



HAL
open science

L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "Américains Accidentels"

Régis Bismuth

► **To cite this version:**

Régis Bismuth. L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "Américains Accidentels". *Journal du droit international (Clunet)*, 2017, 144 (4), pp.1197-1261. hal-03230108

HAL Id: hal-03230108

<https://sciencespo.hal.science/hal-03230108v1>

Submitted on 25 Aug 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "Américains Accidentels" »¹

Régis Bismuth

Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po

La version finale corrigée a été publiée in
Journal du Droit International (Clunet), vol. 144, 2017, n° 4, pp. 1197-1261

Résumé

A la suite de plusieurs scandales d'évasion fiscale, le Congrès américain a adopté en 2010 le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), législation extraterritoriale imposant à l'ensemble des institutions financières étrangères (IFE) de communiquer à l'administration fiscale américaine (l'IRS) des informations relatives aux comptes détenus à l'étranger par des personnes américaines. Le transfert de ces renseignements étant susceptible d'être prohibé par les droits nationaux, les Etats-Unis ont conclu des accords bilatéraux (avec la France en 2014) afin d'autoriser les institutions financières de les collecter et communiquer. Les IFE doivent depuis identifier les personnes américaines sur la base « d'indices d'américanité », dont le lieu de naissance aux Etats-Unis. Le système fiscal américain étant l'un des seuls où les revenus mondiaux sont taxés sur le fondement de la nationalité (*citizenship-based taxation*), le FATCA a ainsi ciblé des personnes nées « par accident » aux Etats-Unis, de parents étrangers, et qui sont nationaux et résidents fiscaux d'autres Etats. Ces « américains accidentels » ont été subitement confrontés à des situations kafkaïennes, certaines institutions financières refusant des clients présentant des indices d'américanité, d'autres exigeant que ces personnes se mettent en conformité avec leurs obligations réglementaires et fiscales au regard du droit américain ou prouvent qu'elles ne sont pas américaines.

La combinaison du FATCA, de la *citizenship-based taxation* et d'un droit du sol pour ce qui concerne l'acquisition automatique de la nationalité américaine ont ainsi fait du FATCA un dispositif à portée extraterritoriale sans précédent qui affecte directement et sur une très large échelle un nombre significatif de personnes qui n'ont plus de lien avec les Etats-Unis. Cette extraterritorialité soulève des interrogations du point de vue du droit international et il apparait aussi que le FATCA est un dispositif juridiquement fragile. Il soulève en effet de sérieuses interrogations quant à sa compatibilité avec le droit à la vie privée et le droit européen de la protection des données personnelles. Il génère par ailleurs des discriminations fondées sur la nationalité vraie ou supposée difficilement justifiables. Si la mise en œuvre de ce dispositif est susceptible d'être contestée devant les juridictions par les personnes affectées, il appelle néanmoins, une réaction plus large de la part de la part des autorités françaises et de l'UE, en particulier lorsque l'on constate que les accords bilatéraux ne sont pas appliqués de manière réciproque par les Etats-Unis.

Abstract

As a result of several tax evasion scandals, the US Congress enacted in 2010 the *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), an extraterritorial statute imposing on all foreign financial institutions (FFIs) the obligation to report to the Internal Revenue Service (IRS) information about financial accounts held by US persons abroad. Since the direct transfer of data could be prohibited by foreign laws, the US concluded several bilateral agreements with other States (with France in 2014) so as to allow FFIs to collect and transfer the information required by FATCA. Within this framework, FFIs must identify US persons on the basis of several "US indicia", among them a US place of birth. The US system of income taxation being one of the few based on nationality (*citizenship-based taxation*), FATCA has also targeted persons "accidentally" born in the US to non-US parents and also nationals and resident for tax purposes of other States. These "accidental Americans" have been suddenly confronted to Kafkaesque situations: some financial institutions refusing clients with US indicia, other requiring a certificate of loss of US nationality or full compliance with US tax and regulatory requirements.

The combination of FATCA, *citizenship-based taxation* and the automatic acquisition of US nationality by virtue of *jus soli* have turned FATCA into an unprecedented extraterritorial apparatus directly hurting on a very large scale a significant number of persons no longer having any links with the US. This extraterritorial

¹ Cet article est inspiré d'une étude demandée à l'auteur par « l'Association des Américains Accidentels » destinée à mettre en perspective les problèmes juridiques résultant de l'application du FATCA en France, particulièrement ceux relatifs à la situation des personnes directement affectées par ce dispositif.

reach raises concerns from an international law perspective and FATCA also has other legal weaknesses. It raises indeed many issues as to its compatibility with the right to privacy and European standards on personal data protection. FATCA also generates discriminations based on nationality (true or alleged) that seem difficult to justify. While the implementation of FATCA could eventually be challenged before domestic courts, it also requires a broader response from French and EU authorities since the US does not apply bilateral agreements on a reciprocal basis.

Introduction

1. C'est devenu une banalité de souligner que les Etats-Unis usent de leur puissance économique afin d'assurer une application extraterritoriale de leurs lois et réglementations. Plusieurs affaires récentes ont pu le rappeler, à l'instar des poursuites visant certaines grandes entreprises françaises comme Alstom ou BNP Paribas, ciblées respectivement pour violation de la législation anti-corruption et des programmes de sanctions économiques américains². Un élément saillant de ces affaires mérite d'être noté, précisément la capacité qu'ont eu les Etats-Unis à user de la prééminence de leur système financier et de leur devise afin d'assurer une efficacité optimale de ces dispositifs extraterritoriaux. Cela s'est constaté en particulier pour la mise en œuvre des programmes de sanctions et la démarche consistant à transformer un privilège économique en privilège juridique n'est pas sans soulever de sérieuses interrogations quant à la conformité de ces dispositifs avec certaines règles et principes du droit international³. L'aisance avec laquelle les Etats-Unis obtiennent cette « obéissance mondialisée »⁴ peut désarçonner mais il faut se rendre à l'évidence : d'une part, les institutions financières ayant des activités internationales ne peuvent ignorer le marché américain et ne sauraient prendre le risque d'en être évincées et, d'autre part, les autorités nationales ou régionales dans le contexte européen ont renoncé à contester ces mesures alors qu'elles étaient les seules disposant d'un levier suffisant afin d'équilibrer le rapport de force⁵.

2. Jusqu'à une période récente, les dispositifs extraterritoriaux américains ont surtout ciblé des opérateurs économiques d'une certaine envergure disposant des ressources nécessaires afin de faire face à ces procédures complexes, bien qu'il faille rappeler que les pénalités importantes appliquées ont été susceptibles de fragiliser leur situation financière. Une rupture fondamentale s'est opérée avec l'adoption en 2010 aux Etats-Unis du Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), une législation à l'origine destinée à combattre l'évasion fiscale des contribuables américains qui dissimulaient leurs avoirs dans des institutions financières à l'étranger. Alors que ce dispositif a été institué pour cibler l'évasion fiscale de contribuables américains fortunés, il a fini par atteindre soudainement et indistinctement des personnes qui n'avaient aucun lien substantiel avec les Etats-Unis, qui n'y avaient jamais véritablement vécu, étudié ou travaillé mais qui, hasard ou non, sont nés sur le territoire américain et ont ainsi automatiquement acquis la nationalité américaine. Tel que cela sera précisé ci-après, les effets extraterritoriaux sans

² V. par ex., Régis Bismuth, « Pour une appréciation nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *Annuaire Français de Droit International* 2015, vol. LXI, 2016, p. 785 et s.

³ *Ibid.*, p. 793 et s. V. aussi, Susan Emmenegger, « Extraterritorial Economic Sanctions and their Foundation in International Law », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, n° 3, 2016, p. 631 et s.

⁴ En référence à l'ouvrage d'Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013.

⁵ On pense notamment à l'adoption en 1996 par les Communautés européennes du règlement 2271/96 à la suite de l'adoption aux Etats-Unis des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy visant Cuba d'une part et la Libye et l'Iran d'autre part. Les Communautés européennes avaient également dans le cadre de ce différend initié une procédure devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC (*États-Unis — Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba*, WT/DS38/2, 8 octobre 1996) suspendue à la suite d'un accord conclu entre les CE et les Etats-Unis (*AJIL*, 1999, pp. 227 et s.).

précédent du FATCA reposent sur la combinaison de trois éléments : une acquisition automatique de la nationalité par *jus soli*, une imposition des revenus des personnes physiques fondé sur la nationalité et, enfin, une discipline imposée aux institutions financières du monde entier consistant à identifier et déclarer toute personne présentant des indices d'américanité, en premier lieu desquels une naissance sur le territoire américain. Ainsi, de contribuables américains fortunés ayant recours à des banques privées sélectives et opaques, le FATCA a finalement atteint Monsieur ou Madame tout le monde, par exemple citoyen et résident fiscal français, parfois ne parlant pas un mot d'anglais mais, né aux Etats-Unis et donc subitement sommé par son agence bancaire de quartier de se mettre en conformité avec ses obligations réglementaires et fiscales au regard du droit américain, de prouver sa non-américanité ou de s'en remettre à une banque car celle-ci refuse des clients présentant des indices d'américanité.

3. Les problèmes posés par l'application extraterritoriale du FATCA en France et plus largement dans les Etats membres de l'Union européenne (UE) ont le plus souvent été portés à la connaissance du public par des personnes se désignant ou désignées par la presse comme des « américains accidentels » (« *accidental americans* »). Il ne s'agit pas d'une notion juridique. L'expression renvoie à un ensemble d'éléments factuels permettant de caractériser le très faible degré de rattachement d'un individu avec les Etats-Unis, et ce, en dépit de la reconnaissance par cet Etat d'un lien de nationalité permettant de le considérer comme l'un de ses contribuables. Il existe plusieurs propositions de définition des « américains accidentels » et nous renvoyons aux critères cumulatifs qui sont le plus souvent employés⁶. Peuvent ainsi être considérés comme des américains accidentels des personnes qui (1) ont acquis la nationalité américaine à la naissance par *jus soli* compte tenu de leur naissance sur le territoire des Etats-Unis ; (2) ont bénéficié dès la naissance d'une autre nationalité transmise par l'un des deux (ou les deux) parents qui n'est pas (ou ne sont pas) citoyen(s) américain(s) et à laquelle il n'a jamais été renoncée depuis la naissance ; (3) ont quitté les Etats-Unis au cours de leur enfance (parfois

⁶ V. par ex. *Memo Regarding the Situation of "Accidental Americans" in the Wake of FATCA* (document communiqué aux membres du Parlement européen) (document indiquant que : « *"Accidental Americans" : these are people who acquired dual citizenship at birth "by accident" and are now deemed by the U.S. to be U.S. citizens. Born to non-U.S. parent(s), they typically acquired U.S. citizenship automatically as a result of their birth on U.S. soil (jus soli), but they left the U.S. in their infancy and retained no meaningful ties to the U.S. : they have never studied or worked in the U.S., they have no cultural or economic ties to the country and no (or at most tenuous) family ties to the country. For "Accidental Americans" the U.S. is a foreign country; many do not even speak English* ». Il est également possible de se référer à la proposition (jamais mise en œuvre) de l'exécutif américain de formuler une exemption aux obligations fiscales pour « *certain accidental dual citizens* » (Department of the Treasury, *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2016 Revenue Proposals*, février 2015, p. 283, <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2016.pdf>>). Ce document précise : « *Under the proposal, an individual will not be subject to tax as a U.S. citizen and will not be a covered expatriate subject to the mark-to-market exit tax under section 877A if the individual: 1) became at birth a citizen of the United States and a citizen of another country, 2) at all times, up to and including the individual's expatriation date, has been a citizen of a country other than the United States, 3) has not been a resident of the United States (as defined in section 7701(b)) since attaining age 18 1/2, 4) has never held a U.S. passport or has held a U.S. passport for the sole purpose of departing from the United States in compliance with 22 CFR §53.1, 5) relinquishes his or her U.S. citizenship within two years after the later of January 1, 2016, or the date on which the individual learns that he or she is a U.S. citizen, and 6) certifies under penalty of perjury his or her compliance with all U.S. Federal tax obligations that would have applied during the five years preceding the year of expatriation if the individual had been a non resident alien during that period* ». Le collectif précédemment mentionné précise néanmoins qu'ils ne sont pas d'accord avec le point n° 4 de cette proposition car certaines de ces personnes ont pu obtenir un passeport américain du fait d'une décision prise par leurs parents pour leur compte avant leur majorité ou qu'ils ont été obligés de faire la demande d'un passeport après leur majorité dans le cadre d'un voyage aux Etats-Unis dans la mesure où les citoyens américains (même les binationaux) ont l'obligation d'utiliser un passeport américain pour entrer aux Etats-Unis. V. aussi, Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité américaine*, Rapport n° 4082, 2016, p. 91.

quelques semaines après leur naissance) et (4) qui n'ont jamais travaillé ou, plus largement, résidé de façon permanente aux Etats-Unis après leur majorité.

4. Si les atteintes résultant du FATCA sont particulièrement évidentes pour les américains accidentels, cela ne signifie pas pour autant que ce sont les seules personnes affectées par ce dispositif. Tel que cela sera précisé, le FATCA peut aussi affecter les binationaux franco-américains non accidentels, des personnes non américaines résidant en France qui n'ont aucun lien avec les Etats-Unis mais qui sont dans le cercle familial d'une personne américaine (par exemple celles qui partagent ou souhaitent partager un compte joint avec une personne américaine), et des personnes non américaines résidant en France qui n'ont aucun lien avec les Etats-Unis et qui ont délivré un pouvoir à une personne américaine quant à l'utilisation de leur compte bancaire en France.

5. Une analyse transversale des problèmes juridiques soulevés par le FATCA et notamment son application en France requiert en premier lieu de réaliser une brève présentation de ce dispositif et des instruments qui participent à sa mise en œuvre (I). Il convient ensuite d'en étudier les conséquences pratiques, notamment ses effets en France sur la situation de certains particuliers (II). A l'aune de ces éléments une analyse des problèmes juridiques résultant de l'application du FATCA peut être conduite (III). L'identification de ces fragilités juridiques permettra de formuler quelques remarques conclusives concernant les initiatives contentieuses et non contentieuses qui peuvent être menées par les personnes affectées ou les pouvoirs publics (IV).

I. – Brève présentation du dispositif FATCA

A. – La législation FATCA de 2010

6. *Genèse de la législation* – L'adoption de la loi FATCA en 2010 aux Etats-Unis résulte de plusieurs scandales d'évasion fiscale impliquant des institutions financières non américaines, en particulier UBS en Suisse⁷. Celles-ci démarchaient des clients fortunés aux Etats-Unis afin qu'ils transfèrent une partie de leurs avoirs financiers à l'étranger au sein de paradis fiscaux et réglementaires qui assuraient une protection optimale du secret bancaire. Il est ainsi apparu nécessaire au Congrès américain d'adopter une législation permettant à l'administration fiscale américaine (l'IRS – *Internal Revenue Service*) d'obtenir de manière plus efficace des renseignements sur les comptes bancaires détenus par des américains à l'étranger.

Plutôt que de prendre appui sur le traditionnel échange d'informations (à la demande et ponctuel) dans le cadre de la coopération fiscale bilatérale entre autorités fiscales, il a été envisagé de mettre en œuvre un système automatique global de communication d'informations par le biais duquel les institutions financières étrangères auraient l'obligation de transmettre à l'IRS des informations sur les revenus et actifs des personnes américaines, et ce, quel que soit leur lieu de résidence. Ce dispositif a été intégré dans la législation FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) qui fait elle-même partie du *HIRE Act* (*Hiring Incentives to Restore Employment Act*) adoptée aux Etats-Unis le 18 mars 2010.

7. *Contenu de la législation FATCA* – La législation FATCA est dans un premier temps envisagée comme un dispositif législatif unilatéral reposant sur un mécanisme de sanction. Le

⁷ V. notamment le rapport bipartisan réalisé par le Sénat des Etats-Unis : United States Senate, *Tax Haven Banks and US Tax Compliance*, Permanent Committee on Investigations, 17 juillet 2008, 114 p., <<http://www.hsgac.senate.gov/download/tax-haven-banks-report-july-17-08>>.

FATCA impose aux institutions financières étrangères (FFIs – *Foreign Financial Institutions*) à l’instar des banques et courtiers en valeurs qui reçoivent des paiements ayant leur source aux Etats-Unis une retenue à la source de 30% sur ces paiements⁸.

Une exemption à cette retenue à la source est accordée aux FFIs qui acceptent de conclure un accord avec l’IRS afin de lui communiquer un ensemble d’informations relatives aux comptes financiers étrangers supérieurs à 50.000 dollars détenus directement ou indirectement par des personnes américaines (désignés « *United States Accounts* »). Ces informations incluent notamment le nom, l’adresse et le numéro d’identification fiscale (TIN – *Taxpayer Identification Number*) de la personne concernée, le numéro de compte, son solde ou valeur ainsi que les mouvements financiers excédant certains seuils⁹. Par ailleurs, le FFI enregistré auprès de l’IRS a l’obligation de réaliser une retenue fiscale de 30% sur certains paiements (« *pass thru payments* ») réalisés par la FFI à un titulaire de compte récalcitrant (« *recalcitrant account holder* ») ou à une institution financière qui n’a pas conclu un accord avec l’IRS¹⁰. Le *recalcitrant account holder* est notamment désigné comme celui qui n’a pas communiqué les informations précédemment mentionnées (donc par exemple son numéro d’identification fiscale)¹¹.

8. *Les contraintes économiques assurant l’efficacité du FATCA* – La législation FATCA consistait pour le Congrès américain à faire peser des obligations de conduite spécifiques aux FFIs et aux nationaux américains lorsque ceux-ci se situent à l’étranger. Alors que les Etats-Unis ne peuvent utiliser des moyens de contrainte pour mettre en œuvre à l’étranger cette législation, l’application d’une retenue de 30% sur les paiements ayant leur source aux Etats-Unis constitue un dispositif particulièrement dissuasif – envisagé d’ailleurs comme un moyen de coercition dans le cadre des travaux préparatoires¹² – car la FFI ne se conformant pas au FATCA s’exclut *de facto* de l’accès à l’un des principaux centres financiers mondiaux, de même que ses relations avec les FFIs se conformant au FATCA s’en trouvent entravées. Ces conséquences particulièrement préjudiciables conduisent les institutions financières à se conformer au FATCA en mettant en œuvre les obligations d’identification des nationaux américains et la retenue à la source des titulaires de compte récalcitrants. Dès lors, par le biais de la législation FATCA, les FFIs agissent en tant qu’agents d’information de l’IRS (et de recouvrement pour ce qui concerne les retenues à la source).

B. – La mise en œuvre du FATCA par le biais des accords bilatéraux (IGAs)

9. *Problèmes résultant de l’application unilatérale du FATCA* – La mise en œuvre du FATCA nécessitait un important travail de préparation pour l’IRS et de mise en conformité pour les banques. Il est également rapidement apparu que plusieurs obstacles juridiques résultant des droits nationaux, en particulier les dispositifs relatifs à la protection de la vie privée et des données personnelles, s’opposaient à ce que les FFIs collectent et transfèrent des données à des administrations fiscales d’Etats étrangers¹³. La législation FATCA prévoyait d’ailleurs que si la loi étrangère faisait obstacle à la transmission des informations, la FFI devait soit

⁸ *Internal Revenue Code*, § 1471(a).

⁹ *Internal Revenue Code*, § 1471(c)(1).

¹⁰ *Internal Revenue Code*, § 1471(b)(1)(D).

¹¹ *Internal Revenue Code*, § 1471(d)(6).

¹² Le sénateur Levin précisant dans ce cadre : « *The legislative intent behind this choice is to force foreign financial institutions to disclose their U.S. accountholders* » (*Congressional Record*, vol. 156, n° 40, 18 mars 2010, p. S1745).

¹³ Carol P. Tello & Jacques Malherbe, « *Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l’échange d’informations fiscales* », *Revue de Droit Fiscal*, 2014, p. 23, § 9.

obtenir une dérogation (*waiver*) des autorités nationales soit fermer les comptes concernés¹⁴. L'efficacité de l'application strictement unilatérale du FATCA pouvait donc être entravée.

10. *Recours aux « Intergovernmental Agreements » (IGAs)* – Une solution à ce problème a été définie par le Trésor américain en coopération avec les administrations fiscales de cinq Etats de l'UE (G5 : Allemagne, France, Royaume-Uni, Espagne et Italie) dont les principes directeurs ont été inscrits dans une déclaration jointe de ces Etats publiée en février 2012¹⁵. Cette solution repose notamment sur les éléments suivants. En premier lieu, les Etats du G5 acceptent de conclure des accords bilatéraux afin de permettre l'application du FATCA dans leur juridiction. Par le biais de ces accords, ils s'engagent à adapter leur droit national afin d'assurer la collecte des informations et la transmission de celles-ci par les administrations fiscales¹⁶. La conclusion de ces accords permet au FFIs de ne pas avoir à conclure de convention avec l'IRS. Celles-ci doivent néanmoins s'enregistrer auprès de l'IRS afin de ne pas être soumise à la retenue à la source de 30%¹⁷. En second lieu, les Etats-Unis s'engagent à assurer une réciprocité en matière de collecte et d'échange d'informations pour ce qui concerne les comptes détenus par des résidents du G5 aux Etats-Unis¹⁸.

11. *Deux types d'accord FATCA* – L'annonce faite par le G5 a permis aux Etats-Unis d'initier une campagne de négociation pour la conclusion d'accords bilatéraux permettant de faciliter la mise en œuvre du FATCA à l'étranger. Deux types d'accords FATCA ont été proposés. Le premier, désigné *Model 1* ou *FATCA 1* repose sur les principes directeurs exposés dans la déclaration commune Etats-Unis/G5, c'est-à-dire que les informations collectées par les FFIs sont transmises à l'administration fiscale de leur Etat d'origine qui les transmet elle-même à l'IRS. En contrepartie, les Etats-Unis s'engagent à une réciprocité en ce qui concerne la collecte et l'échange d'information. Le second type d'accord bilatéral, désigné *Model 2* ou *FATCA 2*, permet aux FFIs de conclure une convention avec l'IRS afin de collecter les informations et de les transmettre directement à l'IRS. Il n'y a dans ce cadre pas de regroupement des informations par le biais des administrations fiscales nationales et pas de réciprocité des échanges¹⁹.

12. *Des négociations déséquilibrées* – 113 accords bilatéraux FATCA ont été à ce jour conclus par les Etats-Unis (99 selon le *Model 1* et 14 selon le *Model 2*)²⁰. Cela a été réalisé dans un laps de temps relativement court (quatre années) qui est inédit pour une campagne d'accords bilatéraux. Cet aspect témoigne de la faible marge de manœuvre dont bénéficiaient les Etats dans le cadre de la négociation de ces accords, étant entendu que leurs institutions financières ne pouvaient se voir évincées de l'accès aux marchés financiers américains et notamment des

¹⁴ *Internal Revenue Code*, § 1471(b)(1)(D).

¹⁵ *Joint Statement regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA*, 8 février 2012, <<https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-regarding-an-intergovernmental-approach-to-improving-international-tax-compliance-and-implementing-fatca>>.

¹⁶ *Ibid.*, § B.1.

¹⁷ *Ibid.*, § B.2.

¹⁸ *Ibid.*, § A.5 et B.2.

¹⁹ V. par ex. l'article 13 du traité FATCA conclu entre la Suisse et les Etats-Unis qui précise que « (...) *when and to the extent Switzerland seeks to collaborate with the United States to implement FATCA based on direct reporting by Swiss Financial Institutions to the Swiss Government followed by the transmission of such information to the United States, the United States is willing to negotiate such an agreement on a reciprocal basis on the same terms and conditions as similar agreements concluded with other Partner Jurisdictions (...)* » (*Agreement between the United States of America and Switzerland for Cooperation to Facilitate the Implementation of FATCA*, <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Switzerland-2-14-2013.pdf>>).

²⁰ Pour l'ensemble des accords, <www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

transactions en dollars. Indéniablement, l'envergure des marchés financiers américains et la prédominance du dollar américain dans les transactions économiques internationales ont permis aux Etats-Unis d'imposer la conclusion de ces accords bilatéraux qui assurent une mise en œuvre facilitée de l'extraterritorialité du FATCA.

Cette stratégie consistant à prendre appui sur ces avantages économiques est également employée par les Etats dans d'autres domaines afin d'assurer l'extraterritorialité de leur réglementation, à l'instar de leur programme de sanctions économiques unilatérales²¹. Cependant, la spécificité du FATCA par rapport aux autres dispositifs extraterritoriaux existant réside dans (1) la conclusion des accords bilatéraux qui permet de faciliter la mesure extraterritoriale en lui faisant produire des effets significatifs à l'étranger et (2) le fait que le FATCA porte atteinte directement et significativement à l'étranger et sur une grande échelle aux droits des personnes physiques qui ne présentent aucun lien sérieux avec les Etats-Unis.

