

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d'informations à des fins fiscales

Lachapelle, Amélie

Published in:

Revue générale de fiscalité et de comptabilité pratique

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Lachapelle, A 2016, 'Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d'informations à des fins fiscales: état des lieux de la jurisprudence européenne (1re partie)', *Revue générale de fiscalité et de comptabilité pratique*, numéro 9, pp. 24-37.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d'informations à des fins fiscales : état des lieux de la jurisprudence européenne* (1^{re} partie)

Amélie LACHAPPELLE

**Doctorante Aspirante du Fonds de la Recherche Scientifique (FNRS),
chercheuse au CRIDS (UNamur) et au CRECO (UCL)**

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction	24
II.	Les traitements d'informations à des fins fiscales et le respect des droits fondamentaux	25
2.1.	Le renforcement des traitements d'informations à des fins fiscales	26
2.2.	Le désintérêt pour la protection des droits fondamentaux du contribuable	29
2.3.	La dualité de protection européenne des droits fondamentaux	30
III.	La portée du droit à la vie privée en matière fiscale dans la jurisprudence européenne	33
3.1.	La notion de « domicile »	34
3.2.	La notion de « correspondance »	34
3.3.	La notion de « vie privée »	36

conserver ou transmettre des données relatives à des contribuables, et ce, en vue d'établir correctement l'impôt, de lutter contre la fraude fiscale et de neutraliser les formes d'évasion fiscale jugées abusives.

Le phénomène est loin de s'épuiser. Au contraire, il risque de s'accélérer encore au 1^{er} janvier 2017, date d'entrée en vigueur en droit belge de la « Norme commune d'échange automatique de renseignements relatifs à des comptes financiers ». La collecte et la transmission de données en matière fiscale ont radicalement évolué ces dernières années. Du reste, l'actualité récente est profondément marquée par le phénomène des « data leaks » révélant des cas de grandes fraudes et évasions fiscales internationales. On pense bien entendu aux *Panama Papers* et aux *Bahama Leaks*.

I. Introduction

Devant l'émergence du *Big Data*, « le volume des données personnelles collectées, utilisées et stockées a totalement changé d'échelle, de même que la valeur des bienfaits sociétaux et économiques rendus possibles par les nouvelles technologies et les usages responsables des données personnelles »¹. Les données occupent désormais une place centrale dans le fonctionnement de la société moderne. Leur usage croissant bouleverse notre façon de communiquer, de nous divertir, de travailler, de gouverner et même de réfléchir. Chaque profession est impactée, et même de nouveaux métiers apparaissent, avec pour matière première, la « donnée personnelle ».

L'administration n'est pas en reste. En particulier, l'administration fiscale emploie des outils technologiques variés pour collecter, exploiter, enregistrer,

Ces traitements massifs de données à des fins fiscales sont susceptibles de porter atteinte au droit fondamental à la vie privée. Mais les données personnelles constituent aujourd'hui un *business* à part entière². Elles sont créatrices de valeurs économique et sociale et doivent, eu égard à ce potentiel, pouvoir circuler librement en Europe et, spécialement, au sein du marché européen. La réglementation relative à la protection des données à caractère personnel (ci-après : « protection des données ») tend à assurer l'équilibre délicat entre, d'une part, la protection des droits fondamentaux et spécialement le droit à la vie privée, et, d'autre part, la libre circulation des données à caractère personnel. Elle repose principalement sur la Convention du Conseil de l'Europe (ci-après : CdE) pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel³ et sur la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traite-

* L'auteur remercie le professeur Marc BOURGEOIS (ULG) pour la relecture attentive de cette contribution et ses conseils avisés.

1 OCDE – Direction de la science, de la technologie et de l'industrie / Comité de la politique de l'information, de l'informatique et des communications, *Exploration de l'économie des données personnelles : revue des méthodes de mesure de la valeur pécuniaire des données* (DSTI/ICCP/IE/REG(2011)2/FINAL), 24 mai 2013, p. 5. Les travaux cités de l'OCDE sont disponibles sur son site Internet, en version téléchargeable ou en lecture seule.

2 Sur la dimension économique des données personnelles, voy. not. S. CHIGNARD et L.D. BENYAYER, *Datanomics : Les nouveaux business models des données*, Limoges, FYP Éditions, 2015 ; OCDE – Direction de la science, de la technologie et de l'industrie / Comité de la politique de l'information, de l'informatique et des communications, *ibid.*, p. 5.

3 Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janvier 1981, STE n° 108.

ment des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁴. Cette protection a été traduite en droit belge par le truchement de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après : « loi vie privée »)⁵.

Dans ce contexte, nous avons trouvé utile de faire le point sur la portée actuelle du droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence des deux hautes juridictions européennes (III) ainsi que sur l'examen de son respect par ces deux juridictions (IV). À la faveur du thème qui nous occupe, on analysera, en particulier, comment les juridictions européennes appréhendent en matière fiscale :

- le concept de « donnée fiscale » ;
- la demande de renseignements : auprès d'un contribuable, auprès d'un tiers et auprès d'une autre autorité publique ;
- la perquisition, la saisie et la copie de documents, en ce compris des documents couverts par le secret professionnel ; et
- l'échange de renseignements proprement dit.

Mais avant de nous y plonger, nous avons jugé opportun de retracer le cadre juridique et politique dans lequel se déploie notre sujet d'étude (II).

L'objectif du droit fondamental au respect de la vie privée, soulignons-le, n'est pas de protéger la tricherie, la fortune ou le vice, mais de permettre à l'individu de développer sereinement sa personnalité à l'abri des abus des pouvoirs publics et privés. Pourtant, la lecture des derniers textes législatifs adoptés en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, qu'ils se situent au niveau international, européen ou national, laissent suggérer que le droit à la vie privée ne protégerait, en matière fiscale, que les éléments qui n'ont pas d'intérêt pour le pouvoir taxateur⁶. Cet affaiblissement du droit à la vie privée ne demeure, cependant, à ce stade, que virtuel, dès lors que les réglementations en question doivent encore être éprouvées en pratique et laissent au travail du juge un rôle important.

Dans un souci de clarté, on désignera par « donnée fiscale » ou par « information fiscale », toute donnée utile au pouvoir taxateur, telle que le revenu professionnel d'une personne ou le solde de son compte bancaire. Aussi, on entendra par « traitement d'informations », toute opération sur des données à caractère personnel, au sens de la protection des données, à savoir « toute opération ou ensemble d'opérations

effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

Mais la matière étant vaste et complexe, nos propos tourneront principalement autour des échanges d'informations. Ils ne sauraient, par ailleurs, prétendre à l'exhaustivité. Notre objectif tend, plus modestement, à faire le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et sur celle de la Cour de justice de l'Union européenne de façon à suggérer au lecteur quelques pistes d'orientation et de réflexion pour les questions futures.

II. Les traitements d'informations à des fins fiscales et le respect des droits fondamentaux

À la sortie de la Première Guerre mondiale, les problèmes de sur-imposition et de sous-imposition n'ont cessé de croître, compte tenu de la mondialisation des échanges économiques et du développement des technologies de l'information et de la communication (ci-après : TIC). Ils se sont d'autant plus multipliés que, parallèlement, les administrations fiscales ne sont demeurées compétentes qu'à l'intérieur des frontières nationales en vertu du principe de territorialité.

C'est pourquoi l'Organisation de coopération et de développement économique (ci-après : OCDE) s'efforce, depuis sa création en 1961, de renforcer la coopération en matière fiscale au gré de ses nombreux travaux. L'échange international de renseignements constitue une partie essentielle de cette coopération internationale en matière fiscale. L'Union européenne lui a naturellement emboîté le pas, mais plus tardivement, à la fin des années 70.

De son côté, le Conseil de l'Europe s'est interrogé, dès 1968, sur l'impact des TIC sur le respect du droit à la vie privée. En effet, une grande partie des décisions affectant les individus repose, dans notre société moderne, sur des données enregistrées dans des fichiers informatiques : fiches de paie, dossier social, dossier fiscal, dossier médical, etc. Il s'ensuit, d'après lui, une

4 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, n° L 281 du 23 novembre 1995, pp. 31 à 50.

5 Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

6 En ce sens, voy. F. VANISTENDAELE, « Big Brother is watching you ! », *A.F.T.*, 2014/11, p. 4 (« *De vraag is of in onze maatschappij van de toekomst de burger die zijn belastingen betaalt nog recht heeft op een greintje privacy over informatie die niet nodig is voor de administratie om fraude te achterhalen* »).

responsabilité sociale correspondante pour les utilisateurs de ces données dans les secteurs privé et public.

Le renforcement sensible des traitements d'informations effectués à des fins fiscales se traduit tant au niveau supranational qu'au niveau national. Il fera objet du point 2.1. Les droits des contribuables concernés par ces traitements ont, parallèlement, été relativement négligés ; nous les envisagerons au point 2.2. Ceci est d'autant plus regrettable que leur protection est le fruit, en Europe, de deux juridictions distinctes – la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne –, une division qui n'est pas sans susciter quelques encombres comme nous le verrons dans le point 2.3.

2.1. Le renforcement des traitements d'informations à des fins fiscales

L'échange international d'informations en matière fiscale peut se présenter sous trois formes différentes : l'échange sur demande, l'échange spontané et l'échange automatique⁷ (cf. point 2.1.1.). Sur le plan national également, des évolutions majeures sont perceptibles et sont dues, en grande partie, à l'informatisation de l'administration fiscale et à la lutte contre la fraude fiscale (cf. point 2.1.2.).

