Easson, A., «Harmful Tax Competition: An Evaluation of the OECD Initiative», *Tax Notes International* n°10, 2004, p. 1038; en ce sens, voir également: McLure Jr., C E., «Will the OECD Initiative on Harmful Tax Competition Help Developing and Transition Countries?», *Bulletin for International Fiscal Documentation* n° 59, 2005, p. 90-98.

<sup>3</sup> Communiqué, Réunion des ministres des finances et des gouverneurs des banques centrales des pays du G 20, 21 novembre 2004.

<sup>4</sup> Voir: Owens, J., «Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters», *Bulletin for International Taxation* n° 63, 2009, p. 557-558.

Dans le même temps, la campagne de l'OCDE était axée sur les normes de transparence et l'échange d'informations en vue d'appliquer pleinement l'article 26, ainsi que le modèle AEIF<sup>5</sup>. En conséquence de cette campagne, des «normes convenues à l'échelle internationale» ont été définies dans le cadre du Forum mondial de l'OCDE sur la fiscalité<sup>6</sup>. En 2013, seize États membres de l'Union ont appelé de leurs vœux une «nouvelle norme mondiale pour l'échange automatique d'informations» basée sur la FATCA américaine afin de lutter contre la fraude fiscale, et, en 2014, l'OCDE a publié un document proposant un cadre mondial pour l'échange d'informations financières, intitulé la «norme commune de déclaration» (NCD). La NCD a établi un cadre multilatéral permettant aux pays d'échanger des informations de façon automatique, et plus de 70 pays se sont engagés à l'adopter. Grâce au cadre technologique de la NCD, les informations fiscales sont échangées non seulement de manière multilatérale, mais aussi de façon automatique, c'est-à-dire sans qu'une demande spécifique ne soit nécessaire. Ce phénomène est qualifié d'«échange automatique d'informations» (AEOI).

L'OCDE indique que la NCD s'inspire dans une large mesure de l'approche intergouvernementale de mise en œuvre de la FATCA en vue de maximiser l'efficacité et de réduire les coûts pour les établissements financiers. Ainsi, la FATCA a initialement facilité les efforts d'échange multilatéraux d'informations<sup>7</sup>. Par exemple, les membres du G 5 ont rapporté avoir échangé des informations de manière multilatérale en se fondant sur le modèle d'AIG américain. De même, selon des déclarations officielles, l'Union a estimé que la FATCA offrait une occasion unique de passer d'une série d'accords bilatéraux à un système multilatéral.

L'Union a participé activement au développement de l'AEOI et a fait figure de précurseur concernant sa dimension multilatérale. Dès 2001, l'Union avait introduit la base juridique pour l'échange d'informations fiscales entre les États membres par le biais de la directive 2011/16/UE du Conseil relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE (DAC 1)<sup>8</sup>. La DAC 1 a fait de l'AEOI la norme en matière d'échange d'informations fiscales au sein de l'Union. En réalité, la DAC 1 prévoit trois types d'échange d'informations: 1) l'échange d'informations sur demande: tout échange d'informations réalisé sur la base d'une demande introduite par un État membre requérant auprès d'un État membre requis dans un cas particulier (article 3, point 8); 2) l'échange automatique: la communication systématique par un État membre, sans demande préalable, d'informations prédéfinies, à intervalles réguliers préalablement fixés, à un autre État membre (article 3, point 9); et 3) l'échange spontané: la communication ponctuelle, de la part d'un État membre, à tout moment et sans demande préalable, d'informations à un autre État membre, (article 3, point 10).

---

<sup>5</sup> *Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, OCDE, Paris, 3 septembre 2010, paragraphe 13.

<sup>6</sup> Sur la campagne de l'OCDE, voir: Oberson, X., «The OECD Model Agreement on Exchange of Information – A Shift to the Applicant State», *Bulletin for International Taxation* n° 57, 2003, p. 14-17; Spencer, D., «International tax cooperation: centrifugal vs. centripetal forces (part 1)», *Journal of international taxation* n° 21, 2010, p. 38-51; Spencer, D., «International tax cooperation: centrifugal vs. centripetal forces (part 2)», *Journal of international taxation* n° 22, 2010, p. 46-60. Voir: Stewart, M., «Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps Towards a Globalized, Legitimate Tax Administration», *4 World Tax J.*, 2012, p. 161 (Journals IBFD).

<sup>7</sup> Heiberg, J., «FATCA: Toward a Multilateral Automatic Information Reporting Regime», *Washington & Lee Law Review* n° 69, 2012, p. 1685-1713; Stewart, M. «Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps Towards A Globalized, Legitimate Tax Administration», *World tax Journal*, 2012, p. 152-179.

<sup>8</sup> 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, JO L 64/1 du 11.3.2011.

La directive 2014/107/UE (DAC 2) a modifié la directive 2011/16/UE et a engagé les États membres à l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. La directive 2015/2376/UE (DAC 3) a modifié à son tour les dispositions existantes et a inclus les décisions fiscales anticipées en matière transfrontière et les accords préalables en matière de prix de transfert à la liste des données soumises à l'AEIO<sup>9</sup>. Enfin, le Conseil a adopté formellement la DAC 4 au cours de la réunion du Conseil «Affaires économiques et financières» (ECOFIN) du 25 mai 2016, qui a étendu l'AEIO aux déclarations pays par pays en 2016. Les évolutions européennes décrites ci-dessus ont mené à l'adoption de l'AEIO en tant que norme selon laquelle les États membres échangent des informations fiscales.

En conclusion, au cours de la dernière décennie, trois puissants acteurs ont contribué à l'élaboration de normes de coopération en matière d'AEIO fiscales: l'OCDE, les États-Unis et l'Union européenne. Le résultat est que l'étendue de l'échange d'informations en matière fiscale s'est notablement élargi, et l'échange d'informations en lui-même est devenu le seuil minimal d'une coopération envisageable et réclamée par les pays à fiscalité élevée vis-à-vis des pays à fiscalité faible. La communauté internationale exige désormais un tel engagement en faveur de l'échange d'informations de la part des «paradis fiscaux non coopératifs», et les traités bilatéraux ou multilatéraux définissent la portée et les limites du contenu d'une telle obligation, établissant également l'AEIO, la FATCA en étant un exemple typique.

Ces nouvelles normes comprennent: i) des conventions internationales, bilatérales ou multilatérales régissant spécifiquement l'assistance mutuelle entre les États contractants et basées sur le modèle AEIO, telles que les instruments de l'OCDE; ii) des dispositions régissant l'échange d'informations, intégrées dans des accords bilatéraux de double imposition (article 26); iii) des règles régissant l'assistance mutuelle dans des contextes régionaux, telles que les règles de l'Union; iv) des instruments unilatéraux adoptés par certains pays et comportant un effet extraterritorial, tels que la FATCA. Ces nouvelles normes se fondent sur quatre éléments: i) l'existence de mécanismes d'échange d'informations sur demande, lorsque ces informations sont «vraisemblablement pertinentes»; ii) l'absence de tout type de restrictions à cet échange, telles que le secret bancaire ou d'autres exigences d'intérêt fiscal national; iii) la disponibilité d'informations fiables (en particulier la banque, la propriété, l'identité et les informations comptables) en réponse à une demande spécifique dans les meilleurs délais; et iv) l'émergence de l'AEIO sur une base bilatérale ou multilatérale.

---

<sup>9</sup> Directive 2015/2376/UE du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, JO L 332/1 du 18.12.2015 (DAC 3).

## 2. LE MÉCANISME DE LA FATCA

Chaque année, les États-Unis perdent des recettes fiscales en raison de la fraude fiscale liée à des comptes bancaires à l'étranger<sup>10</sup>. Historiquement, ces stratégies de fraude ont été efficaces en raison des strictes règles de secret bancaire appliquées par d'autres juridictions. Pour surmonter le manque de coopération de la part de ces autres juridictions, les États-Unis ont entrepris une série d'approches agressives de recouvrement de l'impôt qui a abouti à la FATCA, en 2010.

La FATCA a introduit unilatéralement un mécanisme complexe d'AEOI géré par les intermédiaires financiers, et qui repose sur quatre éléments: 1) l'identification des intermédiaires financiers étrangers participants; 2) l'obligation de déclaration de ces intermédiaires concernant certains titulaires de comptes de nationalité américaine et étrangers; 3) la menace d'une retenue à la source sur les paiements provenant des États-Unis en cas de non-respect des dispositions de la FATCA; et 4) l'obligation, pour les citoyens américains, de déclarer spécifiquement à l'IRS leurs actifs financiers étrangers.

### 2.1. Intermédiaires financiers étrangers

En premier lieu, la FATCA définit en des termes très généraux une catégorie d'établissements dénommés «intermédiaires financiers étrangers» (IFE). En vertu de l'article 1471 (d) (4) du code des impôts américain («*Internal Revenue Code*» ou «IRC»), les entités financières doivent être considérées comme «étrangères» lorsqu'elles ne sont pas organisées en vertu des lois des États-Unis. En outre, conformément à l'article 1471 (d) (5), le terme «institution financière» désigne toute entité: a) qui accepte des dépôts dans le cadre habituel d'une activité bancaire ou similaire; b) dont une part substantielle de l'activité consiste à détenir des actifs financiers pour le compte d'autrui; ou c) exerce principalement ses activités (ou se présente comme les exerçant), entre autres, dans les domaines de l'investissement, du réinvestissement ou de la négociation de titres, de participations dans des sociétés ou de marchandises, ou de tout intérêt (y compris un contrat à terme ou un contrat à terme de gré à gré ou une option) dans de tels titres, participations dans des sociétés, ou marchandises.

### 2.2. Déclarations des intermédiaires financiers étrangers

En second lieu, en vertu de la FATCA, les intermédiaires financiers étrangers (IFE) sont tenus de communiquer le nom, l'adresse, et d'autres informations d'identification concernant: i) les titulaires de comptes de nationalité américaine; ii) les titulaires de comptes non américains qui sont des entités détenues par d'importants propriétaires américains. Conformément à l'article 1471 (c) de l'IRC, chaque année, les données suivantes doivent être fournies en ce qui concerne chacun de ces comptes: le nom, l'adresse et le numéro de sécurité sociale, ou, à défaut, le numéro d'identification fiscale (NIF), de tout titulaire de compte qui est un citoyen américain déterminé; le nom, l'adresse et le numéro de sécurité sociale, ou, à défaut, le NIF, de tout important propriétaire américain détenant une entité étrangère titulaire de compte; le numéro de compte, le solde ou la valeur du compte (déterminés selon les modalités prévues par le secrétaire); les recettes brutes et les retraits ou les paiements effectués à partir

---

<sup>10</sup> Le gouvernement américain estime que les États-Unis subissent une perte de recettes fiscales d'environ 345 milliards USD par an du fait de la fraude fiscale à l'étranger. Voir à ce propos: «Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance», rapport du comité sénatorial sur la sécurité intérieure et les affaires gouvernementales, sous-comité permanent en charge des enquêtes, Sénat des États-Unis, Washington, 2008; «Update on Reducing the Federal Tax Gap and Improving Voluntary Compliance», département du Trésor américain, Washington, 2009.

du compte (pour la période et selon les modalités prévues par le secrétaire)<sup>11</sup>. Les IFE participants doivent également obtenir un certain nombre de documents de la part de tout titulaire de compte présentant des indices de statut américain (ces données sont ci-après dénommées «données relevant de la FATCA»).

En vertu de la FATCA, les IFE doivent s'inscrire auprès de l'IRS (devenant ainsi formellement des IFE participants) et s'engager à communiquer les informations relatives à leurs clients américains et non américains titulaires de comptes qui sont des entités possédant d'importants intérêts américains.

L'article 1471 (c) (1) (A) de l'IRC requiert de déclarer tout titulaire de compte qui est une entité étrangère détenue aux États-Unis ainsi que chaque propriétaire américain important de cette entité. L'article 1473 (2) vient ensuite préciser la signification du terme «propriétaire américain important»: i) en ce qui concerne une société, tout ressortissant américain déterminé qui détient, directement ou indirectement, plus de 10 % des titres de ladite société (en droits de vote ou en valeur); ii) en ce qui concerne un partenariat, tout ressortissant américain déterminé qui détient, directement ou indirectement, plus de 10 % du montant des participations aux bénéficiaires ou au capital d'un tel partenariat; et iii) dans le cas d'une fiducie: a. tout ressortissant américain déterminé considéré comme propriétaire d'une partie de ladite fiducie en vertu de la sous-partie E de la partie I du sous-chapitre J du chapitre 1; et b. dans la mesure prévue par le secrétaire dans les règlements ou autres directives, tout ressortissant américain déterminé qui détient, directement ou indirectement, plus de 10 % des intérêts bénéficiaires de ladite fiducie.

Les accords conclus avec les IFE leur imposent de soumettre un rapport annuel présentant les données relevant de la FATCA susmentionnées. Les obligations de déclaration ne concernent pas seulement les comptes possédés aux États-Unis et détenus directement par les IFE, mais s'étendent à chaque autre partie intermédiaire du même «groupe affilié élargi» de ladite IFE<sup>12</sup>.

L'un des principaux changements apportés par la FATCA par rapport au précédent système de QI est le fait que, avec le nouveau régime, les IFE doivent mener des procédures de diligence raisonnable pour identifier les comptes américains et pour vérifier si leurs titulaires respectent les dispositions de la FATCA. En particulier, ces procédures varient dans le cas où les comptes sont déjà existants ou nouveaux. Les dispositions de la FATCA ne requièrent pas de collecter d'autres informations pour les clients individuels qui sont déjà correctement certifiés en tant que citoyens américains dans le cadre de la retenue ou à d'autres fins, et ne s'appliquent pas aux comptes déjà existants dont la valeur cumulée est, à la date effective de l'accord conclu avec l'IFE, égale ou inférieure à 50 000 USD.

En revanche, un «examen renforcé» est requis pour les comptes individuels déjà existants dont les valeurs cumulées sont supérieures à un million USD à compter de la date effective de l'accord conclu avec l'IFE ou à la fin de chaque année civile suivante. Si des «indices de statut américain» apparaissent concernant un client qui a fait valoir un statut non américain, des documents supplémentaires, tels que des éléments de preuve de la non-citoyenneté américaine, le lieu de naissance, ou l'adresse postale, doivent être obtenus afin d'établir avec certitude que le compte n'appartient pas à un ressortissant américain<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Voir: l'article 1471 (c) (1) de l'IRC.

<sup>12</sup> Voir: l'article 1471 (e) (2) de l'IRC.

<sup>13</sup> Voir: Treas. Reg. § 1.1471-4 (c): «Due diligence for the identification and documentation of account holders and payees» (Diligence raisonnable pour l'identification et la documentation des titulaires de comptes et des bénéficiaires).



