

FATCA et son inévitable incompatibilité avec le RGPD

Par Vincent WELLENS, Partner, Nautadutilh Avocats Luxembourg S.à.r.l., Avocat à la Cour (Luxembourg) / Avocat (Bruxelles) *

Dans l'arrêt Schrems II de l'été passé, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a invalidé le soi-disant Privacy Shield (un mécanisme d'auto-certification de conformité avec les principes de la protection des données) qui permettait à un nombre important d'organisations de transférer des données vers les États-Unis, et ce en raison de la surveillance en masse de la part des autorités américaines et de l'absence d'un recours effectif pour les personnes concernées. Pour la même raison la CJUE a également rendu plus strictes les conditions de recourir aux clauses contractuelles-type dont la conclusion avec le récipiendaire des données aux États-Unis pouvait aussi justifier le transfert de données en dehors de l'Union européenne (UE).

Dans la foulée, d'autres types de transferts de données personnelles vers les États-Unis ont de nouveau attiré toute l'attention et, plus particulièrement, des transferts de données vers des autorités américaines, tels que le transfert de données personnelles sous le régime du «Foreign Account Tax Compliance Act» américain (FATCA).

Le focus sur FATCA

Le régime FATCA vise à faciliter la collecte des informations pertinentes par le fisc américain (Internal Revenue Service) concernant des personnes redevables de taxes aux États-Unis, y compris des personnes physiques américaines à l'étranger, sachant que le système fiscal américain repose sur le principe de la taxation basée sur la nationalité (*citizenship-based taxation*). A cette fin, les autres pays ont conclu des accords intergouvernementaux avec les États-Unis afin d'éviter que leurs institutions financières n'aient à communiquer les données des Américains accidentels directement au fisc américain mais prévoyant la communication de celles-ci à l'administration fiscale compétente au sein de chacun de ces pays, en vue de leur transfert ultérieur et automatique au fisc américain. Dans le cas où une institution financière non-américaine ne se conforme pas à la FATCA, l'IRS pourra imposer une retenue d'impôt de 30% sur les paiements de sources américaines versés à cette institution financière ou à ses clients.

C'est dans ce contexte qu'a été signé, en date du 28 mars 2014, l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique (l'Accord FATCA) en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations, lequel accord fit l'objet d'une loi d'approbation du 24 juillet 2015. Aux termes de la loi du 24 juillet 2015, l'Administration des Contributions Directes (ACD) a été désignée comme étant le responsable de traitement de données dans le cadre de cet échange automatique d'informations vers le fisc américain (article 3, (3)).

Le cas des Américains accidentels

Sont particulièrement concernés par l'Accord FATCA, les Américains «accidentels». Cette dernière expression sert à désigner toute personne possédant plusieurs nationalités dont la nationalité américaine, laquelle lui a été acquise automatiquement du fait de sa naissance sur le territoire des États-Unis – par application du *ius soli* – ou par un lien de parenté, mais n'ayant conservé aucun lien significatif avec ce pays par la suite. Ces personnes, pour la plupart, ont en effet quitté les États-Unis durant leur enfance, voire peu de temps après leur naissance et n'ont depuis lors plus aucune relation avec cet État. Néanmoins, ces Américains «accidentels» sont considérés comme des contribuables américains ordinaires et ce, peu importe où ces derniers résident ou travaillent dans le monde, étant précisé toutefois que le droit fiscal américain prévoit des exceptions importantes à la taxation d'Américains qui ne résident pas aux États-Unis. Ainsi, les revenus salariés des Américains non-résidents aux États-Unis n'y seront pas taxés s'ils restent inférieurs à 105.900 \$ (pour l'année 2019).

Au Luxembourg il y a un bon nombre d'Américains accidentels, dont plusieurs qui ont la nationalité française. Ceux-ci sont représentés par l'Association des Américains Accidentels (AAA), laquelle a pour objet de défendre et de représenter les intérêts des personnes de nationalité franco-américaine qui résident hors des États-Unis. Non seulement leurs données sont – souvent sans réelle justification – envoyées aux autorités américaines, encore doivent-ils faire face à une clôture de leurs comptes par leurs banques qui

estiment qu'il est trop risqué de les avoir comme clients en raison des sanctions draconiennes qui peuvent être imposées en cas de non-conformité avec le FATCA.

L'Administration des Contributions Directes comme responsable de traitement et dernière étape avant l'envoi des données aux États-Unis

Fin décembre 2020 l'AAA et un Américain accidentel ont demandé à l'ACD luxembourgeoise d'arrêter le transfert des données personnelles des Américains accidentels ayant un compte bancaire au Luxembourg. En effet, les informations échangées sous l'Accord FATCA reprennent en grande partie des données d'identification, ainsi que des données à caractère économique et financier, qui constituent des données à caractère personnel au sens du Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (RGPD). Même si cela est principalement dû à des lacunes et incohérences dans la législation applicable et donc n'est pas nécessairement de la faute de l'ACD, il échet de constater que le transfert des données à caractère personnel de l'ACD vers le fisc américain enfreint plusieurs dispositions clés du RGPD et que l'ACD est le dernier responsable du traitement dans la chaîne des échanges des données avant que celles ne soient transmises aux autorités fiscales américaines.