2.1.1. Les formes classiques d'échanges internationaux d'informations à des fins fiscales

Jusqu'en 2015, l'échange de renseignements sur demande constituait, à l'initiative de l'OCDE, la norme d'échange international d'informations. Il repose notamment⁸ sur la convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, qui constitue l'instrument multilatéral de coopération fiscale le plus complet⁹. 106 juridictions ont adhéré à cette convention, parmi lesquelles le Panama, depuis le 27 octobre 2016¹⁰.

On entend par « échange d'informations sur demande », « tout échange d'informations réalisé sur la base d'une demande introduite par l'État membre re-

quérant auprès de l'État membre requis dans un cas particulier »¹¹. Cette forme d'échange intervient donc dans le cadre d'un contrôle, d'une enquête ou d'investigations menées par l'État requérant à l'encontre d'un contribuable identifié ou d'un groupe de contribuables identifiés.

Les informations demandées peuvent être très variées. Il peut s'agir, entre autres, du domicile fiscal d'un individu ou d'une entreprise ; de la nature du revenu dans le pays de résidence ; du revenu et des charges figurant sur une déclaration d'impôt ; des documents constitutifs d'une entité et des documents relatifs aux changements ultérieurs d'actionnaires ou d'associés ; des noms et adresses des administrateurs, directeurs et autres salariés d'une entreprise pour les années pertinentes, des preuves (contrats et relevés bancaires) de leur rémunération, des cotisations de sécurité sociale et des renseignements relatifs à leurs fonctions dans toute autre entité ; des relevés bancaires ; ou encore des documents comptables et des états financiers¹². Ainsi que nous le verrons, toutes ces données sont susceptibles de relever de la notion de « vie privée » et de celle de « données à caractère personnel ».

Si les informations contenues dans le dossier fiscal de l'État requis sont insuffisantes pour satisfaire la demande de l'État requérant, l'État requis devra prendre les mesures appropriées en vertu de sa législation interne pour y répondre¹³.

Ces mesures de collecte d'informations peuvent notamment prendre la forme des mesures suivantes¹⁴ :

- interroger une personne susceptible d'avoir connaissance de renseignements ou de détenir, de conserver ou de contrôler ces renseignements ;
- exiger la communication de livres, de registres, de documents ou autres éléments matériels ;
- obtenir l'accès aux locaux et les perquisitionner pour trouver et se procurer des livres et des registres ou autres éléments matériels afin de les examiner.

Comme nous le verrons, ces mesures sont susceptibles de représenter une ingérence dans le droit à la

7 À ce sujet, voy. not. X. OBERSON, *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015 ; O.-C. GÜNTHER et N. TÜCHLER (éd.), *Exchange of Information for Tax Purposes*, Vienne, Linde, 2013. En droit belge, voy. not. C. TAGHON, *(Inter)nationale gegevensuitwisseling*, Malines, Kluwer, 2014 ; N. DIEPENS et S. DIEPVENS, « De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik in de toekomst », *T.F.R.*, 2015/476, pp. 146-162. Voy. aussi OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006.

8 Voy. aussi l'article 26 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, qui constitue un instrument bilatéral, et sa mise à jour de 2012.

9 Convention conjointe OCDE/Conseil de l'Europe du 25 janvier 1988 concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, amendée par le protocole de 2010 (ci-après : Convention OCDE/CdE).

10 Tableau arrêté à la date du 28 octobre 2016, disponible à l'adresse http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf (consulté le 3 novembre 2016).

11 Art. 3, 8), de directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *J.O.U.E.*, n° L 64 du 11 mars 2011, pp. 1 à 12.

12 OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module 0. Aspects généraux et juridiques de l'échange de renseignements, p. 10.

13 Art. 5, § 2, de la Convention OCDE/CdE ; Circulaire AAF/2000-237 du 20 août 2001, p. 5.

14 OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module 0. Aspects généraux et juridiques de l'échange de renseignements, p. 20.

vie privée et à la protection des données, ce qui implique de respecter un certain nombre d'exigences.

L'« échange spontané d'informations » se définit, quant à lui, comme la communication ponctuelle, à tout moment et sans demande préalable, à un autre État membre d'informations¹⁵ supposées présenter un intérêt pour lui¹⁶. La communication d'informations intervient donc à l'initiative d'un État qui dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire.

Depuis 2015, l'échange automatique d'informations (« *Automatic Exchange of Information* » – ci-après : AEoI) est devenu la nouvelle norme d'échange international de renseignements¹⁷. Actuellement, l'OCDE considère l'AEoI comme un outil de choix « permettant de lutter contre l'indiscipline fiscale *off-shore* »¹⁸. C'est pourquoi les pays du G20 et l'OCDE encouragent la généralisation du standard, y compris et surtout par les paradis fiscaux, pour les sortir des listes noires des pays non-coopératifs.

101 juridictions se sont actuellement engagées à débiter l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en 2017 ou 2018¹⁹, parmi lesquelles celles de la Belgique.

On entend par « échange automatique d'informations », « la communication systématique, sans demande préalable, d'informations prédéfinies, à intervalles réguliers préalablement fixés, à un autre État membre »²⁰.

Dans la mesure où l'AEoI porte sur des informations prédéfinies, il doit faire l'objet d'un accord préalable explicite, entre les autorités compétentes, sur la procédure à suivre et sur les catégories de renseignements échangés²¹. À la date du 2 novembre 2016, 87 juridictions avaient signé cet accord, dit « accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers » (« *Multilateral Competent Authority Agreement for the Common Reporting Standard* » – CRS MCAA)²².

L'échange automatique présente des vertus certaines²³ : il permet de livrer, en temps utile, des informations permettant de découvrir des fraudes fiscales

qui n'auraient pu être découvertes autrement (vertu répressive) ; d'inciter les contribuables à se plier volontairement à leurs obligations et à déclarer toutes les informations pertinentes (vertu dissuasive) ; ou encore d'inculquer aux contribuables le devoir de mieux s'acquitter de leurs obligations, et ce, de façon spontanée (vertu pédagogique).

L'AEoI présente toutefois également des inconvénients. On en relèvera trois. Ce système entraîne, tout d'abord, des coûts considérables pour les institutions financières et les administrations vu la quantité importante d'informations qui doivent être transmises et évaluées, sans savoir en outre si les fonctionnaires sont actuellement en nombre suffisant et s'ils sont suffisamment formés pour traiter de telles masses d'informations. Ensuite, la quantité d'informations échangées peut mettre à mal le droit à la vie privée, de même que le principe d'égalité dans la mesure où les informations sont échangées sans distinction aucune quant au risque de fraude fiscale. Enfin, la crainte formulée par l'auteur George Orwell sous l'expression « *Big Brother is watching you* » représente une menace bien réelle si des balises suffisantes et effectives ne sont pas mises en place au service des droits fondamentaux des contribuables.

2.1.2. La multiplication des traitements nationaux de données à des fins fiscales

Conséquence logique des projets mis en œuvre dans le cadre de l'informatisation de l'administration fiscale, les traitements et échanges d'informations se sont eux aussi considérablement multipliés sur le plan national.

On illustrera nos propos avec le cas de la Belgique, dont l'informatisation de l'administration fiscale fédérale est le fruit du projet « Coperfin », mené dans le cadre de la célèbre réforme « Copernic » enclenchée au début des années 2000.

S'agissant de la collecte des informations, il est manifeste que l'informatisation poussée du SPF Finances facilite le respect par le contribuable de ses obligations fiscales. Ainsi, l'application « *My Minfin* »²⁴ permet au contribuable, après authentification, de gérer

15 Art. 3, 10), de la directive 2011/16 précitée (DAC).

16 OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module 2 sur l'échange spontané de renseignements, p. 3.

17 Sur l'AEoI, voy. not. K. DEFERM et R. BIRON, « Globale automatische uitwisseling van informatie in fiscale aangelegenheden : tussen mythe en realiteit », *T.F.R.*, 2016/496, pp. 165-184 ; S. MORENO GONZÁLEZ, « The Automatic Exchange of Tax Information and the Protection of Personal Data in the European Union : Reflections on the Latest Jurisprudential and Normative Advances », *EC Tax Review*, 2016/3, pp. 146-161.

18 OCDE, *Échange automatique de renseignements : Qu'est-ce que l'échange automatique de renseignements, comment fonctionne-t-il, quels sont ses avantages, quels progrès reste-t-il à accomplir ?*, rapport présenté au G20 à Los Cabos en 2012, p. 17.

19 Tableau arrêté à la date du 26 juillet 2016, disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf> (consulté le 3 novembre 2016).

20 Art. 3, 9), directive 2011/16 précitée.

21 Art. 6 de la Convention OCDE/CdE ; Circulaire AAF/2000-237 du 20 août 2001, p. 6.

22 Liste disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-Signatories.pdf> (consulté le 3 novembre 2016).

23 OCDE, *Échange automatique de renseignements : Qu'est-ce que l'échange automatique de renseignements, comment fonctionne-t-il, quels sont ses avantages, quels progrès reste-t-il à accomplir ?*, op. cit., p. 17.

24 Accessible à l'adresse <https://eservices.minfin.fgov.be/portal/fr/public/citizen/welcome> (consulté le 4 novembre 2016).

électroniquement son dossier fiscal. Cette application comprend des e-services dont le plus connu est « *Tax-on-web* », qui permet d'introduire électroniquement sa déclaration à l'impôt des personnes physiques²⁵. Cette façon de procéder est d'autant plus aisée que certaines informations sont déjà pré-encodées, sur la base des données en possession du SPF Finances ou obtenues d'autres administrations.