### 2.3. Retenue à la source

Les IFE qui refusent de coopérer dans le cadre du régime et qui ne déclarent pas les informations requises sont soumis à une retenue à la source de 30 % sur certains paiements provenant des États-Unis, y compris les intérêts et dividendes de source américaine, et le produit brut de la vente d'actifs qui génère des dividendes et des intérêts américains (voir ci-dessous). L'article 1471 (a) de l'IRC établit en réalité une retenue de 30 % sur le montant brut de paiements déterminés à destination des IFE contrevenants et en provenance des États-Unis. Ces paiements incluent les dividendes, les loyers, les salaires, les primes, les indemnités, les compensations, les rémunérations, les émoluments et les autres gains, bénéfiques et revenus fixes ou déterminables, annuels ou périodiques, pour autant qu'ils proviennent des États-Unis. En outre, la retenue s'applique également à tout produit brut de la vente ou de la disposition de tout actif susceptible de produire des intérêts ou des dividendes à partir de sources situées au sein des États-Unis.

Les IFE participants sont tenus de retenir 30 % sur certains paiements aux «titulaires de comptes récalcitrants» et autres établissements financiers qui ne se conforment pas à la FATCA. Les titulaires de comptes récalcitrants sont de titulaires de compte qui: i) ne se conforment pas aux «demandes raisonnables» d'informations requises afin de déterminer la nationalité du titulaire du compte; ii) ne présentent pas les données de chacun des propriétaires américains importants d'une entité étrangère; ou iii) n'ont pas de dérogation au titre d'une loi étrangère qui empêche un IFE d'effectuer la déclaration requise<sup>14</sup>.

En vertu de la FATCA, il relève de la responsabilité de l'institution du payeur américain (l'«agent chargé de la retenue») de déterminer si un paiement sortant est inclus parmi ceux soumis à la retenue. Les agents chargés de la retenue doivent procéder à la vérification de l'institution bénéficiaire du paiement à l'aide d'une liste d'IFE fournie par l'IRS: si le destinataire figure sur la liste, le paiement est effectué sans obligation de retenue à la source, s'il n'y figure pas, l'agent doit prélever la retenue. Selon les nouvelles règles, l'expression «agent chargé de la retenue» désigne toute personne qui, agissant à quelque titre que ce soit, contrôle, reçoit, tient ou effectue tout paiement soumis à la retenue ou peut en disposer. Compte tenu de cette définition large, tous les IFE susceptibles de conclure un accord en la matière avec l'IRS et tous les agents américains chargés de la retenue pourraient être responsables du prélèvement de la retenue à la source.

Le traitement desdits «*passthrough payments*» est l'un des éléments les plus problématiques du système. Les *passthrough payments* sont des paiements envoyés à des titulaires du compte récalcitrants ou à des IFE contrevenants par l'intermédiaire d'une entreprise relais ou d'entités intermédiaires. Selon l'article 1471 (d) (7) de l'IRC, un «*passthrough payment*» désigne tout paiement pouvant faire l'objet d'une retenue ou tout autre paiement jusqu'à concurrence du montant imputable à un paiement pouvant faire l'objet d'une retenue. Selon l'avis 2010-60 de l'IRS, l'objectif de la règle relative aux *passthrough payments* est d'encourager les IFE à se conformer à la FATCA s'ils détiennent des investissements qui produisent des paiements imputables à des paiements pouvant faire l'objet d'une retenue, en dépit du fait que leurs actifs ne produisent pas directement des paiements pouvant faire l'objet d'une retenue. Cette large définition implique que les *passthrough payments* sont non seulement les paiements classiques pouvant faire l'objet d'une retenue, mais aussi les paiements qui se rapportent d'une certaine manière aux paiements pouvant faire l'objet d'une retenue.

---

<sup>14</sup> Voir: «I.R.S. Notice 2010/60», IRS, département du Trésor, Washington, 2010.

L'article 1471 (b) (1) (D) impose aux IFE respectueux de la FATCA l'obligation d'appliquer la retenue de 30 % sur tout *passthrough payment* à destination de titulaires de comptes récalcitrants ou d'IFE contrevenants.

La retenue à la source fonctionne ainsi comme une menace à l'égard des IFE contrevenants. En effet, même si le nouveau régime n'interdit pas littéralement aux IFE contrevenants d'accéder au marché financier américain, la retenue de 30 % constitue une restriction de nature économique insurmontable. Le membre du congrès Charlie Rangel et le sénateur Max Baucus ont pertinemment décrit le système de retenue de la FATCA de la manière suivante: «the bill offers foreign banks a simple choice – if you wish to access our capital markets, you have to report on U.S. account-holders» (la loi offre aux banques étrangères un choix simple – si vous souhaitez entrer sur nos marchés de capitaux, vous devez effectuer les déclarations relatives aux titulaires de comptes américains)<sup>15</sup>. De même, l'Association des banquiers américains (ABA) a dépeint la FATCA comme une «massue» visant à contraindre les IFE et autres à divulguer l'identité des contribuables américains qui détiennent des comptes bancaires et exercent d'autres activités à l'étranger<sup>16</sup>.

## 2.4. Déclaration des actifs financiers étrangers

La FATCA impose aux contribuables de divulguer leurs comptes financiers étrangers à l'aide d'un formulaire annexé à leur déclaration fiscale. Les obligations de divulgation concernant la déclaration de «comptes bancaires et financiers étrangers» (FBAR) sont mises en œuvre conformément aux dispositions de la loi relative au secret bancaire (*Bank Secrecy Act*) de 1972. En vertu de ce régime, les ressortissants américains sont tenus de remplir un formulaire FBAR chaque année au cours de laquelle ils détiennent un intérêt financier dans un compte bancaire, un compte de titres ou tout autre compte financier dans un pays étranger, ou détiennent un pouvoir de signature ou un autre pouvoir sur un tel compte, à moins que la valeur cumulée de tous les comptes ne dépasse pas 10 000 USD au cours de l'année considérée. Dans le cadre du nouveau système, les contribuables sont tenus de divulguer leurs actifs financiers étrangers depuis 2011, au moyen du formulaire 8938 (déclaration d'actifs financiers étrangers déterminés). Le formulaire 8938 est destiné aux contribuables américains qui possèdent des intérêts financiers dans des actifs étrangers. La liste des actifs qui relèvent des règles de la FATCA est la même que celle des FBAR, mais en vertu de ce nouveau régime, le seuil au-dessus duquel la déclaration est requise est de 50 000 USD.

En conclusion, l'objectif de la FATCA consiste à lutter contre la fraude fiscale et à améliorer le respect des règles par le contribuable en donnant à l'IRS de nouveaux outils administratifs pour détecter, dissuader et décourager les abus fiscaux à l'étranger<sup>17</sup>. Cet objectif est poursuivi en exigeant que les ressortissants américains divulguent les participations financières étrangères d'une valeur supérieure à 50 000 USD, et en exigeant des IFE qu'ils collectent des informations sur les actifs financiers détenus

---

<sup>15</sup> Voir: Baucus, C., Rangel, M., Kerry, J., Neal, W. T., infra note 17.

<sup>16</sup> Voir: Pfeifer, M. G. et Ojutiku, O., «An Overview of the Foreign Account Tax Compliance Act», A.B.A. (Sec. Real Prop., Trust and Estate Law), 2011, p. 2, disponible sur: [http://www.capdale.com/files/4106\\_An%20Overview%20of%20the%20Foreign%20Account%20Tax%20Compliance%20Act.pdf](http://www.capdale.com/files/4106_An%20Overview%20of%20the%20Foreign%20Account%20Tax%20Compliance%20Act.pdf)

<sup>17</sup> Voir: Baucus, C., Rangel, M., Kerry, J., Neal, W. T., «Press Statement on Foreign Account Tax Compliance Act of 2009», communiqué de presse, 2009, disponible sur: <http://www.financialtransparency.org/2009/10/27/baucus-rangel-kerry-neal-press-release-on-foreignaccount-tax-compliance-act-of-2009>.

en dehors des États-Unis par ces ressortissants américains. Dans la pratique, l'IRS reçoit des informations sur les ressortissants américains de la part des IFE participants et est capable de détecter les ressortissants américains qui ne déclarent pas correctement. La FATCA est mise en œuvre à l'aide d'une série d'accords (voir la section 3) signés par les États-Unis avec les gouvernements étrangers, et contraint les IFE, sous la menace d'une retenue à la source sur tous les paiements provenant des États-Unis et du retrait de leurs agréments bancaires dans ce pays, à déclarer à l'IRS toutes les actifs de leurs clients américains.

### 3. LES ACCORDS INTERGOUVERNEMENTAUX

L'IRS a publié, en février 2012, un document intitulé «Proposed regulations for FATCA implementation» (projet de règlement d'application de la FATCA)<sup>18</sup>, étant clair que les IFE auraient éprouvé des difficultés à directement mettre en œuvre les procédures requises de diligence raisonnable, en particulier compte tenu des contraintes posées par les législations nationales. L'IRS a donc soumis l'idée que la FATCA devrait être mise en œuvre par l'intermédiaire d'accords intergouvernementaux (AIG). Le 17 janvier 2013, l'IRS a publié le règlement final sur la FATCA<sup>19</sup> («Final FATCA Regulation»), qui a confirmé les AIG en tant que mode privilégié d'adoption multilatérale de la FATCA.

Le préambule du règlement final indique que le département du Trésor et l'IRS estiment que les AIG constituent un moyen efficient et efficace de mettre en œuvre les exigences de la FATCA et qu'ils continueront de conclure des accords bilatéraux fondés sur les deux modèles avec les juridictions qui le souhaitent, et, qu'en outre, le département du Trésor et l'IRS continuent de recevoir des commentaires soutenant fermement l'approche de la mise en œuvre de la FATCA par le biais des AIG, et, enfin, qu'ils restent engagés en faveur d'une coopération avec les juridictions étrangères concernant les efforts multilatéraux visant à améliorer la transparence et l'échange d'informations à l'échelle mondiale.

#### 3.1. Les deux modèles d'AIG

Le 8 février 2012, le gouvernement des États-Unis a déclaré qu'il négociait avec les États membres de l'Union européenne un modèle à partir duquel les AIG seraient rédigés par la suite, en vue d'une mise en œuvre efficace de la FATCA (ci-après la «déclaration commune»)<sup>20</sup>. Cette déclaration commune a été signée par l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni et les États-Unis, et son objectif était de réduire les obstacles juridiques, de simplifier la mise en œuvre pratique, et de réduire les coûts supportés par les établissements financiers. En outre, la déclaration prévoyait que les pays partenaires faciliteraient la mise en œuvre de la FATCA en modifiant leur législation en vigueur, et en éliminant les obstacles qui empêchent les IFE de remplir les exigences de diligence raisonnable et d'être en mesure de transférer les données requises aux États-Unis. Le cadre qui a résulté de la déclaration commune est appelé le modèle 1 d'accord intergouvernemental («modèle 1 d'AIG»).

Conformément au modèle 1 d'AIG, les entités financières disposées à se conformer à la FATCA déclarent les données requises auprès du pays où elles sont établies (le «partenaire FATCA»), lequel a le devoir de fournir aux États-Unis les données concernant les comptes détenus par des ressortissants américains ou par des entités étrangères contrôlées par des ressortissants américains, y compris le numéro d'identification fiscale de ces personnes, et les paiements effectués en faveur d'IFE non participants. En outre, selon la déclaration commune, les six pays partenaires se sont engagés: a. à développer ensemble un dispositif pratique et efficace de réalisation des objectifs visés par la retenue

---

<sup>18</sup> Voir: REG-121647-10, 77 Fed. Reg. 9022 (15 février 2012), disponible sur: <http://www.irs.gov/pub/newsroom/reg-121647-10.pdf>.

<sup>19</sup> TD 9610 (17 janvier 2013), 78 Fed. Reg. 7874 (28 janvier 2013), disponible sur: <http://www.irs.gov/PUP/businesses/corporations/TD9610.pdf>.

<sup>20</sup> Voir: «Joint Statement from the United States, France, Germany, Italy, Spain and The United Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA», communiqué de presse, département du Trésor américain, Washington, 2012, disponible sur: <http://www.treasury.gov/resource-center/taxpolicy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Statement-US-Fr-Ger-It-Sp-UK-02-07-2012.pdf>.

à la source, en vue de réduire le coût financier qui en résulte; b. à travailler avec les autres partenaires FATCA, l'OCDE et, en tant que de besoin, l'Union européenne, pour adapter la FATCA à moyen terme en vue de constituer un modèle commun d'échange automatique d'informations, y compris l'élaboration de normes de diligence raisonnable et de transmission d'informations.

Conformément au modèle 1 d'AIG, les IFE déclarent les informations financières à caractère personnel requises par la FATCA à leurs gouvernements nationaux plutôt que directement à l'IRS. Cette utilisation d'un AIG national augmente l'efficacité du système par rapport à de nombreux AIG avec de nombreux IFE du même pays, et remédie au problème des IFE nationaux divulguant des informations personnelles de leurs clients directement aux États-Unis, un gouvernement étranger.

Dans le cadre du modèle 1 d'AIG, l'application des dispositions de l'AIG est garantie par la législation nationale du partenaire FATCA, qui contraint essentiellement les IFE à se conformer par l'application de sanctions. Après un premier avertissement, les IFE contrevenants disposent d'un maximum de 18 mois pour résoudre le problème et se conformer aux dispositions de l'AIG. À défaut, l'IRS peut considérer que l'IFE est contrevenant et l'inclure dans la liste des entités financières non participantes.

Le modèle 1 d'AIG peut être réciproque ou non réciproque. Le modèle 1 d'AIG réciproque prévoit un échange d'informations mutuel entre le partenaire FATCA et les États-Unis. En vertu d'un tel accord, il existe un échange automatique et réciproque d'informations, car le gouvernement américain doit obtenir du partenaire FATCA, et partager avec ce dernier, les informations équivalentes à celles exigées par les États-Unis au titre de la FATCA<sup>21</sup>. Cet échange mutuel d'informations financières au titre du modèle 1 d'AIG réciproque est entré en vigueur en octobre 2015. Le modèle 1 d'AIG non réciproque n'envisage pas ce genre de réciprocité.

Le modèle 1 d'AIG réciproque est réservé aux pays qui ont déjà conclu un AEIF ou une convention fiscale avec les États-Unis, et dont le département du Trésor et l'IRS estiment que le gouvernement dispose de suffisamment de mesures de protection pour garantir la confidentialité des informations et l'utilisation de ces dernières à des fins fiscales uniquement. L'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni et la Commission européenne ont coopéré avec les États-Unis pour mettre au point le modèle 1 d'AIG.

Les IFE situés au sein de juridictions partenaires relevant du modèle 1 d'AIG n'ont pas à conclure d'accords avec les États-Unis pour éviter la retenue à la source. Les États-Unis ont conclu le premier modèle 1 d'AIG avec le Royaume-Uni, puis plusieurs autres pays ont suivi. Les États-Unis sont activement engagés dans des pourparlers avec 70 juridictions en ce qui concerne la FATCA.