C. – Les interactions entre le FATCA et les autres mécanismes d'échange automatique de renseignements

13. *Coexistence de trois mécanismes (Etats-Unis/OCDE/UE)* – Le FATCA est un mécanisme parmi d'autres d'échange automatique d'informations dans le domaine fiscal²². Répondant à l'appel du G20 afin de renforcer la discipline en la matière, l'OCDE a adopté en 2014 la « Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale », plus connu sous son appellation en anglais « CRS » (*Common Reporting Standard*)²³. Cette norme qui n'a à l'origine pas de valeur juridique contraignante a été acceptée par le biais d'un accord multilatéral conclu à Berlin le 29 octobre 2014²⁴ et a été accepté depuis lors par 93 Etats²⁵. Il convient de noter que les Etats-Unis est le seul Etat membre de l'OCDE à ne pas avoir adhéré au CRS. L'UE a également fait évoluer sa législation en la matière en choisissant dans le cadre de la dernière directive 2014/107 modifiant la directive 2011/16 afin d'assurer une cohérence de son dispositif avec la norme définie par l'OCDE²⁶. Il existe ainsi trois mécanismes d'échange automatique de renseignements : le FATCA, mécanisme unilatéral imposé par un faisceau de traités bilatéraux ; le CRS de l'OCDE, mécanisme multilatéral reposant sur l'engagement volontaire des Etats et auquel les Etats-Unis n'ont pas adhéré ; le mécanisme régional relevant du droit de l'UE qui s'inspire du modèle OCDE.

²¹ V. par ex., Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité américaine*, op. cit. note 6 ; Régis Bismuth, op. cit. note 2, p. 785 et s.

²² Valérie Rabault, « Analyse des trois mécanismes d'échanges automatiques de renseignements », *Etudes Fiscales Internationales*, 2015, <www.etudes-fiscales-internationales.com/media/01/02/3376462412.pdf>.

²³ La dernière version de cette norme datant de 2017 est disponible au lien suivant : <<http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/norme-d-echange-automatique-de-renseignement-relatifs-aux-comptes-financiers-en-matiere-fiscale-seconde-edition-9789264222090-fr.htm>>.

²⁴ *Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*, Berlin, 29 octobre 2014, <<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.pdf>>.

²⁵ Données au 29 juin 2017, disponible au lien suivant : <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-Signatories.pdf>>.

²⁶ Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *JOUE*, 16 décembre 2014, L359/1 (le préambule précisant (cons. n° 13) : « Lors de la mise en œuvre de la présente directive, les États membres devraient faire usage des commentaires sur le modèle d'accord entre autorités compétentes et la norme commune de déclaration mis au point par l'OCDE aux fins d'illustration ou d'interprétation et pour garantir une application cohérente dans les États membres. L'action de l'Union dans ce domaine devrait continuer de prendre particulièrement en compte les évolutions futures au niveau de l'OCDE »).

14. *Divergences entre le FATCA et la norme CRS de l'OCDE* – Le FATCA et le CRS – qui ont tous les deux une ambition globale – présentent quelques divergences²⁷. Ainsi, le FATCA intègre un dispositif de retenue à la source de 30% afin de rendre le mécanisme dissuasif. Ce procédé n'est pas repris par le CRS qui repose sur le principe de transparence²⁸.

La plus notable des divergences concerne le champ d'application de ces mécanismes. Le CRS repose sur le principe de la résidence fiscale qui est « le principe d'imposition communément admis au niveau international »²⁹. Les institutions financières ont dans ce cadre l'obligation de collecter et transmettre à leur administration fiscale des renseignements relatifs aux non-résidents identifiés comme tel. En revanche, le FATCA s'applique aux contribuables américains qui sont identifiés à la fois sur le critère de leur résidence fiscale mais aussi sur le critère de la nationalité, les Etats-Unis étant le seul Etat avec l'Erythrée à mettre en œuvre une imposition des revenus mondiaux fondée sur la nationalité (*Citizenship-Based Taxation* ou CBT). Ainsi, les nationaux et binationaux américains qui ne sont pas résidents fiscaux des Etats-Unis (y compris donc les « américains accidentels ») sont affectés directement par le FATCA selon des modalités qui seront exposées ci-après³⁰.

15. *L'attitude des Etats-Unis vis-à-vis du CRS* – Les Etats-Unis sont le seul Etat membre de l'OCDE à ne pas avoir accepté le CRS et ils ne peuvent en l'état pas y adhérer car leur législation nationale ne permet pas de mettre en œuvre l'échange de renseignements résultant de la norme de l'OCDE³¹. C'est d'ailleurs cette même lacune de leur droit national qui explique l'impossibilité pour les Etats-Unis d'assurer une réciprocité des échanges de renseignements dans le cadre des accords FATCA. Cette configuration est particulièrement avantageuse économiquement pour les Etats-Unis qui bénéficient via les accords FATCA d'un transfert massif de renseignements tout en s'abstenant d'imposer des obligations de transparence similaires à ses institutions financières en ce qui concerne les actifs des non-résidents³².

L'attractivité économique des Etats-Unis est d'autant plus préservée que le droit de certains Etats fédérés (notamment le Delaware, le Wyoming et le Nevada) permet aisément la constitution de structures opaques facilitant les activités *offshore*. Dans une lettre envoyée à plusieurs parlementaires américains, l'ancien *Secretary of Treasury* Jacob Lew soulignait même que ces lacunes réglementaires permettaient d'utiliser des structures américaines aux fins de blanchiment d'argent et d'évasion fiscale³³. Ainsi, certains experts considèrent que « le FATCA incite en réalité les (institutions financières étrangères) à transférer les capitaux non déclarés vers les marchés financiers américains »³⁴.

²⁷ Valérie Rabault, *op. cit.* note 22, p. 6 ; Assemblée Nationale, *Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, Rapport n° 2195, 10 septembre 2014, p. 22.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ V. *infra* n° 22 et s.

³¹ Le droit américain ne permet en effet que de transmettre des renseignements sur les intérêts versés à des non-résidents. V. Torsten Fensby, « L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : Pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil ? », *Revue de Droit Fiscal*, 2017, n° 20, pt. 8.

³² *Ibid.*

³³ Lettre du 5 mai 2016, <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/Lew%20to%20Ryan%20on%20CDD.PDF>> (« *gaps remain in our laws that allow bad actors to deliberately use US companies to hide money laundering, tax evasion and other illicit financial activities* »). V. aussi, Andres Knobel, *The Role of the US as a Tax Haven – Implications for Europe*, Study Commissioned by the Greens/EFA Group in the European Parliament, 11 mai 2016, <https://www.greens-efa.eu/legacy/fileadmin/dam/Documents/Studies/Taxation/The_US_as_a_tax_haven_Implications_for_Europe_11_May_FINAL.pdf>.

³⁴ Torsten Fensby, *op. cit.* note 31, pt. 8. V. aussi, « The Biggest Loophole of All », *The Economist*, 20 février 2007, p. 49 et s.

D. – La mise en œuvre du FATCA en France

16. *La conclusion de l'accord FATCA France/Etats-Unis* – A la suite de la déclaration jointe Etats-Unis/G5 de février 2012, la France et les Etats-Unis ont entamé des négociations afin de conclure un accord de type *FATCA I* qui ont conduit à la conclusion d'un accord le 13 novembre 2013. Quelques jours après la conclusion de l'accord, les Etats-Unis ont notifié à la France l'achèvement des procédures internes de ratification³⁵. Cet accord a été conclu directement par l'exécutif américain et n'a pas été soumis au Sénat américain, et ce, alors que les traités doivent recevoir l'assentiment des deux tiers du Sénat aux termes de la Constitution des Etats-Unis³⁶ et que la législation FATCA n'habilite pas l'exécutif à conclure des accords bilatéraux de ce type. Compte tenu de ces éléments, il existe de sérieux doutes sur la constitutionnalité de cet accord au regard du droit américain. La ratification de l'accord en France a été initiée le 9 juillet 2014 par le dépôt par le gouvernement d'un projet de loi en ayant recours à la procédure accélérée. Les travaux préparatoires de la loi autorisant la ratification de l'accord mettent en perspective deux éléments qui méritent d'être signalés : la contrainte économique pesant sur les institutions financières françaises et l'insuffisante évaluation des effets dommageables du FATCA.

17. *Une ratification par la France sous contrainte économique* – La ratification de l'accord a été principalement motivée par la volonté d'éviter aux institutions financières françaises d'être frappées de la retenue à la source de 30% sur les paiements en provenance des Etats-Unis. Le rapport préparé par la députée Estelle Grelier est en ce sens éloquent. Evoquant loi FATCA comme « un dispositif américain unilatéral et extraterritorial », il souligne que « sa force vient de ce que toute institution financière qui n'accepterait pas de s'y plier est menacée dans son développement en raison de la retenue à la source sur tous les paiements d'origine américaine, et *in fine* d'éviction du marché bancaire et financier américain, ce qui est un risque inacceptable pour les groupes de dimension internationale »³⁷. Les débats au Sénat révèlent également que cette menace rendait impérative la ratification de l'accord, bien plus qu'elle n'était justifiée par une promesse de future réciprocité qui n'a d'ailleurs jamais été honorée de la part des Etats-Unis. Dans le cadre de l'examen du projet de loi au Sénat, on peut relever par exemple ces échanges :

« M. Richard Yung. – Que se passerait-il si la France ne ratifiait pas ce texte ?

Mme Michèle André, rapporteure. – Dans ce cas, c'est la version 2010 de FATCA qui s'appliquerait, et le couperet serait une retenue à la source de 30 % des flux concernés. Je n'envisage pas que la France ne ratifie pas »³⁸.

Il est utile de rappeler que l'accord FATCA a été examiné par le Parlement quelques jours seulement après la conclusion d'un accord entre les autorités américaines et la banque BNP Paribas imposant des pénalités d'un montant sans précédent de près de 9 milliards de dollars³⁹. Ces pénalités résultaient de la violation par la banque des mesures de sanctions économiques adoptées par les Etats-Unis qui présentent également un effet extraterritorial⁴⁰.

³⁵ L'étude d'impact du projet de loi soulignant que « les Etats-Unis ont notifié par note verbale à la France en novembre 2013 l'achèvement de leurs procédures internes nécessaires à l'entrée en vigueur du présent accord » (*Etude d'impact relative au projet de loi (...)*, NOR : MAEJ1409817L/Bleue-1, pt. IV, <<https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj113-706-ei/pj113-706-ei.pdf>>).

³⁶ Article II, Section 2(2).

³⁷ Assemblée Nationale, *Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 27, p. 12.

³⁸ Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, Rapport n° 751, 17 juillet 2014, p. 56-57.

³⁹ Department of the Treasury, *Settlement Agreement – BNP Paribas SA*, COMPL-2013-193659, 30 juin 2014, <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20140630_bnp_settlement.pdf>.

⁴⁰ Régis Bismuth, *op. cit.* note 2, p. 785 et s.

18. *Une évaluation lacunaire des effets dommageables du FATCA* – La lecture de l'étude d'impact produite par le gouvernement et les travaux parlementaires révèlent que certains des effets dommageables du FATCA ont été largement sous-évalués, sinon totalement éclipsés. Nous nous limiterons à rapidement évoquer deux aspects : le respect de la protection des données personnelles et les effets sur les binationaux.

19. *Une évaluation insuffisante des effets sur la protection des données personnelles* – La question de la protection des données personnelles (et *per extensionem* du respect de la vie privée) a bien été abordée dans l'étude d'impact mais celle-ci souligne que des travaux ont été engagés entre la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) et la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) afin d'évaluer le niveau de protection des données dans le cadre de cet accord⁴¹. Ce n'est qu'un an environ après la ratification de l'accord, par sa délibération n°2015-311⁴², que la CNIL a examiné cette question⁴³.

Le rapport de Mme Grelier ne fait qu'évoquer « en arrière-plan la question des données personnelles » en soulignant que « sur le fond, un accord intergouvernemental était indispensable, car les données financières concernées par l'accord sont selon le droit européen et français des données personnelles »⁴⁴. Dans le cadre du rapport de Mme André, le seul problème juridique portant sur la constitutionnalité du transfert de renseignements qui est évoqué est la position des parlementaires américains qui invoquent « l'inconstitutionnalité de ces transferts d'informations »⁴⁵ du point de vue du droit américain et indiquant ainsi qu'ils refuseront de consentir à une réciprocité de l'accord FATCA en ce sens.

Les auditions conduites dans le cadre du débat parlementaire avaient pourtant donné l'occasion de pointer le problème. Le président du comité fiscal de la Fédération bancaire française (FBF) soulignait ainsi que « la question du transfert de données n'est toujours pas réglée » et « [qu'un] client pourrait contester le transfert en se fondant sur la législation européenne relative à la protection de la vie privée »⁴⁶. Indiquant que cette question n'a pas été réglée à trois mois de l'entrée en vigueur de l'accord, il déclarait sur cet aspect : « nous sommes contraints de faire confiance »⁴⁷.

20. *L'absence d'évaluation des effets sur les binationaux* – Ni l'étude d'impact ni les différents travaux parlementaires n'envisagent les effets potentiels du dispositif sur la situation des binationaux résidant en France et cette carence a été constatée dans une décision du Défenseur des droits⁴⁸. Indéniablement, la pratique américaine de l'imposition des revenus mondiaux sur le fondement de la nationalité (*citizenship-based taxation*) et ses possibles effets

⁴¹ *Etude d'impact relative au projet de loi (...)*, *op. cit.* note 35, p. 6.

⁴² Délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015 autorisant le ministère des finances et des comptes publics à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité le transfert vers [l'IRS] des données collectées et stockées en application [de l'accord FATCA France/Etats-Unis], demande d'autorisation n° 1855730, NOR : CNIX1524505X, JORF, n°0244, 21 octobre 2015, texte n° 55.

⁴³ Dans cette délibération, la CNIL a considéré que le transfert de données faisait l'objet de garanties suffisantes en matière de protection des données personnelles. Cependant, comme cela sera souligné subséquemment, la position de la CNIL est contestable au regard de ses délibérations antérieures (par exemple sa Délibération n° 2009-588 du 12 novembre 2009) ainsi que des standards européens en matière de protection des données personnelles, notamment ceux identifiés par la CJUE (v. *infra* n° 70 et s.).

⁴⁴ Assemblée Nationale, *Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 27, p. 25.

⁴⁵ Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 38, p. 18.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 42.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Décision du Défenseur des droits MLD-2016-2017, 12 février 2016, § 21.

n'ont pas été évalués. Dans le cadre des auditions au Sénat, le président du comité fiscal de la FBF a juste mentionné la question des pratiques commerciales que les banques risquent de mettre en œuvre à l'encontre des clients binationaux. Il soulignait notamment que « la balance coûts-avantages nous conduit à clore les comptes américains dans certains pays. Au reste, cela n'est pas toujours possible ; je pense aux doubles nationaux »⁴⁹.

Les potentiels effets du FATCA sur l'effectivité du droit au compte bancaire et les discriminations fondées sur la nationalité qui peuvent en résulter ont été totalement éclipsés. Cela est d'autant plus surprenant qu'avant même le dépôt du projet de loi, l'impact du FATCA sur les binationaux et les pratiques commerciales des banques était documenté⁵⁰ et que les comptes américains étaient unilatéralement clôturés par certaines banques près de deux ans avant la conclusion de l'accord FATCA France/Etats-Unis⁵¹ – l'expression « américains accidentels » apparaissant d'ailleurs dans la presse dès 2011⁵² – et qu'une plainte visant l'accord FATCA Canada/Etats-Unis avait été introduite devant les juridictions canadiennes pendant les débats parlementaires⁵³.

21. Dispositif unilatéral à portée exclusivement extraterritoriale, le FATCA s'est *de facto* imposé aux institutions financières étrangères (les FFIs) qui effectuent des transactions en dollars et qui conduisent des activités sur les marchés américains. Afin de contourner certains obstacles relevant des droits nationaux s'opposant à la transmission des renseignements souhaités à l'IRS par les banques, les Etats-Unis ont conclu plus d'une centaine d'accords intergouvernementaux qui ont permis de « légaliser » cette extraterritorialité. Comme en témoigne l'exemple de l'accord FATCA France/Etats-Unis, ces accords ont été conclus alors qu'une contrainte économique particulièrement forte s'exerçait sur ces institutions financières, le risque étant pour elles d'être évincées du marché américain compte tenu de la pénalité de 30% qui devait être ponctionnée sur tout paiement en provenance des Etats-Unis si le destinataire ne se mettait pas en conformité. Ce contexte n'a pas été propice, en France, à une évaluation sereine et transversale de ce dispositif lorsqu'il a été accepté par le Parlement. En effet, présenté comme un mécanisme permettant de lutter contre l'évasion fiscale des résidents américains, le FATCA, couplé au système de taxation des revenus fondé sur la nationalité aux Etats-Unis, a ciblé une palette bien plus large de personnes. A l'aune de ces éléments, il convient dorénavant d'exposer de manière plus précise les effets extraterritoriaux du FATCA en France et la manière dont il a affecté la situation de ces personnes et particulièrement les binationaux américains n'ayant pas de lien spécifique avec les Etats-Unis.

⁴⁹ Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, op. cit. note 38, p. 42.

⁵⁰ On peut ainsi mentionner ceux deux articles consacrés au FATCA publiés deux semaines avant le dépôt du projet de loi : « Taxing America's Diaspora : FATCA Flaws » et « Tax Evasion : Dropping the Bomb », *The Economist*, n° 950, 28 juin 2014. V. aussi, Luca Bernardi, « Ces Suisses qui rendent leur passeport américain », *Le Temps*, 16 août 2013 ; Adam Palin, « Tax Milestone as Fatca Reporting Requirement Takes Effect », *Financial Times*, 1^{er} juillet 2014 ; James Fitz-Morris, « Controversial FATCA Tax-Compliance Law Could Catch Canadians in its Net », *CBC News*, 5 février 2014.

⁵¹ « Reaction to US Tax Law : European Banks Stop Serving American Customers », Spiegel Online, 14 décembre 2011 ; Bill Hinchberger, « European Banks Shut Americans out over U.S. Tax Rules », *USA Today*, 27 septembre 2012.

⁵² « IRS Bearing Down on Americans in Canada », *The Globe and Mail*, 13 juin 2011 ; « The Attack on Accidental Americans », *Mises Institute*, 21 septembre 2011, <<https://mises.org/library/attack-accidental-americans>>.

⁵³ Tim Harper, « Uncle Sam Reaches into Canada for Tax Revenue », *Times Herald*, 3 septembre 2014, p. A4. Cette plainte repose sur des fondements différents de ceux évoqués dans notre analyse juridique (principalement non-réciprocité, droit à la protection des données personnelles et interdiction des discriminations) et nous n'y ferons référence que très marginalement (*Hillis v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1082, 2015 CF 1082, 2015 CarswellNat 10720).

II. – Les effets résultant de la mise en œuvre du FATCA en France

22. Par le biais de l'article 4 de l'accord franco-américain (qui s'intitule très explicitement « Application de la loi FATCA aux institutions financières françaises »), les institutions financières entrant dans le champ d'application de l'accord doivent « recense[r] les comptes déclarables américains », c'est-à-dire mettre en œuvre toute une série de diligences afin de collecter des renseignements exigés qui seront transmis à l'administration fiscale puis communiqués à l'IRS. L'identification des contribuables américains sur la base de la présence « d'indices d'américanité » constitue le cœur de ce dispositif dont la mise en œuvre génère toute une série de contraintes pour les personnes entrant dans cette catégorie. Après une brève présentation des diligences qui doivent être réalisées dans ce cadre (A), il sera mentionné deux types d'effets : en premier lieu, l'exclusion des titulaires de compte présentant un indice d'américanité de l'accès aux services financiers (B) et, en second lieu, les démarches particulièrement contraignantes et coûteuses qui pèsent sur ces personnes lorsque la personne concernée accepte de se mettre en conformité avec le FATCA (C).

A. – A titre liminaire : les diligences destinées à identifier les comptes américains

23. L'annexe I de l'accord FATCA France/Etats-Unis détaille les démarches qui doivent être réalisées par les institutions financières françaises afin d'identifier les « comptes déclarables américains » et les « comptes détenus par des institutions financières non participantes »⁵⁴. Celles-ci ont été ensuite précisées par des instructions de l'administration fiscale⁵⁵. Pour ce qui concerne les individus, les diligences à effectuer sont de deux types : celles qui concernent les « comptes des personnes physiques préexistants »⁵⁶ et celles visant « les nouveaux comptes des personnes physiques »⁵⁷.

1. – Comptes des personnes physiques préexistants

24. *Le recours aux indices d'américanité* – Les procédures d'examen varient en fonction du solde ou de la valeur des comptes ainsi que des informations directement disponibles lorsque l'examen peut se faire par voie électronique (dans le cas contraire, il faut effectuer une recherche dans les dossiers papier). Si les obligations de déclaration ne pèsent que sur les comptes excédant 50.000 dollars américains, les institutions financières peuvent ignorer ce seuil et déclarer de tels comptes⁵⁸. Au-delà de la déclaration, les diligences d'identification sont réalisées *de facto* sur l'ensemble des comptes. Il faut mentionner que l'essentiel de la procédure d'identification des comptes américains repose sur la découverte « de la présence de l'un quelconque des indices américains suivants »⁵⁹ :

- « a) Identification du Titulaire du compte comme citoyen ou résident américain ;
- b) Indication non équivoque d'un lieu de naissance situé aux Etats-Unis ;
- c) Adresse postale ou de domicile actuelle aux Etats-Unis (y compris les boîtes postales américaines) ;
- d) Numéro de téléphone actuel aux Etats-Unis ;
- e) Ordre de virement permanent sur un compte géré aux Etats-Unis ;
- f) Procuration ou délégation de signature en cours de validité accordée à une personne dont l'adresse est située aux Etats-Unis ; ou

⁵⁴ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, I(A).

⁵⁵ BOI-INT-AEA-10-30-20150805, <<http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/10244-PGP.html?identifiant=BOI-INT-AEA-10-30-20150805>>.

⁵⁶ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, II.

⁵⁷ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, III.

⁵⁸ Carol P. Tello & Jacques Malherbe, *op. cit.* note 13, § 26.

⁵⁹ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, II(B)(1)

g) Adresse portant la mention "à l'attention de" ou "poste restante" qui est l'unique adresse du Titulaire du compte inscrite dans le dossier de l'Institution financière déclarante française. Dans le cas d'un Compte de personne physique préexistant qui est un Compte de faible valeur, une adresse portant la mention « à l'attention de » située hors des Etats-Unis ou "poste restante" ne constitue pas un indice américain ».

Notons que ces indices d'américanité ne permettent pas de déceler des personnes américaines ayant acquis la nationalité américaine par filiation sans être nées sur le territoire américain et bénéficiant d'une autre nationalité qui peut être seule déclarée aux institutions financières.

25. *Conséquences découlant de la découverte d'un ou plusieurs indices d'américanité* – Une fois un indice d'américanité identifié par l'institution financière, le compte est considéré comme un « compte déclarable américain »⁶⁰ à moins que son titulaire n'atteste qu'il n'est pas un national américain. En conséquence, ces personnes ont reçu au cours des dernières années des courriers de la part de leur banque leur demandant de se conformer à ce nouveau dispositif. Sur ces aspects, il convient de noter que :

- si le titulaire du compte n'est pas de nationalité américaine, il doit notamment communiquer une auto-certification attestant qu'il n'est pas un citoyen américain (établie sur le modèle W8 de l'IRS) ainsi qu'un certificat de perte de nationalité ;
- si le titulaire est une personne américaine, il doit compléter le formulaire W9 de l'IRS et indiquer ainsi à la banque son « NIF américain » (son numéro d'identification fiscal fédéral américain)⁶¹. L'administration fiscale précise que le NIF américain peut prendre plusieurs formes : le numéro de sécurité sociale américain (SSN - *social security number*), le numéro d'identification d'employeur (EIN - *employer identification number*) ou le numéro individuel d'identification fiscal (ITIN - *individual taxpayer identification number*).

Ces éléments permettent de constater que le seul indice d'américanité de naissance aux Etats-Unis conduit nécessairement la banque à exiger une mise en conformité avec la documentation exigée par l'IRS. Il ne s'agit donc pas seulement, par le biais de l'accord FATCA, de collecter et de communiquer des renseignements à l'IRS mais de mettre en œuvre des procédures destinées par ricochet à assurer une mise en conformité avec les obligations fiscales américaines, et ce, sous menace de sanction. En effet, les titulaires de comptes ne se mettant pas en conformité avec ces obligations seront considérés comme « récalcitrants ». Ils se verront soit clôturer leur compte soit ponctionner directement par l'institution financière en France d'une retenue fiscale de 30% sur certains paiements⁶².

2. – Nouveaux comptes des personnes physiques

26. *Une procédure d'auto-certification* – L'accord FATCA précise que les nouveaux comptes doivent être soumis à une procédure d'auto-certification qui permet de déterminer sur la base des informations collectées si le titulaire du compte « réside aux Etats-Unis à des fins fiscales »⁶³, étant précisé sur cet aspect que « un citoyen américain est considéré comme

⁶⁰ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, II(B)(3).

⁶¹ Accord FATCA France/Etats-Unis, Article 1(ak).

⁶² L'article 4.2 de l'Accord FATCA France/Etats-Unis précise que « les Etats-Unis n'exigent pas d'une Institution financière déclarante française d'effectuer une retenue à la source de l'impôt en application des articles 1471 ou 1472 de l'*Internal Revenue Code* des Etats-Unis pour un compte détenu par un titulaire récalcitrant (au sens de l'expression « *recalcitrant account holder* » à l'article 1471 (d) (6) de l'*Internal Revenue Code* des Etats-Unis) ou de clôturer un tel compte si l'*Autorité compétente américaine reçoit les renseignements visés à l'alinéa a du paragraphe 2 de l'article 2 du présent Accord* » (nous soulignons). L'article 2(2)(a) fait justement référence à la communication du NIF américain qui ne peut être délivré par l'IRS qu'après s'être acquitté de ses obligations fiscales du point de vue du droit américain.