On mentionnera, par ailleurs, la mise en place, sous l'égide de la Banque nationale de Belgique, d'une base de données informatisée, le « Point de Contact Central » (PCC)²⁶, en contrepartie de l'élargissement des hypothèses de levée du secret bancaire²⁷. Tout établissement de banque, de change, de crédit et d'épargne, c'est-à-dire toute institution financière pouvant se prévaloir du secret bancaire dans ses relations avec le fisc belge, est tenu, en vertu de l'article 322, § 3, du CIR 1992, de communiquer à ce point de contact l'identité de ses clients et les numéros de leurs comptes et contrats²⁸. Les contribuables alimentent également ce point de contact en application de l'article 307, § 1^{er}, alinéa 2, du CIR 1992²⁹. Ils doivent lui communiquer, au plus tard en même temps que l'introduction de la déclaration à l'impôt des personnes physiques, certaines informations concernant leurs comptes étrangers, sauf si cette communication a déjà été effectuée dans un exercice d'imposition précédent³⁰.

Le point de contact ne peut être consulté que par l'agent désigné par le ministre, visé à l'article 322, § 2, du CIR 1992 et qu'après s'être préalablement adressé au contribuable sans succès et avoir constaté

que l'enquête effectuée implique la possibilité d'une taxation indiciaire ou révèle un ou plusieurs indices de fraude fiscale. Il peut, en outre, être consulté dans le cadre du recouvrement de l'impôt par les fonctionnaires en charge, en vertu de l'article 319*bis* du CIR 1992³¹. Suite à une demande de la pratique, la loi-programme du 1^{er} juillet 2016 a élargi l'accès au PCC, dans certaines hypothèses définies, aux autres agents du fisc, au parquet, aux juges d'instruction, à la Cellule de traitement de l'information financière (CTIF) et aux notaires³².

Actuellement, le PCC ne rencontre pas le succès escompté dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales dès lors qu'il accuse des retards de mise à jour, ce qui contrevient en outre à la protection des données.

Au surplus, l'administration fiscale a accès, grâce à la généralisation de l'usage d'Internet, à une multitude d'informations utiles au travers des moteurs de recherche et des réseaux sociaux. Ces derniers peuvent révéler, par les commentaires et photos qu'ils contiennent, certains signes d'aisance qui n'auraient pas été traduits de façon chiffrée dans la déclaration fiscale d'un contribuable déterminé. L'utilisation de ces informations par le contrôleur fiscal en vue d'une rectification n'a pas été jugée illégale par la Cour d'appel d'Anvers en 2011³³. De même, le Ministre Didier Reynders, interrogé sur ce point en 2009, a répondu que les renseignements trouvés sur des sites de réseaux sociaux ne constituaient pas des preuves en soi mais pouvaient être le point de départ d'investigations³⁴. Reste à savoir si cette façon de procéder est

25 Art. 307*bis* du CIR 1992.

26 Art. 55 de la loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 6 mai 2011. Sur le PCC, voy. not. F. SMET, « Le 'point de contact central des données bancaires' prend forme », *Fiscologue*, n° 1350, 30 août 2013, p. 2 ; F. SMET, « Point de contact central pour les données bancaires : 2^e arrêté d'exécution », *Fiscologue*, n° 1375, 28 février 2014, p. 5 ; S. WATELET, « Accès aux données bancaires via le Point de Contact Central », *B.J.S.*, octobre 2014, n° 528, p. 1 ; C. BUYSE, « Communication des données des comptes étrangers au PCC : entrée en vigueur », *Fiscologue*, n° 1432, 29 mai 2015, p. 10.

27 D'après l'article 322, § 2, du CIR 1992, un établissement de banque, de change, de crédit ou d'épargne n'est considéré comme un « tiers » pouvant faire l'objet d'une demande de renseignements au sens de l'article 322, § 1^{er}, du CIR 1992 que « lorsque l'administration dispose dans le cadre de l'enquête d'un ou de plusieurs indices de fraude fiscale ou lorsque l'administration envisage de déterminer la base imposable conformément à la procédure de taxation indiciaire ». La Cour constitutionnelle a jugé que ces deux nouvelles hypothèses de levée du secret bancaire étaient conformes à la Constitution (C. const., arrêt n° 6/2013 du 14 février 2013 ; arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013).

28 L'article 322, § 3, du CIR 1992 précise que cette obligation vaut uniquement pour autant qu'il s'agisse de types de comptes et de contrats qui sont pertinents pour le prélèvement de l'impôt. L'arrêté royal du 17 juillet 2013 relatif au fonctionnement du point de contact central visé à l'article 322, § 3, du CIR 1992 détermine de quels types de comptes et de contrats il s'agit (*M.B.*, 26 juillet 2013).

29 Les modalités de cette communication et le délai de conservation des données concernées sont déterminés par l'arrêté royal du 3 avril 2015 modifiant l'arrêté royal du 17 juillet 2013 relatif au fonctionnement du point de contact central visé à l'article 322, § 3, du CIR 1992 (*M.B.*, 13 avril 2015). Voy. aussi la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 7 mai 2014 – Chapitre 6 (art. 175-177).

30 L'article 307, § 1^{er}, alinéa 2, du CIR 1992 énonce que « la déclaration annuelle à l'impôt des personnes physiques doit comporter les mentions de l'existence de comptes de toute nature dont le contribuable, son conjoint, ainsi que les enfants dont les revenus sont cumulés avec ceux des parents conformément à l'article 126, § 4, ont été titulaires, à un quelconque moment dans le courant de la période imposable, auprès d'un établissement de banque, de change, de crédit ou d'épargne établi à l'étranger et du ou des pays où ces comptes ont été ouverts. Au plus tard en même temps que l'introduction de la déclaration qui comporte les mentions de l'existence de comptes étrangers visés au présent alinéa, les numéros de ces comptes, la dénomination de l'établissement de banque, de change, de crédit ou d'épargne et le ou les pays où ces comptes ont été ouverts doivent être communiqués au point de contact central visé à l'article 322, § 3, sauf si cette communication a déjà été effectuée dans un exercice d'imposition précédent ».

31 Art. 322, § 3, al. 2, et § 5, du CIR 1992, tel qu'inséré par l'article 175 de la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 7 mai 2014). Voy. aussi l'arrêté royal du 3 avril 2015 précité.

32 Chapitre 7 de la loi-programme du 1^{er} juillet 2016, *M.B.*, 4 juillet 2016.

33 Anvers, 22 février 2011, *Fisc. act.*, 2011, liv. 16, p. 9. Dans l'affaire jugée par la Cour, le contrôleur fiscal, en allant sur le compte du réseau social dont l'intéressé était un utilisateur, a constaté à partir d'un *chat* que la voiture de ce dernier était utilisée à titre privé de manière plus importante que ce qu'il déclarait. Il a donc décidé d'abaisser la déduction des frais de voiture *Land Rover Defender* à titre de frais professionnels à 70 % (au lieu de 85 % comme initialement prévu). La Cour a jugé que cette décision était tout à fait légale et ne portait pas atteinte d'une manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'intéressé. Sur l'usage des données de sites Internet par le fisc, voy. aussi : Question parlementaire n° 4-786 de M. WILLE du 11 avril 2008 (recours au réseau professionnel *LinkedIn*) ; « Les impôts scrutent Facebook », *L'Écho*, 16 décembre 2008.

34 Question parlementaire n° 335, 5 mars 2009 de M. GOYVAERTS (utilisation des données du site web Facebook), réponse du ministre le 17 juin 2009, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 066, pp. 94-95.

conforme au modèle de société auquel la société moderne, qu'elle soit belge ou non, aspire...

S'agissant de l'exploitation des données, l'informatisation de l'administration fiscale, combinée à des outils algorithmiques de plus en plus performants, permet d'extraire des données (« *datamining* ») d'immenses « entrepôts de données » (« *datawarehouse* ») pour en dégager des profils applicables à des contribuables particuliers en vue de détecter les fraudeurs potentiels (« *profiling* »).

La loi du 3 août 2012 portant dispositions relatives aux traitements de données à caractère personnel réalisés par le Service public fédéral Finances dans le cadre de ses missions³⁵ reprend les principes de base devant être respectés lors de traitements de données impliquant le SPF Finances. Elle contient notamment une disposition à propos du *datamining*. Plus largement, cette loi vise à mettre la pratique actuelle d'échanges de données au sein du SPF Finances en conformité avec la loi du 8 décembre 1992 précitée³⁶.

2.2. Le désintérêt pour la protection des droits fondamentaux du contribuable

Si l'application des droits fondamentaux en matière fiscale s'est heurtée, durant des décennies, à certaines résistances, « aujourd'hui, il n'est pas un fiscaliste, ni une publication fiscale, qui ne fasse référence à des textes ou à la jurisprudence concernant les droits de l'homme »³⁷. Pourtant, on constate, avec d'autres auteurs³⁸, que la protection des droits fondamentaux est reléguée au second rang dans les instruments fiscaux internationaux et dans la réflexion tendant à leur mise en œuvre. Certaines garanties liées au droit à la vie privée sont prévues dans ces instruments d'échanges, mais elles ont trait principalement à l'exigence de finalité et à celle de confidentialité. Or, le droit à la vie privée et celui à la protection des données personnelles ont une portée bien plus large, comme nous le verrons.