Le 14 novembre 2012, le département du Trésor a présenté un deuxième modèle d'AIG: le modèle 2 d'accord intergouvernemental («modèle 2 d'AIG»)<sup>22</sup>. En vertu de ce modèle, le partenaire FATCA accepte de modifier sa législation de sorte que les IFE disposés à devenir des IFE participants soient en mesure d'enregistrer et de se conformer aux exigences d'un accord IFE, y compris celles relatives à la diligence raisonnable, à la déclaration, et à la retenue. Le modèle 2 d'AIG ne requiert pas de collecte d'informations ni de déclaration auprès du partenaire FATCA, mais exige des IFE respectueuses du

---

<sup>21</sup> Voir: «Reciprocal Model 1 IGA», département du Trésor américain, disponible sur: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Reciprocal-Model-1AAgreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-8-19-13.pdf>.

<sup>22</sup> Voir: «Model 2 IGA», département du Trésor américain, disponible sur: <http://www.treasury.gov/resourcecenter/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-8-19-13.pdf>.

système qu'ils concluent des accords de déclaration directement avec l'IRS. Par conséquent, un tel système permet aux entités financières de conclure un accord directement avec l'IRS pour se conformer à la déclaration FATCA, sans l'intervention du partenaire FATCA envisagée par le modèle 1 d'AIG. Cet AIG non réciproque peut être appliqué indépendamment du fait que les pays concernés ont déjà conclu un AEIF ou une convention fiscale avec les États-Unis.

L'échange d'informations prévu au titre du modèle 2 d'AIG est plus complexe que l'échange en vertu du modèle 1 d'AIG<sup>23</sup>, essentiellement parce qu'un IFE doit chercher à obtenir le consentement du titulaire du compte ou de l'IFE non participant pour divulguer les informations requises à l'IRS. Pour les personnes qui ne fournissent pas leur consentement (les «personnes non consentantes»), l'IFE est tenu de déclarer des informations globales sur les comptes. L'IRS peut alors présenter une demande groupée au sujet de telles personnes non consentantes ressortissantes du partenaire FATCA au titre d'une convention fiscale ou d'un AEIF. D'une manière générale, un IFE n'est pas autorisé à ouvrir un nouveau compte ou à prendre de nouveaux engagements en relation à une personne non consentante.

Les dispositions du modèle 2 d'AIG sont appliquées au travers d'une coopération directe entre l'IRS et l'IFE. Le modèle 2 d'AIG prévoit la conclusion d'accords avec chaque IFE, ne requiert pas d'échange d'informations réciproque à la manière du modèle 1 d'AIG réciproque, et n'envisage pas le traitement des données à caractère personnel par le partenaire FATCA, c'est-à-dire les gouvernements locaux. Toutefois, si l'IRS a besoin d'informations complémentaires concernant un contribuable, il peut demander que le partenaire FATCA en question prenne des mesures pour imposer la déclaration de ces informations, ce qui conduit à l'augmentation des coûts administratifs. En outre, l'IRS déclare l'éventuel manquement de l'IFE au pays étranger, suite à quoi l'IFE dispose de 12 mois pour corriger la déclaration.

Le modèle 1 et le modèle 2 d'AIG partagent des caractéristiques communes. Les deux modèles disposent d'une annexe II, qui est une liste des établissements et produits financiers qui sont généralement dispensés de la déclaration FATCA parce qu'ils représentent un faible risque de fraude fiscale de la part des ressortissants américains. Dans les deux modèles, les procédures de diligence raisonnable imposées aux IFE sont mentionnées dans la première annexe de l'accord. Ces annexes comprennent des explications détaillées sur les procédures que les établissements financiers souhaitant se conformer aux obligations de déclaration imposées par la FATCA doivent réaliser. En vertu de ces deux types d'accords, les IFE peuvent décider de se soumettre aux exigences de diligence raisonnable imposées par le règlement final publié par le département du Trésor au lieu de se soumettre aux exigences énumérées à l'annexe I et mentionnées ci-dessus. Enfin, en vertu de ces deux modèles, les IFE qui respectent les dispositions de dispositions de l'AIG relatives à la retenue sont exonérés de la retenue sur les paiements au titre de la FATCA. Un IFE qui ne satisfait pas aux exigences de déclaration de l'AIG peut être soumis à la retenue uniquement s'il a été ajouté par l'administration américaine à la liste des entités financières contrevenantes.

---

<sup>23</sup> Voir: Schmidt, P. M. et Nydegger, M. W. «FATCA Intergovernmental Agreements – The Model 2 Agreement and Final Regulation», *Journal of Taxation of Investments* n° 30, 3, 2013, p. 25; Holst, R. J., Lee-Lim, J., et Lu, W., *Intergovernmental Agreements Under FATCA: Comparing the Two Models*, Latham and Watkins LLP, 2013, disponible sur: <http://www.lw.com/thoughtLeadership/intergovernmental-agreements-under>.

### 3.2. Le statut juridique des AIG

Une question importante réside dans le fait de savoir si les AIG sont véritablement des accords internationaux, parce que, dans ce cas, moyennant leur mise en œuvre au niveau national, ils deviennent formellement partie intégrante de la législation des États membres et sont soumis au droit de l'Union.

Les AIG sont des «accords exécutifs» qui ne nécessitent pas, aux États-Unis, de passer par le processus normal de ratification des accords internationaux<sup>24</sup>; ainsi, une fois que la procédure nationale dans chaque pays a abouti, une notification écrite remplace l'échange des ratifications. En vertu des AIG, les informations requises par la FATCA sont fournies par le partenaire FATCA aux États-Unis dans le cadre de la convention fiscale (article 26) ou de l'AEIF qui constitue la base juridique pour l'échange d'informations. Cela implique que les limites établies par le traité en ce qui concerne l'échange d'informations prévu par ces instruments doivent être respectées (par exemple, le fait que les informations sont échangées dans la mesure où cela est «vraisemblablement pertinent», ou l'interdiction générale d'effectuer des recherches tous azimuts, etc.). En conséquence, la position de l'IRS est que les AIG ne sont pas des accords uniquement exécutifs, mais plutôt des accords fondés sur des traités<sup>25</sup>.

Aux États-Unis, la caractérisation des AIG fait effectivement l'objet d'un débat. Le département du Trésor américain n'a fait aucune déclaration sur la nature d'accords internationaux de ces instruments. La constitutionnalité des AIG mettant en œuvre la FATCA a été l'une des questions soulevées par l'affaire *Crawford contre États-Unis* (l'autre grande question étant de savoir si la FATCA violait le droit au respect de la vie privée du requérant). La demande a été rejetée parce que la Cour a estimé que plusieurs des requérants n'avaient pas qualité pour agir et qu'une injonction préliminaire serait trop préjudiciable à la lutte menée par la FATCA contre la fraude fiscale<sup>26</sup>.

En tant que principe général, aux États-Unis, les accords exécutif ne sont pas techniquement des traités parce qu'ils ne sont pas établis avec l'avis et le consentement du Sénat (Constitution des États-Unis, article II, paragraphe 2, point II), et ne devraient être utilisés que lorsque le président traite des questions administratives courantes telles que l'application de la FATCA à des fins administratives<sup>27</sup>.

Ce qu'il s'est produit en pratique aux États-Unis est que les AIG ont été approuvés en évitant la première étape du processus normal relatif aux traités, à savoir l'examen par la commission sénatoriale des relations étrangères. Toutefois, cette pratique ne signifie pas nécessairement que les AIG ne sont pas des accords internationaux: aux États-Unis, le pouvoir de «percevoir les impôts» appartient au Congrès et non au président (Constitution des États-Unis, article I, paragraphe 8), tandis que le pouvoir de

---

<sup>24</sup> L'article II, paragraphe 2, point 2, de la Constitution des États-Unis dispose que: «Le président a le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, sous réserve de l'approbation des deux tiers des sénateurs présents ...».

<sup>25</sup> Christians, A., «I.R.S. Brushes Aside the Constitution to Make Way for FATCA», 5 mars 2013, 8 h 25: <http://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/tax-law/b/fatcacentml/archive/2013/03/05/irs-brushes-aside-the-constitution-to-make-way-for-fatca.aspx>.

<sup>26</sup> Affaire *Crawford v. United States*, n° 3:15-CV-00250 (S.D. Ohio, 25 avril 2016). Voir: «U.S. Court Flatly Denies Claims of Injury Under FATCA», TAX-EXPATRIATION, 2 octobre 2015: <http://tax-expatriation.com/2015/10/01/u-s-district-court-flatly-denies-claims-of-injury-under-fatca-and-title-31-fbar-reporting-requirements-upholds-fatca-igas-and-the-fbar-requirements-to-encourage-tax-complianceand-combat-tax-eva/>.

<sup>27</sup> Pour une discussion complète sur la raison pour laquelle les AIG ne peuvent pas être considérés comme des accords fondés sur des traités, voir: Christians, A., «The Dubious Legal Pedigree of IGAs (And Why It Matters)», *Tax Notes International* n° 69, 2013, p. 565-567.

conclure des traités appartient au président, mais ceux-ci ne peuvent être validés que par un accord des deux tiers du Sénat (Constitution des États-Unis, article II, paragraphe 2, point 2). Les AIG ont trait à ces deux pouvoirs car ils facilitent la collecte des impôts par l'intermédiaire des conventions fiscales existantes et vont certainement au-delà des questions administratives courantes, de sorte que les AIG ne peuvent être considérés comme de simples accords exécutifs.

Du côté de l'Union européenne, les partenaires FATCA reconnaissent les AIG en tant que véritables accords internationaux, car ils les ont principalement adoptés à travers la procédure formelle normale d'approbation. Cela signifie que les AIG deviennent partie intégrante de la législation interne des États membres, c'est-à-dire qu'ils dérogent à la législation nationale contraire à partir du moment de leur mise en œuvre.

Une question importante est de savoir si les dispositions de la FATCA, qui, d'un point de vue juridique, sont des dispositions légales d'un État souverain non membre de l'Union effectivement appliquées au sein de l'Union par les IFE et leurs clients titulaires de comptes, sont également soumises au droit de l'Union lorsqu'il n'existe aucun AIG. Il convient de noter ici que, même en l'absence d'AIG, l'IFE situé dans l'Union conclut un accord avec l'IRS en vertu duquel l'IFE est enregistré auprès de l'IRS et s'engage à déclarer les informations requises par la FATCA; un tel accord, en ce qui concerne les questions d'«ordre public» pertinentes et les droits fondamentaux, tels que la protection des données, est soumis au droit des États membres de l'Union et, partant, au droit de l'Union, s'il y a lieu.



## 4. L'INCIDENCE DE LA FATCA

### 4.1. Caractère extraterritorial de la FATCA et absence de réciprocité

La FATCA est un exemple de ladite «juridiction normative/législative extraterritoriale». En termes très généraux, la «juridiction» est le pouvoir d'un État d'exercer son autorité sur toutes les personnes et entités au sein de son territoire, et est étroitement liée à la souveraineté des États. Un État peut exercer ses pouvoirs législatifs, et, ce faisant, il a, en théorie, pleine juridiction normative de sorte que sa branche législative peut créer, modifier ou abroger une législation portant sur tout sujet ou toute personne, quelle que soit la nationalité ou la situation géographique de ladite personne.

La Cour internationale de justice (CIJ) a déclaré que «Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté» (paragraphe 47 de l'affaire *Lotus*). Dans le même temps, le droit international ne permet pas à un État membre d'appliquer sa législation en dehors de son territoire en l'absence d'un accord international ou d'une règle de droit international coutumier permettant à l'État de le faire.

Ainsi, la légitimité de la juridiction extraterritoriale normative s'appuie sur un lien substantiel, établi par l'État qui exerce cette juridiction, qui ne dépasse pas les «limites du droit international», tandis que l'application effective exige la coopération d'autres États. Dans le cas de la FATCA, les États-Unis, sur la base de leur intérêt national, imposent des obligations aux établissements financiers étrangers (EFE) du monde entier, en leur demandant de déclarer des données concernant chaque titulaire de compte qui est un ressortissant américain et de retenir 30 % sur certains paiements effectués par des titulaires de comptes récalcitrants et autres établissements financiers qui ne se conforment pas à la FATCA. De façon appropriée, le système FATCA a ainsi été présenté comme ayant «la plus grande portée extraterritoriale de l'histoire du recouvrement de l'impôt aux États-Unis»<sup>28</sup>.

En outre, la FATCA revêt une «*nature unilatérale*» parce qu'elle est le résultat d'une stratégie initialement conçue par les États-Unis, et seulement reprise ensuite dans les AIG bilatéraux conclus entre les États-Unis et d'autres pays. LA FATCA est une stratégie unilatérale car son principal objectif est de mettre à disposition de l'IRS des informations sur les contribuables américains grâce à des tiers (IFE), sans le coût lié à l'octroi d'avantages comme c'était le cas dans le système de QI, mais en usant simplement de la menace d'une retenue à la source exécutoire aux États-Unis. En vertu de la FATCA, le gouvernement américain exige unilatéralement des informations de la part des IFE indépendamment du fonctionnement de la législation locale, et fait peser sur eux la prise en charge des coûts<sup>29</sup>. LA FATCA permet aux États-Unis: 1. de contraindre les établissements financiers étrangers à agir en tant qu'agents déclarants pour l'IRS; 2. d'obtenir de nombreuses informations à caractère personnel et financier en ce qui concerne les contribuables américains qui ne résident pas aux États-Unis (y compris les personnes qui n'ont pas l'obligation de payer des impôts aux États-Unis); 3. d'appliquer l'imposition extraterritoriale des citoyens sur leur revenu mondial.

---

<sup>28</sup> Voir: Michel, S. D., et Rosenbloom, H. D., «FATCA and Foreign Bank Accounts: Has the U.S Overreached?», *Tax Notes International* n° 62, 2011, p. 709.

<sup>29</sup> Voir: Mitchell, D., et Garst, B., «Die Zwei Gesichter Amerikanischer Steuerpolitik», *Schweizer Monat*, 2013, disponible sur: <http://www.schweizermonat.ch/artikel/die-zwei-gesichter-amerikanischer-steuerpolitik>.

Enfin, la FATCA n'est pas effectivement fondée sur la «*réciprocité*». La FATCA est mise en œuvre par l'intermédiaire du modèle 1 ou du modèle 2 d'AIG. Le modèle 2 d'AIG est non réciproque car les IFE disposés à se conformer à la FATCA peuvent conclure directement un accord avec l'IRS pour se conformer à la déclaration requise, sans l'intervention du partenaire FATCA, tandis qu'il n'existe aucune obligation équivalente pour les États-Unis. De même, le modèle 1 d'AIG peut être conclu sous une forme non réciproque. Enfin, le modèle 1 d'AIG, même lorsqu'il est formellement conclu sous une forme réciproque, n'est en fait pas réciproque. Une analyse détaillée du texte du modèle 1 d'accord indique qu'en réalité, la tâche imposée par les États-Unis au partenaire FATCA n'est pas réciproque car le flux d'informations ne circule dans les deux sens que dans un petit nombre de cas<sup>30</sup>.