⁶³ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, III(B).

résident fiscal aux Etats-Unis, même si le titulaire du compte est également un résident fiscal d'une autre juridiction »⁶⁴. Avant l'entrée en vigueur définitive de cette obligation au 1^{er} janvier 2016, l'administration fiscale a admis que « à défaut d'obtenir une auto-certification, les institutions financières peuvent, pendant cette période de transition, recourir aux procédures de diligence applicables aux comptes préexistants de personnes physiques »⁶⁵.

27. *Une présomption d'américanité* – Bien qu'il existe des exemptions pour les comptes de faible valeur, cette auto-certification est devenue *de facto* la norme pour toute ouverture de compte dans des institutions financières françaises, générant ainsi « une présomption d'américanité sur tous les détenteurs de comptes financiers »⁶⁶. La présence d'un indice d'américanité révélé par le questionnaire, tel la naissance sur le sol américain, déclenche les procédures applicables pour les comptes des personnes physiques préexistant (recours aux formulaires W9 ou W8 notamment). De la même façon, ces procédures visent à assurer en France la mise en conformité de ces personnes avec le droit fiscal américain, et ce, sous menaces de sanctions (refus d'ouverture de compte ou retenue de 30%).

B. – Situation n° 1 : Exclusion de l'accès aux services financiers

1. – Institutions financières excluant toute personne américaine ou présentant des indices d'américanité

28. *Impact financier du FATCA générant une exclusion* – Si les travaux préparatoires ont largement éclipsé les impacts du FATCA sur les personnes visées par ce dispositif, nombreuses ont été les références relatives aux coûts de mise en conformité résultant du FATCA pour les banques, couplés d'ailleurs avec les risques de sanctions financières en cas d'erreur dans les déclarations⁶⁷. Cet impact financier a d'ailleurs conduit certaines institutions financières à considérer qu'un compte détenu par un client américain ne présentait plus un niveau de rentabilité suffisant. Cela est en particulier le cas pour les banques qui n'ont pas un important portefeuille de clients américains⁶⁸. Ainsi, Axa Banque annonçait dès février 2014 qu'elle avait pris la décision de fermer en France les comptes de ses clients américains⁶⁹. Cette décision prise plusieurs mois avant l'examen du FATCA au Parlement montre d'ailleurs que les institutions financières avaient tiré toutes les conséquences de ce dispositif extraterritorial avec ou sans l'accord franco-américain. L'établissement de banque en ligne « Hello Bank! » du groupe BNP Paribas indique aussi clairement dans les conditions générales de sa convention de compte de dépôt qu'elle refuse les clients qui présente des indices d'américanité et les renvoie vers une agence du réseau BNP Paribas : « *Si vous présentez des indices de soumission à la loi américaine FATCA, vous pouvez conclure une convention de compte de dépôt uniquement dans*

⁶⁴ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, III(B).

⁶⁵ BOI-INT-AEA-10-30-30-20150805, § 50.

⁶⁶ David Chrétien & Julien Cuminet, « Echanges automatiques d'informations à des fins fiscales – Comptes financiers – Accords et réglementation Foreign Account Tax Compliance Act ("FATCA") – Fascicule d'actualité », *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 142, 2015, § 1.

⁶⁷ Voir par ex., Assemblée Nationale, *Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 27, p. 32 (soulignant que « pour les banques françaises, le coût de la mise en œuvre de FATCA est estimé à 200 à 300 millions d'euros pour les cinq plus grands établissements bancaires français ») ; Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 38, p. 42 et s.

⁶⁸ Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 38, p. 43.

⁶⁹ Anne de Guigné, « Axa Banque ferme les comptes de ses clients américains », *Le Figaro Bourse*, 4 février 2014.

une agence du réseau de BNP Paribas SA implantée en France métropolitaine »⁷⁰. Il en est de même pour la banque ING Direct (« L'ouverture d'un Compte Titres ne pourra être sollicitée par toute personne résidant aux Etats-Unis ou répondant à la définition de "US person" au sens de la réglementation américaine »)⁷¹.

Du point de vue du traitement de ces situations, la CNIL elle-même précise les formalités à établir « (p)our les institutions financières qui ne souhaitent pas se voir appliquer FATCA et qui clôturent les comptes des "US Person" après les avoir identifiées »⁷². Cela est surprenant lorsque l'on constate que l'accord FATCA France/Etats-Unis indique que « l'institution financière ne doit pas se doter de directives ou de pratiques discriminatoires dans le cadre de l'ouverture ou de la gestion des comptes financiers pour des personnes physiques qui sont des résidents de France (...) »⁷³. Ces directives de la CNIL sont donc en contradiction avec le traité.

29. *Discrimination dans l'accès aux services financiers* – Cette exclusion par certaines institutions de l'ensemble des clients américains introduit ainsi une discrimination fondée sur la nationalité mais également entre français (binationaux américains et les autres) et constitue l'un des nombreux obstacles de l'accès par ces personnes à certains services financiers (compte bancaire refusé ou clôturé, contrat de prêt refusé ou interrompu, produits financiers ou d'assurance-vie inaccessibles ou liquidés, etc.). On peut trouver dans la documentation relative à la souscription de parts de FCPE de nombreux exemples d'exclusion des « *US Person* » au titre du FATCA⁷⁴. Cette discrimination vise aussi bien les américains accidentels, les autres binationaux américains ainsi que les nationaux américains qui résident en France⁷⁵.

Il est également possible de pointer d'autres discriminations. Par exemple, certaines institutions financières excluant toute personne américaine ou présentant des indices d'américanité, il est dès lors impossible pour leur conjoint ou autre membre de la famille de partager un compte commun ou de la désigner comme bénéficiaire d'une assurance vie. Il est aussi impossible pour une telle personne d'obtenir un pouvoir sur les comptes bancaires de son entreprise, limitant ainsi ses opportunités professionnelles⁷⁶. Egalement, le FATCA visant également les résidents fiscaux américains, les français ayant le statut de résident fiscal aux Etats-Unis (par exemple ceux titulaires d'une *green card*) peuvent aussi se voir refuser l'accès à certains services

⁷⁰ *Convention de compte de dépôt – Conditions générales*, édition mai 2015, <<https://www.hellobank.fr/rsc/contrib/pdf/conditions-generales-compte-de-depot.pdf>>.

⁷¹ *Conditions générales – Produit d'épargne et d'investissement*, juillet 2013, <<https://www.ingdirect.fr/data/pdf/leo/conditions-generales.pdf>>.

⁷² CNIL, *Loi FATCA : Quelles formalités à la CNIL ?*, <<https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/528>>.

⁷³ Accord FATCA/France, Annexe II, II(A)(10).

⁷⁴ V. par ex. le Règlement FCPE « MACSF court terme » indiquant que « les parts de ce fonds n'ont pas été enregistrées en vertu de la loi US Securities Act of 1933. En conséquence, les parts de ce fonds ne peuvent pas être offertes ou vendues, directement ou indirectement, aux "US persons" et/ou à toutes entités détenues par une ou plusieurs "US persons" telles que définies par la réglementation américaine "Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)". Tout porteur de parts doit informer immédiatement son teneur de compte d'épargne salariale dans l'hypothèse où il deviendrait une "U.S. Person" » (<https://www.eres-group.com/eres/pdf/MACSF_COURT_TERME_Reglement.pdf>).

⁷⁵ Une étude conduite sur 1071 binationaux aux Pays-Bas pour le Parlement a ainsi montré que 20% des personnes concernées ont été confrontées à ce type de restrictions (*Problems Experienced by Dutch (Dual) Citizens Due to the American Tax Obligation*, Survey Results for the Deliberation in the Tweede Kamer, 1^{er} juin 2016, <<https://americansoverseas.org/app/uploads/2016/06/1-Survey-results-EN.pdf>>. Une autre étude menée en 2014 sur plus de 6.500 nationaux américains vivant à l'étranger a montré qu'une personne sur six avait eu son compte clôturé du fait du FATCA et dont plus des deux tiers avaient un solde inférieur à 10.000 dollars, soit bien en-deçà du seuil de 50.000 dollars fixé par le dispositif pour la déclaration des comptes américains (William Byrnes & Robert J. Munro, *Background and Current Status of FATCA*, Texas A&M University School of Law, Research Paper No. 17-31, 2017, p. 1-108).

⁷⁶ V. par ex., Simon Bradley, « FATCA fait bondir les expatriés américains », *SwissInfo.ch*, 28 mai 2013, <https://www.swissinfo.ch/fre/offensive-fiscale_fatca-fait-bondir-les-expatriés-américains/35950296>.

financiers de base en France comme par exemple l'ouverture d'un compte bancaire. Enfin, l'existence d'un « ordre de virement permanent sur un compte géré aux Etats-Unis »⁷⁷ constitue également un indice d'américanité au sens du FATCA. Cela signifie donc que les parents qui effectuent des virements à destination de leurs enfants lorsque ceux-ci sont étudiants aux Etats-Unis peuvent présenter des indices d'américanité et subir ce type de restrictions⁷⁸.

2. – Institutions financières excluant les titulaires de compte récalcitrants

30. Les personnes présentant un indice d'américanité tel qu'un lieu de naissance sur le territoire américain doivent au regard du FATCA soit prouver qu'ils ont renoncé à la nationalité américaine, soit produire des documents attestant de la régularité de leur situation fiscale auprès de l'IRS. En plus d'être coûteuses et contraignantes, ces procédures ont été vécues de manière particulièrement brutale par les américains accidentels qui ont en général quitté les Etats-Unis à un très jeune âge sans avoir conscience des obligations fiscales découlant de leur lieu de naissance. Certaines institutions financières refusent de conserver des relations commerciales avec les titulaires récalcitrants. C'est le cas par exemple du groupe Société Générale qui, compte tenu des coûts et risques découlant de la mise en conformité avec le FATCA, a eu l'occasion d'indiquer : « *À compter du 1er juillet 2014, le groupe Société Générale n'accepte aucun nouveau client récalcitrant et n'entend pas conserver de manière pérenne des relations avec des clients récalcitrants* »⁷⁹. L'exclusion des titulaires de comptes récalcitrants entraîne les mêmes discriminations directes ou par ricochet que celles mentionnées pour les institutions financières qui excluent toute personne américaine ou présentant des indices d'américanité.

C. – Situation n° 2 : Contraintes résultant de la mise en conformité avec le FATCA

31. Lorsqu'une personne présente un indice d'américanité, celle-ci peut accepter de se mettre en conformité avec le FATCA. Deux options doivent être envisagées. Si cette personne est de nationalité américaine et désire le rester, elle doit s'acquitter de certaines obligations de déclaration fiscale auprès de l'IRS compte tenu de la fiscalité fondée sur la nationalité (1). Si la personne n'est pas en mesure de produire une auto-certification attestant qu'elle n'est pas une *US person*, elle a aussi la possibilité de renoncer à sa nationalité américaine (2). Dans les deux cas, il s'agit de procédures invasives, contraignantes, longues et onéreuses.

1. – Option n° 1 : Personne américaine conservant sa nationalité

a. – Première étape : obtention d'un TIN pour le formulaire W9

32. *La procédure d'obtention* – Dans le cadre du FATCA, toute personne américaine a l'obligation de soumettre à l'institution financière le formulaire W9 de l'IRS⁸⁰ dans lequel doit être indiqué le numéro d'identification fiscale (ou *Taxpayer Identification Number* (TIN)) qui

⁷⁷ Accord FATCA France/Etats-Unis, Annexe I, II(B)(1)

⁷⁸ Le président du Comité fiscal de la FBF soulignait au Sénat que « l'administration américaine recherche ce qu'elle appelle les "indices d'américanité" – soit l'existence de flux financiers entre des comptes, comme ceux qui peuvent exister, par exemple, avec des enfants installés aux Etats-Unis » (Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, op. cit. note 38, p. 42).

⁷⁹ FATCA – *Question/Réponse*, <<https://www.societegenerale.com/sites/default/files/documents/FATCA%20Q-A%20%20FR.PDF>>. La banque souligne dans ce document que « *La non-conformité à la loi FATCA entraînerait de graves dommages commerciaux et de réputation. Le non-respect de FATCA représente non seulement un coût sur les revenus en compte propre, mais surtout un risque majeur d'éviction de relations avec certains clients, contreparties, prestataires ou de relations de place* ».

⁸⁰ <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/fw9.pdf>>.

peut être par exemple le numéro de sécurité sociale américain (SSN). Cette information est facilement communicable pour les personnes américaines expatriées en France qui ont résidé aux Etats-Unis après leur majorité. Un « américain accidentel » n'a le plus souvent jamais disposé d'un SSN. Certains sont d'ailleurs nés aux Etats-Unis et ont quitté cet Etat alors que l'obtention d'un SSN n'était pas obligatoire. Par exemple, le *Tax Reform Act* de 1986 a rendu obligatoire l'obtention d'un SSN pour les enfants de plus de cinq ans lorsque les parents souhaitent bénéficier d'abattements fiscaux. La très grande majorité d'américains accidentels n'ont donc jamais eu de SSN et la plupart n'en connaissait d'ailleurs pas l'existence. Les américains accidentels ne souhaitant pas renoncer à leur nationalité ont dû effectuer les démarches auprès des autorités américaines pour obtenir un TIN. La procédure est expliquée dans le formulaire W9 et est reproduite ci-après afin de donner un aperçu de la complexité des informations à traiter pour des personnes qui ne sont pas familières du système américain :

« How to get a TIN. If you do not have a TIN, apply for one immediately. To apply for an SSN, get Form SS-5, Application for a Social Security Card, from your local SSA office or get this form online at www.ssa.gov. You may also get this form by calling 1-800-772-1213. Use Form W-7, Application for IRS Individual Taxpayer Identification Number, to apply for an ITIN, or Form SS-4, Application for Employer Identification Number, to apply for an EIN. You can apply for an EIN online by accessing the IRS website at www.irs.gov/businesses and clicking on Employer Identification Number (EIN) under Starting a Business. You can get Forms W-7 and SS-4 from the IRS by visiting IRS.gov or by calling 1-800-TAX-FORM (1-800-829-3676).

If you are asked to complete Form W-9 but do not have a TIN, apply for a TIN and write "Applied For" in the space for the TIN, sign and date the form, and give it to the requester. For interest and dividend payments, and certain payments made with respect to readily tradable instruments, generally you will have 60 days to get a TIN and give it to the requester before you are subject to backup withholding on payments. The 60-day rule does not apply to other types of payments. You will be subject to backup withholding on all such payments until you provide your TIN to the requester ».

33. *Les contraintes en résultant* – La grande majorité des américains accidentels n'ont pas été confrontés aux autorités américaines jusqu'à la mise en œuvre du FATCA et certains d'ailleurs ne parlent pas anglais ou n'en ont qu'une maîtrise rudimentaire. Ces personnes ont donc dû se faire assister dans le cadre de cette procédure, ce qui peut avoir un coût important. Il faut par ailleurs souligner qu'elle requiert l'obtention d'un certificat de naissance américain, de nombreuses démarches réalisées au consulat ou à l'Ambassade des Etats-Unis et la production de plusieurs documents attestant que la personne concernée a résidé en France depuis l'enfance. Le processus d'obtention d'un SSN/TIN peut prendre de six à neuf mois, un délai particulièrement long lorsqu'il s'agit par exemple d'ouvrir un compte bancaire. Par ailleurs, ces démarches requièrent, pour se mettre en conformité, la transmission aux services américains d'un nombre significatif d'informations relevant de la vie privée.

b. – Deuxième étape : régularisation de la situation fiscale auprès de l'IRS

34. *Contenu de la régularisation* – Une fois le numéro de SSN/TIN obtenu, la personne peut être contrainte de régulariser sa situation fiscale compte tenu du système américain d'imposition des revenus mondiaux des personnes physiques qui est fondé à la fois sur la résidence et la nationalité. Tous les Etats, à l'exception de l'Erythrée et des Etats-Unis, ont fondé leur système d'imposition des revenus mondiaux sur la seule résidence. La régularisation fiscale qui doit être réalisée par les contribuables américains impose de nombreuses formalités⁸¹, entre autres : l'obligation de déposer une déclaration fiscale américaine

⁸¹ V. par ex., Carol P. Tello, Jacques Malherbe, Taylor Kiessig & Geoffrey Galéa, « La régularisation fiscale des contribuables américains », *Revue de Droit Fiscal*, 2014, n° 42, p. 586 et s.

(formulaire 1040)⁸² et de payer l'impôt sur le revenu global ; réaliser une déclaration des dons et legs reçus (formulaire 3520)⁸³ ; déclarer le *Report of Foreign Bank and Financial Accounts* (FBAR) indiquant tous les comptes non américains d'une valeur supérieure à 10.000 dollars (formulaire finCEN114)⁸⁴ ; déclarer le *Statement of Foreign Financial Assets* (SFFA) incluant les actifs non américains lorsque ceux-ci excèdent 200,000 dollars au moment de la déclaration ou s'ils ont excédé 300,000 dollars à un moment de l'année⁸⁵ (formulaire 8938)⁸⁶ ; effectuer la déclaration *Controlled Foreign Corporation* (CFC) incluant les parts supérieures à 10% détenues par des personnes américaines lorsque plus de 50% des parts est détenu par des américains (formulaire 5471)⁸⁷ ; effectuer la déclaration *Passive Foreign Investment Company* (PFIC) listant les investissements strictement financiers (formulaire 8621)⁸⁸ et, enfin, déclarer les *Certain Foreign Partnerships* (CFP) listant les autres intérêts dans des sociétés de personnes (par exemple des sociétés civiles immobilières – SCI) (formulaire 8865)⁸⁹.

35. *Une régularisation couteuse et des pénalités applicables* – La réalisation de ces déclarations est d'une complexité telle qu'il est nécessaire de se faire assister par des avocats spécialistes du droit fiscal américain, ce qui implique des dépenses qui peuvent s'élever à près de 20.000 euros⁹⁰. Ces déclarations annuelles imposent ensuite de se faire assister de manière récurrente par un comptable ou un fiscaliste américain, ce qui implique des coûts significatifs et récurrents. De surcroît, si différentes procédures de régularisation ont été mises en place pour les personnes ne s'étant pas acquitté de leurs obligations fiscales⁹¹, les rappels d'impôts et les pénalités applicables pour absence de déclaration ou déclaration tardive peuvent atteindre des dizaines, voire des centaines de milliers d'euros selon les cas⁹². Les travaux de la Mission d'information sur l'extraterritorialité américaine ont également mis en évidence des situations où des personnes à revenu modeste vivant en France qui ne devaient pas être imposable aux Etats-Unis au regard de la convention franco-américaine de double-imposition de 1994 ont néanmoins été frappées par de lourdes pénalités par l'IRS⁹³.

36. *Une régularisation susceptible de générer des doubles impositions* – Au-delà des rappels d'impôts et pénalités qui peuvent s'appliquer, la convention franco-américaine de 1994 rend possible la double imposition de certains revenus générés en France. Ainsi, la convention de 1994 indique que « les Etats-Unis peuvent imposer (...) leurs citoyens comme si la Convention n'existait pas »⁹⁴ tout en accordant comme crédit déductible de l'impôt américain sur le revenu l'impôt français sur le revenu qui aura été payé⁹⁵. Il existe néanmoins des différentiels en termes d'assiette entre les deux systèmes. C'est en particulier le cas pour des revenus qui sont faiblement fiscalisés ou défiscalisés en France comme les plus-values immobilières réalisées sur la vente de biens situés en France, les produits d'assurance-vie ou

⁸² <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f1040.pdf>>.

⁸³ <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f3520.pdf>>.

⁸⁴ <<https://bsaeiling.fincen.treas.gov/NoRegFBARFiler.html>>.

⁸⁵ IRS, *Do I need to file Form 8938, "Statement of Specified Foreign Financial Assets"?*, <<https://www.irs.gov/businesses/corporations/do-i-need-to-file-form-8938-statement-of-specified-foreign-financial-assets>>.

⁸⁶ <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8938.pdf>>.

⁸⁷ <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i5471.pdf>>.

⁸⁸ <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8621.pdf>>.

⁸⁹ <https://www.irs.gov/pub/irs-access/f8865_accessible.pdf>.

⁹⁰ Elodie Tymen, « Le cauchemar fiscal des français dits "Américains Accidentels" », *Le Figaro*, 18 février 2017.

⁹¹ Carol P. Tello, Jacques Malherbe, Taylor Kiessig & Geoffrey Galéa, *op. cit.* note 81, § 10 et s.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité américaine*, *op. cit.* note 6, p. 92.

⁹⁴ Convention de 1994, article 29(2).

⁹⁵ Convention de 1994, article 24(2)(a)(i).

d'épargne salariale, lesquels peuvent donc être taxés aux Etats-Unis⁹⁶. Des nationaux français considérés comme des américains accidentels sont susceptibles de payer des impôts américains sur des revenus trouvant exclusivement leur origine en France et qui y bénéficient d'une fiscalité allégée le plus souvent pour des motifs d'intérêt général. Il en résulte non seulement une différence de traitement entre résidents fiscaux français dans la mesure où l'attractivité fiscale de ces dispositifs s'en trouve affectée, mais aussi par ricochet une lésion aux intérêts économiques de l'Etat français.

2. – Option n° 2 : Personne américaine renonçant à sa nationalité

37. *Un nombre accru de renonciations à la nationalité américaine* – Face aux contraintes résultant de la mise en œuvre du FATCA, certains peuvent envisager de renoncer à la nationalité américaine. Il faut noter que les demandes de renonciation à la nationalité américaine ont connu un bond spectaculaire après l'entrée en vigueur du FATCA⁹⁷. En effet, les chiffres publiés au *Federal Register (Quarterly Publication of Individuals Who Have Chosen to Expatriate)* indiquent que dans les années précédant l'adoption du FATCA, il y avait en général entre 300 et 600 personnes ayant effectué les démarches de renonciation. Ce chiffre a rapidement évolué et, si l'on se réfère, en août 2017, aux données concernant les quatre derniers trimestres, ce sont 6.811 individus qui ont renoncé à la nationalité américaine⁹⁸. Cette procédure est employée par des américains accidentels notoires, à l'instar de l'ancien maire de Londres et actuel Secrétaire d'Etat britannique Boris Johnson qui est né aux Etats-Unis alors que ses parents y étudiaient et qui a quitté le territoire à l'âge de cinq ans. Il a pris cette décision après que l'IRS l'enjoigne à régler les impôts américains dus sur la plus-value de cession de sa résidence londonienne (qui est exemptée au Royaume-Uni)⁹⁹.

38. *Une renonciation couteuse et contraignante* – Le processus de renonciation à la nationalité est couteux et contraignant. Il est notamment possible de mentionner les éléments suivants. Les frais administratifs de renonciation s'élèvent à 2.350 dollars, somme la plus élevée au monde pour ce type de procédure et représentant 20 fois la somme moyenne exigée dans les pays industrialisés¹⁰⁰. Il est utile de noter qu'en 2014, face à la hausse des demandes de renonciation, le Département d'Etat a augmenté ces frais de 422% puisqu'ils s'élevaient à 450 dollars auparavant¹⁰¹. Pour renoncer à la nationalité américaine et donc échapper à l'imposition des revenus fondée sur la nationalité, la personne concernée doit néanmoins préalablement se mettre en conformité avec ses obligations fiscales américaines sur les cinq années précédentes¹⁰². Cela signifie que la renonciation implique d'abord une entrée dans le système fiscal américain. Il doit par ailleurs s'acquitter, en fonction de l'atteinte de certains seuils, de l'*expatriation tax* (taxe de renonciation à la nationalité) et remplir dans ce cadre l'*Initial and*

⁹⁶ Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité américaine*, op. cit. note 6, p. 90. V. aussi la question n° 76813 posée par le député Frédéric Lefebvre et la réponse du gouvernement publiée le 4 avril 2017 (<<http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-76776QE.htm>>).

⁹⁷ V. de façon générale, Taylor Denson, « Goodbye, Uncle Sam ? How the Foreign Account Tax Compliance Act is Causing a Drastic Increase in the Number of Americans Renouncing Their Citizenship », *Houston Law Review*, vol. 52, 2015, p. 967 et s. ; Robert W. Wood, « Record Numbers Renounce their US Citizenship », *Forbes*, 6 février 2016.

⁹⁸ Pour ces données, v. les publications au *Federal Register* : vol. 81, p. 79098 et s. ; vol. 82, p. 10185 et s., p. 21877 et s. et p. 36188 et s.

⁹⁹ Patrick Wintour, « Boris Johnson Among Record Number to Reounce American Citizenship in 2016 », *The Guardian*, 9 février 2017.

¹⁰⁰ Robert W. Wood, op. cit. note 97.

¹⁰¹ Robert W. Wood, « U.S. Hikes Fee To Renounce Citizenship By 422% », *Forbes*, 28 août 2014.

¹⁰² Carol P. Tello, Jacques Malherbe, Taylor Kiessig & Geoffrey Galéa, op. cit. note 81, § 28.

