

**EHRC 2016/73 EHRM, 22-12-2015, 28601/11**  
**Bescherming persoonsgegevens, Privacy, Bankgeheim**

**Aflevering** 2016 afl. 4

**Rubriek** Uitspraken EHRM

**College** Europees Hof voor de Rechten van de Mens

**Datum** 22 december 2015

**Rolnummer** 28601/11

López Guerra (President)

Nicolaou

Keller

Silvis

Dedov

Lubarda

**Rechter(s)** Pastor Vilanova

G.S.B.

tegen

**Partijen** Zwitserland

**Noot** *mr. drs. B. van der Sloot*

**Trefwoorden** Bescherming persoonsgegevens, Privacy, Bankgeheim

EVRM - 8

**Regelgeving** EVRM - 14

### » Samenvatting

Een man met de Saudische en Amerikaanse nationaliteit zet een deel van zijn geld op een bank (UBS) in Zwitserland. Hij denkt daar veilig te zijn, in verband met het bankgeheim. De Amerikaanse belastingdienst krijgt echter een tip dat UBS veel rekeninghouders heeft die hun bezittingen niet opgeven aan de belastingdienst. De Amerikaanse justitie wil UBS vervolgen voor medeplichtigheid aan belastingontduiking. Er wordt een schikking getroffen en de autoriteiten vragen UBS gegevens over de rekeninghouders vrij te geven. Vervolgens mengt Zwitserland zich in het verhaal en er wordt een internationale overeenkomst tussen beide landen gesloten, waarbij er in Zwitserland een taskforce komt die zal beoordelen of en zo ja welke informatie er aan de Amerikaanse autoriteiten mag worden doorgespeeld. Als de informatie van G.S.B. vervolgens dreigt te worden overgedragen komt deze in het geweer. In de nationale procedure wordt hij eerst in het gelijk gesteld, maar nadat er verdere maatregelen zijn getroffen verliest hij de zaak alsnog. Ook door het EHRM wordt zijn klacht onder art. 8 EVRM afgewezen. Hierbij speelt met name de vraag of de veroordeling is voorgeschreven bij wet, aangezien de internationale overeenkomst met terugwerkende kracht lijkt te zijn toegepast. Dit argument wordt echter verworpen door het Hof.

### beslissing/besluit

### » Uitspraak

#### I. Sur la demande de radiation du rôle

40. Le Gouvernement rappelle que la Cour a demandé au requérant des renseignements concernant les conséquences effectives de la divulgation de ses données bancaires et que le requérant a répondu, le 7 août 2013, ne pas être en mesure de répondre à la demande de la Cour.

Estimant que le requérant manque ainsi à l'obligation de coopérer qui lui est faite par l'article 44A du règlement de la Cour, le Gouvernement demande que l'affaire soit rayée du rôle en application de l'article 37 § 1 lettre c) de la Convention, libellé comme suit:

“1. À tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure

(...)

c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige.

(...).”

41. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 47 § 7 du règlement de la Cour il incombe au requérant “d'informer la Cour de tout changement d'adresse et de tout fait pertinent pour l'examen de sa requête”. Une information incomplète et donc trompeuse peut s'analyser en un abus du droit de recours individuel, particulièrement lorsqu'elle concerne le cœur de l'affaire et que le requérant n'explique pas de façon suffisante pourquoi il n'a pas divulgué les informations pertinentes (*Gross c. Suisse* [GC], no 67810/10, § 28, CEDH 2014; *Hüttner c. Allemagne* (déc.), no 23130/04, 9 juin 2006; *Predescu c. Roumanie*, no 21447/03, §§ 25-26, 2 décembre 2008; et *Kowal c. Pologne* (déc.), no 2912/11, 18 septembre 2012). Il en va de même lorsque des développements nouveaux importants surviennent au cours de la procédure suivie devant la Cour et que, en dépit de l'obligation expresse lui incombeant en vertu de l'article 47 § 7 du règlement, le requérant n'en informe pas la Cour, l'empêchant ainsi de se prononcer sur l'affaire en pleine connaissance de cause (*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GC], no 38433/09, § 97, CEDH 2012; et *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, no 798/05, § 63, 15 septembre 2009).