Ceci dit, le premier paragraphe 1 de la section 5 du modèle d'accord entre autorités compétentes proposé par l'OCDE dans la « Norme commune d'échange automatique de renseignements relatifs à des comptes

financiers » prévoit malgré tout que l'Autorité compétente qui communique les renseignements peut, dans la mesure où cela est nécessaire pour garantir le degré requis de protection des données personnelles, indiquer dans l'Accord entre autorités compétentes, en annexe C, les dispositions particulières qui doivent être exigées, en vertu de son droit interne. Cette disposition doit, sans nul doute, être accueillie avec enthousiasme. Toutefois, comme l'usage du « peut » nous l'indique, il ne s'agit pas d'une obligation. Ainsi, « l'Autorité compétente qui communique les renseignements ne spécifiera pas nécessairement des dispositions de protection particulières si elle a l'assurance que l'Autorité compétente destinataire garantit le niveau requis de protection des données communiquées. En tout état de cause, ces dispositions ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des données personnelles et ne doivent pas empêcher ou retarder indûment l'échange effectif de renseignements »³⁹.

Reste à voir comment cette faculté sera exercée en pratique. Les contribuables attendent sans nul doute l'administration au tournant. Les récentes tergiversations autour du « *Comprehensive Economic and Trade Agreement* » (« CETA ») témoignent à suffisance du climat actuel de méfiance qui règne au sein de la population au sujet du respect de ses droits et des valeurs européennes. Gageons que le premier paragraphe de la section 5 du modèle d'accord permettra, dans les faits, aux États membres de l'Union européenne de faire rayonner le modèle européen de protection des droits de l'homme (à ce sujet, voy. infra) et d'augurer, par les négociations qu'il emporte, la conception d'un modèle mondial de protection des droits de l'homme du contribuable.

Le respect des droits fondamentaux occupe une place importante dans le droit de l'Union européenne. Pourtant, il ne bénéficie pas de l'attention qu'il mérite dans ses instruments fiscaux.

Ainsi, la directive relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (« Directive on Administrative Cooperation » – ci-après : « DAC »)⁴⁰, instrument européen de base en matière d'échange de renseignements, se contente d'indiquer, dans son

35 Loi du 3 août 2012 portant [les] dispositions relatives aux traitements de données à caractère personnel réalisés par le Service public fédéral Finances dans le cadre de ses missions, *M.B.*, 24 août 2012.

36 Projet de loi portant [les] dispositions relatives aux traitements de données à caractère personnel réalisés par le Service public fédéral Finances dans le cadre de ses missions, 6 juillet 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2011-2012, n° 53-2343/001, p. 3.

37 R. ERGEC, « Préface », in V. SEPULCHRE, *Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 5.

38 N. DIEPENS et S. DIEPVENS, « De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik in de toekomst », *op. cit.*, pp. 155-158. Voy. aussi, s'agissant de l'AEoI, les craintes formulées par le Groupe 29 et le Comité consultatif de la Convention STE n° 108 (not. G29/Art. 29 WP, *Statement of the WP29 on automatic inter-state exchanges of personal data for tax purposes*, 14/EN WP 230, 4 février 2015, disponible sur le site Internet du G29 ; Comité consultatif de la Convention STE n° 108, *Avis sur les implications en matière de protection des données à caractère personnel des mécanismes d'échange interétatique et automatique de données à des fins administratives et fiscales*, 4 juin 2014, T-PD(2014)05, disponible sur le site du CdE).

39 OCDE, Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, Commentaires du modèle d'accord entre autorités compétentes, Éditions OCDE, 2014, p. 82.

40 Voy. aussi nos réflexions au sujet de la directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire dans le domaine fiscal (*J.O.U.E.*, n° L 146 du 3 juin 2016, pp. 8 à 21) in M. BOURGEOIS et A. LACHAPPELLE, « Multinationales : la lutte contre l'évasion fiscale en Europe », *J.D.E.*, 2016/8, p. 310.

considérant n° 28, que « la présente directive respecte les droits fondamentaux et est conforme aux principes reconnus, en particulier, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Au surplus, elle indique, en son article 25, que « tous les échanges d'informations effectués en vertu de la présente directive sont soumis aux dispositions d'application de la directive 95/46/CE ».

Ces deux assertions nous paraissent surabondantes dès lors que la directive respecte nécessairement les droits fondamentaux, la Charte des droits fondamentaux ayant la même valeur juridique que les traités (voy. *infra*). Aussi, les échanges d'informations effectués sur la base de la directive sont en principe soumis à la directive 95/46/CE dès lors qu'ils constituent des « traitements de données à caractère personnel ». Partant, le législateur n'a pu rédiger les dispositions de la DAC qu'en ayant égard aux exigences posées par la Charte des droits fondamentaux et par la protection des données, et en visant à les intégrer de façon cohérente. Ces assertions sont toutefois rassurantes en ce sens qu'elles traduisent une prise de conscience de la part des autorités européennes de l'importance de la protection des données.

En vérité, l'intérêt de l'article 25 de la DAC tient en ce qu'il énonce que les États membres, aux fins de la bonne application de la directive, limitent la portée des obligations et des droits prévus à l'article 10 (droit d'information en cas de collecte de données auprès de la personne concernée), à l'article 11, § 1^{er} (droit d'information lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée) et aux articles 12 (droit d'accès aux données) et 21 (publicité des traitements) de la directive 95/46/CE, « dans la mesure où cela est nécessaire afin de sauvegarder les intérêts visés à l'article 13, paragraphe 1, point e), de ladite directive », à savoir « un intérêt économique ou financier important d'un État membre ou de l'Union européenne, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal ».

À la lumière de ces considérations, il apparaît que les deux assertions mentionnées ne constituent, en réalité, que de simples précautions, le difficile travail de conciliation reposant, dans les faits, sur le législateur national tout d'abord, et ensuite, sur les destinataires des normes – l'administration et les contribuables, et *in fine*, sur le juge. Mais dans la mesure où la protec-

tion des droits fondamentaux est l'œuvre, en Europe, de trois systèmes de règles distincts – le droit des États, le droit de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe – et de trois contrôles juridictionnels distincts – les juges nationaux, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, cet effort de cohérence risque d'être particulièrement délicat et source d'insécurité juridique⁴¹. Or, la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales exigent célérité et clarté. De surcroît, l'on signalera que la directive 95/46/CE sera remplacée le 25 mai 2018 par le « règlement général sur la protection des données » (*General Data Protection Regulation* – GDPR)⁴² de sorte que les équilibres jurisprudentiels actuellement dégagés devront vraisemblablement être adaptés, voire révisés, sous l'empire de ce nouveau régime.

Sur le plan national aussi, le respect des droits fondamentaux a, pendant longtemps, évolué dans l'indifférence du droit fiscal. Ainsi, ce n'est qu'en 2012 que la protection des données a été formellement pensée dans le domaine fiscal, soit vingt ans après la transposition, en droit belge, de la directive 95/46/CE.

2.3. La dualité de protection européenne des droits fondamentaux

La dualité de la protection européenne des droits fondamentaux a fait couler beaucoup d'encre. Notre intention n'est pas d'en faire l'inventaire, mais d'en tracer les principales lignes utiles à notre étude⁴³.

Le Conseil de l'Europe est une organisation de défense des droits de l'homme, créée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Elle regroupe 47 États membres, dont les 28 membres de l'Union européenne. L'œuvre principale du Conseil de l'Europe demeure la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH), signée par tous ses membres. La Cour européenne des droits de l'homme, localisée à Strasbourg, est chargée d'en assurer le respect, ainsi que de ses protocoles additionnels. La juridiction se présente, dès lors, en Europe, comme la gardienne des droits fondamentaux.

L'Union européenne, de son côté, ne contenait, au départ, dans ses textes fondateurs, aucune référence aux droits fondamentaux en raison de sa nature es-

41 En ce sens, voy. E. VAN BRUSTEM, « Assistance administrative, transparence, contradiction, droits procéduraux : les juges européens cherchent l'équilibre... sans se contredire... », *R.G.C.F.*, 2016/3, p. 221.

42 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil 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), *J.O.U.E.*, n° L 118 du 4 mai 2016, pp. 1 à 88.

43 Sur le ce sujet, voy. not. J. MORANO-FOADI et L. VICKERS, *Fundamental Rights in the EU – A Matter for Two Courts*, Oregon, Oxford-Portland, 2015 ; J. CALLEWAERT, « Convergences et divergences dans la protection européenne des droits fondamentaux », *J.D.E.*, 2016, pp. 166-174 ; M. DASSESE, « Principe de l'équivalence et Charte des droits fondamentaux : les heureuses implications fiscales de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.G.F.*, 2015/3, pp. 4-13 ; O. DE SCHUTTER et Fr. TULKENS, « Confiance mutuelle et droits de l'homme – La Convention européenne des droits de l'homme et la transformation de l'intégration européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 939 et s. ; R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 125-129.

sentiellement économique. Elle a toutefois progressivement acquis « une dimension politique au sein de laquelle les valeurs communes européennes, dont les droits fondamentaux forment le noyau, occupent une place cardinale »⁴⁴. D'ailleurs, depuis l'adoption du traité d'Amsterdam le 2 octobre 1997, le respect de droits fondamentaux constitue une condition formelle de l'adhésion à l'Union (art. 49 TUE).

La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne est principalement l'œuvre de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle « a, en effet, très vite compris la nécessité d'édifier un système de protection en dépit de l'absence d'un catalogue de droits fondamentaux dans les actes fondateurs des Communautés »⁴⁵.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, la Cour ne disposait d'aucun texte exprès en droit de l'Union, exception faite, si tant est qu'on les qualifie comme tels, des libertés (économiques) fondamentales de circulation, ainsi que du principe général de non-discrimination. Elle fondait les droits fondamentaux dont elle assurait le respect sur diverses sources, telles que les traditions constitutionnelles communes aux États membres⁴⁶, les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré⁴⁷, en particulier la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission européenne des droits de l'homme⁴⁸, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966⁴⁹, ou encore le droit de l'Union lui-même⁵⁰.