Annual Expatriation Statement de l'IRS (formulaire 8854)¹⁰³. A l'instar des démarches à effectuer pour obtenir un TIN ou régulariser sa situation fiscale avec l'IRS, ces formalités requièrent l'assistance de spécialistes du droit fiscal américain ce qui peut engendrer également des coûts supérieurs à une dizaine de milliers d'euros, sans tenir compte des impôts et pénalités éventuellement dus. Aussi, en vertu du droit américain, une personne qui a renoncé à sa nationalité pour des motifs liés à la fiscalité peut se voir discrétionnairement interdire l'accès au territoire des Etats-Unis¹⁰⁴.

39. La mise en œuvre du FATCA en France a ainsi généré une pluralité de contraintes pour les nationaux ou binationaux américains résidant en France, pour les personnes présentant un indice d'américanité résidant en France, pour les nationaux français résidant aux Etats-Unis ainsi que potentiellement pour les non-américains se trouvant dans le cercle familial d'une de ces personnes. Les effets du FATCA sont particulièrement invasifs lorsqu'il génère une éviction *de facto* de l'accès à une palette de services financiers y compris les plus basiques, ce qui a conduit notamment les américains accidentels résidant en France à se soumettre aux obligations fiscales américaines ou à renoncer à leur nationalité américaine – dans les deux cas des procédures longues, coûteuses et contraignantes.

Les effets extraterritoriaux du FATCA en France sont donc significatifs et, à la différence des autres dispositifs extraterritoriaux américains qui restent contestables du point de vue du droit international, touchent sur une grande échelle un large nombre de personnes physiques. Envisagé à l'origine comme un mécanisme destiné à combattre la fraude fiscale des résidents américains qui dissimulaient des actifs à l'étranger, le dispositif a heurté des binationaux qui mettent en œuvre de bonne foi leurs obligations fiscales dans leur pays de résidence. Cette situation appelle à évaluer l'ensemble des problèmes juridiques découlant du FATCA.

III. – Analyse des problèmes juridiques relatifs au FATCA

40. Le FATCA soulève toute une série de problèmes juridiques touchant au droit international public, au droit américain, au droit français et aux autres droits nationaux ainsi qu'au droit de l'Union Européenne (UE) ou à celui découlant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). L'accord FATCA France/Etats-Unis n'a pas fait l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel avant sa ratification¹⁰⁵ et le dispositif n'a jusqu'à présent pas été examiné par la Cour de Justice de l'UE (CJUE) ou la Cour européenne des Droits de l'Homme (CourEDH). De nombreuses questions juridiques concernant le FATCA restent donc ouvertes. Au-delà de quelques procédures à l'étranger (Etats-Unis, Canada ou Israël), les problèmes liés à la légalité du FATCA n'ont été abordés en Europe que dans le cadre de procédures non contentieuses, lesquelles ont permis de pointer ou confirmer plusieurs des fragilités du dispositif. Nous proposons ainsi d'aborder cinq aspects : la question de la constitutionnalité du FATCA et des accords intergouvernementaux (IGAs) du point de vue du droit américain (A), celle de l'imposition des revenus mondiaux fondée sur la nationalité (*citizenship-based taxation* – CBT) et de ses effets extraterritoriaux (B), celle de l'absence de réciprocité de l'accord FATCA France/Etats-Unis (C), les potentielles atteintes au droit à la protection des données personnelles et au droit au respect à la vie privée (D) et le problème des discriminations fondées sur la nationalité dans l'accès aux services financiers (E).

¹⁰³ <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8854.pdf>>.

¹⁰⁴ INA, § 212(a)(10)(E). V. aussi, Henry Chang, « What Dual Citizens Should Know Before Renouncing Their United States Citizenship », *Blanays on Immigration*, novembre 2016 (soulignant que cette disposition n'avait pas encore été mise en œuvre mais que « *there is no way to be sure that the United States Government won't enforce INA §212(a)(10)(E) more strictly in the future* »).

¹⁰⁵ Contrôle sur le fondement de l'article 54 de la Constitution.

A. – La question de la constitutionnalité du FATCA et des accords intergouvernementaux (IGAs) du point de vue du droit américain

41. L'un des éléments récurrents dans la littérature ou les débats au sujet du FATCA est relatif à la constitutionnalité douteuse de cette loi et des accords internationaux bilatéraux (IGAs). Les arguments sont deux ordres : d'une part, la question de la constitutionnalité des IGAs et, d'autre part, la conformité du FATCA à certains droits fondamentaux ou garanties constitutionnelles. Ces arguments ont d'ailleurs été soulevés dans le cadre d'une action initiée devant les juridictions fédérales américaines¹⁰⁶ (l'affaire *Crawford*) par le sénateur Rand Paul et d'autres plaignants américains ou non vivant à l'étranger qui ont fait état de discriminations et contraintes dans le cadre de la mise en œuvre du FATCA à l'étranger, dont en France pour une plaignante¹⁰⁷. Une décision d'une cour d'appel fédérale du 18 août 2017 a rejeté la demande pour défaut d'intérêt à agir des plaignants (*standing to sue*) au motif qu'ils n'ont pas été individuellement affectés par certaines mesures du FATCA (retenue à la source, etc.) et que certaines des restrictions subies étaient le fait des banques et n'étaient pas directement imputables au FATCA¹⁰⁸. Les arguments d'inconstitutionnalité n'ont ainsi pas été examinés par la juridiction fédérale. Nous pouvons néanmoins les exposer brièvement.

42. *Constitutionnalité des IGAs* – La constitutionnalité des IGAs est contestable dans la mesure où ils ont été conclus directement par l'exécutif américain et n'ont pas été approuvés par les deux-tiers du Sénat tel que prévu par l'article II, Section 2(2) de la Constitution américaine¹⁰⁹. De plus, le FATCA n'habilite pas l'exécutif à conclure de tels accords¹¹⁰. Enfin, les IGAs FATCA 1 incluent des règles qui diffèrent de la législation FATCA, en exemptant par exemple les FFIs d'avoir à faire des déclarations directement à l'IRS. Il en résulte que des accords IGAs conclus directement par l'exécutif s'emploient à modifier unilatéralement des lois du Congrès. Ces arguments convaincants sont d'ailleurs évoqués par plusieurs parlementaires américains qui s'emploient à obtenir l'abrogation du FATCA¹¹¹.

43. *Conformité du FATCA aux droits fondamentaux et garanties constitutionnelles* – Plusieurs autres arguments peuvent être soulevés afin de contester la constitutionnalité de certaines obligations découlant du FATCA. Il a ainsi été avancé que le FATCA, entre autres : (1) impose des obligations de déclaration additionnelles aux américains vivant à l'étranger, ce

¹⁰⁶ Cette action visait également la constitutionnalité du *Foreign Bank and Financial Accounts* (FBAR).

¹⁰⁷ Il s'agit de la plaignante Donna-Lane Nelson, citoyenne suisse ayant renoncé à la nationalité américaine et qui soulevait notamment des arguments relatifs au respect de sa vie privée dans la mesure où, partageant un compte joint avec son époux américain, des informations personnelles la concernant étaient envoyées à l'IRS. Elle protestait également d'avoir à prouver aux institutions financières à l'étranger qu'elle n'était pas une citoyenne américaine.

¹⁰⁸ *Crawford et al. v. US Treasury et al.*, No. 16-3539 (2017 WL 3568494) (6th Cir. Aug. 18, 2017).

¹⁰⁹ Sur l'ensemble de ces aspects, v. Allison Christians, « The Dubious Legal Pedigree of IGAs (And Why it Matters) », *Tax Notes International*, 11 février 2013, p. 565 et s. V. aussi, *Testimony of James Bopp, Jr. Before the Subcommittee on Government Operations of the House Committee on Oversight and Government Reform Regarding the Foreign Account Tax Compliance Act*, 17 avril 2017, p. 17 et s., <<https://oversight.house.gov/wp-content/uploads/2017/04/Bopp-Statement-FATCA-4-26.pdf>>.

¹¹⁰ Le Congrès peut en effet habiliter l'exécutif à conclure des *congressional executive agreements*, ce qui est notamment le cas lorsqu'il s'agit de conclure plusieurs accords bilatéraux similaires. Sur ces aspects, v. Robert E. Dalton, « United States », in Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee & L. Benjamin Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, p. 770.

¹¹¹ V. par ex. la lettre de Rand Paul et Mark Meadows du 3 avril 2017, <http://www.swissbanking.org/de/services/insight-dokumente/paul_meadows_fatca_letter.pdf>.

qui serait contraire à l'*Equal Protection Clause* du XIV^{ème} amendement¹¹² ; (2) impose des pénalités excessives prohibées par le VIII^{ème} amendement¹¹³ et (3) met en œuvre des obligations de collecte et de transferts d'informations de nature privée qui seraient contraires au IV^{ème} amendement qui prohibe les « *unreasonable searches and seizures* »¹¹⁴.

44. *Une évaluation de l'inconstitutionnalité réservée aux juridictions américaines* – L'examen de la constitutionnalité du FATCA et des IGAs, en particulier le respect des procédures de droit interne relatives aux accords intergouvernementaux, relève de la compétence exclusive des juridictions fédérales américaines. Cette question ne saurait être soulevée devant une juridiction française car seule la régularité de la procédure de ratification du point de vue du droit constitutionnel français pourra être examinée dans ce cadre.

45. *Examen en droit international public* – Du point de vue du droit international public, la question qui se pose est de savoir si le non-respect des procédures internes de ratification au regard du droit constitutionnel américain peut affecter la validité internationale de l'accord FATCA France/ Etats-Unis. La réponse nous semble négative. Il est vrai que l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 précise que le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être considéré comme vicié en cas de violation d'une règle de droit interne d'importance fondamentale concernant la compétence pour conclure un traité. Il faut toutefois préciser deux choses. En premier lieu, les Etats-Unis n'ont pas ratifié la Convention de Vienne, en particulier à cause de son article 46 qui menaçait la validité des *pure executive agreements* (conclus par l'exécutif seul)¹¹⁵. Il est néanmoins possible de considérer que l'article 46 reflète le droit international coutumier et reste applicable à ce titre¹¹⁶. La jurisprudence internationale considère toutefois que si l'Etat avec lequel le traité a été conclu n'a pas invoqué la nullité de ce traité et a agi comme si ce traité était en vigueur, cela le prive de son droit d'affirmer ultérieurement la nullité du traité sur ce fondement¹¹⁷. En l'occurrence, la France a été parfaitement informée des procédures appliquées aux Etats-Unis, a elle-même appliqué le traité ces trois dernières années en France et n'a pas remis en question sa validité. Il n'apparaît donc pas possible pour la France de remettre en question du point de vue du droit international public la régularité du consentement exprimé par les Etats-Unis sur ce motif.

46. Ces différents éléments ne font toutefois pas obstacle à ce que soit soulevée l'absence de réciprocité dans l'exécution du traité de la part des Etats-Unis, aussi bien devant les juridictions internes françaises¹¹⁸ ou par la France dans l'ordre juridique international¹¹⁹. Par ailleurs, plusieurs des moyens d'inconstitutionnalité évoqués le FATCA sont susceptibles de trouver leur équivalent en droit constitutionnel français, en droit de l'UE ou au regard de la CEDH (par exemple en matière de protection de données personnelles).

¹¹² *Testimony of James Bopp, Jr., op. cit.* note 109, p. 21-22.

¹¹³ *Ibid.*, p. 22-24.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 25-27. V. aussi, Samantha McKay « The Foreign Account Tax Compliance Act : A Constitutional Analysis », 2017, p. 21 et s., < http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/944>.

¹¹⁵ Evan Craddle, « The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation », *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, 2004, p. 442-443.

¹¹⁶ En ce sens, v. Thilo Rensmann, « Article 46 (Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties) », in Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Springer, 2012, p. 803-804.

¹¹⁷ Sur ces questions, v. Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 233, n° 134.

¹¹⁸ V. *infra* n° 66 et s.

¹¹⁹ V. *infra* n° 64 et s.

B. – La question de l'imposition des revenus mondiaux fondée sur la nationalité (*citizenship-based taxation* – CBT) et de ses effets extraterritoriaux

1. – La question de la légalité de la CBT

47. *Le caractère rarissime de la CBT* – Les Etats définissent unilatéralement les critères de rattachement fiscal des personnes dans le cadre de l'imposition des revenus, sous réserve des principes de droit international applicables et des règles de coopération librement consenties, notamment dans le cadre des conventions visant à éviter les doubles impositions¹²⁰. Le critère quasiment unanimement employé par les Etats, fondé sur un rattachement réel, est celui de la résidence fiscale¹²¹. Deux Etats seulement ont choisi de mettre en œuvre un critère de rattachement fondé sur la nationalité : les Etats-Unis et l'Erythrée. Dans le cas de l'Erythrée, il s'agit d'une taxe fixe de 2% qui s'applique à tous les nationaux non-résidents indépendamment du niveau de revenus.

48. *L'examen de la constitutionnalité de la CBT du point de vue du droit américain* – Du point de vue du droit américain, dans la mesure où elle implique une imposition des citoyens américains non-résidents aux Etats-Unis sur la base de leurs revenus mondiaux (incluant donc ceux générés en dehors des Etats-Unis), la constitutionnalité de la CBT a été contestée et a donné lieu à une décision de la Cour suprême. Dans l'arrêt *Cook v. Tait* de 1924¹²², la Cour suprême des Etats-Unis a considéré que la CBT était justifiée par le fait que tout citoyen est présumé bénéficiaire de la protection de son gouvernement quel que soit son lieu de résidence¹²³. Dans la mesure où cette décision visait un citoyen américain qui ne disposait pas d'une autre nationalité, on peut s'interroger quant à son application aux binationaux vivant hors des Etats-Unis, en particulier aux américains accidentels qui n'ont jamais sollicité la protection ou le bénéfice de droits conférés par les Etats-Unis. Si les critiques visant les fondements de la CBT se multiplient aux Etats-Unis¹²⁴, la question de l'appréciation de sa constitutionnalité reste de la compétence exclusive des juridictions américaines.

49. *Du point de vue du droit international public* – Du point de vue du droit international, la convention franco-américaine de 1994 précise dans son article 29(2) que « les Etats-Unis peuvent imposer (...) leurs citoyens comme si la Convention n'existait pas », consentant ainsi à la mise en œuvre de la CBT lorsqu'il s'agit de nationaux américains. La convention de 1994 n'a ainsi pas prévu d'aménagement spécifique pour les binationaux.

2. – Une application extraterritoriale de la CBT particulièrement contestable

50. *Un dispositif exceptionnellement invasif lorsqu'appliqué extraterritorialement* – Le FATCA est un dispositif prenant appui sur les institutions financières et qui, via une palette de sanctions et de contraintes, vise à assurer la mise en conformité de tous les américains, y compris accidentels, avec leurs obligations fiscales sur le fondement de la CBT. En ce sens, par le biais du FATCA, les institutions financières françaises sont devenues *de facto* des agents de recouvrement de l'administration américaine, soit en ce qui concerne le prélèvement de la

¹²⁰ Sur ces aspects, v. Andréas Kallergis, *La compétence fiscale*, Thèse, Paris 1, 2016, p. 245 et s.

¹²¹ *Ibid.*, p. 249 et s.

¹²² *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47 (1924).

¹²³ 265 U.S. 47, 56 (soulignant « *that power, in its scope and extent, it was decided, is based on the presumption that government, by its very nature, benefits the citizen and his property wherever found* »).

¹²⁴ Reuven S. Avi-Yonah, « The Case Against Taxing Citizens », *Tax Notes International*, vol. 58, 2010, p. 389 et s. ; Ruth Mason, « Citizenship Taxation », *Southern California Law Review*, vol. 89, 2016, p. 169 et s.

retenue de 30% sur certains paiements, soit en générant des contraintes à l'accès aux services financiers afin d'assurer le règlement de l'impôt sur le revenu. Un auteur remarque d'ailleurs à propos de cette retenue de 30% que « la perspective d'avoir à procéder un prélèvement fiscal prévu par le droit américain mais en dehors du territoire américain peut (...) sembler difficilement concevable »¹²⁵. Ce constat appelle plusieurs remarques.

51. *Les principes applicables au recouvrement des impôts étrangers* – En tant que manifestation d'une compétence exécutive, le recouvrement de l'impôt est soumis au strict principe de territorialité en droit international. Il est prohibé pour un Etat de procéder directement au recouvrement de l'impôt sur le territoire d'un autre Etat¹²⁶. Aussi, en vertu du principe de la « *revenue rule* » (ou de « stricte territorialité des lois fiscales »), les juridictions nationales ne peuvent être sollicitées pour des mesures d'exécution visant à assurer le recouvrement des impôts étrangers¹²⁷. Ce principe est reconnu et appliqué par les juridictions américaines¹²⁸. C'est par le biais de la coopération internationale que le recouvrement des impôts étrangers doit être réalisé, tel que cela a été reconnu par le Conseil d'Etat¹²⁹. Dans le contexte franco-américain, c'est l'article 28 de la convention de 1994 qui fixe les règles et procédures relatives à l'assistance au recouvrement. L'article 28(5) indique à ce propos que « l'assistance prévue au présent article n'est pas accordée lorsqu'elle concerne des nationaux ».

52. *Le contournement des principes applicables au recouvrement des impôts étrangers par le FATCA* – Le FATCA permet à l'IRS d'assurer *de facto* le recouvrement de ses impôts sur le sol français en prenant appui sur les institutions financières, sans avoir recours aux procédures de recouvrement prévues par la convention de 1994 et aux garanties pour les contribuables qui en découlent. Ce recouvrement de fait vise également les binationaux français, notamment les américains accidentels, alors qu'ils sont exclus des mesures de recouvrement dans le cadre de la convention de 1994. L'Etat français a ainsi avalisé ou laissé se développer sur son territoire des pratiques qui défient les principes applicables en matière de recouvrement d'impôts étrangers. Si ces pratiques ne sont pas nécessairement contestables sur le fondement de ces principes devant les juridictions françaises dans la mesure où elles reflètent un recouvrement auto-organisé *de facto* et validé *de jure* par l'accord FATCA, leur portée mérite toutefois d'être sérieusement examinée par les autorités françaises¹³⁰.

53. *L'extraterritorialité de la CBT du point de vue du droit international* – La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure les contraintes exercées sur le territoire français par les institutions financières en tant que relais de l'IRS ou par les autorités américaines auprès

¹²⁵ David Chrétien & Julien Cuminet, *op. cit.* note 125, § 1.

¹²⁶ Lukasz Stankiewicz, « Conventions fiscales – Assistance administrative internationale – Assistance au recouvrement », *JurisClasseur Droit International*, fasc. 3145, 2014, § 2.

¹²⁷ Sur ces aspects, v. Andréas Kallergis, *op. cit.* note 120, p. 472 et s.

¹²⁸ *General of Canada v. R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc.*, 268 F.3d. 103 (2d Cir. 2001) (« *the revenue rule is a longstanding common law doctrine providing that courts of one sovereign will not enforce final tax judgments or unadjudicated tax claims of other sovereigns. It has been defended on several grounds, including respect for sovereignty, concern for judicial role and competence, and separation of powers* » (§ 23)).

¹²⁹ CE, 7^e et 9^e ss-sect., 25 octobre 1978, n° 7313, *Epoux X* (*Revue de Droit Fiscal*, 1979, n° 1, comm. 6) (« Considérant que les commandements litigieux, qui constituent des actes de poursuite accomplis par une autorité française, ont nécessairement pour base une contrainte décernée, expressément ou non, par cette même autorité ; que celle-ci n'est pas compétente pour décerner une contrainte tendant au recouvrement d'impositions établies par une autorité étrangère, à moins qu'une convention entre la France et l'Etat titulaire de la créance à recouvrer prévoie expressément une assistance de cette nature »).

¹³⁰ La juridiction canadienne qui avait été saisie pour évaluer la conformité du FATCA à la convention américano-canadienne de double imposition en était justement restée à une analyse restrictive de ce que constitue un recouvrement ; *Hillis v. Canada (Attorney General)*, *op. cit.* note 53, § 72.

desquelles les demandes de renonciation à la nationalité américaine sont formulées (et qui requièrent au préalable la régularisation d'une série d'impôts) sont conformes ou non au droit international. Nous pouvons citer le précédent de l'Érythrée qui applique une taxe à taux fixe de 2% à l'ensemble de ses nationaux. Les services diplomatiques et consulaires érythréens s'employaient à collecter cette taxe à l'étranger en ayant recours à des mesures de contraintes (non-renouvellement de passeport ou refus de communication de certains documents administratifs)¹³¹. Ces agissements ont fait l'objet d'une enquête de la part des services de police au Royaume-Unis¹³² et le *Foreign Office* a considéré dans ce cadre que « *aspects of the collection of a tax levied by the Eritrean government on Eritreans living in the UK may be unlawful and in breach of the Vienna convention on diplomatic relations* »¹³³. Plus intéressant encore, cette taxe a été condamnée par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre de la résolution 2023 (2011) indiquant qu'il « Condamne le recours à la "taxe de la diaspora", imposée à la diaspora érythréenne »¹³⁴ et « que l'Érythrée doit cesser d'avoir recours à l'extorsion, à la violence, à la fraude et à d'autres moyens illicites de percevoir des impôts en dehors de l'Érythrée auprès de ses nationaux ou d'autres individus d'origine érythréenne »¹³⁵. Lorsque l'on constate sur quels ressorts et stratégie de contraintes fonctionne le FATCA, il n'est pas excessif de constater une forme d'équivalence entre les niveaux de contraintes déployés, voire même une contrainte supérieure et bien plus invasive dans le cas du FATCA qui affecte les personnes concernées dans leurs activités quotidiennes lorsqu'elles n'ont plus accès à des services financiers de base. Aussi, l'impact financier des régularisations fiscales à effectuer auprès de l'IRS ou des pénalités à payer est sans commune mesure avec le niveau de 2% de la taxe érythréenne qui apparaît de ce point de vue modeste, sans évoquer les frais de conseil nécessaires pour s'en acquitter régulièrement. Enfin, un simple calcul permet de constater que les frais de renonciation à la nationalité américaine (2.350 dollars) représentent à eux seuls 11,4% du revenu salarial moyen annuel en France (20.670 euros selon l'Insee)¹³⁶. On peut donc constater une réprobation très sélective de l'application extraterritoriale de l'imposition fondée sur la nationalité. Il ne faut évidemment pas s'attendre à ce que le Conseil de sécurité, dont les États-Unis sont un membre permanent, se saisisse du FATCA. Ces éléments permettent toutefois de constater qu'en prenant appui sur son système financier et la prédominance du dollar auxquels les institutions financières ne peuvent renoncer à avoir accès, les États-Unis transforment un privilège économique en privilège fiscal.

3. – Le caractère exorbitant de la CBT compte tenu des spécificités du droit américain de la nationalité

54. Les effets de la CBT sont d'autant plus préjudiciables que les États-Unis mettent en œuvre un droit de la nationalité extrêmement accueillant pour ce qui est de l'acquisition par *jus soli*, d'une part, et très restrictif pour ce qui concerne la renonciation, d'autre part. C'est cette asymétrie consubstantielle à la nationalité américaine (« *too easy to get, too hard to shed* »)¹³⁷ qui est à l'origine de la situation des américains accidentels frappés par la CBT.

¹³¹ Martin Plaut, « Eritreans in Britain Forced by Embassy to Pay 2% Diaspora Tax », *The Guardian*, 11 février 2014

¹³² Sam Jones, « Diaspora tax for Eritreans Living in UK Investigated by Metropolitan Police », *The Guardian*, 9 juin 2015.

¹³³ Martin Plaut, *op. cit.* note 131.

¹³⁴ S/RES/2023 (2011), § 10.

¹³⁵ S/RES/2023 (2011), § 11.

¹³⁶ <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2560524>>.

¹³⁷ Peter J. Spiro, « Citizenship Overreach », *Michigan Journal of International Law* (à paraître, 2017).

55. *Du point de vue de l'acquisition de la nationalité* – La détermination des modalités d'octroi de la nationalité d'un Etat relève en droit international des compétences souveraines de celui-ci¹³⁸ sous réserve des règles et principes de droit international applicables. A cet égard, fondement du *jus soli* américain, le XIV^e amendement de la Constitution précise que « Toute personne née (...) aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis » (« *All persons born (...) in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States (...)* »). Il y a eu des interrogations sur le sens précis de l'expression « *subject to the jurisdiction thereof* » et notamment la question de savoir si la reconnaissance automatique avait vocation à concerner les binationaux de naissance qui ont quitté les Etats-Unis car ils ne peuvent plus être considérés comme soumis à la juridiction des Etats-Unis¹³⁹. Ces débats ne présentent un intérêt que du point de vue du droit américain.

Il est toutefois possible de s'interroger sur les conséquences en droit international de la situation des américains accidentels qui n'ont pas d'autre lien avec les Etats-Unis qu'une naissance sur le sol américain. L'arrêt *Nottebohm* de la Cour Internationale de Justice (CIJ) constitue à ce point de vue un précédent intéressant¹⁴⁰. Il rappelle le droit de chaque Etat de choisir son système d'octroi de nationalité, mais précise également que l'opposabilité de cette nationalité requiert l'existence d'un lien effectif entre le national et l'Etat. La CIJ souligna notamment que « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »¹⁴¹. Si ce passage peut avoir un écho particulier dans le cadre de la situation des américains accidentels, il ne peut être pleinement transposable à leur endroit. En effet, l'affaire *Nottebohm* concernait une procédure de naturalisation en l'absence de tout lien effectif entre l'individu et l'Etat qui octroyait sa nationalité. Les éléments mentionnés par la Cour ne peuvent d'ailleurs se rapporter aux mécanismes d'acquisition de la nationalité à la naissance par *jus sanguinis* ou *jus soli* car, d'une part ce sont des critères d'octroi communément reconnus dans les droits nationaux et, d'autre part, les éléments de solidarité effective, d'intérêts et de sentiments ne peuvent être employés lorsqu'il s'agit d'une nationalité conférée à la naissance et qui ne repose pas sur une démarche volontaire de la personne concernée.

