



DR. THIERRY AMY
avocat, associé BianchiSchwald Sàrl,
Genève – Zürich – Lausanne – Berne

Renseignements transfrontières

Les échanges directs de renseignements transfrontières auront le droit privé comme seul rempart. Pour que cette protection soit efficace, les clients devront entreprendre des démarches procédurales, souvent coûteuses et au résultat incertain.

Ces dernières années, de nouvelles procédures de communication aux autorités fiscales et de surveillance prudentielle étrangères sont apparues en droit suisse. Nous nous référons principalement ici au nouveau régime de communication directe prévu par l'art. 42 c de la loi sur l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA), ainsi qu'à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (EAR). Ces nouvelles procédures permettent le transfert d'un flux d'informations important directement de la part des établissements bancaires et financiers assujettis à ces nouvelles réglementations auprès des autorités prudentielles, respectivement fiscales étrangères compétentes. En l'absence de toute intervention d'une autorité étatique, ce flux de données est susceptible de mettre en danger les intérêts des clients des établissements bancaires et financiers suisses tenus à ces nouvelles obligations de fourniture de renseignements. Il en découle que ces établissements se trouvent désormais dans une situation peu confortable. D'un côté, ils doivent assurer la protection de leurs propres données ainsi qu'un haut niveau de confidentialité à leurs clients et de l'autre côté, ils doivent mettre en place une structure qui leur permette de remplir leurs obligations de transmission d'une partie de ces mêmes données aux autorités fiscales ou de surveillance prudentielle étrangères. Or,

paradoxalement, le système mis en place par le législateur suisse pour sauvegarder la confidentialité des données des clients ainsi transmises par leurs établissements bancaires et financiers repose essentiellement sur le droit privé, et plus particulièrement sur la loi fédérale sur la protection des données personnelles (LPD), ainsi que sur les dispositions générales du Code civil applicables en matière de protection de la personnalité. Les autorités ainsi compétentes pour intervenir dans la protection des données transmises par ces nouveaux canaux de communication directs consistent donc dans le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, ainsi que dans les tribunaux civils en application des règles spéciales de la LPD et des actions générales de l'art. 28 a du Code civil, à savoir en prévention ou en cessation de l'atteinte ou encore en constatation de son caractère illicite, ainsi qu'en dommages et intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain illicite.

Or, pour que cette protection soit efficace, les clients concernés n'auront pas d'autre choix que d'entreprendre de nombreuses démarches procédurales, souvent coûteuses et au résultat incertain. Pire, s'agissant des tribunaux civils, la nature juridique des questions soulevées relatives à des réglementations complexes et spécialisées, de même que la capacité pour ces autorités de mettre en œuvre en temps

utile les mesures requises ne manquera pas de mettre au défi cette juridiction, par essence pas destinée à intervenir dans de tel contextes; notamment, l'interdiction provisionnelle de la transmission des informations prévues dans le cadre de ces nouveaux procédés de communication pourrait souvent s'avérer soit pas donnée, soit pas garantie. Dans le cadre de l'échange automatique de renseignements en matière fiscale, il en ira de même s'agissant des mesures qui pourraient être requises par les éventuels clients lésés auprès de l'AFC. En effet, les pouvoirs de l'AFC en matière de contrôle préalable des données transmises à l'étranger, respectivement en matière de rectification de données inexactes dues par exemple à une erreur de transmission, sont très limités. Ceci a comme conséquence que les établissements bancaires et financiers chercheront dans la plupart des cas à obtenir le consentement préalable de leurs clients à la transmission de telles données. En revanche, dans la mesure où les établissements précités sont les seuls susceptibles de faire l'objet des actions civiles basées sur la LPD ou le Code civil susmentionnées, ils auront à cœur d'adopter une attitude prudente, de telle manière à léser le moins possible les intérêts de leurs clients, afin d'éviter l'ouverture de nombreuses procédures qui pourraient s'avérer non seulement coûteuses, mais également préjudiciables en terme d'image. ■