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux⁵¹, la Cour dispose d'un texte expressément consacré. L'article 6 du TUE a été adapté en conséquence et dispose en son premier paragraphe que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». À ce sujet, il convient de souligner que la Cour de justice ne peut se prononcer que sur des situations et comportements qui tombent dans le champ d'application du droit de l'Union, à savoir des dispositions adoptées par les institutions européennes ou des dispositions nationales qui visent à mettre en œuvre le droit de l'Union. Partant, les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence⁵², comme le précisent expressément l'article 6, § 1^{er}, précité, ainsi que l'article 51, § 2, de la Charte. Il s'ensuit que la protection des données, au sens de la directive 95/46/CE, ne s'applique qu'aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, comme le précise d'ailleurs l'article 3 de la directive précitée.

Cela étant, la CEDH continue toujours d'influencer, en tant que source matérielle, les décisions rendues par la Cour de justice dans la mesure où l'article 6, § 3, du TUE énonce que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention précitée et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.

En particulier, on attirera l'attention sur le fait que, d'après les « explications relatives à la Charte des droits fondamentaux »⁵³ et la jurisprudence constante de la Cour de justice⁵⁴, les droits garantis à l'article 7 (droit au respect de la vie privée) correspondent à ceux qui sont garantis par l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée). Conformément à l'article 52, § 3, de la Charte, ils ont « le même sens et la même portée » que ceux de l'article correspondant de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Il en résulte que les limitations susceptibles de lui être légitimement apportées sont les mêmes que celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la CEDH.

44 R. ERGEC, *ibid.*, p. 122.

45 R. ERGEC, *ibid.*, p. 123.

46 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, § 4. Voy. aussi l'art. 6, § 3, TUE.

47 CJCE, 14 mai 1974, *Nold II*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491 cité in R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 123.

48 CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant*, aff. C-249/96, §§ 33 et 34 ; 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, § 73.

49 Voy. not. CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant*, aff. C-249/96, § 43.

50 CJCE, affaires jointes 209 à 215 et 218/79, *Van Ladewijck c. la Commission*, *Rec.*, 1980, pp. 3125 et s.

51 Notons que la Charte renferme un catalogue de droits fondamentaux plus large que celui de la Convention. Elle consacre ainsi des droits liés à la citoyenneté de l'Union (droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen et aux élections municipales, droit de pétition, droit de libre circulation et de séjour, etc.), des droits économiques et sociaux, ainsi que des droits dits de « troisième génération », à savoir la protection des données, les garanties en matière de bioéthique et l'administration transparente.

52 Voy. not. CJUE, 25 février 2016, *Associazione Italiana delle Unità Dedicate Autonome Private di Day Surgery e dei Centri di Chirurgia Ambulatoriale (Aiudapds)*, aff. C-520/15, § 20 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci, e.a.*, aff. C-256/11, §§ 44-71 ; CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, § 22. Voy. aussi les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02), *J.O.U.E.*, n° C 303 du 14 décembre 2007, p. 32. La Cour statuait déjà en ce sens avant l'entrée en vigueur de la Charte. Voy. not. CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant*, aff. C-249/96, § 45.

53 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, précitées, pp. 20 et 33. Ces explications ont été établies initialement sous la responsabilité du Praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte. Bien qu'elles n'aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent, d'après l'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, du TUE, un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte.

54 Voy. not. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB.*, aff. C-400/10 PPU, §§ 53-56 ; 15 novembre 2011, *Murat Dereci, e.a.*, aff. C-256/11, § 70 ; 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, § 70.

Néanmoins, la CEDH ne constitue pas, tant que l'Union n'y aura pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union⁵⁵. Or, la CJUE a récemment rendu un avis négatif au sujet de cette adhésion⁵⁶, et ce, bien que l'article 6, § 2, du TUE énonce *expressis verbis* que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

On perçoit ici, comme le relève le professeur Rusen Ergec, la réticence de la Cour de Luxembourg « à se soumettre à la censure d'une autre juridiction supranationale, extérieure à l'Union européenne, la Cour de Strasbourg. Mais dans la mesure où l'on voit dans l'Union européenne une structure proche d'une fédération, pourquoi ne pas en tirer les conséquences logiques et soumettre cette entité quasi étatique à l'empire d'une convention paneuropéenne »⁵⁷ ? Même si d'aucuns ne voient pas dans l'Union européenne de « fédération », au sens juridique du terme, la question demeure néanmoins posée face à une structure supranationale, qui se veut, en Europe, « fédératrice »... L'interrogation est d'autant plus pertinente que les droits communs à la Convention et à la Charte présentent un caractère trans-systémique qui requiert une interprétation et un contrôle uniformes⁵⁸.

Quoi qu'il en soit, en l'état actuel, l'examen des dispositions litigieuses soumises à la Cour doit être opéré au regard uniquement des droits fondamentaux garantis par la Charte⁵⁹, celle-ci ayant priorité sur la Convention⁶⁰. De plus, la Cour souligne qu'il ressort des explications afférentes à l'article 52 de la Charte (portée et interprétation des droits et des principes)⁶¹ que le paragraphe 3 de cet article⁶² vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH, « sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »⁶³. Mais, en tout état de cause, le niveau de protection offert par la Charte ne peut jamais être infé-

rieur à celui qui est garanti par la CEDH⁶⁴. Il s'ensuit que l'autonomie reconnue par l'article 52 vise à permettre à l'Union d'assurer une protection plus étendue. Ceci dit, dans la matière qui nous occupe, cette autonomie est assez relative eu égard à l'influence majeure que joue la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

La question de la dualité de la protection des droits fondamentaux en Europe fut examinée, à plusieurs reprises, par la Cour européenne des droits de l'homme. Selon une jurisprudence constante, « même quand ils appliquent le droit de l'Union européenne, les États contractants demeurent soumis aux obligations qu'ils ont librement contractées en adhérant à la Convention. Ces obligations sont toutefois à apprécier sous le bénéfice de la présomption que la Cour a établie dans l'arrêt *Bosphorus* et développée dans l'arrêt *Michaud* »⁶⁵, laquelle vient réduire l'intensité de son contrôle. Selon cette « présomption de protection équivalente » (dite aussi « présomption *Bosphorus* »), il y a lieu de présumer que les États contractants respectent les exigences de la Convention lorsqu'ils ne font qu'exécuter des obligations juridiques résultant de leur adhésion à une organisation internationale à laquelle ils ont transféré une partie de leur souveraineté, dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente - c'est-à-dire non pas identique mais « comparable » - à celle assurée par la Convention.

La Cour a jugé, dans le cadre de l'ancien « premier pilier » de l'Union, que la protection des droits fondamentaux assurée par l'ordre juridique de l'Union européenne était, en principe, équivalente à celle assurée par la CEDH⁶⁶. Cependant, l'application de cette présomption dans l'ordre juridique de l'Union européenne est soumise à deux conditions⁶⁷, formulées dans l'arrêt *Michaud*⁶⁸ : l'absence de marge de ma-

55 CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, § 44 ; 3 septembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a.*, aff. C-398/13 P, § 45. Sur le sujet, voy. not. J. Malenowski, « L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'UE à la CEDH », *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 777 et s.

56 CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014. La Cour de justice s'y était déjà opposée en 1994 (avis 2/94).

57 R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 125.

58 J. CALLEWAERT, « Convergences et divergences dans la protection européenne des droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 166-174.

59 Voy. not. CJUE, 3 septembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a.*, aff. C-398/13 P, § 45 ; 9 décembre 2014, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert Eifert*, aff. C-92/09 et C-93/09, § 46.

60 Il s'ensuit que si la juridiction de renvoi considère, à la lumière des circonstances du litige au principal, que la situation du requérant au principal relève du droit de l'Union, elle devra examiner si les mesures litigieuses portent atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale tel que prévu à l'article 7 de la Charte. En revanche, si elle considère que ladite situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, elle devra faire un tel examen à la lumière de l'article 8, § 1^{er}, de la CEDH (CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci e. a.*, aff. C-256/11, § 72).

61 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, précitées, p. 33.

62 L'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux est rédigé comme suit : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

63 CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15 PPU, § 47.

64 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, précitées, p. 33.

65 Cour eur. D.H., arrêt *Avotiņš c. Lettonie*, 26 mai 2016, req. n° 17502/07, § 101.

66 Cour eur. D.H., arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, § 159. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, § 338 ; 26 mai 2016, arrêt *Avotiņš c. Lettonie*, n° 17502/07, § 102.

67 Sur la présomption de protection équivalente, voy. not. E. VAN BRUSTEM, « Assistance administrative, transparence, contradiction, droits procéduraux : les juges européens cherchent l'équilibre... sans se contredire... », *op. cit.*, pp. 179-180.

68 Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, req. n° 12323/11, §§ 113-115. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Avotiņš c. Lettonie*, 26 mai 2016, req. n° 17502/07, § 105.

nœuvre pour les autorités nationales et le déploiement de l'intégralité des potentialités du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union⁶⁹.

La problématique de la dualité de protection des droits de l'homme en Europe demeure une question d'une acuité certaine en matière fiscale, comme l'illustre l'affaire *Satamedia* jugée par les deux juridictions à quelques années d'intervalle⁷⁰. Cette affaire a été renvoyée en grande chambre de la Cour de Strasbourg, qui a siégé le 14 septembre dernier à son sujet⁷¹.