En outre, dans certains cas, les AIG contiennent une clause dérogatoire qui contraint le partenaire FATCA à promulguer une nouvelle loi permettant à ses établissements financiers de déroger légalement à certaines lois nationales (telles qu'au principe du secret bancaire) sans être confrontés à des sanctions, ou une clause d'incompatibilité qui prévoit que les dispositions de l'AIG prévalent sur la législation nationale du partenaire FATCA en cas de conflit. La clause dérogatoire et la clause d'incompatibilité n'imposent généralement pas d'obligations similaires (le cas échéant) aux États-Unis et représentent ainsi un exemple d'absence de réciprocité. Dans la pratique, les partenaires ne reçoivent rien en contrepartie de leurs concessions, mise à part la levée de la menace d'une retenue à la source de 30 % au titre de la FATCA. Enfin, les États-Unis ont récemment annoncé qu'ils n'adhéreront pas à la norme commune de déclaration, un instrument qui reconnaît l'AEOI réciproque sur une base multilatérale.

Ce caractère non réciproque éventuel des AIG est en contradiction avec la position initiale des États-Unis: lorsque les États membres de l'Union ont négocié leurs AIG avec les États-Unis, ils ont exprimé leurs craintes concernant l'extraterritorialité excessive des mesures prévues par les États-Unis, ce à quoi ces derniers ont répondu en promettant d'œuvrer en faveur du partage réciproque d'informations au titre de la FATCA.

Il existe donc des arguments selon lesquels les AIG sont dépourvus d'un niveau suffisant de réciprocité et font peser davantage d'obligations sur les partenaires FATCA que sur les États-Unis en matière d'échange d'informations, alors que les AIG devraient être réellement fondés sur la réciprocité et garantir que les deux parties contractantes tirent des avantages mutuels de la coopération. Ainsi, en l'absence de réciprocité, les États-Unis peuvent se positionner de sorte à tirer profit du comportement (la résistance au partage d'informations avec d'autres pays) qu'ils visent à éliminer dans d'autres juridictions.

## **4.2. Les externalités négatives de la FATCA**

La FATCA est l'expression de l'exercice unilatéral de la compétence législative extraterritoriale, qui, dans la plupart des cas, n'est pas fondé sur la réciprocité. Ces caractéristiques ont tendance à créer des externalités systémiques négatives qui peuvent être classées en deux rubriques principales: i) des coûts pour le secteur financier combinés à un effet dissuasif sur les investissements étrangers aux États-Unis;

---

<sup>30</sup> Christians, A., «What You Give and What You Get: Reciprocity Under a Model 1 Intergovernmental Agreement on FATCA», Cayman Fin. Rev. 12 avril 2013, disponible sur: <https://ssrn.com/abstract=2292645>.  
<http://economia.icaew.com/technical---update/tax/fatca---attack>

et ii) des conflits avec des lois locales (analysés dans le présent paragraphe 4.2). D'autres externalités sont celles qui affectent certains citoyens américains (paragraphe 4.3.).

KPMG a estimé à environ 30 milliards USD le coût mondial, pour le secteur financier dans son ensemble, pour se mettre en conformité avec la FATCA au cours de la période 2012-2017<sup>31</sup>. Une autre estimation évalue ce coût à 8 milliards USD par an, avec un coût de mise en œuvre total de 200 milliards USD<sup>32</sup>. Compte tenu de la taille et de l'importance internationale des établissements financiers européens, il est donc raisonnable de penser qu'au moins un tiers, sinon plus, de ces coûts ont été pris en charge par les banques européennes. Il en résulterait des sommes dépassant 10 milliards USD pour la première estimation, et, pour la seconde estimation, 2,6 milliards USD par an, et 66,6 milliards USD au total. Selon d'autres estimations, le coût moyen de mise en conformité est d'environ 5-10 millions USD par IFE, ce qui, pour l'ensemble des IFE, pourrait aboutir à un coût global de mise en conformité de presque 1-2 billions USD. Si ces coûts de mise en conformité sont comparés au montant escompté de recouvrement de l'impôt sur le revenu, qui est d'environ 800 millions USD, il en ressort une nette disproportion dans le rapport coûts-bénéfices.

Un autre coût caché de la FATCA pour les IFE est la simple menace d'être soumis à la retenue à la source de 30 % au titre de la FATCA en raison du manquement allégué à l'obligation de déclaration prévue par la FATCA. Cette menace est susceptible de décourager les IFE à investir dans le marché des capitaux américain<sup>33</sup>. En outre, la FATCA divise le marché entre ceux qui respectent la FATCA et ceux qui ne la respectent pas, de sorte que les gestionnaires de placements devront faire face à une augmentation significative des coûts liées à l'information<sup>34</sup>. Selon l'association britannique des banques (*British Bankers' Association*, ou «BBA»), par exemple, le nouveau régime crée un risque de marché systémique, qui entraîne un effet de cascade imprévisible qui est contraire aux efforts internationaux visant à établir la stabilité financière<sup>35</sup>. La fédération brésilienne des banques (*Brazilian Federation of Banks*) a également indiqué que le régime violerait les lois brésiliennes et créerait une instabilité bancaire dans l'ensemble de l'Amérique du Sud<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup><http://www.forbes.com/sites/robertwood/2011/11/30/fatca---carries---fat---price---tag/#1de40925489a>.

<sup>33</sup> Voir: Bock, G., et Seymour, W. D., «FATCA and the Funds Industry: Defining the Path», KPMG, 2011, disponible sur: <http://www.kpmg.com/global/en/issuesandinsights/articlespublications/pages/fatca-and-the-fundsindustry>; Jensen, N., «How to Kill the Scapegoat: Addressing Offshore Tax Evasion with a Special View to Switzerland», *Vanderbilt Law Review* n° 63, 2010, p. 1851.

<sup>34</sup> Voir: Lettre de l'association des banques japonaises à Manal Corwin, secrétaire adjoint (affaires fiscales internationales), département du Trésor américain 28 octobre 2011, disponible sur: <http://bsmlegal.com/PDFs/FATCAJapaneseBankers.pdf>; voir également: Lettre de Guido Ravoet, secrétaire général de la Fédération bancaire de l'Union européenne, et de Sarah A. Miller, de l'Institut des banquiers internationaux, à Manal Corwin, secrétaire adjoint, affaires fiscales internationales, département du Trésor américain, 30 avril 2012, disponible sur: <http://www.cticompliance.com/assets/pdf/EBFIB%20submission%20on%20FATCA%20proposed%20regulations%204-30-12.pdf>; voir également: lettre de Mary Richardson, de l'Alternative Investment Management Association, à l'IRS, 1<sup>er</sup> novembre 2010, disponible sur: <http://bsmlegal.com/PDFs/FATCAAIMA.pdf>.

<sup>35</sup> Voir: Lettre de Sarah Wulff-Cochrane, de l'association britannique des banques, au bureau du conseiller en fiscalité internationale du département du Trésor américain, 2011, disponible sur: <http://www.bba.org.uk/policy/article/bba-submission-to-the-us-treasury-and-irs-on-the-us-foreignaccount-tax-com/tax/>; voir également: «Notice and Request for Comments Regarding Implementation of Information Reporting and Withholding under Chapter 4 of the Code», Notice 2012-60, association britannique des banques, 2010: [www.bba.org.uk/download/6819](http://www.bba.org.uk/download/6819).

<sup>36</sup> Voir: Lettre de Murilo Portugal, président de l'association des banques brésiliennes, à Manal Corwin, secrétaire adjoint (affaires fiscales internationales), département du Trésor américain, et autres: [http://www.deloitte.com/assets/DcomUnitedStates/Local/20Assets/Documents/TaxIustax%20C3%B3piada\\_carta\\_original\\_enviada\\_ao\\_IRS\\_010112.pdf](http://www.deloitte.com/assets/DcomUnitedStates/Local/20Assets/Documents/TaxIustax%20C3%B3piada_carta_original_enviada_ao_IRS_010112.pdf)

La seconde catégorie d'externalités négatives de la FATCA sont les conflits entre les dispositions de la FATCA et les législations locales. L'association des banquiers américains (ABA) a indiqué, dans un communiqué au Trésor, que les IFE et les EENF (entités étrangères non financières) peuvent être limitées dans leur capacité à détecter et à déclarer des titulaires de comptes et investisseurs américains par les restrictions réglementaires locales relatives à la vie privée ou à la divulgation d'informations, ou par d'autres contraintes juridiques, dont certaines peuvent donner lieu à des sanctions pénales du fait de la divulgation d'informations concernant des personnes qui investissent dans l'entité déclarante ou font des affaires avec cette dernière.

Ces conflits sont, en dehors de l'Union, illustrés par le cas de la Suisse. Les lois suisses sur la vie privée empêchaient l'échange d'informations durant l'ère pré-FATCA. En particulier, conformément à l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne<sup>37</sup> et à l'article 43 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières<sup>38</sup>, les IFE suisses commettaient un délit s'ils fournissaient à l'IRS (ou à toute autre entité) des informations sur leurs titulaires de comptes<sup>39</sup>. Cette règle admet une exception dans le cas d'une procédure pénale, mais la fraude fiscale n'était pas considérée comme un délit en vertu du droit suisse<sup>40</sup>.

Jusqu'en 2012, les traités entre les États-Unis et la Suisse n'ont que partiellement assoupli les règles du secret bancaire; par exemple, une modification de la convention de double imposition apportée en 2009 disposait que: un État contractant ne saurait en aucun cas «refuser de fournir des informations uniquement parce que celles-ci sont détenues par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire (...)»<sup>41</sup>. Un rapport à la suite du protocole indiquait qu'une telle disposition empêcherait effectivement qu'un État contractant fasse valoir que sa législation nationale sur le secret bancaire prévaut sur son obligation de fournir des informations. Par conséquent, si les États-Unis exigent des renseignements qui peuvent être utiles à l'administration ou à l'application de la législation fiscale interne, les IFE suisses ne peuvent opposer les articles 43 et 47 susmentionnés comme excuse pour ne pas se conformer<sup>42</sup> et, par ailleurs, les dispositions de la FATCA enjoignent les IFE suisses à obtenir des renoncements à l'obligation de secret bancaire de la part de leurs titulaires de comptes, et exigent aux IFE de clôturer les comptes des titulaires de comptes récalcitrants<sup>43</sup>.

Le 14 février 2013, les États-Unis et la Suisse ont annoncé qu'ils avaient conclu un AIG fondé sur le modèle 2 d'AIG afin de mettre en œuvre la FATCA et de régler les conflits juridiques susmentionnés

---

<sup>37</sup>Voir: Schweizerisches Bankengesetz [BankG] (loi fédérale sur les banques), 8 nov. 1934, SR 952.0, article 47.

<sup>38</sup>Voir: Schweizerisches Borsengesetz [BEHG] (loi fédérale sur les bourses), 24 mars 1995, SR 954.1, article 43.

<sup>39</sup> Le 9 octobre 2013, le conseil fédéral suisse a adopté une loi permettant d'autres exceptions aux règles du secret bancaire, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2013.

<sup>40</sup> Voir: Swiss Banking, Bank-Client Confidentiality (2011): <http://www.swissbanking.org/en/home/dossiers-link/bankkundengeheimnis.html>.

<sup>41</sup> Voir: «Protocol Amending the Convention between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income», département de la justice américain, 23 septembre 2009, recueil des traités, document n°112-1 (2011).

<sup>42</sup> Voir: «Technical Explanation of the Protocol Signed in Washington on Sept. 23, 2009 Amending the Convention Between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income», communiqué de presse, département du Trésor américain, Washington, 2009.

<sup>43</sup> Un rapport rédigé par Booz & Company prévoit que les établissements financiers suisses vont perdre 47 milliards de francs suisses. Voir: «Tax Agreements Accelerate Consolidation in Swiss Private Banking», communiqué de presse, Booz & Co., 2011, disponible sur: <http://www.booz.com/me/home>.

(ci-après dénommé l'«AIG suisse»)<sup>44</sup>. En vertu de cet accord, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, les IFE sont tenus de requérir le consentement de leurs titulaires de comptes américains pour partager leurs informations financières à caractère personnel avec l'IRS. Si les clients donnent leur consentement, les IFE partagent directement les données avec les États-Unis; à défaut, les IFE sont tenus de partager des informations agrégées anonymes avec l'IRS, mais les États-Unis peuvent présenter des demandes groupées au gouvernement suisse demandant la divulgation des informations au sujet des titulaires de comptes américains récalcitrants.

L'AIG suisse présente un certain nombre de différences par rapport au modèle 2 d'AIG classique: a) la Suisse garantit que l'ensemble de ses établissements financiers, à quelques exceptions près, concluent un accord IFE avec l'IRS; de ce fait, l'adhésion au régime de la FATCA n'est pas un choix facultatif fait par chaque IFE, mais une obligation légale en vertu de la législation suisse; b) la Suisse se voit contrainte d'adopter une nouvelle loi permettant à ses établissements financiers de déroger légalement au principe du secret bancaire sans se voir infliger de sanctions (la clause dite de dérogation); c) le gouvernement suisse coopère avec l'IRS et répond en bonne et due forme aux demandes groupées en ce qui concerne l'identification des titulaires de comptes américains récalcitrants; d) les IFE suisses partagent les informations des ressortissants américains consentants; e) l'IRS envoie des demandes groupées fondées sur les données fournies par les IFE suisses et limitées aux données que les IFE auraient été contraints de partager s'ils avaient été en possession de telles informations; f) les États-Unis n'imposent pas de retenue à la source sur les paiements effectués vers des entités financières suisses; g) toute nouvelle ouverture de compte par des ressortissants américains auprès d'un établissement financier suisse est soumise à l'obtention du consentement nécessaire au partage d'informations; h) les établissements suisses bénéficient d'avantages administratifs dans le cadre de la mise en œuvre de la législation FATCA.

### **4.3. Incidence négative de la FATCA sur les citoyens américains à l'étranger**

Outre les externalités négatives systémiques discutées au paragraphe 4.2, la FATCA est à l'origine d'autres externalités idiosyncrasiques touchant certains citoyens américains (analysées dans le présent paragraphe 4.3).

Les États-Unis imposent l'imposition des revenus à quatre groupes de personnes physiques:

1. les personnes qui résident sur le territoire sur la base de périodes de présence physique (résidents fiscaux);
2. les personnes qui sont légalement autorisées à séjourner de manière permanente sur le territoire (titulaires d'une carte verte);
3. les citoyens; et
4. les personnes qui ne sont pas décrites ci-dessus, mais qui perçoivent des revenus de sources américaines.

Ensemble, les personnes décrites dans les catégories 1 à 3 et sont dénommées «ressortissants américains».