Le transfert de données à caractère personnel vers le fisc américain en vertu de l'Accord FATCA n'est pas licite au vu des articles 45, 46 et 49 RGPD et n'a donc pas de base légale

L'article 45 RGPD prévoit qu'un transfert de données à caractère personnel en dehors de l'UE/EEE peut avoir lieu pour autant que le pays où se trouve l'importateur de données assure un niveau de protection essentiellement équivalent à celui prévu par l'UE et ce, pour autant que la Commission européenne ait pris une décision d'adéquation relative à ce pays. Or, une telle décision d'adéquation n'existe pas pour les États-Unis. Par un jugement du 16 juillet 2020 (*Schrems II*), la CJUE a invalidé la décision d'adéquation se rapportant au *privacy shield* sur laquelle se fondait une grande partie des transferts de données de l'UE vers des entreprises américaines auto-certifiées. Ce *privacy shield* ne s'appliquait de toute façon pas aux transferts vers des autorités publiques et des institutions financières américaines, mais l'arrêt garde toute sa pertinence étant donné que, de manière générale, la CJUE a considéré que le niveau de protection offert par la réglementation interne aux États-Unis ne répondait pas aux exigences requises par le droit de l'UE. Il revient donc au responsable de traitement et au destinataire d'assurer, par des garanties appropriées et des mesures effectives, le niveau de protection requis par le droit de l'UE.

Comme le Comité européen de la protection des données (EDPB, nommé auparavant «Groupe de travail «Article 29»» sous l'empire de la directive 95/46/CE, remplacée depuis par le RGPD) l'a d'ailleurs correctement rappelé dans des lignes directrices récentes de 2020 (*transfers of personal data between EEA and non-EEA public authorities and bodies*), les transferts d'une autorité dans l'UE vers une autre autorité dans un pays de l'UE n'assurant pas une protection adéquate, ne peuvent avoir lieu que si le responsable de traitement, en l'occurrence l'ACD, «a prévu des garanties appropriées et la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives»:

- soit par «un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les autorités ou organismes publics» au sens de l'article 46.2(a) RGPD;
- soit par des «dispositions à intégrer dans des arrangements administratifs entre les autorités publiques ou les organismes publics qui prévoient des droits opposables et effectifs pour les personnes concernées» au sens de l'article 46.3(b) RGPD et ce pour autant que l'autorité de contrôle, en l'occurrence la CNPD, ait donné son autorisation.

En d'autres termes, pour que l'ACD puisse transférer des données à caractère personnel vers le fisc américain, elle aurait dû prévoir des garanties appropriées soit dans l'Accord FATCA, soit dans autre arrangement administratif sous le contrôle de la CNPD. L'EDPB a aussi prévu dans lesdites lignes directrices une liste de tous les éléments clés qui devraient s'y retrouver, mais en ce qui concerne l'Accord FATCA, les choses sont relativement simples: l'Accord FATCA ne fournit pas la moindre garantie de sorte que le transfert des données de l'ACD vers le fisc américain ne peut pas non plus être justifié sur la base de l'article 46 RGPD. Dans ses Lignes directrices de 2015 destinées aux États membres sur les critères à remplir pour assurer le respect des exigences en matière de protection des données dans le contexte de l'échange automatique de données à caractère personnel à des fins fiscales, le Groupe de travail «Article 29», le prédécesseur de l'EDPB, avait déjà souligné l'importance d'inclure dans des accords internationaux relatifs à l'échange

automatique de données, tels que les accord bilatéraux FATCA, des dispositions relatives à la protection des données. Le transfert des données de l'ACD vers le fisc américain viole plusieurs principes clés du RGPD et plus précisément, sur des points qui auraient normalement dû être couverts par l'Accord FATCA, tels que la mise en œuvre de garanties de sécurité, le fisc américain étant une cible de *hackers* (comme le démontre le *hacking* auprès de l'IRS qui a eu lieu en 2020 dans l'affaire WindSolar).

L'unique base légale pour un transfert de données sous FATCA: l'intérêt public? Oui mais pas si les États-Unis ne garantissent pas la réciprocité

Faute de pouvoir justifier le transfert de données vers le fisc américain sur la base de l'article 46 RGPD, la seule solution restante est d'invoquer une des situations exceptionnelles au sens de l'article 49 RGPD. La seule qui pourrait entrer en ligne de compte est celle de l'article 49.1(d) RGPD, à savoir lorsque «le transfert est nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public». Comme il s'agit d'une situation exceptionnelle, l'EDPB a clarifié dans des lignes directrices récentes que: «this does not mean that data transfers on the basis of the important public interest derogation under Article 49 (1) (d) can take place on a large scale and in a systematic manner.» Dit autrement, le recours à cette exception ne se prête pas à des transferts de données à grande échelle, tels que ceux qui sont prévus par l'Accord FATCA.