Ce litige s'inscrit pleinement dans l'actualité puisqu'il porte sur la divulgation de données fiscales par voie de presse, à savoir dans un magazine et via un service de SMS. La Cour est donc amenée à se pencher sur la tension, très palpable dans la problématique des lanceurs d'alerte, entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression.

III. La portée du droit à la vie privée en matière fiscale dans la jurisprudence européenne

Le droit au respect de la vie privée est consacré, en Europe, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷² et par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est, en outre, reconnu expressément en droit belge à l'article 22 de la Constitution.

Ni la Convention des droits de l'homme, ni la Charte des droits fondamentaux ne font référence au « secret » ou à la « confidentialité ». Ces valeurs, d'importance majeure en droit fiscal, sont néanmoins protégées par le droit à la vie privée, et spécialement par la

protection attachée à la correspondance et aux données personnelles consignées par les autorités publiques⁷³. La Cour européenne des droits de l'homme protège, par ailleurs, expressément le « secret professionnel » de l'avocat par le truchement de l'article 8 de la Convention et de l'article 6.

La Cour constitutionnelle rappelle fréquemment que le constituant a voulu mettre l'article 22 de la Constitution le plus possible « en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...], afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 »⁷⁴. Il s'ensuit que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg influence considérablement le raisonnement de la Cour constitutionnelle au moment de juger de la constitutionnalité d'une norme par rapport au droit au respect à la vie privée⁷⁵.

La Cour de justice de l'Union européenne, prend, elle aussi, en considération la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, en vertu de l'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux, sans néanmoins faire fi de l'autonomie du droit de l'Union.

Dès lors que nous avons vu que « les droits garantis à l'article 7 correspondent à ceux qui sont garantis par l'article 8 de la CEDH », nous proposons de définir la notion de « vie privée » eu égard aux deux jurisprudences confondues. La notion de « vie privée » demeure néanmoins principalement l'œuvre de la Cour de Strasbourg. D'aucuns parlent d'une véritable « construction » du droit à la vie privée par le juge strasbourgeois⁷⁶. Celui-ci a souvent souligné que la notion de « vie privée » était une « notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaus-

69 Dans l'arrêt *Avotiņš* précité en note 65 (§§ 106-107), la Cour a, par exemple, constaté que la disposition litigieuse, soit l'article 34, § 2, du règlement Bruxelles I (refus de la reconnaissance et de l'*exequatur* d'un jugement étranger), « figurait dans un règlement, directement applicable dans les États membres en tous ses éléments, et non dans une directive, qui aurait lié l'État quant au résultat à atteindre mais lui aurait laissé le choix des moyens et de la forme » (voy., *a contrario*, arrêt *Michaud c. France*, précité, § 113). De surcroît, elle n'accordait aux États aucun pouvoir discrétionnaire (voy., *a contrario*, arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, § 339). S'agissant de la seconde condition (§§ 111-112), la Cour a considéré qu'il fallait « apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque affaire la question de savoir si les mécanismes de contrôle prévus par le droit de l'Union européenne ont pu déployer l'intégralité de leurs potentialités, et plus précisément si le fait que la juridiction interne saisie du litige n'ait pas opéré de renvoi préjudiciel à la CJUE est de nature à écarter l'application de la présomption de protection équivalente » (§ 111). En l'occurrence, elle a constaté que le requérant n'avait « avancé aucun point précis lié à l'interprétation de l'article 34, point 2, du règlement Bruxelles I et à sa compatibilité avec les droits fondamentaux qui permettrait de considérer qu'il aurait été nécessaire de procéder à un renvoi préjudiciel devant la CJUE. Cette analyse est confirmée par le constat que le requérant n'a présenté au sénat de la Cour suprême de Lettonie aucune demande de renvoi préjudiciel. [...] Ainsi, l'absence de renvoi préjudiciel n'est pas un facteur déterminant en l'espèce. La seconde condition d'application de la présomption Bosphorus doit donc être considérée comme remplie. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que la présomption de protection équivalente s'applique en l'espèce » (§§ 111-112).

70 CJUE, 16 décembre 2008, *Tietosuoja ja valtuutettu*, aff. C-73/07 (arrêt dit « *Satamedia* ») ; Cour eur. D.H., arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 21 juillet 2015, req. n° 931/13.

71 À la date du 3 novembre 2016, l'arrêt en grande chambre n'avait pas encore été publié sur le site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

72 L'article 8 de la CEDH protège par ailleurs la vie familiale, le domicile et la correspondance.

73 P. WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », in Fr. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, p. 128.

74 Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 997/5, p. 2. Voy. not. C. const., arrêt n° 189/2005 du 14 décembre 2005, B.4.3. ; arrêt n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.4. ; arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013, B.4.4.

75 Elle fait, à cette occasion, application d'une méthode toujours semblable, qualifiée par la doctrine de « méthode conciliatoire » (sur cette méthode, voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 125 et s.). Par cette méthode, « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées » (voy. not. C. const., arrêt n° 162/2004 du 20 octobre 2004 ; arrêt n° 16/2005 du 19 janvier 2005 ; arrêt n° 17/2010 du 25 février 2010).

76 Voy. Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in Fr. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 11-33.

tive »⁷⁷. Au gré d'une jurisprudence évolutive et dynamique, à la lumière des conditions d'aujourd'hui⁷⁸, la Cour a peu à peu identifié quels étaient les éléments couverts par cette notion devenue tentaculaire.

En réalité, l'article 8 de la CEDH ne protège pas seulement la vie privée. Il protège aussi, formellement, la vie familiale, la correspondance et le domicile. Si la doctrine majoritaire est d'avis que le droit au respect de la vie privée recouvre, au sens large, l'ensemble de ces droits, il arrive régulièrement à la juridiction strasbourgeoise de les examiner distinctement, notamment dans la matière qui retient notre attention.

Nous présenterons dans les lignes qui suivent comment la matière des traitements d'informations, spécialement à des fins fiscales, a pénétré le droit à la vie privée par le truchement des notions de « domicile » (3.1), « correspondance » (3.2) et « vie privée » (3.3). Cette structure nous permettra de présenter clairement une jurisprudence parfois ardue à systématiser.

3.1. La notion de « domicile »

La notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention s'entend largement : elle ne recouvre ainsi pas que le domicile privé d'un individu. Le terme « domicile », employé dans la version française du texte de l'article 8, a une connotation plus large que le terme « home », employé dans la version anglaise, et peut être étendu à certains « locaux professionnels »⁷⁹. Comme le relève la Cour de Strasbourg, il peut, en effet, « se révéler malaisé d'établir des distinctions précises : on peut mener de chez soi des activités liées à une profession ou un commerce, et de son bureau ou d'un local commercial des activités d'ordre personnel »⁸⁰. La Cour pense spécialement aux professions libérales, telles que celle d'avocat⁸¹. En outre, poursuit la Cour, « interpréter les mots 'vie privée' et 'domicile' comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répondrait à l'objet et au but essentiels de l'article 8 (art. 8) : prémunir l'individu contre des

ingérences arbitraires des pouvoirs publics »⁸². Partant, les locaux professionnels sont protégés par l'article 8, de même que les documents qui s'y trouvent.

Dès l'instant où le terme « domicile » peut être étendu à certains « locaux professionnels », il convient d'admettre que les personnes morales peuvent aussi bénéficier, dans certaines circonstances, de la protection du droit au respect du domicile. En ce sens, la Cour rappelle fréquemment que « la notion de 'domicile' n'inclut pas seulement le siège social d'une entreprise possédée et gérée par une personne physique, mais également celui d'une personne morale et de ses succursales, ainsi que les autres locaux professionnels »⁸³.

La Cour estime néanmoins que le droit d'« ingérence » des États contractants « pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas »⁸⁴, et spécialement lorsque lesdits locaux sont ceux d'une personne morale et de ses succursales⁸⁵. S'ensuit alors un contrôle assoupli de la Cour dans ce cas.

De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a fait preuve, dans un premier temps, de quelques signes de frilosité à l'idée de reconnaître le droit à l'inviolabilité du domicile aux entreprises⁸⁶. Toutefois, il ne fait plus de doute qu'un tel droit leur est désormais reconnu par la Cour, celle-ci prenant acte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet⁸⁷.

3.2. La notion de « correspondance »

La notion de « correspondance » se voit, elle aussi, conférer une interprétation large par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi la doctrine parle volontiers d'un « droit à la communication » pour désigner le droit à la correspondance⁸⁸. Par « correspondance », la Cour des droits de l'homme entend toute communication privée, qu'elle relève de la vie « privée » ou « professionnelle »⁸⁹, et quelle

77 Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 79 ; arrêt *Peck c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, req. n° 44647/98, § 57.

78 Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, §§ 74 et 75.

79 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, § 30. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, req. n° 10461/83, § 51 ; arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, n° 24117/08, 14 mars 2013, § 104.

80 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, §§ 30-31.

81 Sur la perquisition d'un cabinet d'avocat, voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, §§ 29-33 ; arrêt *Petri Sallinen e.a. c. Finlande*, 27 septembre 2005, req. n° 50882/99, § 71.

82 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, §§ 30-31.

83 Cour eur. D.H., arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, précité, § 104. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Sociétés Colas Est c. France*, précité, § 41 ; arrêt *Petri Sallinen e.a. c. Finlande*, 27 septembre 2005, n° 50882/99, § 71.

84 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 30.

85 Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Sociétés Colas Est c. France*, précité, § 49 ; arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, précité, § 104.