Lorsque ces ressortissants américains sont résidents fiscaux aux États-Unis (catégorie 1 ci-dessus), les exigences la FATCA sont généralement justifiées. Toutefois, les États-Unis sont l'un des deux seuls pays

---

<sup>44</sup> Voir: «IGA Between the U.S. and Switzerland», département du Trésor américain, disponible sur: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Switzerland-2-14-2013.pdf>.

au monde (avec l'Érythrée) à pratiquer la fiscalité fondée sur la citoyenneté, dans laquelle l'impôt sur le revenu est prélevé sur le revenu mondial sur la base de la citoyenneté, et non de la résidence. Le résultat de la fiscalité fondée sur la citoyenneté est que, en sus des personnes qui sont résidents fiscaux, les personnes qui sont des citoyens américains sont redevables des impôts américains sur leurs revenus mondiaux et sont soumis à la FATCA. Ces personnes peuvent être subdivisées en trois catégories: i) les Américains expatriés; ii) les citoyens ayant une double nationalité européenne et américaine; et iii) les «Américains accidentels».

*Les Américains expatriés* sont des personnes qui ont la citoyenneté américaine, ne sont pas des résidents fiscaux des États-Unis et vivent de façon permanente en dehors des États-Unis, ne conservant souvent aucune attache culturelle, économique, politique, familiale ou autre avec les États-Unis. *Les citoyens ayant une double nationalité européenne et américaine* sont des personnes qui ont à la fois la citoyenneté américaine et une citoyenneté européenne et qui peuvent être dans la même situation que les Américains expatriés sans attache avec les États-Unis. Enfin, les «*Américains accidentels*» sont des personnes qui ont acquis d'office la citoyenneté américaine à la naissance en du fait de leur naissance sur le sol américain pendant un séjour temporaire de leurs parents, et qui ont quitté le pays pendant la petite enfance<sup>45</sup>. Leur citoyenneté américaine résulte uniquement de leur naissance «accidentelle» aux États-Unis, alors qu'ils ne conservent, en réalité, aucune attache culturelle, économique, politique, familiale ou autre avec les États-Unis et sont des citoyens ou des résidents fiscaux de pays européens. Dans la pratique, un Américain accidentel est une personne qui vit tout ou partie de sa vie dans un pays autre que les États-Unis, ne possédant souvent pas de passeport américain et ignorant qu'elle est soumise à l'imposition des revenus aux États-Unis uniquement parce qu'elle est un citoyen Américain.

L'ensemble de ces trois catégories de personnes sont formellement soumises aux exigences de la FATCA. Ces exigences sont très peu justifiées pour les expatriés américains et les citoyens ayant la double nationalité européenne et américaine lorsque ces personnes ne sont pas résidents fiscaux aux États-Unis et ne conservent pas de lien culturel, économique, politique, familial ou autre avec les États-Unis. Les exigences de la FATCA ne sont toutefois pas justifiées du tout pour les Américains accidentels qui n'ont jamais été résidents fiscaux aux États-Unis et n'ont jamais conservé les types de liens mentionnés ci-dessus avec les États-Unis. La FATCA est donc problématique pour les Américains accidentels, car ils sont pleinement soumis à l'exigence de la FATCA liée à la citoyenneté.

Avant la FATCA, l'imposition fondée sur la citoyenneté représentait un exemple typique de créance fiscale non recouvrée dans le monde entier: les citoyens américains qui n'étaient pas résidents fiscaux aux États-Unis n'étaient le plus souvent pas officiellement identifiés par les États-Unis, et seuls certains d'entre eux se conformaient à l'imposition fondée sur la citoyenneté de leur plein gré. La FATCA a renversé cette situation parce que les États-Unis ont mis en place un système de déclaration par l'intermédiaire des IFE qui est exécutoire à l'échelon national à travers l'imposition de la retenue à la source ainsi que grâce à l'aide des gouvernements étrangers. Ce système détermine et contrôle désormais le statut des personnes qui pourraient être tenues de déclarer leurs revenus aux États-Unis sur la base de leur citoyenneté américaine<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Les personnes qui sont nées à l'étranger et dont l'un des parents est un citoyen américain, sous réserve que certaines autres conditions soient remplies, et qui sont restées pendant toute leur vie en dehors des États-Unis peuvent également être des Américains accidentels.

<sup>46</sup> Mason, R., «Citizenship Taxation», *Southern California Law Review* n° 89, 2015, p. 169.

Dans la pratique, la FATCA poursuit l'identification des personnes qui sont potentiellement des ressortissants américains soumis à la FATCA grâce à un système de classification en deux étapes. La première étape suppose la collecte d'une liste d'indices par les IFE, tandis que la seconde étape consiste en un processus d'autocertification.

Au cours de la première étape, le mécanisme de la FATCA impose aux établissements financiers étrangers de rechercher des ressortissants américains en cherchant des «indices» de leur statut, tels que: 1. la preuve de la résidence fiscale aux États-Unis; 2. le lieu de naissance aux États-Unis; 3. un numéro de téléphone aux États-Unis; 4. une résidence ou une adresse postale aux États-Unis; 5. des instructions permanentes de transférer des fonds à un compte tenu aux États-Unis; 6. des indicateurs d'une procuration sur le compte d'une personne disposant d'une adresse aux États-Unis; ou 7. une adresse de type «à l'attention de» ou une adresse de retenue de courrier en tant qu'unique adresse. Durant cette phase, les personnes sont tenues de fournir une preuve négative de leur statut de ressortissant des États-Unis, c'est-à-dire qu'ils doivent convaincre l'IFE qu'ils ne sont pas des ressortissants américains.

Dans la deuxième étape (processus d'autocertification), la FATCA exige que les IFE formulent des hypothèses sur le statut de ressortissant américain en utilisant les indices ou les faits dont ils ont connaissance. Le problème est que ces indices ne sont pas nécessairement pertinents pour la détermination du statut ressortissant américain de la personne concernée, de sorte qu'il peut y avoir d'importants décalages, et des personnes peuvent être considérées comme des ressortissants américains alors qu'elles ne le sont pas.

Le résultat concret de ce processus en deux étapes est que, selon les circonstances, l'imposition fondée sur la citoyenneté, appliquée moyennant le système de la FATCA, peut entraîner l'exposition et la sanction arbitraires de certaines personnes qui, en réalité, pourraient n'avoir aucun lien substantiel avec les États-Unis. Ainsi, alors que la FATCA ciblait prétendument les contribuables résidents aux États-Unis afin de prévenir la fraude fiscale à l'étranger, dans la pratique, elle englobe une vaste catégorie de personnes respectueuses des lois (Américains expatriés, citoyens ayant une double nationalité européenne et américaine et Américains accidentels) qui ne se livrent clairement pas la fraude fiscale, mais qui sont soumis à des demandes déraisonnables.

Il existe deux grands problèmes liés à la FATCA pour ces catégories de personnes: d'une part, ils se voient refuser des services bancaires; d'autre part, ils sont soumis à une coûteuse mise en conformité qui n'est pas proportionnée à leur situation réelle de citoyens respectueux de la loi.

En ce qui concerne le premier problème, celui du *refus de services bancaires*, il est amplement démontré que les établissements financiers européens identifient systématiquement les clients qu'ils pensent être des ressortissants américains aux fins de la FATCA en leur refusant des services bancaires par crainte d'être soumis à la déclaration au titre de la FATCA<sup>47</sup>. Tout établissement financier susceptible de recevoir un paiement depuis les États-Unis doit faire une demande de numéro d'identification auprès de l'IRS, qui sera inscrit sur la liste des IFE partenaires ou sur celle des IFE contrevenants, et que

---

<sup>47</sup>Voir: <http://www.ingdirect.fr/data/pdf/fonds/conditions---generales.pdf>; [https://www.binck.fr/clients/binck\\_fr/data/pdf/clients/conditions---generales---binck.pdf](https://www.binck.fr/clients/binck_fr/data/pdf/clients/conditions---generales---binck.pdf); <https://www.soon.fr/assets/pdf/soon---conditions---particulieres---07---2014.pdf>; et <https://www.carrefour-banque.fr/sites/default/files/files/telechargement/epargne/Web---EA031---150916---0001---CSL.pdf>; <https://americansoverseas.org/app/uploads/2016/06/1---Survey---results---EN.pdf>; [https://www.hellobank.fr/rsc/contrib/document/pdf/PV18641\\_CG\\_cpteDepot\\_30.pdf](https://www.hellobank.fr/rsc/contrib/document/pdf/PV18641_CG_cpteDepot_30.pdf)

chaque agent de retenue doit vérifier<sup>48</sup>. Par conséquent, les banques étrangères doivent soit empêcher les ressortissants étrangers de détenir des comptes bancaires afin d'être traitées par l'IRS en tant que «banques locales», soit identifier les clients étrangers en vertu de la FATCA. Dans la pratique, les établissements financiers qui souhaitent éviter les importants coûts de conformité et les potentielles exigences relatives à la retenue imposées par la FATCA peuvent avoir intérêt à éviter de compter parmi leurs clients des titulaires de comptes américains qualifiés de ressortissants américains<sup>49</sup>. Ainsi, une banque locale, afin de ne pas se soumettre aux (coûteuses) obligations de conformité avec le système de déclaration relative à la FATCA, sont en pratique contraints de refuser l'ouverture de comptes bancaires à des personnes qui se trouvent être des Américains accidentels.

Les établissements financiers européens qui réagissent ainsi à la FATCA n'acceptent pas les clients présentant un quelconque lien avec les États-Unis<sup>50</sup>. Ce simple fait ne permet pas aux citoyens européens qui sont des Américains accidentels d'accéder aux services financiers de base au sein de l'Union. De ce fait, les Américains accidentels peuvent être empêchés de conserver leurs comptes bancaires<sup>51</sup> ou de signer des contrats d'assurance et, par conséquent, deviennent moins employables<sup>52</sup>. Pour ces raisons, la mise en œuvre de la FATCA a suscité un nombre important de protestations parmi les Américains Accidentels au sein de l'Union<sup>53</sup>.

En ce qui concerne le deuxième problème (*le coût de la conformité*), pour échapper aux formalités de la FATCA appliquées par les IFE, les Américains accidentels doivent soit divulguer l'intégralité de leurs informations aux autorités américaines, soit formellement renoncer à la citoyenneté américaine non souhaitée. La divulgation complète est non seulement coûteuse, mais est aussi susceptible d'exposer les Américains accidentels à un assujettissement total à l'impôt et à des sanctions aux États-Unis.

Quant à la renonciation à la citoyenneté américaine, il s'agit d'un processus très lourd. Pour ce faire, les Américains accidentels doivent accéder au système américain en obtenant un numéro de sécurité sociale américain ou un numéro d'identification fiscale international américain et fournir aux autorités américaines des documents justificatifs de leur vie en dehors des États-Unis. Deuxièmement, les Américains accidentels doivent remplir le formulaire FBAR, qui exige la divulgation de tous les actifs financiers, si, au total, à tout moment d'une quelconque année, ils détenaient au moins 10 000 USD en dehors des États-Unis. Enfin, ils sont tenus de présenter des déclarations fiscales américaines concernant les cinq dernières années si le programme de divulgation simplifié est disponible (à défaut, pour toute la période en dehors des États-Unis), et de fournir à l'IRS américain les détails de leurs «participations financières à l'étranger» dont la valeur totale est supérieure à 50 000 USD.

---

<sup>48</sup> Voir: l'article 1471 (b) (1) (B) de l'ICR.

<sup>49</sup> Voir: Mitchell, D. J., «Why Obama's FATCA Law is a Threat to Business Growth», Forbes, 2011, disponible sur: <http://www.forbes.com/sites/beltway/2011/06/20/why-obamas-fatca-law-is-a-threat-to-business-growth/>: «Americans living overseas are one of the groups that will be severely penalized».

<sup>50</sup> Voir: Hinchberger, B., «European Banks Shut Americans out over U.S. Tax Rules», USA Today, 2012, disponible sur: <http://www.usatoday.com/story/money/business/2012/09/27/american-expats/1594695/>; citation de: Deutsche Bank, Commerzbank, HSBC, ING Group, Credit Suisse.

<sup>51</sup> Voir: «Reaction to U.S. Tax Law: European Banks Stop Serving American Customers», Spiegel Online, 2011, disponible sur: <http://www.spiegel.de/international/business/reaction-to-us-tax-law-european-banks-stop-serving-american-customers-a-803742.html#renunciation-not-about-taxes/>.

<sup>52</sup> Voir: «American Citizens Abroad, Why FATCA is Bad for America and Why it Should Be Repealed», 2012, disponible sur: <http://americansabroad.org/issues/fatca/fatca-is-bad-for-america-and-why-it-should-be-repealed/>.

<sup>53</sup> Voir: «American Citizens Abroad, FATCA Destroys Lives and the US Economy», 2011, disponible sur: <http://americansabroad.org/issues/fatca/fatca-destroys-lives-and-the-us-economy/>.



## 5. CONFLITS AVEC LE DROIT DE L'UNION

Comme le flux d'informations en provenance des établissements financiers de l'Union et directement destiné à l'IRS qui est exigé au titre de la FATCA serait contraire à un certain nombre de lois dans l'Union, les États-Unis ont demandé une modification de ces lois et les États membres de l'Union ont cherché à satisfaire à ces demandes par l'intermédiaire des AIG. Étant donné que les AIG sont des accords internationaux, ils deviennent partie intégrante de la législation interne des États membres et sont indirectement soumis aux contraintes législatives de l'Union. En conséquence, le caractère extraterritorial de la FATCA, en plus d'entrer en conflit avec les législations locales, déclenche également des conflits systémiques avec les différents échelons de la législation européenne.

Il existe deux grands cas dans lesquels la FATCA appliquée par l'intermédiaire d'AIG entre en conflit avec le droit de l'Union: dans le premier cas, les données relevant de la FATCA sont conservées et transmises par des IFE et sont à l'origine d'un problème de garanties procédurales et de protection des données (paragraphe 5.1), tandis que dans le second cas, les données ne sont pas obtenues par les IFE qui refusent de fournir des services et, dans ce cas, l'incidence de la FATCA peut directement porter atteinte aux droits substantiels des personnes (paragraphe 5.2).

### 5.1. Le droit à la protection des données relevant de la FATCA au titre du règlement général sur la protection des données

#### 5.1.1. La FATCA et le droit des contribuables à la protection des données

Les exigences de la FATCA se recoupent avec deux lignes d'évolutions internationales. D'une part, le G 20 a approuvé l'échange automatique d'informations (AEOI) dans le domaine fiscal en 2013<sup>2</sup>, et cela a conduit à la mise en place d'une norme mondiale en matière d'AEOI, la norme commune de déclaration (NCD), de sorte qu'au sein de l'Union, la directive relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (DAC 1) a été modifiée à plusieurs reprises au vu de l'AEOI et de la FATCA. La DAC 1 a été modifiée à trois reprises, ce qui permet actuellement d'appliquer l'AEOI obligatoire dans un large éventail de questions fiscales.

D'autre part, le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (règlement général sur la protection des données, ou RGPD), entré en vigueur le 25 mai 2018, a abrogé la précédente directive sur la protection des données et prévoit que les références à cette directive abrogée sont considérées comme des références au RGPD à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci<sup>54</sup>.