Par ailleurs, un intérêt public au sens de l'article 49.1(d) RGPD doit être prévu par le droit de l'UE ou, en l'occurrence, par le droit luxembourgeois. L'EDPB a également rappelé à de maintes reprises que l'intérêt public s'apprécie dans le chef de l'UE ou d'un État membre de l'UE de sorte que tout intérêt public fait défaut s'il s'agit d'un intérêt qui sert uniquement une ou plusieurs autorités non-EEE: «it is not sufficient that the data transfer is requested (for example by a third country authority) for an investigation which serves a public interest of a third country [...] the derogation only applies when it can also be deduced from EU law or the law of the member state to which the controller is subject that such data transfers are allowed for important public interest purposes including in the spirit of reciprocity for international cooperation.»

Dans le contexte de l'Accord FATCA, il faut donc que celui-ci prévienne une réciprocité, faute de quoi il n'y a pas d'intérêt public au sens de l'article 49.1(d) RGPD. A cet égard, il convient de préciser que, même si l'Accord FATCA prévoit formellement une réciprocité entre les obligations d'échange entre les États-Unis et le Luxembourg, celle-ci n'existe pas de sorte que l'Accord FATCA bénéficie exclusivement aux États-Unis et non au Luxembourg. En effet et malgré les promesses faites par les États-Unis, le fisc américain ne demande pas (ou ne serait pas en droit de demander) les informations auprès des banques américaines que les institutions financières luxembourgeoises sont obligées de transférer à l'ACD en vertu de la loi approuvant l'Accord FATCA. Cette problématique a amené la présidence finnoise du Conseil de l'UE à envoyer une lettre en décembre 2019 au ministre des finances américain critiquant le manque de réciprocité et le Parlement européen était déjà venu à la même conclusion en 2018.

bourgeoises sont obligées de transférer à l'ACD en vertu de la loi approuvant l'Accord FATCA. Cette problématique a amené la présidence finnoise du Conseil de l'UE à envoyer une lettre en décembre 2019 au ministre des finances américain critiquant le manque de réciprocité et le Parlement européen était déjà venu à la même conclusion en 2018.

Pas de réciprocité = pas d'intérêt public = pas de base légale. Quelles sont les conséquences?

Les Pays-Bas ont mis le sujet de l'absence de réciprocité à l'agenda de l'ECOFIN prochain, c'est-à-dire la réunion des ministres des finances de tous les États membres de l'UE qui aura lieu le 16 février 2021. Entretemps au Luxembourg le sujet a interpellé certains parlementaires qui ont posé quelques questions quant au traitement des Américains accidentels et aussi sur le transfert de leurs données. Le 5 février 2021 le ministre des Finances luxembourgeois, M. Pierre Gramegna, a répondu que dans une affaire impliquant un Américain accidentel, la CNPD s'est déclarée incompétente pour laisser la loi d'approbation de l'Accord FATCA hors application pour incompatibilité avec le RGPD. Cette conclusion est contraire à la jurisprudence de la CJUE et notamment à l'arrêt de cette dernière dans l'affaire C-198/01 CIF: «Ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, en ce compris les autorités administratives» (donc aussi la CNPD au Luxembourg)

Le ministre a également indiqué que l'Accord FATCA est une convention internationale conclue avant l'adoption du RGPD et qu'il restera dès lors en vigueur sur la base de l'article 96 du RGPD. Cette disposition prévoit en effet que les accords internationaux qui impliquent des transferts de données personnelles et sont conclus avant le 24 mai 2016, peuvent rester en vigueur mais uniquement s'ils «respectent le droit de l'Union tel qu'il est applicable avant cette date». Or, avant l'adoption du RGPD, la directive (CE) 95/46 était applicable et cette directive prévoyait des règles quasi-identiques aux dispositions du RGPD sur les transferts de données en dehors de l'UE/EEE. Par conséquent, les transferts de données sous l'Accord FATCA étaient déjà illicites sous l'ancienne législation de sorte qu'une référence à cet article 96 du RGPD est inopérante.

Sans doute l'ACD répondra à l'AAA dans le même sens que son ministre de tutelle. Affaire à suivre donc et il n'est une question de temps que le Tribunal administratif à Luxembourg pourra et devra se prononcer sur la question et, dans le doute, pourra poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne quant à la compatibilité de l'Accord FATCA avec le RGPD, voire l'ancienne directive (CE) 95/46 qui le précédait. Entretemps, rien n'empêche la CNPD d'intervenir également...

*vincent.wellens@nautadutilh.com

LES RENCONTRES STRATÉGIQUES DU MANAGER



GÉNÉRAL D'ARMÉE
PIERRE
de VILLIERS

L'ÉQUILIBRE EST UN
COURAGE



GÉNÉRAL PIERRE DE VILLIERS

"LES CEO ÉQUILIBRÉ ET COURAGEUX"


25/03

LUXEMBOURG

PHYGITAL VIP CONFERENCE

INFO ET RESERVATIONS
EVENTS@BSPK.LU
www.bspk.lu