86 Voy. not. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. jointes 46/87 et 227/88, § 19 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux*, aff. 85/87, § 30 ; 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a.*, aff. jointes 97/87 à 99/87, § 16.

87 Voy. not. CJUE, arrêt *Deutsche Bahn AG c. Commission*, 18 juin 2015, aff. C-583/13 P, point 19-20.

88 S. DE RAEDT, « La portée du droit au respect de la vie privée et le droit de visite de l'administration fiscale – L'importance de l'arrêt *Bernh Larsen* nuancée », *R.G.C.F.*, 2015/3, p. 158. Voy. aussi les références citées par l'auteur en note 33.

89 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 32.

qu'en soit la forme : téléphonique⁹⁰, papier⁹¹, électronique⁹² ou autre⁹³, l'objectif étant d'en protéger la confidentialité⁹⁴. Il s'ensuit qu'est protégé tant « le droit à communiquer que le contenu »⁹⁵. Ainsi, tant l'interception secrète d'e-mails que la copie d'e-mails stockés sur un ordinateur peuvent constituer une ingérence dans le droit au respect de la correspondance.

Eu égard à son interprétation dynamique de la Convention, la Cour a également admis que les personnes morales pouvaient bénéficier de la protection du droit au respect de la correspondance⁹⁶. Ce droit offre une protection équivalente aux personnes physiques et aux personnes morales dès l'instant où la correspondance d'une personne morale est nécessairement celle des personnes physiques qui travaillent pour elle⁹⁷ ou pour qui elle travaille, s'il s'agit par exemple d'un cabinet d'avocats⁹⁸.

Si l'article 8 de la CEDH protège la confidentialité de toute « correspondance » entre individus, la Cour de Strasbourg lui reconnaît une protection renforcée s'agissant des échanges entre les avocats et leurs clients, qu'il s'agisse d'échanges téléphoniques⁹⁹ ou de données électroniques¹⁰⁰. La Cour de Luxembourg admet également, de longue date, la confidentialité du courrier entre une personne poursuivie et son avocat¹⁰¹. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables¹⁰². Il s'ensuit que « si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de 'garanties spéciales de procédure' »¹⁰³. Il est, dès lors, important, en pratique, de déterminer si la perquisition litigieuse est intervenue au domicile du requérant en sa qualité d'avocat ou de

simple particulier¹⁰⁴. Nous y reviendrons dans la suite de l'exposé.

Il découle de ce qui précède que le domicile et la correspondance de professionnels du chiffre et autres « intermédiaires financiers » sont susceptibles de bénéficier d'une protection sous le couvert de l'article 8 de la Convention, dès l'instant où ils sont tenus au secret professionnel de par leur profession. D'ailleurs, dans son arrêt *M.N. et autres contre Saint-Marin*, la juridiction de Strasbourg a balayé l'argumentation du gouvernement selon laquelle l'article 8 ne protégerait pas la confidentialité de documents concernant des relations bancaires et fiduciaires¹⁰⁵. Cela étant, aucune protection particulière ne leur semble reconnue¹⁰⁶. Les « intermédiaires financiers » ne paraissent ainsi pas bénéficier de la protection renforcée dont jouissent les avocats dans leurs relations avec leurs clients.

À la faveur des événements récents – on pense en particulier à l'affaire des « *Panama Papers* », et plus récemment encore aux « *Bahama Leaks* » –, il convient d'attirer l'attention sur le fait qu'aucun texte international traitant des échanges internationaux d'informations à des fins fiscales ne se réfère expressément à la protection accordée aux communications confidentielles entre un client et un avocat ou autre représentant légal agréé. C'est une option qui est laissée à la discrétion des États. En outre, l'OCDE a pris le soin de spécifier, dans son *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, que l'exception relative au secret professionnel « ne vaut pas pour les documents ou registres remis à un avocat, un notaire ou un autre représentant légal agréé dans l'exercice de ses fonctions pour essayer de les préserver d'une divulgation requise par la loi »¹⁰⁷.

- 90 Cour eur. D.H., arrêt *Huvig c. France*, 24 avril 1990, req. n° 11105/84, §§ 8 et 25 ; arrêt *Kennedy c. Royaume-Uni*, 18 mai 2010, req. n° 26839/05, § 118.
- 91 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 32.
- 92 Cour eur. D.H., arrêt *Petri Sallinen e.a. c. Finlande*, précité, § 71 ; arrêt *Kennedy c. Royaume-Uni*, précité, § 118 ; arrêt *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, req. n° 62617/00, § 41.
- 93 Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, précité, § 90.
- 94 Cour eur. D.H., arrêt *Frérot c. France*, 12 juin 2007, req. n° 70204/01, § 53 ; arrêt *Michaud c. France*, précité, § 90.
- 95 S. DE RAEDT, « La portée du droit au respect de la vie privée et le droit de visite de l'administration fiscale – L'importance de l'arrêt *Bernh Larsen* nuancée », *op. cit.*, p. 158.
- 96 Cour eur. D.H., arrêt *Wieser et Bicos Beteiligungen c. Autriche*, req. n° 74336/01, 1^{er} juillet 2008, § 45.
- 97 Cour eur. D.H., arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, précité, § 107.
- 98 Cour eur. D.H., arrêt *Petri Sallinen e.a. c. Finlande*, précité, § 71.
- 99 Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Klass e.a. c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71, § 41 ; arrêt *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, req. n° 13/1997/797/1000, § 50.
- 100 Cour eur. D.H., arrêt *Wieser et Bicos Beteiligungen c. Autriche*, précité, § 45.
- 101 CJCE, 18 mai 1982, *AM & S. Europe Limited*, aff. 155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575, cité in R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 123.
- 102 Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Xavier Da Silveira c. France*, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05, § 36 ; arrêt *Michaud c. France*, précité, § 118 ; arrêt *André et autres c. France*, 24 juillet 2008, req. n° 18603/03, § 41.
- 103 Cour eur. D.H., arrêt *Xavier Da Silveira c. France*, précité, § 37. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 37, arrêt *André et autres c. France*, précité, § 42.
- 104 Pour une illustration, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Xavier Da Silveira c. France*, précité, § 35. Voy. aussi les Commentaires du Modèle de Convention préventive de la double imposition dans lequel on peut lire que « les communications entre avocats, ou autres représentants légaux agréés et leurs clients ne sont confidentielles que dans la mesure où ces représentants agissent en leur qualité d'avocats, ou autres représentants légaux agréés et non à un autre titre, tel qu'actionnaires mandataires, fiduciaires, constituants d'un trust, administrateurs de sociétés ou en vertu de leur pouvoir de conseil pour représenter une société dans ses opérations commerciales » (*Mise à jour de l'article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant*, adoptées par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2012, p. 17).
- 105 Cour eur. D.H., arrêt *M.N. et autres c. Saint-Marin*, 7 juillet 2015, req. n° 28005/12, §§ 48 et 52.
- 106 À cet égard, il y a lieu de noter que les institutions financières n'étaient pas requérantes. Les requérants étaient, en l'espèce, concernés par les informations en tant que clients.
- 107 OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module 0. Aspects généraux et juridiques de l'échange de renseignements, p. 16.

Aujourd'hui encore plus qu'hier, il convient, dès lors, d'avoir toujours à l'esprit l'objectif du droit à la vie privée : en protégeant la confidentialité de la correspondance entre un avocat et son client, le droit à la vie privée tend à protéger la relation de confiance indispensable à la défense du client, mais ne vise, nullement, à occulter des violations de la loi.

3.3. La notion de « vie privée »

S'il est une notion interprétée de façon extensive par la Cour européenne des droits de l'homme, c'est bien celle de « vie privée ». L'extension est telle que l'on est passé d'un droit étroit, le droit à l'intimité, faisait écho au célèbre « *right to be let alone* » du juge anglais Cooley, au « droit à l'autodétermination informationnelle, c'est-à-dire le droit de chacun de garder la maîtrise de ses données, en décidant lui-même des conditions d'utilisation de celles-ci ou, du moins, en ayant connaissance de l'usage qui en est fait »¹⁰⁸ ; ceci, en passant par les mailles tentaculaires du droit au développement et à l'épanouissement personnel, peut-être inspiré de l'article 2, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale allemande consacrant le « droit de chacun au libre épanouissement de sa personnalité »¹⁰⁹.

Concrètement, relèvent, entre autres, de la notion de « vie privée » des éléments se rapportant : à l'intégrité physique et morale¹¹⁰ ; aux empreintes digitales¹¹¹ ; à l'épanouissement, au développement et à l'autonomie personnels¹¹² ; à l'établissement de relations avec ses semblables, en ce compris dans le cadre d'activités professionnelles ou commerciales¹¹³ ; à la libre disposition de son corps¹¹⁴ ; à l'identification sexuelle¹¹⁵ ; au sexe et à l'orientation sexuelle¹¹⁶ ; à la vie sexuelle¹¹⁷ ; à l'image¹¹⁸ ; à la naissance et à ses circonstances¹¹⁹ ; ou encore à un environnement sain¹²⁰.

D'après la Haute juridiction strasbourgeoise, cette interprétation extensive concorde avec celle de la Convention du 28 janvier 1981 relative à la protection des données¹²¹ à laquelle elle se réfère parfois¹²² en vue de « définir ce que doivent être, aux termes de l'article 8 [de la CEDH], les garanties à mettre en place par les États, de sorte que cette partie de la Convention de 1981 est pratiquement incorporée au système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme »¹²³.