La directive sur la protection des données se limitait à fixer des orientations pour les législateurs nationaux des États membres en ce qui concerne le respect de la protection des données, tandis que le RGPD contient des règles juridiques contraignantes et doit être appliqué dans son intégralité dans toute l'Union. Le RGPD crée un niveau cohérent et équivalent de protection dans toute l'Union pour les personnes physiques, éliminant la fragmentation dans l'application de la protection des données, et constitue une amélioration par rapport à la directive sur la protection des données.

---

<sup>54</sup> Article 94 – Abrogation de la directive 95/46/CE – 1. La directive 95/46/CE est abrogée avec effet au 25 mai 2018. 2. Les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites au présent règlement. Les références faites au groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE s'entendent comme faites au comité européen de la protection des données institué par le présent règlement.

Le RGPD comble le vide qui s'est creusé ces dix dernières années, lorsque les pouvoirs des administrations fiscales ont augmenté grâce à la législation européenne relative à l'AEIO et aux AIG, phénomène qui s'est intensifié avec les technologies numériques, alors que la protection des données à l'échelle de l'Union n'a pas vraiment suivi la même tendance<sup>55</sup>. Les droits à la protection des données en matière de fiscalité demeurent insuffisamment protégés par la législation européenne relative à l'AEIO dans le domaine fiscal, comme l'ont fait observer le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD)<sup>56</sup>, le groupe de travail «article 29»<sup>57</sup> et le groupe d'experts de la Commission sur l'échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers<sup>58</sup>.

Désormais, le RGPD confère un caractère systématique à ces droits et établit un droit fondamental, distinct du droit à la vie privée: le *droit à la protection des données*, qui est consacré dans plusieurs sources juridiques de l'Union. Les deux paragraphes de l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>25</sup> confèrent le droit à la protection des données à caractère personnel. Alors que le premier paragraphe consacre ce droit de manière explicite, le second exige que les institutions de l'Union concernées fixent les règles relatives à la protection de ce droit. La directive sur la protection des données avait été adoptée conformément à cette disposition, et le RGPD annule un chapitre spécifique intitulé «Droits des personnes concernées».

Le RGPD s'attaque plus spécifiquement à l'absence de règles détaillées sur le droit des contribuables à la protection de leurs données face à l'augmentation des pouvoirs des administrations fiscales grâce à l'AEIO et à la FATCA. L'insuffisance de la garantie des droits des contribuables non seulement représente une menace imminente pour le statut des contribuables dans le cadre de l'AEIO, mais réduit aussi potentiellement la validité de l'AEIO en tant que norme internationale.

En fait, l'article 1<sup>er</sup> dispose que le RGPD «établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données», et «protège les droits et libertés fondamentaux des personnes physiques et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel». Le RGPD s'applique aux données FATCA car son champ d'application matériel est le «traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi [que le] traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier» «effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union».

---

<sup>55</sup> Voir: Somare, M. et Wöhrer, V., «Automatic Exchange of Financial Information under the Directive on Administrative Cooperation in the Light of the Global Movement towards Transparency», *Intertax n° 43*, 2015, p. 804–815.

<sup>56</sup> Le CEPD est une autorité de contrôle indépendante dont l'objectif premier est de veiller à ce que les institutions et organes européens respectent le droit à la vie privée et la protection des données.

<sup>57</sup> Le groupe de travail «article 29» est un organe consultatif composé d'un représentant de l'autorité de protection des données de chaque État membre de l'Union, du Contrôleur européen de la protection des données et de la Commission européenne.

<sup>58</sup> Le groupe d'experts sur l'échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers assiste la Commission en vue de garantir l'efficacité de la législation européenne relative à l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers à des fins de fiscalité directe. Ses travaux comprennent également la mise en conformité de la législation européenne existante dans le domaine de l'AEIO avec la norme mondiale de l'OCDE sur l'échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers.

Le RGPD reconnaît explicitement le droit à la protection des données, tandis que la directive sur la protection des données reconnaissait essentiellement le droit à la vie privée. Il en va de même dans le cas de l'AEOI dans le domaine fiscal et de la FATCA, la protection des contribuables comprend non seulement le droit à la vie privée, mais aussi le droit à la protection des données, un autre droit fondamental, distinct du droit à la vie privée. En particulier, les articles 12 à 22 ainsi que l'article 34 du RGPD prévoient un ensemble de droits explicites de la personne concernée, tandis que son article 5 prévoit une série de principes relatifs au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la FATCA.

Conformément à l'article 5, ces données à caractère personnel doivent être:

- a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);
- b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités (limitation des finalités);
- c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données);
- d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour (exactitude);
- e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont traitées (limitation de la conservation);
- f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité).

L'article 6 du RGPD, aux points e) et f), dispose notamment que le traitement des données relevant de la FATCA n'est licite que si le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement. En particulier, l'article 6 exige que le traitement des données relevant de la FATCA soit nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel.

En conclusion, les règles de protection des données devraient jouer un rôle important dans la protection des contribuables dans la cadre de l'AEOI et de la FATCA. Grâce aux améliorations apportées par le RGPD par rapport à la directive sur la protection des données, les procédures de la FATCA, y compris la collecte de données, le transfert de données et la conservation des données, devraient se conformer à la protection que l'Union accorde aux contribuables par le biais du principe de proportionnalité. En conclusion, le transfert de données vers les États-Unis en vertu de la FATCA requiert un niveau adéquat de protection grâce à des dispositions substantielles dans les AIG.

### 5.1.2. Les restrictions au droit à la protection des données relevant de la FATCA

De toute évidence, il existe une tension entre le droit des contribuables à la protection de leurs données relevant de la FATCA et la nécessité pour les autorités fiscales (y compris les autorités fiscales américaines) d'avoir accès aux données afin de faire appliquer leurs dispositions fiscales, y compris de façon extraterritoriale. L'article 23 du RGPD dresse la liste d'un ensemble de limitations au droit à la

protection des données, et dispose que le droit de l'Union ou le droit d'un État membre auquel le responsable du traitement ou le sous-traitant est soumis peuvent, par la voie de mesures législatives, limiter la portée des obligations et des droits prévus par le RGPD *lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux* et qu'elle constitue une *mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir un ensemble de valeurs sociétales*. Parmi ces valeurs, en ce qui concerne les données relevant de la FATCA, l'article 23, paragraphe 1, point e) indique «d'autres objectifs importants d'intérêt public général de l'Union ou d'un État membre, notamment un intérêt économique ou financier important de l'Union ou d'un État membre, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal, de la santé publique et de la sécurité sociale».

Il s'ensuit que, pour prouver que les limitations imposées en ce qui concerne les données relevant de la FATCA sont justifiées en vertu du RGPD, les conditions suivantes doivent être remplies: i) ces limitations doivent être introduites dans la législation d'un État Membre ou de l'Union; ii) ces limitations doivent respecter l'essence des droits et libertés fondamentaux; et iii) ces limitations doivent être des mesures nécessaires et proportionnées dans une société démocratique.

La condition i) est remplie par les AIG dans la mesure où de telles limitations deviennent partie intégrante des législations internes des pays membres de l'Union, tandis que la condition ii) implique une analyse juridique complexe du contenu essentiel des droits fondamentaux dans le monde numérique, qui ne peut être réalisée ici: il est notoire qu'il est craint que les nouvelles technologies de surveillance mises en place par le secteur public puissent avoir des résultats contraires à la démocratie, tandis que la surveillance extensive instituée en vertu de la FATCA est dans le même temps insuffisante pour déceler des auteurs de fraude fiscale et disproportionnée à l'égard d'une vaste catégorie de personnes qui respectent la loi.

En substance, la question porte donc sur la condition iii), à savoir, si les limitations introduites par la FATCA au sein de l'Union par l'intermédiaire des AIG sont des *mesures nécessaires et proportionnées*. À cet égard, il existe certains indicateurs critiques de l'absence de ces conditions dans le cadre de la pratique actuelle de la FATCA. En premier lieu, les expatriés américains n'utilisent généralement pas le système financier de l'Union pour se livrer à la fraude fiscale à l'étranger. En second lieu, la FATCA n'exige pas l'existence d'indices de comportement illicite de la part des contribuables, de sorte qu'elle suscite des coûts de conformité pour des personnes pour lesquelles il n'existe aucun élément de preuve susceptible de suggérer que leur comportement pourrait avoir un lien, même indirect ou lointain, avec la fraude fiscale. Enfin, la plupart des «ressortissants américains» non résidents soumis aux obligations de la FATCA ne sont effectivement pas redevables d'impôts aux États-Unis, de sorte que la FATCA ne fait que les exposer à de lourdes amendes et sanctions en raison d'un classement fortuit ou d'une erreur de déclaration.

En conclusion, les limitations introduites par la FATCA au sein de l'Union européenne par l'intermédiaire des AIG, semblent, au stade actuel et dans certaines circonstances, n'être ni nécessaires ni proportionnées, dans la mesure où elles ne restreignent pas les obligations de déclaration aux individus soupçonnés de fraude fiscale. En revanche, ces limitations introduites par la FATCA constitueraient des «mesures nécessaires et proportionnées» à la condition que les États-Unis fournissent, au cas par cas, des éléments prouvant que les expatriés américains utilisent le système financier de l'Union pour se livrer à la fraude fiscale à l'étranger. En l'absence de telles preuves, les limitations de la FATCA semblent aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif de la lutte contre la fraude fiscale à l'étranger.

Le fait que les limitations de la FATCA ne constituent pas des «mesures nécessaires et proportionnées» a déjà été avancé par le groupe de travail «article 29» dans une lettre datée du 21 juin 2012, dans laquelle il indiquait que la FATCA doit être mutuellement reconnue comme nécessaire d'un point de vue européen, ce qui requiert un examen approfondi de la manière dont les objectifs de la FATCA s'équilibrent avec ceux relatifs au droit à une vie privée et familiale, c'est-à-dire en démontrant la nécessité par la preuve que les données requises sont le minimum nécessaire au regard de la finalité, et qu'un transfert de masse ainsi que l'examen de toutes ces données n'est pas la meilleure façon d'atteindre cet objectif.

De même, dans une lettre datée du 18 septembre 2014 et concernant la NCD, le groupe de travail «article 29» a souligné qu'il est nécessaire de démontrer clairement la nécessité du traitement prévu et le fait que les données requises sont le minimum nécessaire pour atteindre l'objectif déclaré. Le groupe a également observé que les modalités pratiques du déploiement de la NCD en Europe sur la base des solutions existantes de la FATCA manquent actuellement de garanties suffisantes en matière de protection des données, en dépit du fait que l'Union a proposé de modifier la directive 2011/16/UE du Conseil en ce qui concerne l'échange d'informations automatique et obligatoire dans le domaine fiscal, et que cette directive (qui pourrait être considérée comme la transposition de la FATCA et de la NCD dans le droit de l'Union) manque jusqu'à présent de garanties concernant la protection des données.

### 5.1.3. La transparence et l'accès aux données FATCA à caractère personnel

Les articles 12 à 15 du RGPD protègent expressément les droits de la personne concernée en ce qui concerne la transparence et l'accès aux données à caractère personnel et s'appliquent clairement à la FATCA. L'article 12 du RGPD charge le responsable du traitement de prendre des mesures appropriées pour fournir toute information mentionnée aux articles 13 et 14 ainsi que pour procéder à toute communication au titre des articles 15 à 22 et de l'article 34 en ce qui concerne le traitement à la personne concernée d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples. L'article 13 définit les informations à fournir lorsque des données à caractère personnel (telles que les données relevant de la FATCA) sont collectées auprès de la personne concernée, et régit l'accès aux données à caractère personnel. L'article 14 définit les informations à fournir lorsque les données à caractère personnel (telles que les données relevant de la FATCA) n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée. Enfin, l'article 15 établit le droit d'accès de la personne concernée en prévoyant que cette dernière a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel (telles que les données relevant de la FATCA) la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès aux dites données à caractère personnel ainsi que les informations sur les données utilisées.

Les AIG contournent ces protections offertes par le RGPD car ils ne contiennent pas de dispositions qui contraignent les IFE européens à communiquer à leurs clients qui sont considérés comme des ressortissants américains en vertu de la FATCA que des informations les concernant sont collectées en vue d'un partage éventuel avec les autorités fiscales américaines. Les AIG devraient inclure des dispositions concernant une telle notification afin d'encourager la transparence dans les pratiques de collecte d'informations bancaires. Un client qui s'oppose à une telle collecte de données pourrait de ce fait être en mesure de choisir un autre établissement financier européen qui n'a pas conclu d'AIG. Pour se conformer au RGPD, les établissements financiers de l'Union soumis à un AIG doivent collecter et divulguer des informations sur les montants des dépôts et des transactions relatifs aux actifs.

#### 5.1.4 Les transferts de données relevant de la FATCA vers des pays tiers

Dans le cadre des AIG, tous les titulaires de comptes qui sont des ressortissants américains verront leurs informations bancaires transférées, directement ou indirectement par les autorités fiscales nationales, aux autorités fiscales américaines, qui collectent régulièrement des informations sur les citoyens de l'Union. Ainsi, les données à caractère personnel soumises à la FATCA sont transférées vers un pays tiers, les États-Unis. Le chapitre V du RGPD introduit désormais des garanties spéciales afin de garantir que le niveau de protection des personnes physiques prévu par le RGPD n'est pas compromis lorsque cela se produit.

Conformément à l'article 44, les transferts de données à caractère personnel (telles que les données relevant de la FATCA) qui sont en cours de traitement ou destinées à un traitement après leur transfert vers les États-Unis doivent avoir lieu uniquement si les conditions prévues au chapitre V sont respectées par le responsable du traitement et le sous-traitant, y compris pour les transferts ultérieurs de données à caractère personnel en provenance des États-Unis vers un autre pays tiers. Conformément à l'article 45, le transfert de ces données à caractère personnel vers les États-Unis peut avoir lieu sans autorisation particulière si la Commission a décidé que les États-Unis garantissent un niveau de protection adéquat. Cette décision quant au transfert doit prévoir un mécanisme d'examen périodique, au moins tous les quatre ans, qui tient compte de toutes les évolutions pertinentes aux États-Unis.

Conformément à l'article 46, en l'absence de décision en vertu de l'article 45, paragraphe 3, le responsable du traitement ou le sous-traitant ne peut transférer des données à caractère personnel, telles que des données relevant de la FATCA, aux États-Unis que s'il a prévu des «garanties appropriées» et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives. Ces garanties appropriées peuvent être fournies, dans le cas de données relevant de la FATCA, par un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les autorités ou organismes publics [article 46, paragraphe 2, point a)], ou par des clauses types de protection des données adoptées par la Commission en conformité avec la procédure d'examen visée à l'article 93, paragraphe 2 [article 46, paragraphe 2, point c)].