Si l'application de l'accord FATCA France/Etats-Unis était en jeu devant une juridiction internationale, il serait donc délicat pour la France d'alléguer que le lien de nationalité américaine des personnes nées aux Etats-Unis ne lui est pas opposable. Il faut aussi souligner que cet accord indique explicitement que le lieu de naissance aux Etats-Unis constitue un indice d'américanité, ce qui peut constituer un acquiescement par la France de la pertinence de ce lien. S'il semble difficile en l'état de conclure à l'inopposabilité de ce lien au regard du droit international, une étude plus approfondie pourrait éventuellement mettre en perspective la flexibilité des règles applicables aux Etats-Unis en matière d'opposabilité de la nationalité, par exemple en ce qui concerne la transmission de la nationalité à des enfants nés à l'étranger¹⁴².

56. *Du point de vue de la renonciation à la nationalité* – Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner les multiples contraintes administratives et financières qui pèsent sur les personnes souhaitant renoncer à la nationalité américaine, laquelle implique notamment de devoir entrer

¹³⁸ CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif du 7 février 1923, série B, n° 4, p. 23-24.

¹³⁹ R. P. Madison, « *What 'Subject to the Jurisdiction Thereof' Really Means ?* », *The Federalist Blog*, 22 septembre 2007, <http://www.federalistblog.us/2007/09/revisiting_subject_to_the_jurisdiction>.

¹⁴⁰ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Rec.* p. 4.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴² Un parent américain ne peut transmettre sa nationalité à son enfant que s'il a été physiquement présent aux Etats-Unis pendant cinq années, dont deux après l'âge de 14 ans, ce que ne pourrait donc pas faire la grande majorité des américains accidentels.

dans le système fiscal américain pour pouvoir en sortir¹⁴³. La question qui se pose dès lors est de savoir si une règle de droit international impose aux Etats de ne pas restreindre un éventuel droit à renoncer à l'une de ses nationalités. Rappelons que, du point de vue du droit américain, l'*Expatriation Act* de 1868 – au titre évocateur pour les américains accidentels : « *Act concerning the Rights of American Citizens in Foreign States* » – reconnaissait que la renonciation à la nationalité était « un droit naturel et inhérent de tous les individus, indispensable à la jouissance du droit à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur » et que rien ne devait « dénier, restreindre, affecter ou remettre en cause » ce droit¹⁴⁴. La pertinence de ces principes est d'ailleurs toujours reconnue dans la pratique administrative américaine¹⁴⁵.

Alors que le droit international des droits l'homme reconnaît explicitement le droit de chacun de quitter n'importe quel territoire, y compris le sien¹⁴⁶, celui à la renonciation à la nationalité n'est pas formulé aussi clairement. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) reconnaît que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit de changer de nationalité » (article 15(2)), ce qui implique le droit de renoncer à l'une de ses nationalités. Si la DUDH n'est qu'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (217 A(III)) et n'a, à ce titre, qu'une valeur de recommandation, et que la valeur coutumière de cette disposition n'est pas pleinement établie, la pratique des Etats suggère néanmoins que le droit à la renonciation est communément accepté et que celle-ci ne peut pas être refusée de façon arbitraire¹⁴⁷. De même, l'article 20(3) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme précise que « Nul ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité ». Certains instruments régionaux permettent d'éclairer de manière plus précise la portée de ce droit à la renonciation. La Convention européenne sur la nationalité¹⁴⁸ prévoit ainsi dans son article 8 que chaque Etat « doit permettre la renonciation à sa nationalité » et qu'il « peut prévoir dans son droit interne que seuls les ressortissants qui résident habituellement à l'étranger peuvent renoncer à leur nationalité ». Son article 13 indique également que les Etats doivent « faire en sorte que les frais administratifs occasionnés par (...) la perte de sa nationalité (...) soient raisonnables ». S'il n'apparaît pas possible de soulever ces différents éléments devant les juridictions françaises, ils permettent néanmoins de caractériser l'anormalité des contraintes pesant sur les américains accidentels en France qui doivent s'engager dans des démarches longues et coûteuses pour renoncer à un lien de nationalité qui ne correspond pas à un véritable lien effectif avec le pays concerné.

C. – La question de l'absence de réciprocité de l'accord FATCA France/Etats-Unis

1. – Eléments attestant de l'absence de réciprocité

¹⁴³ V. *supra* n° 37 et s.

¹⁴⁴ *An Act Concerning the Rights of American Citizens in foreign States* (Approved, July 27, 1868), *U. S. Statutes at Large*, vol. XV, p. 223-224 (« *the right of expatriation is a natural and inherent right of all people, indispensable to the enjoyment of the rights of life, liberty, and the pursuit of happiness. (...) any declaration, instruction, opinion, order, or decision of any officers of this government which denies, restricts, impairs, or questions the right of expatriation, is hereby declared inconsistent with the fundamental principles of this government* »).

¹⁴⁵ V. notamment dans la section 7 intitulée « *Consular Affairs* » du *Foreign Affairs Manual*, la note précisant que « *in developing a case, the consular officer should bear in mind the following (...)* » (suit le texte des principes mentionnés à la note précédente (7 FAM 1224.4, <<https://fam.state.gov/fam/07fam/07fam1220.html>>).

¹⁴⁶ Article 12(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ratifié par les Etats-Unis le 8 juin 1992).

¹⁴⁷ Peter J. Spiro, *op. cit.* note 137 ; Kay Hailbronner, « Nationality in Public International Law and European Law », in Rainer Bauböck *et al.* (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality – Policies and Trends in 15 European States (Volume 1: Comparative Analyses)*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, p. 67.

¹⁴⁸ Convention européenne sur la nationalité, STE n° 166. Cette convention n'a pas été ratifiée ni par la France.

57. *La réciprocité comme élément substantiel de l'engagement de l'Etat français* – Les IGAs de type FATCA 1 sont fondés sur la réciprocité des échanges des renseignements collectés et échangés qui sont listés à l'article 2 de l'accord conclu entre la France et les Etats-Unis. Cet accord rappelle en effet que son objet est de mettre en œuvre le FATCA « sur la base d'obligations déclaratives nationales et d'échanges automatiques réciproques »¹⁴⁹. Dans la mesure où la législation des Etats-Unis ne permettait (et ne permet toujours pas) d'assurer la communication des renseignements exigés par l'accord, son article 6(1) indique que le gouvernement américain s'engage à « adopter des mesures de nature réglementaire et en défendant et en soutenant l'adoption de lois appropriées afin d'atteindre ces niveaux équivalents d'échanges automatiques réciproques de renseignements ». Pour s'assurer de l'effectivité de cette réciprocité, l'article 10(3) précise également que « avant le 31 décembre 2016, les Parties engagent de bonne foi des consultations afin d'apporter au présent Accord les modifications nécessaires pour refléter les progrès accomplis concernant les engagements énoncés à l'article 6 (...) ». La déclaration d'intention jointe à l'accord rappelle également que « les Etats-Unis ont exprimé leur engagement de mettre en œuvre la réciprocité définie au paragraphe 1 de l'article 6 de l'Accord ».

L'exigence de réciprocité a été soulignée maintes fois dans le cadre du débat parlementaire, montrant ainsi qu'il s'agissait d'une condition essentielle de l'engagement de l'Etat français. Le rapport de Mme André évoque ainsi « la question centrale de la réciprocité »¹⁵⁰ et indique qu'il faudra faire preuve d'une « nécessaire vigilance » sur ce qui est une « question de principe »¹⁵¹. Le rapport souligne également un « enjeu fiscal réel » dans la mesure où 130.000 ressortissants français vivent, travaillent ou étudient aux Etats-Unis contre 100.000 citoyens américains résidant en France, ce qui permet à la rapporteure d'indiquer que « il est même à penser que la France aurait davantage à gagner à l'échange automatique »¹⁵². Le rapport de Mme Grelier se place dans la même optique, soulignant que l'accord est « le résultat de la volonté d'un texte final assurant une réciprocité effective des échanges »¹⁵³, la rapporteure indiquant également que « la réciprocité des informations sera obtenue à terme »¹⁵⁴.

58. *Une promesse de réciprocité qui ne pouvait dès l'origine être honorée par les Etats-Unis* – Au moment de conclure l'accord avec la France, la législation américaine ne permettait que la transmission des renseignements relatifs aux intérêts versés sur les comptes bancaires des non-résidents. Compte tenu l'opposition du Congrès pour étendre le champ d'application des informations susceptibles d'être communiquées, il a été choisi par l'exécutif américain de conclure les IGAs sans obtenir l'accord du Congrès, une démarche qui d'ailleurs fait peser de sérieux doute sur la constitutionnalité de ces accords du point de vue du droit américain¹⁵⁵.

A l'aune de ces éléments, il est surprenant de constater que le *Treasury* américain qui avait la charge de la négociation des IGAs avec les autres pays annonçait dès octobre 2012, dans une lettre au sénateur Rand Paul, que les informations partagées seraient différentes quant à leur étendue et que l'engagement d'atteindre des niveaux équivalents d'échange automatique de renseignements n'était qu'un engagement politique (« *policy commitment* ») et qu'en conséquence « aucune obligation additionnelle ne sera imposée sur les institutions financières américaines à moins que des législations ou réglementations additionnelles ne soient adoptées

¹⁴⁹ Accord FATCA France/Etats-Unis, cons. n° 10.

¹⁵⁰ Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 38, p. 18.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵² *Ibid.*, p. 33.

¹⁵³ Assemblée Nationale, *Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 27, p. 23.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 47.

¹⁵⁵ V. *supra* n° 41 et s.

aux Etats-Unis »¹⁵⁶. Cette lettre est donc particulièrement révélatrice en ce que le *Treasury* reconnaissait déjà en 2012 que, dans le cadre de la conclusion des IGAs, il n’existait pas d’obligation juridique d’atteindre l’objectif de réciprocité, permettant ainsi de maintenir une asymétrie dans l’échange d’informations qui peut être économiquement favorable aux Etats-Unis, étant entendu que l’accord s’inscrit dans une autre forme d’asymétrie car les institutions financières françaises non coopératives peuvent être soumises à la retenue de 30% aux Etats-Unis alors que l’inverse n’est pas possible.

59. *Une absence de réciprocité désormais caractérisée* – Alors que la rapporteure au Sénat se disait « optimiste quant à la possibilité de parvenir à une réciprocité complète »¹⁵⁷, le constat peut être dorénavant fait d’une absence de réciprocité dans le cadre de l’application de l’accord. L’exécutif américain a certes proposé quelques réformes¹⁵⁸ destinées à élargir le champ des informations susceptibles d’être communiquées, et notamment le solde des comptes bancaires (communiqués par la France mais pas par les Etats-Unis), mais elles ont jusqu’alors toutes été rejetées par le Congrès. Aucun dispositif juridique n’existe pour rendre les obligations résultant des IGAs conclus par l’exécutif applicables en droit américain, et permettre la collecte et le transfert de renseignements. Cette absence de réciprocité a été constatée à de nombreuses reprises en France, au sein des instances européennes et aux Etats-Unis :

- dans une lettre du Secrétaire d’Etat chargé du Budget du 16 septembre 2014 (soit quelques jours avant la ratification de l’accord par le Parlement) indiquant que « le principe de réciprocité est un élément essentiel de l’accord » mais que « les Etats-Unis ne sont actuellement pas en mesure de fournir à la France les informations, également concernées par l’accord, concernant le solde des comptes ou la valeur de rachat des contrats d’assurance sur la vie » ;
- dans le rapport d’octobre 2016 de la mission d’information de l’Assemblée nationale sur l’extraterritorialité de la législation américaine notant que la « réciprocité n’est toujours pas totale sur le fond »¹⁵⁹, et recommandant « [d]’exercer l’action diplomatique nécessaire pour que les engagements de réciprocité complète pris par l’administration américaine dans le cadre de l’accord dit FATCA soient tenus »¹⁶⁰ ;
- dans une résolution du Parlement européen du 6 juillet 2016 notant « un manque significatif de réciprocité entre les États-Unis et l’Union dans le cadre de l’accord FATCA »¹⁶¹ ;
- par plusieurs parlementaires européens pendant des auditions conduites dans le cadre de l’affaire des *Panama Papers*, certains soulignant d’ailleurs que le manque de

¹⁵⁶ Lettre du 10 octobre 2012, <<http://isaacbrocksociety.ca/wp-content/uploads/2012/11/12SE001798-SIGNED-Paul.pdf>> (« *the information that the US would agree to exchange under the reciprocal version of the Model Agreement differs in scope from the information that foreign governments would agree to provide to the IRS* ») (« *While the reciprocal version of the Model Agreement includes a policy commitment to pursue equivalent levels of reciprocal automatic exchange in the future, no additional obligations will be imposed on U.S. financial institutions unless and until additional laws or regulations are adopted in the United States* »).

¹⁵⁷ Sénat, *Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l’approbation de (l’accord FATCA)*, *op. cit.* note 38, p. 34.

¹⁵⁸ V. les sections « *Provide for Reciprocal Reporting of Information in Connection with the Implementation of the Foreign Account Tax Compliance Act* » publiées en *General Explanations of the Administration’s Revenue Proposals : Fiscal Year 2015*, 2014, p. 203-204 ; *Fiscal Year 2016*, 2015, p. 219-220 ; *Fiscal Year 2017*, 2016, p. 202-203 (<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Pages/general_explanation.aspx>).

¹⁵⁹ Assemblée Nationale, *Rapport d’information sur l’extraterritorialité américaine*, *op. cit.* note 6, p. 90.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 114.

¹⁶¹ Résolution du Parlement européen du 6 juillet 2016 sur les rescrits fiscaux et autres mesures similaires par leur nature ou par leur effet (2016/2038(INI)), § 68.

transparence des Etats-Unis en la matière devrait conduire l'UE à inscrire les Etats-Unis sur la liste européenne des paradis fiscaux¹⁶² ;

- par l'ancien *Secretary of Treasury* américain Jacob Lew qui, dans une lettre envoyée à plusieurs parlementaires américains en mai 2016, reconnaissait que les Etats-Unis ne peuvent pas partager les mêmes informations que celles reçues par l'IRS depuis l'étranger et demandait au Congrès d'adopter règles nécessaires afin d'assurer une « réciprocité complète »¹⁶³ ;
- de manière plus générale par l'exécutif américain qui a proposé chaque année des réformes afin d'obtenir la réciprocité, mais jamais adoptées ;
- par John Koskinen, directeur de l'IRS, déclarant en mars 2016 que l'IRS « n'a pas la compétence juridique pour fournir – sur une base réciproque – l'éventail d'informations que les autres pays sont prêts à partager entre eux et avec les Etats-Unis »¹⁶⁴ ;
- par des parlementaires américains en avril 2017 qui indiquent refuser de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la réciprocité des IGAs de type FATCA 1 compte tenu du coût que cette mesure serait susceptible de générer pour les institutions financières américaines¹⁶⁵ ;
- enfin, par le Ministre de l'économie et des finances dans une réponse ministérielle de septembre 2017 rappelant le caractère essentiel de l'engagement spécial des Etats-Unis de parvenir à une réciprocité dans le cadre de l'accord FATCA France/Etats-Unis¹⁶⁶.

60. *Une absence de réciprocité impliquant l'inutilité de l'accord FATCA pour la France* – Ces différentes déclarations ne laissent que peu de doute quant à l'absence de réciprocité de l'ensemble des accords de type FATCA 1 conclus par les Etats-Unis¹⁶⁷. Le FATCA ne fait dès lors peser quasiment que des obligations unilatérales sur la France et ses institutions financières, si bien qu'il en résulte que les IGAs ont été des moyens « d'homologuer » dans les droits nationaux la démarche unilatérale et extraterritoriale qui prévaut dans la loi FATCA de 2010. On peut d'ailleurs aussi être surpris de plusieurs déclarations et positions indiquant qu'en l'absence de réciprocité, la France peut toutefois s'appuyer sur la convention franco-américaine de 1994 et plus particulièrement son article 27 relatif à l'échange de renseignements. C'est notamment ce qu'a pu déclarer le Secrétaire d'Etat chargé du Budget dans une lettre du 16 septembre 2014 lorsqu'il indiquait qu'en l'absence de réciprocité il sera néanmoins « possible d'obtenir les mêmes informations dans le cadre de l'échange sur demande prévu par la convention fiscale franco-américaine en vigueur ».

¹⁶² Joe Kirwin, « EU Politicians Step Up Pressure for U.S. FATCA Reciprocity », *Bloomberg BNA*, 5 mai 2017, <<https://www.bna.com/eu-politicians-step-n73014450512>>.

¹⁶³ Lettre du 5 mai 2016, *op. cit.* note 33 (« *While the United States led the world by enacting FATCA, currently, the United States does not provide its FATCA partners with the same information about U.S. financial institutions that foreign financial institutions must provide the IRS. This is because legislation is needed to require U.S. financial institutions to provide this additional level of detail. Reciprocity with other jurisdictions is a key component of any successful strategy for combatting international tax evasion and ensuring future collaboration with our partners overseas. The President has proposed providing full reciprocity under FATCA in his last three budgets. Congress should enact this proposal as soon as possible* »).

¹⁶⁴ Helen Burggraf, « IRS commissioner Koskinen : Congress approval needed for CRS », 16 mars 2016, *International Investment*, <<http://www.internationalinvestment.net/regions/irs-commissioner-koskinen-congress-approval-needed-for-crs>> (« *we [the IRS] don't have the legal authority to provide – on a reciprocal basis – the range of information the other countries are prepared to share with each other and with us* »).

¹⁶⁵ Lettre de Rand Paul et Mark Meadows du 3 avril 2017, *op. cit.* note 111 (« *many of IGAs commit the US to "equivalent" levels of data exchange from domestic American financial institutions, a costly endeavor for which Congress rightly has refused statutory authority* »).

¹⁶⁶ *JO Sénat*, 28 septembre 2017, p. 3010.

¹⁶⁷ Les accords de type FATCA 2 ne sont pas fondés sur la réciprocité.

Le FATCA étant un dispositif couteux pour les banques, il était convenu pendant les travaux parlementaires que ces charges seraient mises en balance avec le surcroît de recettes fiscales découlant de la mise en œuvre de l'accord par les Etats-Unis¹⁶⁸. Il ressort du constat d'absence de réciprocité que la question de l'utilité de l'accord FATCA pour la France mérite d'être posée.

2. – Effets juridiques de la situation de non-réciprocité

a. – A titre liminaire : la nature contractuelle de l'accord FATCA

61. *Distinction entre deux types d'obligations* – Afin de déterminer quels sont les possibles effets de la non-réciprocité de l'accord FATCA, il faut au préalable distinguer deux catégories d'obligations conventionnelles – reprises en doctrine sous la distinction « traités-lois » et « traités-contrats »¹⁶⁹. Certaines obligations ont vocation à établir un équilibre contractuel des concessions et ont une dimension strictement intersubjective (par exemple une convention bilatérale de reconnaissance mutuelle de diplômes). D'autres obligations ont une dimension plus objective et reflètent la protection d'intérêts communs et supérieurs (par exemple un traité relatif à la protection des droits de l'homme). Alors que les premières catégories d'obligations conventionnelles sont soumises à une logique de réciprocité, ce n'est pas le cas des secondes¹⁷⁰.

62. *Reconnaissance en droit international et en droit français* – Cette distinction est admise en droit international public¹⁷¹ et trouve son équivalent en droit interne dans la jurisprudence relative à la réserve de réciprocité de l'article 55 de la Constitution. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère à propos du traité instituant la Cour pénale internationale qu'eu égard à son objet, « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer »¹⁷².

63. *Réserve de réciprocité dans le cadre de l'accord FATCA* – Les dispositions de l'accord FATCA France/Etats-Unis visent à établir un équilibre contractuel des concessions en instaurant un mécanisme strictement bilatéral d'échange de renseignements. Il est donc pleinement soumis à la logique de réciprocité, aussi bien en droit international public qu'en droit français. D'ailleurs, tel que souligné précédemment, cette dimension se place du cœur des débats des IGAs de type FATCA 1 conclus par les Etats-Unis.

¹⁶⁸ Assemblée Nationale, *Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA)*, *op. cit.* note 27, p. 32.

¹⁶⁹ Formulation qui n'est pas adéquate car il peut exister des traités mixtes incluant ces deux types de d'obligations conventionnelles, comme le notent Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *op. cit.* note 117, p. 136, n° 65.

¹⁷⁰ CIJ, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec. CIJ*, p. 23 (soulignant que cette convention « a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. (...) Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges »).

¹⁷¹ V. *ibid.* et aussi l'article 60(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui précise qu'une « violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie », l'article 60(5) précisant néanmoins que ces dispositions « ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire (...) ».

¹⁷² Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant Statut de la Cour pénale internationale*, § 12.

b. – Effets en droit international public

64. *En droit international général* – L'inexécution par les Etats-Unis de leurs obligations au titre de l'accord FATCA, conduisant à une absence de réciprocité, est de nature à constituer une « violation substantielle » du traité au sens de l'article 60(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969¹⁷³, donnant ainsi droit à la France de mettre fin au traité ou de suspendre son application. La Convention de Vienne n'a pas été ratifiée par la France mais ces dispositions reflètent le droit international coutumier. Au demeurant, le droit de la responsabilité internationale autorise l'Etat lésé (ici la France) en conséquence d'un fait internationalement illicite (le non-respect par les Etats-Unis de ses obligations conventionnelles) d'adopter des contre-mesures et ainsi de suspendre l'exécution de ses obligations internationales dans le cadre de l'accord FATCA¹⁷⁴. Soulignons que les Etats-Unis ne sauraient invoquer dans ce cadre les obstacles posés par son droit interne comme justifiant la non-transmission des renseignements listés à l'article 2(2)(b) de l'accord qu'ils ont consentis à échanger à partir de 2014 (article 3(3)(b) de l'accord)¹⁷⁵. Dans l'hypothèse d'une suspension ou d'une rupture des relations conventionnelles, il est utile de préciser que les Etats-Unis ne pourraient se prévaloir de l'accord FATCA qui les autorise à imposer la retenue à la source de 30%¹⁷⁶. Si une telle mesure était maintenue unilatéralement, elle s'avèrerait contraire à d'autres engagements internationaux des Etats-Unis, en particulier ceux de l'OMC¹⁷⁷.

65. *Relations entre l'accord FATCA et la convention de 1994* – Dans le cadre de cette discussion sur les conséquences en droit international public de l'inexécution de l'accord, il faut aussi tenir compte du fait que l'accord FATCA France/Etats-Unis s'inscrit dans le sillage de la convention franco-américaine de 1994¹⁷⁸, laquelle prévoit dans son article 27(3) concernant les échanges de renseignements que les obligations dans ce domaine « ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un Etat contractant l'obligation (...) b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre Etat contractant ». Le préambule de l'accord FATCA France/Etats-Unis souligne d'ailleurs que l'échange réciproque d'information se fait « en application de la Convention [de 1994] (...) y compris les dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés en vertu de la Convention »¹⁷⁹. Si des éléments échappant à notre connaissance suggèrent que la non-exécution par les Etats-Unis de leurs obligations au titre du FATCA ne constitue pas une « violation substantielle » de l'accord, ces dispositions de la Convention autorisent néanmoins l'Etat français à limiter strictement la communication d'informations à ce qui est symétriquement communiqué par les Etats-Unis dans ce cadre. Dès lors, si les Etats-Unis ne sont en mesure que de communiquer – et ne communiquent effectivement – que des renseignements relatifs aux intérêts versés aux non-résidents, les Etats ayant conclu des accords de type FATCA 1, dont la France, pourraient se

¹⁷³ Aux termes de l'article 60(3)(b), « la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité » est considérée comme une telle violation substantielle.

¹⁷⁴ Article 49 des Articles de la Commission du Droit International (CDI) sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001).

¹⁷⁵ Article 27 de la Convention de Vienne de 1969 (« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »).

¹⁷⁶ Torsten Fensby, *op. cit.* note 31, § 4.

¹⁷⁷ V. *infra* n° 116.

¹⁷⁸ V. à ce propos l'article 2 de l'accord FATCA France/Etats-Unis indiquant que les échanges des renseignements se font « conformément aux dispositions de l'article 27 de la Convention ».