Il en découle que la notion de vie privée peut aussi recouvrir « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable », au sens de la Convention de 1981, dans la mesure où ce genre de donnée est susceptible de porter sur la « vie privée » de la personne physique concernée¹²⁴. Pour déterminer si ces informations personnelles font entrer en jeu un des aspects de la « vie privée », la Cour de Strasbourg tient compte « du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés »¹²⁵. Aussi, elle estime que « des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics »¹²⁶.

La Cour de Strasbourg a jugé que constituaient des informations personnelles relevant de la vie privée des informations se rapportant à : l'adresse domiciliaire¹²⁷, aux revenus de capital¹²⁸, aux dépenses personnelles¹²⁹, aux comptes bancaires¹³⁰ ou encore des documents détenus par un avocat¹³¹. À ce propos, soulignons que la Cour vient de consacrer explicite-

108 E. DEGRAVE et A. LACHAPPELLE, « Le droit d'accès du contribuable à ses données à caractère personnel et la lutte contre la fraude fiscale », note sous C. const., arrêt n° 51/2014 du 27 mars 2014, *R.G.C.F.*, 2014, p. 325.

109 En ce sens, voy. Fr. SUDRE, « Rapport introductif... », *op. cit.*, p. 14.

110 Cour eur. D.H., arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n° 8978/80, § 22.

111 Cour eur. D.H., arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, § 86 ; arrêt *M.K. c. France*, 18 avril 2013, req. n° 19522/09, § 29.

112 Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 90 ; arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, § 61.

113 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité § 29 ; arrêt *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, req. n° 27798/95, § 65.

114 Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, précité, § 61.

115 Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 93.

116 Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, § 41.

117 Cour eur. D.H., arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*, précité, § 22 ; arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, précité, § 79.

118 Cour eur. D.H., arrêt *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, § 50.

119 Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n° 42326/98, § 29.

120 Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, req. n° 16798/90, § 51.

121 Cour eur. D.H., arrêt *Amann c. Suisse*, précité, § 65. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, req. n° 28341/95, § 43.

122 Pour une illustration, voy., not. Cour eur. D.H., arrêt *S. et Marper*, précité. Dans cet arrêt, la Cour s'appuie explicitement sur la Convention de 1981, ainsi que sur les recommandations pertinentes du CdE, pour définir quels sont les principes applicables à la collecte et la conservation de données personnelles sensibles (§§ 66-126). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Z. c. Finlande*, 25 février 1997, req. n° 22009/93, §§ 95-97.

123 P. WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 142.

124 Cour eur. D.H., arrêt *Amann c. Suisse*, précité, §§ 65 et 67 ; arrêt *Flinkkilä et autres c. Finlande*, 6 avril 2010, req. n° 25576/04, § 75 ; arrêt *Saaristo et autres c. Finlande*, 12 octobre 2010, req. n° 184/06, § 61.

125 Cour eur. D.H., arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*, précité, § 67 ; arrêt *Khelili c. Suisse*, 18 octobre 2011, req. n° 16188/07, § 55.

126 Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie*, précité, § 43. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, req. n° 9248/81, § 48 ; arrêt *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, 6 juin 2006, req. n° 62332/00, § 72.

127 Cour eur. D.H., arrêt *Alkaya c. Turquie*, 9 octobre 2012, req. n° 42811/06, § 30.

128 Comm. eur. D.H., décision *F.S. v. Germany*, 27 novembre 1996, req. n° 30128/96, p. 3.

129 Comm. eur. D.H., décision *X. c. Belgique (Hardy-Spirlet)*, 7 décembre 1982, req. n° 9804/82, p. 233, note DASSESSE.

130 Cour eur. D.H., *M.N. et autres c. Saint-Marin*, 7 juillet 2015, req. n° 28005/12, § 51. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *G.S.B. c. Suisse*, 22 décembre 2015, req. n° 28601/11, § 51 ; arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, 1^{er} décembre 2015, req. n° 69436/10, § 43.

131 Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 71.

ment, dans son arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova*, le droit au respect du secret professionnel comme une composante du droit à la vie privée¹³².

Aux yeux de la juridiction strasbourgeoise, le droit à la protection des données à caractère personnel semble donc représenter une composante du droit à la vie privée. La Commission européenne des droits de l'homme soutient pareillement, depuis 1981, que les questions de protection des données à caractère personnel (« *data protection* ») relèvent du champ d'application de l'article 8 de la Convention¹³³. La qualification de « données personnelles » par la Cour des droits de l'homme n'emporte cependant pas nécessairement l'application des principes de base de protection établis dans son arrêt *S. et Marper* (voy. *infra*)¹³⁴.

Bien que le droit à la protection des données à caractère personnel ait été consacré distinctement du droit à la vie privée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union, il n'en demeure pas moins profondément ancré dans le droit à la vie privée, comme en témoignent notamment les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux¹³⁵, l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 95/46/CE¹³⁶, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Cette dernière déclare, par exemple, dans son arrêt *Volker und Markus Schecke*, que le droit à la protection des données à caractère personnel est « étroitement lié au droit au respect de la vie privée »¹³⁷. Il s'ensuit que « les limitations susceptibles d'être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la CEDH »¹³⁸.

En ce sens, la Cour de l'Union européenne a affirmé,

dans l'arrêt *Satamedia* déjà évoqué, que les données nominatives relatives aux revenus d'un individu en vue de les communiquer à des tiers relevaient de la notion de « vie privée » et constituaient des « données à caractère personnel » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 95/46/CE¹³⁹. Aussi, elle a jugé que des données nominatives relatives aux bénéficiaires de fonds provenant de fonds européens agricoles et aux montants précis perçus par ceux-ci relevaient du « droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, reconnu par les articles 7 et 8 de la Charte »¹⁴⁰.

Pour finir, l'on notera qu'à ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme se refuse à trancher la question de savoir si les personnes morales jouissent également du droit au respect de la vie privée au sens strict. Elle se retranche derrière la reconnaissance à leur profit du droit au respect du domicile et la correspondance (voy. *supra*). Ce constat fait, la Cour déclare qu'il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a eu aussi une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes morales requérantes¹⁴¹. Cela étant, la Cour a convenu, dans son arrêt *Bernh Larsen*, qu'il fallait tenir compte, le cas échéant, de l'intérêt légitime des sociétés concernées à protéger la vie privée de leurs employés pour apprécier si l'ingérence était ou non justifiée au regard de l'article 8, § 2, de la CEDH¹⁴².

La Cour de justice de l'Union européenne, quant à elle, allègue que les personnes morales ne peuvent se prévaloir de la protection des articles 7 et 8 de la Charte « que dans la mesure où le nom légal de la personne morale identifie une ou plusieurs personnes physiques »¹⁴³.

132 Cour eur. D.H. arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, précité, § 43. Dans cette affaire, la requérante, qui était avocate, contestait la consultation, par le parquet, de ses extraits de compte bancaire professionnel dans le cadre d'une procédure pénale à son encontre du chef de fraude fiscale, au mépris du secret professionnel attaché aux données se rapportant à ses clients. Notons que la protection du secret professionnel par le truchement du droit à la vie privée ressortait déjà implicitement de l'arrêt *Michaud c. France*, précité (§ 91).

133 Comm. eur. D.H., décision *X. v. Austria*, 7 mai 1981, req. n° 8334/78, p. 197. Voy. aussi Comm. eur. D.H., décision *Leander v. Sweden*, 10 octobre 1983, req. n° 9248/81, p. 84 ; décision *Lundvall c. Suède*, 1^{er} décembre 1985, req. n° 10473/83, § 3 ; décision *F.S. v. Allemagne*, 27 novembre 1996, req. n° 30128/96, p. 3.

134 Voy. par exemple, Cour eur. D.H., arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, précité, §§ 43 et s.

135 D'après les *Explications*, l'article 8 de la Charte, qui consacre le droit à la protection des données à caractère personnel, est fondé sur l'article 286 du Traité instituant la Communauté européenne et sur la directive 95/46, ainsi que sur l'article 8 de la CEDH et sur la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981, ratifiée par tous les États membres (Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, précitées, p. 20).

136 L'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 95/46 énonce que « les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Voy. aussi les dixième et onzième considérants de la directive 95/46 qui renvoient explicitement à l'article 8 de la CEDH.

137 CJUE, 9 décembre 2014, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert Eifert*, aff. C-92/09 et C-93/09, § 47. À ce sujet, voy. not. E. DEGRAVE, « Arrêt 'Volker und Markus Schecke et Eifert' : le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et la transparence administrative », *J.D.E.*, 2011/178, pp. 97-99. Voy. aussi CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e.a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, § 53 ; 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems*, aff. C-362/14, §§ 39 et 78.

138 CJUE, arrêt *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert Eifert*, précité, § 52.

139 CJUE, 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu* (arrêt dit « *Satamedia* »), aff. C-73/07, § 35. Voy. aussi CJCE, arrêts *Österreichischer Rundfunk e.a.*, précités, § 64 ; 1^{er} octobre 2015, *Smaranda Bara e.a.*, aff. C-201/14, § 29.

140 CJUE, arrêt *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert Eifert*, précité, § 52.

141 Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Petri Sallinen et autres c. Finlande*, 27 septembre 2005, req. n° 50882/99, § 71 ; arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*, précité, § 51 ; arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, précité, §§ 106-107.

142 Cour eur. D.H., arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, précité, § 107.

143 CJUE, arrêt *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert Eifert*, précité, § 53. Voy. aussi CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, § 79. Elle a reconnu une telle protection dans l'arrêt *Volker und Markus Schecke*, mais elle s'est gardée d'identifier quels étaient les volets des droits fondamentaux concernés.