Ni l'autorisation de la Commission, ni les «garanties appropriées» ne sont, au stade actuel, mis en place, de sorte que l'article 49 s'applique aux données relevant de la FATCA. Conformément à l'article 49, dans ce cas, le transfert de données relevant de la FATCA vers les États-Unis ne peut avoir lieu qu'à l'une des conditions suivantes: a) la personne concernée a donné son consentement explicite au transfert envisagé, après avoir été informée des risques que ce transfert pouvait comporter pour elle en raison de l'absence de décision d'adéquation et de garanties appropriées; b) le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou à la mise en œuvre de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne concernée; c) le transfert est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu dans l'intérêt de la personne concernée entre le responsable du traitement et une autre personne physique ou morale; d) le transfert est nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public.

À ce stade (absence d'autorisation de la Commission et de «garanties appropriées»), la question est en substance de savoir si le transfert des données relevant de la FATCA vers les États-Unis est nécessaire pour des «motifs importants d'intérêt public» [article 49, paragraphe 1, point d)], à savoir, la prévention de la fraude fiscale. Les AIG n'étant pas réciproques, dans ce contexte, l'intérêt public relatif à la

prévention de la fraude fiscale est uniquement celui des États-Unis, et non celui de l'Union. Il s'agit d'un indicateur critique qui nécessite de transformer les AIG en de véritables instruments réciproques d'échange bilatéral d'informations. En outre, en vertu du RGPD, les entreprises devraient élaborer des systèmes de protection des données contre la surveillance externe non autorisée. Les AIG ne contiennent pas de dispositions en ce sens, de sorte que le danger se manifeste lorsqu'un grand nombre d'informations en vrac concernant des titulaires de comptes européens sont détenues au sein d'une base de données de l'IRS dans laquelle des tiers pourraient s'introduire à des fins illégales<sup>59</sup>.

Il convient de noter que l'article 49 prévoit également que, lorsqu'un transfert ne peut être fondé ni sur l'autorisation de la Commission ni sur les «garanties appropriées», et que les dérogations énumérées ci-dessus ne s'appliquent pas, un transfert de données relevant de la FATCA vers les États-Unis *ne peut avoir lieu que si* ce transfert ne revêt pas de caractère répétitif, ne touche qu'un nombre limité de personnes concernées, est nécessaire aux fins des intérêts légitimes impérieux poursuivis par le responsable du traitement sur lesquels ne prévalent pas les intérêts ou les droits et libertés de la personne concernée, et si le responsable du traitement a évalué toutes les circonstances entourant le transfert de données et a offert, sur la base de cette évaluation, des garanties appropriées en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel. Le responsable du traitement informe l'autorité de contrôle du transfert. Outre qu'il fournit les informations visées aux articles 13 et 14, le responsable du traitement informe la personne concernée du transfert et des intérêts légitimes impérieux qu'il poursuit.

#### 5.1.5. Le droit de rectification des données relevant de la FATCA

L'article 16 du RGPD établit un droit de rectification qui est clairement applicable aux données relevant de la FATCA. La personne concernée a donc le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données relevant de la FATCA la concernant qui sont inexacts. Compte tenu des finalités du traitement, la personne concernée a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel incomplètes soient complétées, y compris en fournissant une déclaration complémentaire.

Les AIG contiennent une version de ce droit, mais celui-ci ne vise que les autorités fiscales de chaque pays. En fait, les AIG peuvent prévoir qu'une autorité fiscale informe l'autre autorité lorsqu'elle a des raisons de penser que des erreurs administratives ou d'autres erreurs mineures ont pu conduire à la déclaration d'informations incorrectes ou incomplètes ou ont eu pour conséquences d'autres violations des AIG. Ces derniers indiquent alors que chaque administration fiscale doit s'efforcer d'obtenir les informations corrigées ou de résoudre d'autres violations des AIG. Ainsi, en vertu des AIG en vigueur, il ne semble pas exister de mécanisme par lequel un client d'une banque de l'Union peut obtenir la correction de ses informations personnelles au moyen de cette procédure, mis à part dans le cadre d'un long et coûteux processus de règlement des litiges relatifs au traité.

---

<sup>59</sup> «The U.S. I.R.S. suffers lapses in data security and was recently taken to task over this issue by the Government Accountability Office»: <https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp/2016/03/30/weak---irs---controls---leave---taxpayer---data---vulnerable---report---says/ 1 September 2016>.

### 5.1.6. Contestation pour défaut de conformité

De grandes quantités de données de contribuables européens sont transférées en application des AIG, et, par conséquent, des erreurs peuvent être commises par les autorités fiscales américaines, qui pourraient conduire à des audits et enquêtes non justifiés, ou par les établissements financiers européens, qui pourraient engager leur responsabilité juridique en raison d'un transfert négligent ou d'informations erronées à destination des autorités fiscales américaines. Les articles 77 et 78 du RGPD établissent désormais le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle et le droit à un recours juridictionnel effectif contre une autorité de contrôle, de sorte que, en substance, le RGPD prévoit qu'une personne peut intenter un recours pour défaut de conformité. Il n'existe pas de dispositions similaires dans les AIG. Au stade actuel, un contribuable européen qui se plaint du fait que les données relevant de la FATCA ont été utilisées, collectées, ou divulguées de façon abusive pourrait uniquement recourir à la procédure amiable du traité, ce qui ne semble pas être un moyen rapide par rapport au simple dépôt d'une réclamation auprès de l'autorité de contrôle pour une violation supposée du RGPD.

## 5.2. Les données relevant de la FATCA et les garanties substantielles

Une question importante réside dans le fait de savoir si la FATCA enfreint le droit à la vie privée en demandant des données à caractère personnel pour des raisons fiscales, sur le fondement d'intérêts en matière de prévention de la fraude fiscale. Il convient de noter que la notion de vie privée dans le droit fiscal n'est pas aussi large que dans d'autres domaines du droit: les contribuables ne peuvent pas revendiquer le droit de ne pas être importunés ou de ne pas subir l'ingérence gouvernemental, car il s'agit d'un enjeu fiscal d'intérêt national. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relatives à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a récemment été reprise dans l'affaire *G. S. B. contre Suisse*, qui concernait la transmission aux autorités fiscales américaines des coordonnées bancaires du requérant dans le cadre de l'accord d'assistance mutuelle signé entre la Suisse et les États-Unis à la suite du scandale d'UBS. La Cour a estimé qu'il n'y avait eu aucune violation de l'article 8, étant donné que seules les données bancaires du requérant, soit des «informations purement financières», avaient été divulguées, et qu'il «ne s'agissait donc nullement de données intimes ou liées étroitement à son identité qui auraient mérité une protection accrue».

Ainsi, dans le cadre de la fiscalité et, en particulier, dans le cadre de la procédure internationale d'échange d'informations, les personnes ont des droits procéduraux qui prennent la forme d'un droit à la protection des données (voir le paragraphe 5.1 ci-dessus), tels que le droit d'être informé de la demande d'information, ou le droit de participer aux enquêtes dans l'État requis, ou le droit de contester la décision d'évaluation dans l'État requérant. Ainsi, l'absence d'un droit procédural (notification, consultation ou intervention) pourrait constituer une violation du droit substantiel, à savoir, le droit à la vie privée, parce que les contribuables ne sont pas en mesure de protéger efficacement ce droit substantiel en l'absence de garanties procédurales de base. Cette violation des droits substantiels peut se produire en ce qui concerne les articles 14 et 8 de la CEDH (voir les paragraphes 5.2.1 et 5.2.2.).



## 5.2.1. Compatibilité de la FATC

### A avec l'article 14 de la CEDH

En ce qui concerne les Américains accidentels, outre le droit à la protection des données (voir le paragraphe 5.1 ci-dessus), le traitement des données relevant de la FATCA peut également entraîner la violation de droits fondamentaux substantiels protégés à l'échelle de l'Union, car il est amplement démontré que les établissements financiers européens identifient systématiquement des clients qu'elles pensent être des ressortissants américains aux fins de la FATCA et leur refusent des services bancaires, de crainte d'être soumis à la déclaration au titre de la FATCA. La première préoccupation importante est donc la discrimination: L'article 14 de la CEDH interdit toute discrimination fondée sur «un quelconque motif tel que [...] l'origine nationale ou sociale». Dans ses décisions, la Cour européenne des droits de l'homme applique une définition large de la discrimination, laquelle consiste à «traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations analogues ou comparables»<sup>60</sup>. De même, l'article 15 de la directive sur les comptes de paiement (directive 2014/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base) consacre le principe selon lequel les banques ne doivent opérer aucune discrimination à l'encontre des consommateurs résidant légalement dans l'Union du fait, entre autres, de leur nationalité, lorsque ces consommateurs demandent l'ouverture d'un compte de paiement. La directive exige également que tous les États membres veillent à ce que les consommateurs aient accès à un compte de paiement assorti de prestations de base.

Le point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur les différences de traitement s'accorde avec l'idée généralement acceptée selon laquelle: i) la discrimination consiste en des actes, des pratiques ou des politiques qui imposent un *désavantage relatif* à un *groupe contrôlé de personnes* qui appartiennent à un groupe social distinct (les Américains accidentels); et ii) un tel désavantage doit être déterminé par rapport à un groupe de *comparaison de référence pertinent* (tous les autres contribuables européens). En l'espèce, le groupe contrôlé est exclu des services financiers (tels que les régimes de pension privés, les prêts hypothécaires, les assurances-vie, l'accès à des produits financiers) qui sont nécessaires afin de travailler, de vivre et de faire des projets d'avenir. Le groupe contrôlé (les Américains accidentels) subit un traitement défavorable par rapport au groupe de comparaison de référence.

Il n'existe aucune justification à cette discrimination étant donné que, selon les termes de la Cour européenne des droits de l'homme, «[u]ne telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé»<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Affaire *Kiyutin c. Russie* – requête n° 2700/10, mars 2011; Affaire *Luczak c. Pologne* – requête n° 77782/01, 27 novembre 2012; Affaire *Timishev c. Russie* – requêtes n°55762 et n°55974-00, 13 décembre 2005 et 1<sup>er</sup> septembre 2016.

<sup>61</sup> Affaire *Burden c. Royaume-Uni* – requête n° 13378/05, 29 avril 2008.

### 5.2.2. Compatibilité de la FATCA avec l'article 8 de la CEDH

Alors que l'article 14 de la CEDH se concentre sur la discrimination, l'article 8, quant à lui, porte directement sur le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, et dispose: 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 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».

Ainsi, toujours en ce qui concerne les Américains accidentels, l'article 8 de la CEDH est pertinent parce que l'objectif de la FATCA de prévenir la fraude fiscale des ressortissants américains ne justifie pas la généralisation des ingérences dans les droits à la vie privée des citoyens et résidents européens. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de «vie privée» doit être interprétée de manière extensive et, en particulier, la collecte de données à caractère personnel par un État, sans le consentement de la personne, a trait à la «vie privée»<sup>62</sup>. Parmi les exemples d'ingérences dans la vie privée au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme figurent les informations obtenues dans le cadre d'un recensement, ou encore les données médicales, de sorte qu'il est possible de faire valoir que, dans certaines circonstances, la FATCA peut constituer une ingérence illégitime dans la «vie privée». Dans ces cas, les dispositions américaines extraterritoriales de la FATCA qui déclenchent une telle ingérence dans la «vie privée» des résidents européens ne sont pas conformes aux normes européennes.

Il existe un certain nombre de dérogations en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH, qui permettent à une autorité publique d'entraver l'exercice de ce droit. L'«ingérence» dont est responsable la FATCA ne poursuit pas un but légitime car la FATCA ne favorise pas, dans le contexte européen, «les intérêts de la sécurité nationale», et ne protège pas non plus la «sécurité publique», «la santé et la morale», les «droits et libertés d'autrui» ni le «bien-être économique du pays». En raison de l'absence de réciprocité des AIG (voir plus haut, paragraphe 4.1), ces objectifs ne sont pas poursuivis à la fois par les États-Unis et l'Union dans un esprit de coopération, mais ce sont uniquement les États-Unis qui poursuivent leurs propres intérêts nationaux. Pour exactement la même raison, cette «ingérence» peut être considérée comme visant à empêcher «le désordre et la criminalité».

N'est-il pas proportionné de porter atteinte à la «vie privée» des citoyens européens (qu'ils soient «accidentels», qu'ils aient la double nationalité ou qu'ils soient des expatriés américains) pour que les États-Unis empêchent la fraude fiscale par des personnes qui sont des résidents fiscaux des États-Unis? Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la mesure dans laquelle les États membres sont autorisés à collecter, stocker et utiliser des informations à caractère personnel appartenant à une personne, sans son consentement, implique en général l'existence d'une certaine menace (par exemple, des activités criminelles ou terroristes), mais la FATCA introduit une identification systématique, par les IFE, de toutes les personnes pour lesquelles il existe des indices établissant un lien avec les États-Unis, indépendamment de tout acte répréhensible avéré et sans aucun contrôle judiciaire.

---

<sup>62</sup> Affaire *X c. Royaume-Uni* – requête n° 9072/82, 6 octobre 1982; affaire *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994; et affaire *Leander c. Suède*, 26 mars 1987.

## 6. CONCLUSIONS ET SUGGESTIONS DE POLITIQUES

Cette étude se termine par une série de suggestions de politiques qui sont divisées en quatre catégories:

1. politiques bilatérales entre l'Union européenne et les États-Unis;
2. politiques unilatérales de l'Union européenne;
3. politiques unilatérales des États-Unis; et
4. politiques multilatérales.

### 6.1. Politiques bilatérales entre l'Union européenne et les États-Unis

#### 6.1.1. Modifications des AIG en vue de leur conformité avec le RGPD

Au moment où les AIG ont été conclus, le RGPD n'était pas encore en vigueur, mais aujourd'hui, il établit un droit *fondamental à la protection des données*, confirmé par l'article 16 du TFUE. Les AIG semblent contourner plutôt que respecter les protections des données offertes par le RGPD. Par exemple, les AIG portent atteinte aux droits du contribuable si des informations à caractère personnel ne sont pas utilisées par l'IRS aux fins fiscales pour lesquelles elles ont été collectées. En outre, les banques de l'Union contraignent leurs clients à fournir des informations à caractère personnel pour avoir accès aux services bancaires.

Avant le RGPD, en vertu de l'article 13 de la directive sur la protection des données, l'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité de telles restrictions était laissée à la discrétion des États membres. Désormais, le RGPD élimine ces incertitudes potentielles pour les contribuables se trouvant dans des situations transfrontières soumises à l'AEOL et à la FATCA. Les règles de protection des données devraient jouer un rôle important dans la protection des contribuables dans le cadre de l'AEOL et de la FATCA: le principe de proportionnalité prévu par le RGPD en ce qui concerne la directive sur la protection des données doit être respecté par les procédures de la FATCA, y compris la collecte de données, le transfert de données et la conservation des données. En conclusion, le transfert de données vers les États-Unis en vertu de la FATCA requiert un niveau adéquat de protection grâce à des dispositions substantielles dans les AIG.

Par conséquent, les AIG devraient être mis à jour et complétés par des dispositions conformes au RGPD, qui garantissent que les informations financières transférées vers les États-Unis bénéficient de la protection des données. L'Union devrait entreprendre un examen des AIG et envisager de les modifier. La violation des droits à la protection des données est susceptible d'affaiblir la légitimité de l'AEOL ayant lieu dans le cadre de la FATCA.