¹⁷⁹ Accord FATCA France/Etats-Unis, cons. n° 10.

limiter à ne communiquer que ces informations au sens de la convention de 1994¹⁸⁰. Cette hypothèse a été validée par l'avis du Conseil d'Etat relatif au FATCA lorsqu'il a souligné que « pour l'exécution de l'accord et conformément aux règles posées par la jurisprudence, la bonne foi des Etats doit être présumée et en tout état de cause, la convention fiscale franco-américaine offre la possibilité à l'Etat requis de refuser, sur le principe, la communication d'informations que l'Etat partenaire ne peut lui-même obtenir sur la base de sa législation »¹⁸¹.

c. – Effets en droit interne : la possibilité de soulever la situation de non-réciprocité

66. Le constat de non-réciprocité conduit à s'interroger sur la possibilité pour les personnes affectées par le FATCA de soulever cet état de fait dans le cadre d'un contentieux devant les juridictions nationales. L'article 55 de la Constitution précisant que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, *sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »¹⁸², un constat de non-réciprocité permettrait donc éventuellement de faire échec à l'application du FATCA dans un cadre contentieux. On peut également se référer à l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 qui fait référence aux « règles du droit public international », la jurisprudence considérant qu'y figure le principe *pacta sunt servanda* « qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »¹⁸³. C'est dans ce cadre que nous analyserons les positions du juge administratif et du juge judiciaire.

67. *Devant le juge administratif* – Le juge administratif a longtemps considéré qu'il ne lui appartenait pas d'examiner la condition de réciprocité et que celle-ci devait être soumise à l'appréciation exclusive du Ministère des affaires étrangères¹⁸⁴. Sa position s'est infléchie à la suite de l'arrêt *Chevrol c. France* rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 2003 où il a été considéré qu'un tribunal de pleine juridiction au sens de l'article 6(1) de la CEDH doit pouvoir trancher toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi¹⁸⁵. Le tribunal ne peut par conséquent s'estimer lié par la position du Ministère des affaires étrangères¹⁸⁶. Cette solution a été ensuite reprise par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Chériet-Benseghir* de 2010 dans lequel il indique qu'il lui appartient d'apprécier la condition de réciprocité dans le cadre d'un débat contradictoire¹⁸⁷.

Une question se pose quant à la possibilité de transposer cette jurisprudence à un contentieux impliquant les problèmes rencontrés par les personnes affectées par le FATCA. Dans l'affaire

¹⁸⁰ Torsten Fensby, *op. cit.* note 31, § 4.

¹⁸¹ Avis du Conseil d'Etat, avis FIN/AG-388780, 3 juillet 2014 (in Conseil d'Etat, *Rapport public 2015 – Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administrative*, Rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 26 février 2015, p. 230-231).

¹⁸² Nous soulignons. Il faut préciser que les autres conditions posées par l'article 55 (ratification régulière et publication) ont été respectées pour l'accord FATCA et qu'elles ne seront en conséquence pas abordées.

¹⁸³ Conseil Constitutionnel, Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, § 7.

¹⁸⁴ CE, Ass., 29 mai 1981, n° 15408, *Rekhov* ; CE, Ass. 9 avril 1999, n° 180277, *Mme Chevrol-Benkeddach* (« il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la Constitution »).

¹⁸⁵ CourEDH, 13 février 2003, n° 49636/99, *Chevrol c. France*, § 77.

¹⁸⁶ *Ibid.*, § 81.

¹⁸⁷ CE, Ass., 9 juillet 2010, n° 31774737, *Mme Souad Chériet-Benseghir* (« il appartient au juge administratif (...) de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie »).

Chériet-Benseghir, il était question de contester une décision de l'autorité administrative qui écartait l'application du traité au titre d'un défaut de réciprocité. L'arrêt indique que le contrôle du juge s'exerce sur une « décision administrative [qui] a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations »¹⁸⁸. La solution dégagée par cet arrêt est donc applicable lorsque le requérant invoque l'existence que le défaut de réciprocité. La lecture de l'arrêt *Chevrol* de la CourEDH doit nous conduire à la même conclusion. Les personnes qui souhaiteraient contester une décision administrative fondée sur l'accord FATCA pourraient soulever la non-réciprocité dans l'application de l'accord afin que celui-ci ne se voit reconnaître aucun effet¹⁸⁹. Au demeurant, l'arrêt *Chériet-Benseghir* indique que le juge administratif peut dans ce cadre recueillir « les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause »¹⁹⁰. Compte tenu des nombreuses déclarations de part et d'autre sur l'absence de réciprocité, il serait délicat pour ces deux Etats de se déjuger devant les juridictions françaises.

68. *Devant le juge judiciaire* – Le juge judiciaire n'a pas eu encore l'occasion de suivre la jurisprudence de la CourEDH et les dernières positions exprimées par sa jurisprudence sont de deux ordres. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le juge pénal doit référer la question de la réciprocité au Ministère des affaires étrangères et prendre acte de sa position¹⁹¹, à l'instar de ce que faisait la juridiction administrative dans son ancienne jurisprudence. La Première chambre civile de la Cour de cassation a considéré quant à elle dans son arrêt *Kryla* de 1984 qu'il existe une présomption de réciprocité et « [qu]'en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre États par l'article 55 de la constitution du 4 octobre 1958 »¹⁹². Il n'est pas exclu que ces positions de la Cour de cassation dégagées avant l'arrêt *Chevrol* soient jugées contraires à l'article 6(1) de la CEDH. On peut néanmoins indiquer qu'une initiative du gouvernement français, telle que suggérée dans l'arrêt *Kryla*, consistant à tirer toutes les conséquences de la non-réciprocité en dénonçant ou suspendant l'application de l'accord FATCA en conformité avec le droit international général résoudrait évidemment de nombreux problèmes et épuiserait dans une large mesure l'intérêt d'un recours contentieux. On peut également évoquer un argument qui pourrait justifier l'approche différente du juge judiciaire. En effet, dans le cadre d'un contentieux entre deux personnes privées (par exemple entre une banque et une personne affectée par l'accord FATCA), il serait délicat de reprocher à une personne privée (par exemple la banque) d'avoir fondé sa conduite sur un traité régulièrement ratifié et qu'il présume applicable (en précisant que cela ne saurait l'exonérer de ne pas respecter les règles de rang supérieur au traité, à l'instar des règles de droit de l'UE relatives à la protection des données personnelles). L'approche consistant à demander au gouvernement de se prononcer en amont sur la réciprocité « contribue à favoriser le principe de

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Notons que la référence au principe *pacta sunt servanda* par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Chériet-Benseghir* indique que la non-réciprocité ne se limite pas à « déclasser » la norme internationale au sens de l'article 55 de la Constitution (au sens où elle n'aurait plus « d'autorité supérieure à celle des lois ») mais conduit à lui refuser tout effet juridique en droit interne (Agnès Roblot-Troizier, « Contrôle de réciprocité et de constitutionnalité des conventions internationales », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 30, 2011, p. 206 et s.).

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Cass. Crim., 29 juin 1972, n° 71-91581, *Males*.

¹⁹² Cass. civ., I, 6 mars 1984, n° 82-14008, *Kryla*.

sécurité juridique »¹⁹³. Il faut donc tenir compte de ces contraintes¹⁹⁴. Cela pourrait conduire à faire une distinction entre une action en responsabilité et une action consistant à obtenir une cessation de l'acte considéré comme illicite. S'il est délicat de contester, dans le cadre d'une action en responsabilité, le comportement passé d'une personne privée en ce qu'elle se conformait à un traité régulièrement ratifié et non encore dénoncé par le gouvernement pour cause de non-réciprocité, il nous semble moins poser de problème de sécurité juridique d'exiger de cette personne privée qu'elle cesse de se conformer à un traité qui n'est pas appliqué réciproquement par l'autre Etat partie.

69. Il apparaît donc que la situation de non-réciprocité peut être soulevée devant le juge administratif et, selon la nature des contentieux envisagés, devant le juge judiciaire.

D. – Les atteintes au droit à la protection des données personnelles et au droit au respect à la vie privée

1. – Remarques introductives

70. La mise en œuvre de l'accord FATCA conduit à une collecte massive de renseignements constitutifs de données privées et personnelles qui sont ensuite communiqués automatiquement à l'administration fiscale américaine. C'est dans ce cadre que le FATCA a pu soulever plusieurs doutes et critiques quant à la conformité de ce dispositif aux nombreuses règles nationales et européennes relatives au droit à la protection des données personnelles et au droit au respect de la vie privée. Compte tenu d'une certaine similarité et parfois du chevauchement des règles relatives, d'une part, à la protection des données personnelles et, d'autre part, au respect de la vie privée, nous aborderons différents problèmes résultant du FATCA de manière transversale à ces deux corps de règles. Nous limiterons cette analyse à la collecte et aux transferts d'informations réalisés dans le cadre du FATCA, c'est-à-dire celles devant être collectées par les institutions financières mais aussi celles nécessaires aux déclarations/régularisations de la situation fiscale des personnes concernées, puisque ces déclarations/régularisations sont directement impliquées par le FATCA. Il faut noter que le FATCA s'inscrit dans un schéma punitif destiné à discipliner les institutions financières redoutant d'être exclues de l'accès au marché américain et de se voir appliquer la retenue de 30%. Comme le souligne un spécialiste de la coopération fiscale internationale, « la crainte d'être classée comme une [institution financière étrangère] "non coopérative" incite les IFE à "sur-déclarer", c'est-à-dire à déclarer également toutes les personnes non identifiées »¹⁹⁵. Ces pratiques méritent d'être examinées de manière très attentive par les autorités dans le cadre d'une évaluation des effets du FATCA et peuvent évidemment faire l'objet d'actions contentieuses de la part des personnes affectées. Il faut aussi préciser les raisons pour lesquelles nous procédons à cette analyse alors que la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a, dans une délibération du 17 septembre 2015, considéré que le transfert des données collectées vers l'IRS au titre du FATCA faisait l'objet de garanties suffisantes. En premier lieu, cette délibération ne concerne que la question du transfert des données et n'apprécie pas le bien-fondé de la collecte de données personnelles – même si, comme cela sera souligné, elle a implicitement reconnu le caractère déraisonnable de la collecte. En second lieu, cette délibération mérite aussi d'être réévaluée, en

¹⁹³ Pierre Serrand, « Feu la jurisprudence *Rekhou* – A propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, Mme *Chériet-Benseghir* », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 10.

¹⁹⁴ Qui ne sont pas sans rappeler celles qui existent pour ce qui concerne l'absence d'effet direct horizontal des directives ; CJCE, 26 février 1986, aff. 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, § 47.

¹⁹⁵ Torsten Fensby, *op. cit.* note 31, pt. 2.

particulier au regard de la jurisprudence européenne subséquente et notamment de l'avis 1/15 de la CJUE rendu en juillet 2017 qui a clarifié les principes applicables en matière de transfert de données personnelles vers un Etat tiers¹⁹⁶.

2. – Identification des normes pertinentes

a. – Droit de l'Union européenne

71. *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)* – Le droit à la vie privée et le droit à la protection des données personnelles sont reconnus comme des droits fondamentaux par le droit primaire de l'UE. L'article 7 de la CDFUE reconnaît que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications » et son article 8(1) que « toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ». La CDFUE précise également que ces données doivent être « traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi »¹⁹⁷ et que « le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante »¹⁹⁸. La CDFUE ne s'impose aux Etats membres que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »¹⁹⁹.

72. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)* – L'article 16 du TFUE reconnaît que « toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant » et habilite les institutions de l'UE à adopter, conformément à la procédure législative ordinaire, les règles de droit dérivé « relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres [et que] le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes »²⁰⁰.

73. *Droit dérivé : directive 95/46 et règlement 2016/679* – Au titre du droit dérivé, la directive 95/46 relative à la protection des données constitue le texte européen de référence précisant les principes applicables relatifs au traitement des données et les droits des personnes concernées. Le nouveau règlement 2016/679 du 27 avril 2016²⁰¹ a pour ambition d'étendre le niveau de protection des données personnelles en droit de l'UE et vient abroger, avec effet au 25 mai 2018, la directive 95/46. Il sera donc directement applicable à partir de cette date²⁰². Notons néanmoins que l'article 96 du nouveau règlement 2016/679 précise que « les accords internationaux impliquant le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers (...) qui ont été conclus par les États membres avant le 24 mai 2016 et qui respectent le droit de l'Union tel qu'il est applicable avant cette date restent en vigueur jusqu'à leur modification, leur remplacement ou leur révocation »²⁰³. Lorsqu'il s'agit d'examiner l'accord FATCA France/Etats-Unis ratifié en 2014, l'examen de la conformité de cet accord avec le droit de l'UE relatif à la protection des données personnelles doit se faire au regard de la directive 95/46 telle que modifiée jusqu'au nouveau règlement.

¹⁹⁶ CJUE, 26 juillet 2017, avis 1/15.

¹⁹⁷ CDFUE, article 8(2).

¹⁹⁸ CDFUE, article 8(3).

¹⁹⁹ CDFUE, article 51(1).

²⁰⁰ TFUE, Article 16(2).

²⁰¹ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, 4 mai 2016, L 119/1.

²⁰² TFUE, Article 288 § 2.

²⁰³ Nous soulignons.

74. *L'accord FATCA entre dans le champ d'application du droit de l'UE* – L'article 3(2) de la directive 95/46 précise qu'elle « ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel (...) mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire ». Il est donc important de préciser en quoi l'accord FATCA entre dans le champ d'application du droit de l'UE²⁰⁴.

En premier lieu, l'article 96 du règlement 2016/679 venant d'être mentionné indique de manière explicite que les accords de ce type conclus par les Etats membres avec les pays tiers sont soumis au droit de l'UE et entrent ainsi dans son champ d'application. Ils ne peuvent d'ailleurs rester en vigueur que s'ils « respectent le droit de l'Union ». L'accord FATCA doit donc respecter les règles de droit de l'UE relatives à la protection des données personnelles. Relevons d'ailleurs qu'au visa de la délibération de la CNIL de 2015 concernant le traitement des données collectées au titre de l'accord FATCA figure en deuxième position la directive 95/46²⁰⁵.

En second lieu, le FATCA s'applique dans une large mesure aux institutions financières et qui concerne donc au premier chef le fonctionnement du marché intérieur. La directive 2011/16/UE relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal qui constitue l'équivalent intra-européen du FATCA a d'ailleurs été adoptée par l'UE sur le fondement des compétences relatives au fonctionnement du marché intérieur. La directive 2015/2376 qui modifie la directive 2011/16/UE indique en outre dans son préambule que son objectif « à savoir la mise en place d'une coopération administrative efficace entre les Etats membres dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du marché intérieur, ne peut pas être atteint de manière suffisante par les Etats membres mais peut, pour des raisons d'uniformité et d'efficacité, l'être mieux au niveau de l'Union »²⁰⁶.

En troisième et dernier lieu, les travaux du G29/WP29 établi par la directive 95/46 s'intéressent particulièrement à la question de la collecte et des échanges de données fiscales entre Etats membres de l'UE et Etats tiers et cette instance a même adopté des *Guidelines* sur le sujet à destination des Etats membres²⁰⁷.

75. *Le G29/WP29* – Il sera fait mention des travaux et positions adoptées par le « 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 (aussi appelé G29 dans sa version française ou WP29 dans sa version anglaise). Il s'agit d'une instance consultative et indépendante constituée des représentants des autorités indépendantes de protection des données nationales. Le G29 sera remplacé dans le cadre du nouveau règlement par le « Comité européen de la protection des données » étant précisé qu'il y a une continuité entre les deux instances²⁰⁸.

b. – Conventions du Conseil de l'Europe (CEDH, Conventions 108 et 181)

76. Le droit au respect de la vie privée et familiale est reconnu par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). La CEDH n'inclut pas de disposition spécifique relative à la protection des données personnelles, mais la jurisprudence de la Cour EDH a eu l'occasion, à de maintes reprises, d'indiquer que la protection des données

²⁰⁴ L'article 3(2) ne mentionne pas les compétences exclusives de l'UE mais le champ d'application du droit de l'UE. La légalité des mesures fiscales des Etats membres peut être appréhendée – et l'est souvent – au regard du droit de l'UE sans que ces mesures ne relèvent de la compétence du droit de l'UE.

²⁰⁵ Délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015, *op. cit.* note 42.

²⁰⁶ Cons. n° 23 du préambule de la Directive 2015/2376 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, *JOUE*, 18 décembre 2015, L 332/1.

²⁰⁷ *V. infra* note 214.

²⁰⁸ Article 94 du règlement 2016/679.

personnelles fait partie des droits protégés par l'article 8 de la CEDH, lequel concerne aussi bien la collecte que l'exploitation de ce type de données²⁰⁹. La Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel a été ratifiée par la France le 24 mars 1983 – ce qui est également le cas de tous les autres Etats membres de l'UE. Elle a été complétée par un protocole additionnel (convention 181) concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données qui a été ratifié par la France le 22 mai 2007.

c. – En droit français (principes constitutionnels et « Loi informatique et libertés »)

77. Le Conseil constitutionnel a précisé que le droit au respect de la vie privée découle de l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) qui reconnaît le droit à la liberté individuelle²¹⁰. A l'instar de la position de la CourEDH, sa jurisprudence subséquente a indiqué que le traitement des données à caractère personnel doit être examiné au regard du droit au respect de la vie privée²¹¹. La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est le principal dispositif législatif français qui encadre le traitement des données personnelles. La CNIL en est l'organe de contrôle et c'est à ce titre qu'elle a eu l'occasion de prononcer sa délibération du 17 septembre 2015 relative au FATCA.

3. – Les atteintes potentielles identifiables

78. Le FATCA soulève de nombreuses interrogations quant à sa compatibilité avec les principes et règles relatifs au droit au respect de la vie privée et au droit à la protection des données personnelles. Ces aspects sont d'ailleurs au cœur des demandes formulées par les américains accidentels devant divers instances européennes à l'instar du Comité des pétitions du Parlement européen²¹². Le G29/WP29 qui regroupe les autorités indépendantes de protection des données nationales s'est également saisi de la question, et ce, depuis 2012 où il s'était déjà particulièrement préoccupé de la conformité de la législation FATCA avec les règles européennes relatives à la protection des données²¹³. Le G29/WP29 a également adopté en décembre 2015 des *Guidelines* destinées aux Etats membres afin de s'assurer de la mise en conformité des mécanismes d'échange automatiques de renseignements à des fins fiscales avec les règles et principes relatifs à la protection des données personnelles²¹⁴.

²⁰⁹ V. par ex., CourEDH, 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, § 67 (« Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 »). V. aussi, Agence des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne & Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, 2014, p. 15.

²¹⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, § 45.

²¹¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, § 57.

²¹² V. par ex., *Pétition n° 1088/2016, présentée par M. J.R., de nationalité française, sur les allégations de violation, par la loi américaine relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA), des droits de l'Union et sur les effets extraterritoriaux des lois américaines dans l'Union européenne*, PE607.954v01-00, 30 juin 2017 (selon le pétitionnaire, le FATCA « enfreint plusieurs principes fondamentaux du droit européen (notamment le droit au respect de la vie privée et familiale, l'interdiction de discrimination et le secret des données), ainsi que la directive sur les comptes de paiement »).

²¹³ Lettre du G29/WP29 du 21 juin 2012, Ref. Ares(2012)746461, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20120621_letter_to_taxud_fatca_en.pdf>.

²¹⁴ WP29, *Guidelines for Member States on the Criteria to Ensure Compliance with Data Protection Requirements in the Context of the Automatic Exchange of Personal Data for Tax Purposes*, 175/16/EN WP 234, 16 décembre 2015, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp234_en.pdf>.

Deux aspects méritent d'être examinés dans ce cadre : le premier est relatif à la conformité de la collecte de renseignement au droit à la protection des données personnelles et au droit au respect à la vie privée, le second concerne le respect par les dispositifs en place des garanties dont doivent bénéficier les personnes concernées et/ou affectées par le traitement des données personnelles, en particulier dans le contexte d'un échange transfrontière de renseignements impliquant un Etat qui ne fait pas partie de l'Union européenne.

a. – Les atteintes potentielles au stade de la collecte de renseignements

79. Les droits à la protection des données personnelles et au respect de la vie privée ne sont pas absolus. Ils sont mis en balance avec d'autres exigences ou objectifs d'intérêt général. L'appréciation du respect de ces droits répond à une démarche d'ensemble qui présente des similarités, que l'on se place du point de vue du droit de l'UE, des instruments du Conseil de l'Europe ou du droit constitutionnel. Cette démarche se retrouve en particulier à l'article 52(1) de la CDFUE qui indique concernant l'ensemble des droits et libertés de la Charte que :

« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Au regard de ces exigences, quatre questions méritent d'être posées : 1) Les renseignements collectés entrent-ils dans le champ d'application du droit à la protection des données personnelles et le droit au respect de la vie privée ? 2) le traitement de ces données qui implique une limitation de ces droits est-il « prévu par la loi » ou, plus généralement, repose-t-il sur une base légale ? 3) le traitement des données répond-il à un objectif d'intérêt général ? 4) ce traitement est-il proportionné par rapport l'objectif poursuivi ?

80. (i) *Les renseignements collectés entrent-ils dans le champ d'application des droits concernés ?* – Il ne fait ici aucun doute que les données collectées dans le cadre du FATCA (identité du titulaire du compte, adresse, numéro de compte, solde, etc.)²¹⁵ entrent dans le champ d'application du droit à la protection des données personnelles et du droit au respect de la vie privée. La directive 95/46 définit les « données à caractère personnel » comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable »²¹⁶, ce qui est le cas en l'espèce. Notons aussi que la CourEDH a eu l'occasion d'indiquer que « les données bancaires de la requérante constituent des informations personnelles relevant de sa vie privée, entrant bien dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention »²¹⁷ et que l'obligation faite par l'administration fiscale de communiquer des informations de ce type constitue une ingérence dans la vie privée de la personne concernée²¹⁸.

81. (ii) *L'ingérence repose-t-elle sur une base légale ?* – Le G29/WP29 considérait en 2012 que l'application extraterritoriale de la législation FATCA sans avoir recours à des IGAs aurait impliqué que la collecte de données par les institutions financières (pour les transmettre directement à l'IRS) n'aurait reposé sur aucune base légale²¹⁹. C'est en ce sens qu'elle préconisait la conclusion d'accord de ce type à l'instar de celui conclu entre la France et les Etats-Unis. D'ailleurs, plus spécifiquement, a été introduit dans la législation française à la suite

²¹⁵ Accord FATCA France/Etats-Unis, Article 2(2)(a).

²¹⁶ Directive 95/46, article 2(a).

²¹⁷ CourEDH, 1er décembre 2015, n° 69436/10, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, § 42. V. aussi, CourEDH, 7 juillet 2015, 28005/12, *M.N. and Others v. San Marino*, § 51.

²¹⁸ CourEDH, 7 décembre 1982, n° 9804/82, *X. Belgique*, Rec. p. 232.

²¹⁹ Lettre du WP29 du 21 juin 2012, *op. cit.* note 213, § 10.1-10.3.

de l'accord FATCA l'article 1649 AC du Code générale des impôts (CGI) qui sert de base à la communication par les institutions financières des informations exigées par les « conventions conclues par la France permettant un échange automatique d'informations à des fins fiscales ». De ce point de vue, on pourrait donc conclure que la collecte de renseignements et leur transfert repose sur une « base légale ». Trois arguments pourraient néanmoins nuancer cette conclusion.

82. *Effets de la contrainte économique* – En premier lieu, le G29/WP29 a examiné la question de savoir si, en l'absence d'IGA, le consentement du client concerné était suffisant pour reconnaître une base légale à la collecte et au transfert. La directive 95/46 précise en effet que les Etats membres peuvent procéder à un traitement de données à caractère personnel si « la personne concernée a indubitablement donné son consentement »²²⁰. Le G29/WP29 soulignait toutefois qu'un consentement ne pouvait être donné de manière libre avec une menace de retenue fiscale de 30% ou de clôture de compte par l'institution financière²²¹. Cet argument peut éventuellement être transposé aux IGAs car il est établi que ces accords ont été conclus notamment afin d'éviter que les institutions financières françaises ne soient considérées comme non coopératives et frappées d'une éventuelle retenue dans les mêmes proportions et ainsi exclues du marché américain. Il suffit de se rappeler des déclarations de la Rapporteuse Mme André au Sénat qui indiquait ne pas envisager de ne pas ratifier l'accord à cause du « couperet » que constitue la retenue de 30%²²². Si, du point de vue du droit international, la contrainte économique n'a pas été considérée comme affectant la validité des traités²²³, la question peut néanmoins être posée afin d'interpréter le droit de l'UE tant le FATCA repose sur un ensemble de mécanismes de contraintes et de servitudes économiques puissantes.

83. *Effets de la non-réciprocité* – En second lieu, dans le sillage de l'argument précédent, il nous paraît utile de soulever la question de la non-réciprocité. Si la base légale du traitement des données est un traité qui n'est pas appliqué réciproquement par l'autre Etat partie, est-il possible pour la personne affectée de se prévaloir de cette situation de non-réciprocité pour en déduire qu'il n'existe plus de base légale applicable ? A l'aune de ce qui a déjà été évoqué dans le contexte français²²⁴, des arguments peuvent être soulevés en ce sens.