Le RGPD contient une liste d'exigences qui devraient être prises en considération dans le cadre de la modification des AIG:

- L'article 5 du RGPD prévoit une série de principes relatifs au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la FATCA.
- L'article 6 du RGPD, aux points e) et f), dispose notamment que le traitement des données relevant de la FATCA n'est licite que si le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement.
- L'article 23 du RGPD prévoit que le droit de l'Union ou le droit des États membres peuvent, par la voie de mesures législatives, limiter la portée des obligations et des droits prévus par le RGPD *lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux* et qu'elle constitue

une *mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour préserver une série de valeurs sociétales*. Ainsi, les AIG devraient être modifiés pour préciser que les limitations introduites par la FATCA constituent des «mesures nécessaires et proportionnées» à la condition que les États-Unis fournissent, au cas par cas, des éléments prouvant que les expatriés américains utilisent le système financier de l'Union pour se livrer à la fraude fiscale à l'étranger. En l'absence de telles preuves, les limitations de la FATCA semblent aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif de la lutte contre la fraude fiscale à l'étranger.

- Les articles 12 à 15 du RGPD prévoient expressément la protection des droits de la personne concernée en ce qui concerne la transparence et l'accès aux données à caractère personnel, de sorte que les AIG devraient être complétés par des dispositions exigeant qu'un IFE européen informe ses clients qu'ils sont considérés en vertu de la FATCA comme des ressortissants américains et que des informations sont collectées en vue d'un éventuel partage avec les autorités fiscales américaines.
- Les articles 44 à 49 du RGPD contiennent des dispositions concernant le transfert des données relevant de la FATCA vers les États-Unis: étant donné que ni l'autorisation de la Commission ni les «garanties appropriées» ne sont encore effectives, l'article 49 s'applique aux données relevant de la FATCA, de sorte que les AIG doivent prévoir des systèmes en vue de protéger les données contre la surveillance externe non autorisée.
- L'article 16 du RGPD établit un droit à la rectification qui est clairement applicable à la FATCA.
- Les articles 77 et 78 du RGPD établissent le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle et le droit à un recours juridictionnel effectif contre une autorité de contrôle, raison pour laquelle les AIG devraient prévoir spécifiquement des clauses qui soumettent les flux de données de la FATCA à ces garanties.

### 6.1.2. La renégociation des AIG en vue de les rendre réellement réciproques

Il existe des arguments selon lesquels les AIG ne disposent pas d'un niveau suffisant de réciprocité, imposant davantage d'obligations aux partenaires de l'AIG qu'aux États-Unis dans le cadre de l'échange d'informations. La position adoptée par les États-Unis de refuser la réciprocité complète dans le cadre des AIG constitue un motif sérieux pour renégocier les AIG afin de rétablir la pleine réciprocité. La justification de cette renégociation est que les AIG devraient être effectivement fondés sur la réciprocité, garantissant que les deux parties contractantes retirent des avantages mutuels grâce à la coopération.

Pour les États membres qui ont conclu un modèle 1 d'AIG avec les États-Unis, cette renégociation peut intervenir à deux niveaux: au niveau de chaque État membre, ainsi que collectivement, avec le soutien de la Commission européenne.

## 6.2. Politiques unilatérales de l'Union européenne

Outre les politiques bilatérales qui peuvent être poursuivies par l'Union en accord avec les États-Unis, il existe un ensemble de politiques unilatérales européennes, qui correspondent au deuxième meilleur choix, mais qui pourraient être utiles pour parvenir à un accord avec les États-Unis sur la protection des données et la réciprocité.

Les politiques unilatérales que pourrait adopter l'Union peuvent se résumer comme suit.

- Le grand principe directeur devrait être que le manquement des États-Unis à honorer l'échange réciproque d'informations pourrait conduire l'Union à envisager la possibilité d'adopter une «*loi de blocage sur la réciprocité*», qui serait applicable jusqu'à ce que la réciprocité soit rétablie en ce qui concerne la FATCA.
- Un autre principe directeur devrait être que «*la loi de blocage concernant des éléments déterminés*» s'appliquerait jusqu'à ce que certains points critiques de la FATCA concernant les Américains accidentels européens et les citoyens ayant une double nationalité européenne et américaine soient atténués par les États-Unis. Si l'Union bloquait l'application de la FATCA (en attendant la résolution des questions en suspens à propos de la FATCA) et, en conséquence, les États-Unis imposaient une retenue à la source de 30 % sur les paiements en provenance des États-Unis et à destination des établissements financiers européens, l'Union pourrait appliquer une retenue identique sur les paiements en provenance de l'Union et à destination des établissements financiers américains.
- Une autre mesure unilatérale qui pourrait être adoptée par l'Union serait de *permettre uniquement les transferts de données relevant de la FATCA qui concernent des ressortissants américains qui ne sont pas des résidents de l'Union*, jusqu'à ce qu'un ensemble prédéfini de mesures bilatérales soit adopté, par exemple: a) la renégociation des AIG de façon à parvenir à un traitement réciproque en ce qui concerne l'AEOI; et b) la mise en place de garanties concernant la protection des données en vertu du RGPD (voir ci-dessous). Cela impliquerait que la FATCA continuerait à fonctionner en ce qui concerne les transferts de données relevant de la FATCA concernant des ressortissants américains qui ne sont pas des résidents ou des citoyens de l'Union, mais serait soumise à une clause de statu quo pour les transferts de données relevant de la FATCA concernant des ressortissants américains qui sont des résidents ou des citoyens de l'Union.
- Le RGPD et la jurisprudence de la CJUE ont exercé une influence sur le processus législatif dans le domaine de la protection des données, notamment en ce qui concerne l'interprétation du principe de proportionnalité. En conséquence, la protection des contribuables renforcée sous la forme de normes plus strictes pour l'imposition de limitations législatives aux droits du contribuable devrait être introduite dans la *directive relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, conformément à l'article 23 du RGPD*.
- L'article 35 du RGPD introduit l'obligation pour le responsable du traitement d'effectuer régulièrement une *analyse d'impact relative à la protection des données*, qui devrait être étendue et appliquée à l'AEOI dans le domaine fiscal et aux données relevant de la FATCA. Ainsi, lorsqu'un type de traitement de données, telles que celles relevant de la FATCA, est susceptible d'entraîner un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement doit, avant le traitement, procéder à une analyse d'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel.
- Enfin, de façon très générale, une autre politique unilatérale de l'Union pourrait être le développement de *la protection juridictionnelle par les juridictions nationales et par la Cour européenne des droits de l'homme*. On pourrait s'attendre à ce que, en sus de l'application des droits à la protection des données au titre du RGPD par la voie judiciaire (voir ci-dessus), l'application de l'article 14 de la CEDH (interdiction de discrimination) et de l'article 8 de la CEDH (droit fondamental

au respect de la vie privée et familiale) soit également protégée par les juridictions nationales et par la CEDH du fait des réclamations des citoyens de l'Union qui sont des Américains accidentels.

### 6.3. Politiques unilatérales des États-Unis

Outre les politiques bilatérales qui peuvent être poursuivies par l'Union en accord avec les États-Unis, il existe également un ensemble de politiques que les États-Unis pourraient mettre en place de manière unilatérale, en particulier atténuer ou abroger la FATCA, ou modifier certains aspects la fiscalité américaine fondée sur la citoyenneté qui sont particulièrement problématiques pour les Américains accidentels. Bien entendu, à cet égard, l'Union devrait utiliser tous les canaux de communication politique et diplomatique avec les États-Unis.

#### 6.3.1. L'atténuation de la FATCA

Les éléments suivants sont des suggestions de modifications de certains aspects de la FATCA, qui pourraient sans nul doute réduire, au moins en partie, les problèmes abordés par le présent document:

- les comptes à faible risque signalés par certaines «alertes» pourraient être dispensés de la déclaration en vertu de la FATCA, ce qui permettrait d'atténuer la charge pesant sur les Américains accidentels qui ne se livrent clairement pas à la fraude fiscale;
- la limite inférieure pour la déclaration en vertu de la FATCA pourrait être élevée de 50 000 USD à 500 000 USD, ce qui permettrait d'atténuer la charge pesant sur les Américains accidentels à faible revenu.

#### 6.3.2. Modifications de la fiscalité fondée sur la citoyenneté

Outre l'atténuation de la FATCA, les États-Unis pourraient unilatéralement modifier certains aspects de la fiscalité américaine fondée sur la citoyenneté qui ont été exacerbés par le fonctionnement du système de classification en deux étapes de la FATCA (collecte par les IFE d'une liste d'indices établissant un lien avec les États-Unis, et autocertification).

Dans un sens large, la fiscalité fondée sur la citoyenneté est en cours d'examen aux États-Unis, et des universitaires ont ainsi avancé l'hypothèse que l'actuelle revendication juridictionnelle des États-Unis est en contradiction avec le droit international, et que les législateurs ou les tribunaux étrangers ne sont donc pas tenus d'appliquer la FATCA dans la mesure où elle a pour effet de soumettre leurs propres résidents à la fiscalité américaine fondée sur la citoyenneté<sup>63</sup>. Plus précisément, insister sur la coopération étrangère avec le régime de la FATCA, sous peine de sanctions économiques graves, est en contradiction avec les normes universellement acceptées en ce qui concerne les limites appropriées à la juridiction de l'État en matière d'impôt, tout en étant injustifié d'un point de vue normatif<sup>64</sup>.

En particulier, la citoyenneté absolue fondée sur le droit du sol et la citoyenneté automatique fondée sur le droit du sang posent aujourd'hui problème du point de vue des droits, dans la mesure où le régime attribue la citoyenneté à des personnes (telles que les Américains accidentels en vertu de la

---

<sup>63</sup>Spiro, P. J., «Citizenship Overreach», *Michigan Journal of International Law* n° 38, 2016, p. 167.

<sup>64</sup>Christians, A., «A Global Perspective on Citizenship-Based Taxation», *Michigan Journal of International Law*, n° 38, p. 193.

FATCA) sans lien social avec les États-Unis, tout en maintenant d'importants obstacles à l'abandon de la citoyenneté américaine. L'attribution de la citoyenneté associée à l'importante obligation de recensement, même lorsque les obligations fiscales en cause sont minimales, en l'absence d'un lien réel et sans possibilité d'abandon aisé, est susceptible de violer les droits individuels protégés par le droit international.

Diverses propositions ont été avancées aux États-Unis, mais aux fins des problèmes liés à la FATCA dans l'Union européenne, les suivantes constituent des évolutions potentielles que l'Union pourrait fortement approuver:

- l'abandon de la citoyenneté américaine par les Américains accidentels exempte de redevances, de sanctions, et de déclarations (les Américains accidentels et les citoyens ayant une double nationalité européenne et américaine ne devraient pas être considérés comme potentiellement coupables de fraude fiscale significative car leurs obligations fiscales sont suffisamment faibles pour ne pas susciter de préoccupations);
- la suppression des obligations imposées par la FATCA attachées au statut d'Américain accidentel et de citoyen ayant une double nationalité européenne et américaine, tout en maintenant la citoyenneté américaine pour ces personnes.

#### 6.4. Politiques multilatérales

L'AEIO dans le domaine fiscal et la FATCA ont été établis en tant que mesures multilatérales dans le sens le plus large de l'élimination de toutes les formes de «passagers clandestins» d'un système mondial de plein partage des informations fiscales entre les pays. En 2009-2010, la campagne de l'OCDE pour la transparence et l'Union ont appelé de leurs vœux une «nouvelle norme mondiale pour l'échange automatique d'informations afin de lutter contre la fraude fiscale, fondée sur la loi FATCA américaine», et la «norme commune de déclaration» a mis en place un véritable cadre multilatéral dans lequel les pays peuvent échanger automatiquement des informations en se fondant sur l'approche de la FATCA.

Dans le cadre de l'AEIO dans le domaine fiscal, le multilatéralisme peut être considéré comme étant la somme de nombreux accords bilatéraux entièrement fondés sur la réciprocité. Malheureusement, les États-Unis ont conclu des accords intergouvernementaux bilatéraux avec certains pays de l'Union qui ne fonctionnent *pas* réellement sur la base de la réciprocité, de sorte que le système multilatéral qui était initialement envisagé par l'Union et les États-Unis est en cours d'effondrement. En outre, les États-Unis n'ont pas l'intention de se conformer à la norme commune de déclaration.

Il convient donc de relancer le multilatéralisme dans le cadre de l'AEIO en matière fiscale entre l'Union et les États-Unis afin de revenir à l'esprit de la FATCA en tant qu'initiatrice du multilatéralisme<sup>65</sup>. Les États-Unis pourraient envisager une approche multilatérale comme moyen d'augmenter les chances de succès de la FATCA.

---

<sup>65</sup> Grinberg, I., «Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System», 27 janvier 2012, disponible sur: <https://ssrn.com/abstract=1996752> OU <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1996752>.

Si d'autres pays, dans le cadre d'un instrument multilatéral, étaient prêts à collecter et à échanger des données similaires à celles faisant l'objet de la FATCA, l'effet dissuasif vis-à-vis des investissements étrangers sur le marché des capitaux américain provoqué par la FATCA serait dilué. En outre, une harmonisation des garanties de protection des données au sein d'un instrument multilatéral permettrait de réduire les conflits entre la FATCA et les législations locales et européennes et, en fin de compte, permettrait aux expatriés américains de ne pas avoir à subir les désagréments liés à leur citoyenneté américaine, étant donné que, par l'intermédiaire de la coopération multilatérale, ils seraient soumis aux mêmes obligations de déclaration que les citoyens d'autres pays. Enfin, les coûts de mise en œuvre de la FATCA pourraient être réduits par l'intermédiaire de la coopération directe entre les États-Unis et les gouvernements étrangers.

En revanche, si les États-Unis maintiennent l'actuelle approche unilatérale de la FATCA avec tous les points critiques qui ont été décrits ci-dessus, le succès de la FATCA sera déterminé exclusivement par le comportement des IFE et sera soumis à leur volonté de continuer à supporter les coûts de conformité et de maintenir leurs investissements dans les marchés financiers américains, tandis que l'opposition de la part d'autres gouvernements pourrait croître.





La présente étude, commandée par le département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen à la demande de la commission des pétitions, analyse la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA) et son application à l'échelle internationale et européenne: elle fournit d'abord une vue d'ensemble concernant l'échange d'informations fiscales et les mécanismes de la FATCA appliqués par le biais d'accords intergouvernementaux, décrit ensuite la nature extraterritoriale et les externalités négatives de la FATCA, en particulier l'incidence de cette loi sur les citoyens américains à l'étranger et les conflits potentiels avec le droit de l'Union, en portant une attention particulière au droit à la protection des données relevant de la FATCA au titre du règlement général sur la protection des données (RGPD), et se conclut par des suggestions de politiques bilatérales et unilatérales que pourraient adopter l'Union européenne et les États-Unis, ainsi que des observations finales concernant une approche multilatérale.

#### CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.