84. *Un système à double-détente générant des communications additionnelles* – En troisième et dernier lieu, on peut constater que la base légale (c'est-à-dire l'accord FATCA France/Etats-Unis) ne couvre que les renseignements qui sont visés par l'accord, c'est-à-dire ceux listés à son article 2(2)(a). On constate néanmoins que le système de contrainte induit par le FATCA reconnu par le G29/WP29, notamment la crainte d'une retenue de 30% ou d'une clôture de compte, conduit le client à transmettre à l'IRS toute une série d'informations destinées à sa déclaration d'impôts ou à sa régularisation fiscale (par exemples les déclarations *Controlled Foreign Corporation (CFC)*, *Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR)*, *Statement of Foreign Financial Assets (SFFA)*, etc.)²²⁵. Le FATCA apparaît ainsi comme un système de collecte d'information à double détente reposant sur la contrainte économique : dans un premier temps, une collecte prévue par l'accord (et à ce titre reposant *prima facie* sur une base légale) qui permet à l'IRS de solliciter dans un second temps et sans la médiation de l'administration fiscale française toute une série d'informations qui seront

²²⁰ Directive 95/46, article 7(a).

²²¹ Lettre du WP29 du 21 juin 2012, *op. cit.* note 213, § 10.4 (« *given the imposition of a sanction such as 30% withholding tax or closure of their account should the account holder fail to comply with such a demand, consent would not be "freely given" as defined in Article 2(h) of the Directive* »).

²²² V. *supra* n° 17.

²²³ Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *op. cit.* note 117, p. 220, n° 123.

²²⁴ V. *supra* n° 61 et s.

²²⁵ Sur l'ensemble de ces formalités, v. *supra* n° 32 et s.

directement communiquées par la personne concernée compte tenu des contraintes économiques qui pèsent sur elle. Le système FATCA peut être appréhendé de manière plus réaliste afin de constater qu'il s'agit d'un dispositif de collecte de données dont une certaine partie ne sont pas couverts par l'accord et ne disposent pas en conséquent de base légale.

85. (iii) *Le traitement des données répond-il à un objectif d'intérêt général ?* – L'accord FATCA France/États-Unis a été à l'origine présenté comme un système destiné à lutter contre l'évasion et la fraude fiscale et qui bénéficierait aux deux États parties. Cet objectif constitue sans nul doute un objectif d'intérêt général justifiant une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée ou du droit à la protection des données personnelles. Cela a été reconnu par la jurisprudence constitutionnelle française²²⁶. L'article 8(2) de la CEDH évoque quant à lui la possibilité d'une ingérence nécessaire « au bien-être économique du pays » qui a été interprété par la jurisprudence comme intégrant la question des ressources fiscale²²⁷ ; la Convention 108 du Conseil de l'Europe mentionne la protection des « intérêts monétaires de l'État »²²⁸ et la directive 95/46 évoque encore plus explicitement « une mesure nécessaire pour sauvegarder (...) un intérêt économique ou financier important d'un État membre ou de l'Union européenne, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal »²²⁹.

86. *Effets de la non-réciprocité* – Il n'est fait mention, dans ces différents instruments, que de la protection des intérêts économiques de l'État qui adopte la mesure constituant une ingérence, ou ceux de l'Union européenne. Une ingérence ne peut être justifiée si elle n'a pour effet que de satisfaire l'intérêt exclusif d'un État tiers. C'est ainsi que les éléments attestant de la non-réciprocité peuvent être de nouveau évoqués. L'économie globale de l'accord FATCA France/États-Unis réside dans l'équilibre des concessions : la collecte par la France d'informations sur des contribuables américains bénéficiera aux États-Unis qui eux-mêmes collecteront des informations sur les contribuables français qui bénéficieront à la France. Le bénéfice attendu de l'échange automatique d'informations en matière de retombées fiscales était particulièrement explicite de la part de la France²³⁰. La non-réciprocité de l'accord ne permet ainsi pas de satisfaire un intérêt économique dans le domaine fiscal. Il pourrait ainsi être considéré que le traitement des données ne répond pas à un objectif d'intérêt général.

87. (iv) *Le traitement des données est-il proportionné à l'objectif poursuivi ?* – De nombreux aspects de l'accord FATCA France/États-Unis indiquent que celui-ci ne respecte pas la condition de proportionnalité prévalant en matière de respect du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles. Plusieurs éléments peuvent être évoqués à cet égard.

88. *Le caractère massif et généralisé de la collecte* – Tant la CJUE que la CourEDH ont eu l'occasion de considérer que ne respectaient pas l'exigence de proportionnalité les dispositifs de collecte d'informations généralisés qui n'étaient pas strictement ajustés à l'objectif poursuivi. La CourEDH a ainsi reconnu que « dans le domaine considéré – la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt – les États rencontrent de sérieuses

²²⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, § 32 ; Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances rectificative pour 2013* ; Décision n° 2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]*.

²²⁷ CourEDH, 25 février 1993, n° 10588/83, *Funke c. France*, § 52 ; CourEDH, 1er décembre 2015, n° 69436/10, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, § 52.

²²⁸ Article 9(2)(a) de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

²²⁹ Directive 95/46, article 13(1)(e).

²³⁰ V. *supra* n° 56.

difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers »²³¹, mais a néanmoins constaté une violation de l'article 8 de la CEDH dans le cas où les saisies de documents « revêt[aient] un caractère massif et surtout indifférencié »²³². Une solution similaire a été dégagée par la CJUE dans l'affaire *Digital Rights Ireland* dans laquelle a été censuré un dispositif de collecte massive d'informations destiné à lutter contre la criminalité organisée et qui s'appliquait par défaut à tous les individus²³³.

89. *Un caractère massif et généralisé de la collecte reconnu par la CNIL* – Ces éléments font écho aux constatations de la CNIL dans sa délibération 2015-311 où elle note que « le transfert pour lequel elle est saisie d'une demande d'autorisation présente un caractère répétitif, massif et structurel en ce sens que les parties à l'accord entendent annualiser les échanges d'informations en utilisant des moyens de traitement dédiés. Elle constate également que le traitement concerne une population importante et ne peut en aucun cas être regardé comme un échange ponctuel »²³⁴. Elle en a tiré la conclusion que la légalité du transfert vers les Etats ne pouvait s'apprécier au regard de l'article 69(2) de la Loi informatique et libertés qui permet à titre dérogatoire un transfert lorsque celui-ci est nécessaire « pour la sauvegarde de l'intérêt public » vers un Etat n'appartenant pas à l'UE et qui n'assure pas « un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet »²³⁵. La CNIL a donc implicitement reconnu que cette collecte massive ne satisfaisait pas à l'exigence de nécessité. Le G29/WP29 a également constaté que la dimension massive de la collecte et du transfert n'était pas satisfaisante et qu'il devait être examinée des alternatives moins invasives²³⁶.

90. *Autres éléments et indices d'américanité* – D'autres aspects du FATCA témoignent également du défaut de proportionnalité du dispositif. Le G29/WP29 s'interrogeait sur la pertinence, par rapport à l'objectif poursuivi, de l'inclusion dans l'accord des compagnies d'assurance²³⁷. On peut sans doute plus généralement s'interroger sur le caractère proportionné des indices d'américanité qui ont été retenus pour permettre aux banques d'effectuer leurs diligences d'identification des contribuables américains. C'est le cas notamment de l'existence d'un ordre de virement permanent sur un compte géré aux Etats-Unis puisque ce critère s'applique à des personnes dont les enfants effectuent des études aux Etats-Unis ou à une personne exclusivement française résidant en France payant un loyer mensuel à un propriétaire quant à lui établi aux Etats-Unis. En ce sens, ce critère paraît manifestement disproportionné et s'applique de manière indiscriminée à tout un ensemble de situations qui ne présentent aucun lien avec les objectifs du FATCA. On peut aussi noter que ces indices d'américanité ne permettent pas de déceler des personnes américaines ayant acquis la nationalité américaine par filiation sans être né sur le territoire américain et bénéficiant d'une autre nationalité qui peut être seule déclarée aux institutions financières. Ces personnes échappent dans une large mesure aux radars mis en place dans le cadre du FATCA, ce qui permet de noter une disproportion des dispositifs déployés au détriment de ceux nés sur le sol américain. Il faut également tenir compte de l'ensemble des informations qui doivent être communiquées à l'IRS afin de se mettre en

²³¹ CourEDH, 25 février 1993, n° 12661/87, *Mialhe c. France*, § 37.

²³² *Ibid.*, § 39.

²³³ CJUE, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, § 24-71.

²³⁴ Délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015, *op. cit.* note 42.

²³⁵ Article 68 al. 1 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

²³⁶ Lettre du WP29 du 21 juin 2012, *op. cit.* note 213, § 8.3 (« *A bulk transfer and the screening of all these data is not the best way to achieve such a goal. Therefore more selective, less broad measures should be considered in order to respect the privacy of law-abiding citizens, particularly ; an examination of alternative, less privacy-intrusive means must to be carried out to demonstrate FATCA's necessity* »).

²³⁷ Lettre du WP29 du 21 juin 2012, *op. cit.* note 213, § 9.1.

conformité avec les demandes des institutions financières et qui implique, selon les cas, des données personnelles relatives au cercle familial (conjoint, enfants, etc.) qui ne sont pas nécessairement des ressortissants américains²³⁸.

91. *Le problème fondamental du « TIN »* – Un autre aspect plus fondamental mérite également d’être soulevé – sans doute se place-t-il au cœur des problèmes rencontrés par les américains accidentels et autres personnes affectées par le FATCA. Parmi les renseignements qui doivent être collectés par les institutions financières en France au profit de l’IRS figure le « NIF américain de chaque personne américaine déterminée qui est titulaire de ce compte »²³⁹, c’est-à-dire le numéro d’identification fiscal américain. Or, les binationaux qui sont résidents fiscaux d’un autre Etat et qui n’ont jamais disposés d’un NIF (par exemple un numéro de sécurité sociale américain (SSN)) ne peuvent fournir spontanément cette information. Ainsi, sous contrainte économique (risque de se voir refuser l’accès aux services financiers les plus basiques), ces personnes doivent entreprendre des démarches complexes et coûteuses afin d’obtenir cette information qui leur permet de réaliser les démarches de régularisation fiscale et ainsi de les faire entrer dans le système fiscal américain fondé sur la *citizenship-based taxation* dont on a pu souligner la singularité et les effets pervers²⁴⁰.

L’information collectée n’est donc à l’origine pas identifiable pour certaines personnes et le FATCA a été conçu afin de générer des données personnelles qui n’existaient pas. La même chose peut être dite sur les documents requis pour attester de la perte de nationalité américaine. La question qui se pose est ainsi de savoir si ces demandes d’informations sont proportionnées au regard des contraintes qui en résulte et des finalités du dispositif. Rappelons que l’article 6 de la directive 95/46 précise que les données personnelles doivent être collectées « loyalement », et ce, pour des « finalités déterminées, explicites et légitimes »²⁴¹. A l’aune de ce qui vient d’être exposé, on peut s’interroger sur la loyauté de la collecte des informations relatives au NIF américain, et l’on peut constater que ses finalités ne sont ni explicites ni légitimes car les effets induits par cette demande de renseignement ne sont pas expressément et formellement indiqués dans l’accord FATCA. Soulignons d’ailleurs que les *Guidelines* publiées par le G29/WP29 relatives à la conformité des mécanismes d’échange automatiques de renseignements à des fins fiscales au droit à la protection des données personnelles soulignent que les accords en la matière devaient inclure des critères qui permettent d’établir un lien explicite entre les informations exigées et le risque d’évasion fiscale²⁴².

Afin de déterminer ce que serait une demande de renseignement satisfaisant à l’exigence de proportionnalité, il suffit d’examiner les dispositions du FATCA relatives aux informations que les institutions financières américaines sont censées collecter auprès des personnes françaises. L’accord FATCA indique en effet pour les personnes physiques françaises qu’il est nécessaire de collecter « la date de naissance (ou le NIF français si la France attribue à ces personnes un

²³⁸ Un exemple particulièrement frappant est celui mentionné pendant l’audition au Parlement européen de juin 2017 d’un binational allemand-américain né aux Etats-Unis de parents allemands qui a obtenu un pouvoir sur les comptes de sa mère, celle-ci étant en situation de handicap mental. Compte tenu de ce pouvoir sur les affaires financières de sa mère, l’ensemble des données relatives à ces comptes sont communiquées aux Etats-Unis par le biais du FATCA et de la déclaration FBAR qui en est une des conséquences ; <https://www.youtube.com/watch?v=t_ILrL5TiI>.

²³⁹ Accord FATCA France/Etats-Unis, article 2(2)(a)(1).

²⁴⁰ V. *infra* n° 47 et s.

²⁴¹ Les mêmes critères se retrouvent également à l’article 5 de la Convention 108 du Conseil de l’Europe.

²⁴² WP29, *Guidelines for Member States (...)*, *op. cit.* note 214, p. 6 (« *tax cooperation agreements should include provisions and criteria that explicitly link information exchange and, in particular, the reporting of personal data concerning financial accounts to possible tax evasion and that exempt low-risk accounts from reporting. In this respect, such criteria should be applicable ex ante to determine which accounts (and which information) would need to be reported* »).

tel numéro) de toute personne qui est un résident de France et qui est titulaire du compte »²⁴³. Le renseignement demandé repose donc sur le critère de la résidence fiscale qui est quasi universellement acceptée, et c'est en ce sens que cette exigence apparaît comme proportionnée.

b. – Les atteintes potentielles en ce qui concerne le transfert des renseignements collectés

92. *Principes applicables concernant les transferts de données aux Etats tiers* – Les différents régimes européens applicables en matière de protection des données personnelles incluent tous des règles spécifiques gouvernant le transfert de ces données à des pays tiers. Il s'agit là d'une discipline en matière de données personnelles distincte de celle relative à la collecte de données. Il convient plus spécifiquement de se référer au droit de l'UE dont les textes sont plus précis. La directive 95/46 indique que le transfert de données vers un pays tiers « ne peut avoir lieu que si (...) le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat »²⁴⁴, niveau de protection qui s'apprécie en fonction de plusieurs critères, y compris « les règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause, ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées »²⁴⁵. Des dérogations sont néanmoins prévues et, notamment, le transfert vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat est admis « lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants ; ces garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles appropriées »²⁴⁶.

93. *Position de la CNIL et lien entre l'accord FATCA et la convention de 1994* – Dans sa délibération 2015-311 autorisant le transfert des données collectées vers les Etats-Unis, la CNIL a considéré que le transfert devait être examiné en tenant compte du fait qu'il s'effectuait vers un Etat hors UE qui n'assure pas un niveau de protection suffisant des données personnelles. En ce sens, il était nécessaire de justifier ce transfert sur le fondement d'une dérogation et la CNIL s'est référée à celle de l'article 69 al. 2 qui permet le transfert si une décision de la CNIL reconnaît que « le traitement garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée ainsi que des libertés et droits fondamentaux des personnes, notamment en raison des clauses contractuelles ou règles internes dont il fait l'objet ».

Pour attester d'un niveau de garantie suffisant, la CNIL s'est notamment fondée sur la convention franco-américaine de 1994, en particulier de son article 27 concernant l'échange de renseignements. Le préambule de l'accord FATCA France/Etats-Unis précise que l'échange d'informations qui s'effectue dans ce cadre se fait « sous réserve de la confidentialité et des garanties prévues par celle-ci, y compris les dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés en vertu de la Convention [franco-américaine] »²⁴⁷. Son article 3(7) précise que « tous les renseignements échangés sont soumis aux obligations de confidentialité et autres protections prévues par la Convention, y compris aux dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés ». La CNIL liste ainsi les différentes garanties offertes par la convention et principalement le respect de la confidentialité des données et l'exploitation des données à des fins exclusivement fiscale. Elle souligne également les garanties d'ordre technique permettant d'assurer les transferts sécurisés des données dans le cadre de l'accord FATCA pour en conclure que le transfert fait l'objet de garanties suffisantes et que celui-ci peut par conséquent être autorisé.

²⁴³ Accord FATCA France/Etats-Unis, article 2(2)(b)(1).

²⁴⁴ Directive 95/46, article 25(1).

²⁴⁵ Directive 95/46, article 25(2).

²⁴⁶ Directive 95/46, article 26(2).

²⁴⁷ Accord FATCA France/Etats-Unis, cons. n° 10.

94. *Insuffisance des garanties résultant de la Convention franco-américaine de 1994* – L'accord FATCA ne contient aucune règle spécifique à la protection des données personnelles. Il repose ainsi entièrement sur la convention de 1994 qui elle-même ne fait que mentionner le respect de la confidentialité et l'exploitation des données à des fins fiscales. Il y a non seulement des risques que l'exigence de confidentialité ne soit pas respectée compte tenu des lacunes de l'IRS établies par des instances américaines²⁴⁸, mais surtout dans la mesure où la disposition en matière de protection des données personnelles dans la convention est très limitée, ce qui n'est pas surprenant car l'article 27 de la convention a été en premier lieu conçu pour des échanges de renseignements dits « à la demande » qui sont par nature circonscrits. L'OCDE souligne d'ailleurs pour ce qui concerne l'article 26 de son modèle de convention fiscale (qui est l'équivalent de l'article 27 de la convention franco-américaine) « [qu]'il n'est pas loisible aux États contractants "d'aller à la pêche aux renseignements" »²⁴⁹.

La logique de protection des données personnelles est nécessairement plus exigeante lorsqu'il s'agit d'un dispositif de transfert automatique et massif dans le cadre duquel les autorités de l'Etat requis (ou plutôt celui qui transfère) ne procèdent pas à une sélection des données communiquées. Cette différence fondamentale a été soulignée par plusieurs instances et en particulier le Bureau du comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Celui-ci souligne notamment que, dans le cadre de l'échange automatique, compte tenu « du caractère systématique et sans demande préalable de ces communications de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, il est recommandé que les Etats concernés veillent à apporter le plus grand soin dans la rédaction de l'instrument juridique sur lequel se fonde l'échange automatique »²⁵⁰.

95. *Apports de l'avis 1/15 de la CJUE* – L'avis rendu le 26 juillet 2017 par la CJUE clarifie les exigences en matière de protection des données et de respect de la vie privée dans le cadre d'un accord bilatéral organisant, comme l'accord UE-Canada dans cette affaire, un « transfert systématique et continu des données PNR de l'ensemble des passagers aériens empruntant des vols entre l'Union et le Canada »²⁵¹. La Cour a considéré que cet accord présentait des incompatibilités avec notamment les articles 7 et 8 de la CDFUE relatifs respectivement au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Afin d'être compatible avec ces exigences, la Cour exigea, entre autres, de limiter la durée de conservation des données et de prévoir un droit individuel à l'information des personnes dont les données sont exploitées. Elle a aussi mentionné l'importance des droits d'accès et de rectification et la nécessité d'un droit au recours effectif dans l'Etat dans lequel ces données sont transférées.

²⁴⁸ Le *Government Accountability Office* a publié un rapport publié en 2016 dans lequel il pointe les lacunes de l'IRS en ce qui concerne la protection de la confidentialité et de l'intégrité des données personnelles des contribuables. V. United States Government Accountability Office, *Report to the Commissioner of Internal Revenue – IRS Needs to Further Improve Controls over Financial and Taxpayer Data*, GAO-16-398, mars 2016, <<http://www.gao.gov/assets/680/676097.pdf>>. V. aussi, Joe Davidson, « Weak IRS Controls Leave Taxpayer Data Vulnerable, Report Says », *The Washington Post*, 30 mars 2016 ; Constance Jamet, « Les données de 100.000 contribuables américains piratées », *Le Figaro*, 27 mai 2015.

²⁴⁹ OCDE, *Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant*, Adoptée par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2012, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/latestdocuments/120718_Article%2026-FR.pdf>.

²⁵⁰ Bureau du comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, *Rapport sur les implications pour la protection des données d'un recours croissant à des mécanismes d'échange interétatique et automatique de données à caractère personnel à des fins administratives et fiscales, ainsi que dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la corruption*, T-PD-BUR(2014)01, 30 janvier 2014, p. 4

²⁵¹ CJUE, 26 juillet 2017, avis 1/15, § 127.

96. *Probable contrariété de l'accord FATCA aux exigences du droit de l'UE* – Les exigences posées par la CJUE dans l'avis 1/15 ne sont manifestement pas respectées dans le cadre du FATCA. Ni l'accord, ni la convention de 1994 n'incluent des limites de conservation des données, des mécanismes d'information des personnes concernées, de droits d'accès et de rectification. Les *Guidelines* du G29/WP29 insistent particulièrement sur la nécessité d'intégrer de telles dispositions dans les accords d'échange de renseignements automatiques à des fins fiscales²⁵². De plus, aucun recours effectif n'est prévu par ces textes. On peut aussi souligner que la jurisprudence de la CourEDH sur l'article 8 implique pour les personnes visées par la collecte d'informations bancaires à des fins fiscales de bénéficier d'un droit de recours juridictionnel effectif²⁵³. Sur cet aspect, soulignons qu'il existe de sérieux doutes sur la constitutionnalité du FATCA aux Etats-Unis et qu'il en résulte des obstacles pour les personnes souhaitant saisir les juridictions américaines et invoquer cet accord, et *per extensionem* la convention de 1994. Ce problème a d'ailleurs été soulevé par le G29/WP29²⁵⁴.

4. – Remarques conclusives

97. Ainsi, la collecte de renseignements réalisée au titre de l'accord FATCA (1) ne repose pas en partie sur une base légale, (2) ne répond pas à un objectif d'intérêt général de la France ou de l'UE et (3) ne respecte pas la condition de proportionnalité exigée par les droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Par ailleurs, (4) les dispositifs encadrant le transfert des données vers les Etats-Unis présentent de trop nombreuses lacunes pour être en conformité avec les exigences posées par le droit de l'UE. Rappelons que l'article 96 du nouveau règlement 2016/679 précise que « les accords internationaux impliquant le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers (...) qui ont été conclus par les États membres avant le 24 mai 2016 *et qui respectent le droit de l'Union tel qu'il est applicable avant cette date* restent en vigueur jusqu'à leur modification, leur remplacement ou leur révocation ». Un constat de non-conformité de l'accord FATCA avec le droit de l'UE impose donc une obligation en droit de l'UE à l'Etat membre concerné de le renégocier avec l'Etat tiers pour assurer le respect du droit de l'UE ou d'y mettre un terme.

E. – Les discriminations fondées sur une nationalité vraie ou supposée dans l'accès aux services financiers

98. La mise en œuvre du FATCA a conduit à des transformations significatives des pratiques commerciales des institutions financières. Ces nouvelles pratiques peuvent être classées en deux catégories : les institutions financières qui refusent *de plano* d'offrir des services financiers aux clients américains ou présentant un indice d'américanité et celles qui imposent à leurs clients les contraintes déclaratives impliquées par le FATCA. Comme cela sera souligné ci-après, nous sommes d'avis de concentrer notre analyse en matière de discrimination aux seules pratiques des institutions financières qui ne sont pas immédiatement juridiquement impliquées par le FATCA. Rien dans l'accord n'impose aux institutions financières d'exclure de leur clientèle des personnes américaines et/ou présentant des indices d'américanité. Certains ont choisi cette option, essentiellement pour des raisons économiques

²⁵² WP29, *Guidelines for Member States (...)*, *op. cit.* note 214, p. 5-9.

²⁵³ CourEDH, 1er décembre 2015, n° 69436/10, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, § 58-59.

²⁵⁴ Lettre du G29/WP29 du 1^{er} octobre 2012, Ref. Ares(2012)1148996, § 3.6, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20121001_letter_to_taxud_fatca_en.pdf> (« *it remains unclear to the Article 29 Working Party to what extent the tax treaty provisions in relation to FATCA are enforceable under US law* »).

en évoquant des coûts de mise en conformité (*compliance*) trop significatifs ainsi que des risques résultant de la retenue de 30% pour les institutions financières non coopératives.

1. – Au regard de l'article 14 de la CEDH

99. L'article 14 de la CEDH précise que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) l'origine nationale (...) ». Trois éléments méritent d'être précisés quant à la possibilité d'exploiter favorablement ce fondement dans le cadre d'un recours contentieux.

100. *Un fondement qui n'est pas autonome* – Le fondement de l'article 14 n'est pas autonome dans le sens où il ne peut s'appliquer qu'en relation avec des droits et libertés relevant de la Convention. Il ne peut donc être invoqué seul. Notons que le Protocole n° 12 à la CEDH – qui étend l'interdiction de discrimination à « la jouissance de tout droit prévu par la loi » n'a pas été ratifié par la France et n'est pas applicable. Il faut donc se référer à un autre droit de la CEDH pour soulever l'article 14 et, comme nous avons eu l'occasion de l'évoquer, il existe de sérieux doutes quant à la conformité du dispositif FATCA aux exigences de l'article 8 de la CEDH. C'est dans cette perspective que le fondement de l'article 14 pourrait être employé.

101. *Absence vraisemblable de violation de l'article 14 dans le cadre de pratiques des institutions financières conformes au FATCA* – Il faut exclure une piste qui pourrait être envisagée dans le cadre de la combinaison des articles 8 et 14 qui viennent d'être évoqués et qui ne concerne pas les agissements autonomes des institutions financières mais ceux conjugués de l'Etat et de ces dernières qui résultent de l'application du FATCA. Si une violation de l'article 8 est susceptible d'être caractérisée, il n'en découle pas automatiquement une violation de l'article 14. Il convient de déterminer si la discrimination dans la jouissance du droit à la vie privée qui résulte du FATCA ne repose pas sur une « 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 »²⁵⁵. Ce qui est en jeu ici n'est pas l'intensité de l'atteinte à la jouissance des droits (une question relative à la caractérisation de la violation du droit en cause) mais davantage la justification de la différence constatée dans la jouissance des droits (dans le cadre du FATCA entre les personnes américaines qui y sont soumis et les autres). La jurisprudence *Eduardo Kandyrine de Brito Paiva c. France* est de ce point de vue instructive²⁵⁶. Dans cette affaire, un accord franco-russe permettait à la France de se voir allouer une réparation pour les anciens emprunts russes répudiés. La France utilisa ensuite cette somme pour indemniser les porteurs français. Le requérant dans cette affaire, de nationalité portugaise, avait hérité le titre d'un aïeul français et alléguait d'une discrimination dans la jouissance de son droit de propriété car il ne pouvait accéder aux mécanismes d'indemnisation mis en place par la France, celle-ci ayant exclu de tenir compte des titres transmis à des étrangers par héritage compte tenu « des coûts de gestion disproportionnés avec l'enjeu »²⁵⁷. La Cour a considéré que l'arbitrage opéré par le législateur « n'est pas disproportionné avec le but visé d'indemnisation des ressortissants français porteurs d'emprunts russes conformément à l'accord de réciprocité conclu avec le gouvernement russe et qu'il a agi dans le cadre de la marge d'appréciation dont il bénéficiait »²⁵⁸. Même si la conclusion de la Cour sur la question de la réciprocité est critiquable, il n'en demeure pas moins que cet arrêt montre que le fait qu'un traité bilatéral met en place un traitement spécifique

²⁵⁵ CourEDH (Gr.Ch.), 29 avril 2008, n° 13378/05, *Burden c. Royaume-Uni*, § 60.

²⁵⁶ CourEDH, 2 juillet 2013, n° 42219/12, *Eduardo Kandyrine de Brito Paiva c. France*.

²⁵⁷ *Ibid.*, § 20.

²⁵⁸ *Ibid.*, § 21.

s'appliquant aux nationaux de chaque Etat partie ne constitue pas en soi une discrimination. C'est d'ailleurs l'objet même de certaines institutions du droit international public que d'être discriminatoire, à l'instar de la protection diplomatique. Pour l'ensemble de ces raisons, une action sur le fondement de l'article 14 relatif à la discrimination américains/non américains résultant de l'application du FATCA pourrait difficilement prospérer.

102. *Vraisemblable violation de l'article 14 résultant du refus des institutions financières d'accepter des clients présentant un indice d'américanité* – Il faut préciser si et dans quelle mesure l'article 14 est de nature à s'appliquer dans les rapports interindividuels (ou en d'autres termes si cet article a un « effet horizontal »). La CEDH crée en effet des obligations à la charge des Etats et il ne fait pas de doute que l'article 14 impose des obligations négatives aux Etats, à savoir de ne pas opérer de discrimination *de jure* ou *de facto* qui ne puisse être justifiée. L'article 14 s'appliquant néanmoins à tous les droits conventionnels²⁵⁹, il faut déterminer si les droits en jeu ont un effet horizontal. Cela implique d'identifier précisément la nature des relations pouvant résulter des comportements discriminatoires des banques consistant à exclure des clients américains, comportement qui n'est pas exigé par le FATCA. Le droit à la propriété (article 1 du protocole additionnel n° 1 à la CEDH) et le droit à la vie privée et familiale (article 8 de la CEDH) peuvent être intéressants de ce point de vue. Soulignons que ces deux dispositions ont vocation à s'appliquer entre les particuliers et à générer ainsi des obligations positives pour les Etats afin d'en assurer le respect²⁶⁰.

103. *Potentielles violations* – Les atteintes au droit à la propriété et au droit au respect de la vie privée dépendent de situation de fait qu'il n'est pas possible d'envisager exhaustivement. On se limitera donc à indiquer que l'absence de mesure adoptées par l'Etat afin de garantir la possibilité aux personnes affectées d'accéder à certains services financiers comme un compte bancaire, des produits d'épargne ou un emprunt, sont susceptibles d'affecter la jouissance par ces personnes de leur patrimoine, donc de leur droit de propriété (protocole n° 1, article 1). De même, l'impossibilité pour certaines personnes américaines de partager un compte avec leur conjoint affecte selon nous le droit à la vie privée et familiale, dans la mesure où l'absence d'intervention de l'Etat destinée à mettre fin à cette discrimination (relevant de l'article 8) peut constituer une violation de l'article 14. Il en est de même de l'impossibilité de désigner son conjoint américain comme bénéficiaire d'une assurance vie, ou de l'impossibilité d'accéder à de nouvelles fonctions au sein d'une entreprise impliquant un pouvoir sur les comptes bancaires de la société. De manière plus subsidiaire, on peut aussi envisager une violation de l'article 8 résultant de l'absence de réaction des autorités françaises face aux discriminations subies par les personnes américaines ou présentant un indice d'américanité²⁶¹.

²⁵⁹ CourEDH, 23 juillet 1968, n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 (*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*).

²⁶⁰ Jean-François Akandji-Kombé, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 7, 2006, p. 38 et s. et 56 et s.

²⁶¹ Ces discriminations et l'exclusion *de facto* pour certains de l'accès aux services financiers a pu en effet générer pour eux des situations d'angoisse et d'incertitudes, accentuées par la passivité des autorités nationales qui sont quant à elle prises en compte dans le cadre de l'article 8. Dans l'affaire *Tatar c. Roumanie*, la CourEDH a eu à s'intéresser à la passivité des autorités après un accident causant une dégradation de l'environnement susceptible d'affecter la santé des individus ; CourEDH, 27 janvier 2009, n° 67021/01, *Tătar c. Roumanie*, § 122 (« Étant donné les conséquences sanitaires et environnementales de l'accident écologique, telles que constatées par des études et rapports internationaux, la Cour estime que la population (...) a dû vivre dans un état d'angoisse et d'incertitude accentuées par la passivité des autorités nationales, qui avaient le devoir de fournir des informations suffisantes et détaillées quant aux conséquences passées, présentes et futures de l'accident écologique sur leur santé et l'environnement et aux mesures de prévention et recommandations pour la prise en charge de populations qui seraient soumises à des événements comparables à l'avenir »).

2. – Au regard du droit de l’UE

104. *CDFUE* – La CDFUE indique qu’est « interdite, toute discrimination fondée notamment sur (...) la naissance » (article 21(1)) et que « dans le domaine de l’application des traités (...), toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite » (article 22(2)). Cette dernière disposition fait écho à l’article 18 TFUE. Toutefois, similairement à ce qui a été dit dans le cadre de la CEDH, il ne nous semble pas qu’une discrimination injustifiable puisse être caractérisée du simple fait que les institutions financières appliquent le FATCA et exigent des diligences supplémentaires de leurs clients présentant des indices d’américanité.

105. *La probable violation de la directive 2014/92 du fait de l’exclusion des clients présentant des indices d’américanité* – L’article 15 de la directive 2014/92²⁶² (directive « comptes de paiements ») précise :

« Les États membres veillent à ce que les établissements de crédit n’opèrent aucune discrimination à l’encontre des consommateurs résidant légalement dans l’Union du fait de leur nationalité ou de leur lieu de résidence, ou pour tout autre motif visé à l’article 21 de la charte, lorsque ces consommateurs font une demande d’ouverture de compte de paiement au sein de l’Union ou accèdent à un tel compte. Les conditions applicables à la détention d’un compte de paiement assorti de prestations de base ne sont en aucun cas discriminatoires »

La directive fait donc peser une obligation positive de ne pas tolérer des discriminations dans le cadre de l’accès au compte fondées sur la nationalité et, en conséquence, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de mettre fin à l’illicéité de ces exclusions systématiques de clients fondées sur une nationalité réelle ou supposée. Soulignons à cet égard que dans le cadre d’une affaire qui lui a été soumise par une franco-américaine affectée par le FATCA et dont les comptes ont été unilatéralement clôturés, le Défenseur des droits a considéré « [qu]’aucune disposition n’a été prise par le gouvernement pour prévenir tout comportement discriminatoire fondé sur la nationalité (...) américaine »²⁶³.

Les institutions financières refusant ce type de clients justifient le plus souvent leur choix en évoquant le coût de la mise en conformité avec le FATCA. Il serait très dangereux de reconnaître que le coût d’une réglementation pourrait constituer un fait justificateur de sa non application conduisant à une discrimination fondée sur la nationalité. D’ailleurs, le préambule de la directive 2014/92 précise que les réglementations contre la fraude, le blanchiment d’argent et la lutte contre le financement du terrorisme « ne devraient pas être utilisées comme prétexte pour refuser des consommateurs commercialement moins attractifs »²⁶⁴.

3. – Au regard du Code pénal

106. *Les principes* – Le Code pénal français prohibe toute discrimination commise à l’égard d’une personne lorsque celle-ci consiste, entre autres, « à refuser la fourniture d’un bien ou d’un service »²⁶⁵, une discrimination étant définie comme « toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de (...) leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à (...) une Nation (...) »²⁶⁶. Rappelons aussi que l’accord FATCA lui-même indique que « l’institution financière ne doit pas se doter de directives ou de pratiques

²⁶² 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, *JOUE*, 28 août 2014, L 257/214.

²⁶³ Défenseur des droits, Décision MLD-2016-2017, 12 février 2016, § 21.

²⁶⁴ Directive 2014/92, Préambule, cons. n° 34.

²⁶⁵ Code pénal, article L.225-2(1).

²⁶⁶ Code pénal, article L.225-1.

discriminatoires dans le cadre de l'ouverture ou de la gestion des comptes financiers pour des personnes physiques qui sont des résidents de France (...) »²⁶⁷.

107. *La réunion des deux éléments de l'infraction* – A notre connaissance, il n'existe pas de décision d'une juridiction pénale traitant de la situation d'une personne qui, du fait d'indices américains, a été exclue d'une institution financière. Toutefois, plusieurs personnes relevant de cette catégorie ont eu l'occasion de saisir en Europe des instances indépendantes s'intéressant aux discriminations ou plus largement aux droits de l'Homme, et divers avis ont été remis sur cette question. En France, pour le Défenseur des droits, une telle situation d'exclusion est de nature à constituer une discrimination prohibée dans la mesure où 1) l'élément matériel de l'infraction est caractérisé – une différence de traitement, de surcroît *de jure* – fondée sur la nationalité et 2) que l'élément intentionnel est manifestement présent puisque les institutions financières ont conscience de se livrer à des agissements discriminatoires²⁶⁸. L'Ombudsman belge ayant compétence en matière de services financiers (Ombudsfin) est parvenu à la même conclusion dans un avis de 16 décembre 2014²⁶⁹ de même que l'Institut néerlandais des Droits de l'Homme (College voor de Rechten van de Mens) dans une décision du 2 avril 2014 concernant BickBanck²⁷⁰. Il faut noter que la discrimination est caractérisée quel que soit le « degré d'américanité » de la personne concernée dès lors qu'elle réside en France : personne américaine, binational franco-américain déjà enregistré auprès de l'IRS et susceptible de fournir les documents demandés, binational de type « américain accidentel », etc.

108. *L'absence de fait justificateur découlant du coût de la réglementation* – Pour ce qui concerne l'argument relatif au coût du dispositif, le Défenseur des droits a noté que l'institution financière en jeu « n'était pas contrainte par la réglementation FATCA à refuser les clients américains (...) mais a choisi pour des raisons économiques de contourner cette réglementation »²⁷¹. Un parallèle peut être réalisé avec les discriminations constatées dans le cadre des services d'assurance qui regorge d'exemples : rien n'oblige un assureur à proposer un service déterminé (par exemple une assurance automobile), mais dès qu'il le fait, il ne peut restreindre l'accès à ce produit en prenant appui sur une distinction prohibée (origine nationale, sexe, etc.) au motif que la prestation de services serait moins avantageuse économiquement pour le prestataire²⁷². La décision de l'Ombudsfin belge est intéressante en ce qu'elle indique de façon claire que « l'interdiction de la discrimination est une valeur que l'ordre juridique belge et européen place au-dessus de l'intérêt particulier »²⁷³. Comme cela a été souligné dans le cadre de la jurisprudence de la CourEDH, des discriminations peuvent être admises si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'Ombudsfin indique ainsi que « ne peuvent en effet être considérés comme légitimes que les objectifs présentant un caractère d'intérêt général qui se distinguent de motifs purement individuels propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité »²⁷⁴.

²⁶⁷ Accord FATCA/France, Annexe II, II(A)(10).

²⁶⁸ Défenseur des droits, Décision MLD-2016-2017, 12 février 2016, § 22.

²⁶⁹ Ombudsfin, Avis 2014.0947, 16 décembre 2014, <<https://www.ombudsfin.be/nl/exclusion-des-clients-americains---fatca---principe-de-non-discrimination>>.

²⁷⁰ College voor de Rechten van de Mens, Oordeelnummer 2014-40, 2 avril 2014, <<http://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2014-40/detail>>.

²⁷¹ *Ibid.*, § 43.

²⁷² V. la Délibération n° 2010-266 de la Halde du 13 décembre 2010. V. aussi, le « Dossier discrimination » publié en 2011 par l'Association Internationale du Droit des Assurances, <http://www.aida-france.org/cariboost_files/Dossier_20Discrimination_20Assurance_20France_2011_20juillet_202011.pdf>.

²⁷³ Ombudsfin, Avis 2014.0947, *op. cit.* note 269, § 5.

²⁷⁴ *Ibid.*

109. *Des discriminations inhérentes au système FATCA* – Il est utile de souligner néanmoins un autre passage de l’avis de l’Ombudsfin qui semble intéressant avant d’envisager les options qui s’offrent aux personnes affectées par le FATCA. L’Ombudsfin souligne en effet que ces discriminations ne peuvent être tolérées mais note néanmoins le cadre général dans lesquelles elles s’inscrivent :

« Ceci étant, le Collège observe que la loi FATCA fait l’objet de vives critiques au motif que le législateur américain a usé de sa position économique dominante pour imposer une loi d’application quasi-universelle. Pour l’énorme majorité des banques, le marché américain et certaines places financières aux Etats Unis, sont d’une importance telle qu’il ne peut aucunement être envisagé de ne pas adhérer à la loi FATCA.

Bien que son application suppose une déclaration d’adhésion volontaire des opérateurs, l’application de la loi FATCA s’impose à eux comme inéluctable par l’effet des sanctions économiques qu’elle prévoit. L’adhésion n’est donc pas un choix mais une contrainte imposée par les Etats-Unis pour forcer l’application de sa loi fiscale sur le territoire de la planète entière sous la menace d’exclure l’opérateur récalcitrant des marchés financiers internationaux.

Dans cette mesure, la loi FATCA elle-même rend inévitable sur le territoire des autres Etats un comportement discriminatoire en imposant des obligations de signalement et de reporting à l’égard des personnes déterminées essentiellement sur base du critère de nationalité. Par ailleurs, la loi FATCA impose des mesures drastiques à l’égard des bénéficiaires de paiements dont les comptes sont tenus dans des établissements financiers qui ne se sont pas engagés à respecter la loi auprès du service compétent de l’administration fédérale américaine.

Considérant les enjeux en cause, l’obligation inéluctable dans laquelle la banque se trouve de déclarer qu’elle respectera la loi FATCA, la discrimination directe et indirecte que celle-ci induit et les conséquences d’un paiement fait en faveur d’un bénéficiaire ayant un compte auprès d’un établissement qui n’a pas souscrit l’engagement FATCA, le Collège considère que refuser désormais les clients qui tombent dans le champ d’application de la loi FATCA pouvait s’imposer à la banque comme une solution nécessaire et appropriée au dilemme dans lequel elle se trouvait par l’effet d’une législation étrangère sans précédent en droit international »²⁷⁵.

110. Ces mots sont d’une grande lucidité sur la manière dont a été conçu le FATCA afin de générer un système de contraintes pesant sur les institutions financières qui sont la clef de voûte du dispositif. Ils invitent à concevoir de manière large les initiatives qui peuvent être entreprises afin de trouver une issue favorable à la situation des personnes affectées par le FATCA.

IV. – Remarques conclusives et options envisageables

111. L’étude de la mise en œuvre du FATCA a montré qu’il affectait de manière significative et sur une large échelle les droits et intérêts de différentes catégories de personnes, en particulier mais pas seulement, celles qui présentent des indices d’américanité. Ce dispositif soulève par ailleurs plusieurs problèmes juridiques compte tenu de sa dimension extraterritoriale et de la non-réciprocité de la part des Etats-Unis dans l’application des accords bilatéraux IGAs. A l’aune de ce constat, il est possible d’envisager plusieurs initiatives susceptibles d’être entreprises par les personnes affectées ou les autorités publiques.

112. *(i) Les actions contentieuses envisageables* – Les personnes affectées par le FATCA pourraient engager des actions contentieuses – qu’il nous est impossible de détailler ici – devant les juridictions nationales afin de faire cesser ces atteintes et d’obtenir éventuellement des réparations pour les préjudices subis. Des poursuites pénales pourraient être initiées pour discrimination fondée sur la nationalité, de même que des actions civiles à l’encontre des institutions financières qui exigent des renseignements et déclarations au titre du FATCA incompatibles avec le droit européen de la protection des données personnelles. Des actions

²⁷⁵ *Ibid.*, § 7.

devant le juge administratif seraient également envisageables, notamment : recours pour excès de pouvoir des actes mettant en œuvre le FATCA, action en responsabilité contre l'Etat pour violation du droit de l'UE et action en responsabilité contre l'Etat du fait des traités. Dans le cadre de ces contentieux, l'absence de réciprocité pourrait être soulevée et des procédures de renvoi préjudiciel pourraient être sollicitées afin de faire établir par la CJUE l'incompatibilité de l'accord FATCA et de la réglementation qui en résulte avec les règles européennes relatives à la protection des données personnelles. De même, la saisine de la CourEDH pourrait être envisagée après épuisement des voies de recours internes disponibles. Notons qu'un recours pour excès de pouvoir a été récemment introduit afin de contester l'arrêté du 25 juillet 2017²⁷⁶ dont l'article premier autorise « de stocker les informations prévues par [le] décret du 23 juillet 2015 [portant création par la direction générale des finances publiques d'un traitement automatisé d'échange automatique des informations] et de les transmettre aux autorités fiscales américaines en application de l'accord FATCA en vue de leur utilisation aux Etats-Unis d'Amérique à des fins de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales »²⁷⁷.

113. (ii) *Les initiatives susceptibles d'être menées par l'Etat français* – Selon une logique plus stratégique, il est possible d'envisager les initiatives qui pourraient être déployées par les autorités françaises afin de régler de manière pérenne les problèmes résultant du FATCA. Le problème de la réciprocité des échanges de renseignements n'est pas le seul en jeu dans ce cadre. En effet, si les Etats-Unis venaient par extraordinaire à modifier leur droit interne afin de garantir des échanges équivalents d'informations, cela ne modifierait en rien la situation des personnes affectées. Ce sont les effets extraterritoriaux du FATCA, décuplés par le système de *citizenship-based taxation*, qui se situent au cœur de toutes les atteintes constatées.

114. *Renégociation de l'accord FATCA* – Outre une évolution de la législation américaine permettant aux américains accidentels de renoncer à la nationalité américaine selon une procédure simple et rapide, une manière de les problèmes résultant de l'application du FATCA consisterait à neutraliser dans le cadre de l'accord les mécanismes donnant un effet extraterritorial à la *citizenship-based taxation*. Il faudrait en conséquence supprimer de l'accord les dispositions de l'annexe I relatives à l'identification des comptes américains par le biais des indices d'américanité et ne plus exiger en conséquence la production des formulaires W8 ou W9. Les résidents fiscaux américains qui disposent d'un compte en France auraient toujours l'obligation de communiquer leur NIF américain mais celui-ci ne pourrait être exigé des américains, accidentels ou non, qui sont des résidents fiscaux français. Cela assurerait une symétrie entre les obligations de déclaration des comptes américains en France et des comptes français aux Etats-Unis²⁷⁸. Cette solution a d'ailleurs été proposée dès 2015 dans une recommandation très documentée de l'IRS *Taxpayer Advocate Service* qui proposait d'éliminer les obligations déclaratives pour les personnes habitant dans des pays étrangers « *of which the US person is a bona fide resident* »²⁷⁹. Elle a été également incorporée dans une récente

²⁷⁶ « Fiscalité : les "Américains accidentels" engagent un recours auprès du Conseil d'État », *LeFigaro.fr*, 3 octobre 2017.

²⁷⁷ *JORF*, 3 août 2017, n° 0180.

²⁷⁸ V. la différence actuelle entre les articles 2(2)(a)(1) et 2(2)(b)(1) de l'accord FATCA France/Etats-Unis.

²⁷⁹ Taxpayer Advocate Service, « Foreign Account Reporting : Eliminate Duplicative Reporting of Certain Foreign Financial Assets and Adopt a Same-Country Exception for Reporting Financial Assets Held in the Country in Which a US Taxpayer Is a Bona Fide Resident », in *2015 Annual Report to Congress*, vol. 1, p. 353 et s., <http://taxpayeradvocate.irs.gov/Media/Default/Documents/2015ARC/ARC15_Volume1_LR_05_Foreign-Acct-Reporting.pdf>.

proposition de loi d'une parlementaire américaine à laquelle il n'a pas encore été donné suite²⁸⁰. Cette solution permettrait d'ailleurs de faire converger le FATCA avec la norme CRS qui est le standard internationalement reconnu en la matière. Ces pistes ne font bien évidemment pas obstacle à ce que des négociations soient conduites entre les Etats-Unis et la France afin d'amender la convention de 1994 pour que soient trouvées des solutions pérennes à la situation des doubles nationaux afin d'éviter les duplications et chevauchements d'obligations fiscales.

115. *Suspension de l'application et/ou dénonciation de l'accord FATCA* – L'analyse conduite a montré que la France a la possibilité, au regard des principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de constater une violation substantielle de ce traité afin d'y mettre fin ou de suspendre l'application de ses obligations conventionnelles. Il a également été indiqué que si la France considérait qu'une violation substantielle du traité n'était pas caractérisée, elle avait néanmoins la possibilité, par le biais de la convention franco-américaine de 1994, de limiter strictement la communication d'informations à ce qui est symétriquement communiqué par les Etats-Unis. Cette hypothèse a d'ailleurs été envisagée par le Conseil d'Etat dans son avis sur l'accord FATCA²⁸¹. Enfin, si la France considérait qu'une violation substantielle du traité n'était pas caractérisée, elle aurait toutefois la possibilité de dénoncer unilatéralement l'accord FATCA avec un préavis de douze mois tel que prévu par l'article 10(2) de l'accord.

116. *Mesures nécessaires à la neutralisation des effets extraterritoriaux de la loi FATCA* – La rupture des liens conventionnels au titre de l'accord FATCA entre la France et les Etats-Unis n'affectera pas la validité de la législation FATCA de 2010 en droit américain. Il restera donc applicable et les institutions financières françaises pourraient consentir à son application extraterritoriale afin d'éviter la retenue de 30%. Dans la mesure où il n'y aurait plus de base légale en France pour permettre la collecte des renseignements et leur transfert à l'IRS, les institutions financières pourraient être conduites à exclure de manière encore plus significative les clients présentant un indice d'américanité. La rupture des liens conventionnels au titre de l'accord FATCA devrait donc conduire la France à adopter des dispositifs afin de neutraliser les effets extraterritoriaux du FATCA en France (garantir la non-discrimination dans l'accès aux services financiers, prohiber des demandes de renseignements relatives aux indices d'américanité, etc.). Dans l'hypothèse d'une rupture des liens conventionnels, les Etats-Unis ne pourraient se prévaloir de l'accord FATCA qui les autorise à imposer la retenue à la source de 30%. Si une telle mesure venait à être maintenue et appliquée, elle pourrait présenter des incompatibilités avec certains engagements internationaux des Etats-Unis, en particulier ceux de l'OMC²⁸². En effet, l'Accord général sur le commerce des services (GATS) prohibe les restrictions aux paiements et transferts internationaux (GATS, Article XI) de même qu'il impose de garantir le traitement national aux prestataires de services étrangers (GATS, Article XVII). Ces sanctions pourraient dès lors être contestées dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC²⁸³. Encore faudrait-il une volonté politique de le faire, ce qui n'a pas été le cas récemment pour d'autres dispositifs extraterritoriaux américains.

²⁸⁰ Proposition de Carolyn B. Maloney intitulée « *Introduction of Overseas Americans Financial Access Act* », 25 avril 2017, <<https://www.congress.gov/congressional-record/2017/4/25/extensions-of-remarks-section/article/e532-2>>.

²⁸¹ V. *supra* n° 64.

²⁸² Catherine A. Brown, *Non-discrimination and Trade in Services – The Role of Tax Treaties*, Springer, 2017, p. 207 et s.

²⁸³ Une action devant l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC implique une dénonciation de l'accord FATCA. En effet, ce recours ne pourra être sollicité « pour ce qui est d'une mesure d'un autre Membre qui relève d'un accord international conclu entre eux pour éviter la double imposition » (GATS, article XXII(3)). Le FATCA pouvant être considéré comme lié à la convention franco-américaine de 1994, il serait donc préférable que l'accord FATCA ne soit plus en vigueur au moment d'initier cette éventuelle action.

Mots-clés : *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* – *Citizenship-based taxation (CBT)* – nationalité – fiscalité – extraterritorialité – protection des données personnelles – discrimination – réciprocité