42. La Cour est d'avis que la présente affaire ne se prête pas à une radiation du rôle. Elle note que, le 30 juin 2014, le requérant a informé la Cour qu'il faisait actuellement l'objet d'un contrôle fiscal aux États-Unis, mais qu'il n'avait pas encore été inculpé sur le plan pénal. Compte tenu des informations ainsi reçues, malgré leur caractère peu abondant, la Cour n'estime pas être devant le cas prévu à l'article 37 § 1 lettre c) de la Convention.

43. En conséquence, la Cour rejette la demande de radiation du Gouvernement.

## **II. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention**

44. Le requérant dénonce la divulgation de ses données bancaires comme une violation de son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention, ainsi libellé:

“1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique

du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.”

45. Le Gouvernement conteste cette thèse.

#### **A. Sur la recevabilité**

46. La Cour constate à titre liminaire que le Gouvernement ne remet pas en question l'applicabilité de l'article 8 au cas d'espèce.

47. Observant que le présent grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

#### **B. Sur le fond**

##### ***1. Existence d'une ingérence***

48. Le requérant soutient que la décision de l'Administration fédérale des contributions (AFC) ordonnant à UBS SA de lui transmettre tous les dossiers répondant aux critères de l'Annexe ainsi que celle de donner suite à la requête de l'IRS (Internal Revenue Service) constituent des ingérences dans sa vie privée et sa correspondance.

49. Le Gouvernement ne conteste pas que la mesure incriminée constitue une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée au sens de l'article 8.

50. La Cour ne voit pas de raison de mettre en doute les opinions exprimées par les parties. Dès lors, il convient d'admettre que le requérant a été victime d'une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée au plus tard le 14 décembre 2012, lorsque ses données bancaires ont effectivement été transmises aux autorités fiscales américaines (paragraphe 26 ci-dessus).

51. Il n'est pas douteux non plus que des informations relevant des comptes bancaires sont à considérer des données personnelles protégées par l'article 8 de la Convention (*M.N. et autres c. Saint-Marin*, no 28005/12, § 51, 7 juillet 2015, avec d'autres références).

##### ***2. Justification de l'ingérence***

52. Pareille ingérence enfreint l'article 8, sauf si elle remplit les exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Il reste donc à déterminer si l'ingérence était “prévue par la loi”, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard de ce paragraphe et “nécessaire dans une société démocratique” pour les atteindre.

###### **a) “Prévue par la loi”**

###### *i. Les thèses des parties*

###### **) Le requérant**

53. Pour ce qui est de la base légale de l'ingérence, le requérant expose trois séries d'arguments.

Premièrement, il rappelle que l'Accord 09 et le Protocole 10 n'ont pas été soumis à “référendum facultatif”, comme le prévoyait le droit suisse pour les traités contenant des dispositions importantes fixant des règles de droit, ce qui était selon lui le cas en l'espèce.

Le requérant ne partage pas l'avis du Tribunal administratif fédéral (TAF) selon lequel, du fait que la Suisse est liée sur le plan international par l'accord, les autorités suisses sont tenues de l'appliquer en vertu de l'article 190 de la Constitution fédérale (voir ci-dessous) indépendamment de toute méconnaissance éventuelle des formalités applicables à son adoption.

54. Deuxièmement, le requérant estime que la condition de prévisibilité n'était pas remplie, faisant valoir que l'Accord 09 et le Protocole 10 étaient d'application rétroactive.

Pour le requérant, l'exigence d'une base légale pour toute ingérence dans la vie privée trouve son fondement dans l'impératif de la sécurité juridique, qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit.

Or, explique-t-il, entre 2001 et 2008 l'entraide internationale entre la Suisse et les États-Unis en matière fiscale était régie par la CDI-US 96, qui excluait l'échange d'informations en cas de simple “soustraction” fiscale. Le requérant estime donc qu'à cette époque, les contribuables américains qui possédaient un compte non déclaré chez UBS SA pouvaient escompter que la Suisse ne donnerait aucune suite à une éventuelle demande des États-Unis au titre de l'entraide administrative. En l'élargissant aux simples cas de soustraction fiscale, l'Accord 09 tel qu'amendé par le Protocole 10 a modifié radicalement, à ses yeux, les conditions d'octroi de l'entraide administrative internationale.

55. Troisièmement, le requérant fait valoir qu'à la date de la décision rendue par l'AFC à l'encontre d'UBS SA concernant la remise des dossiers des clients remplissant les critères de l'Accord 09, soit le 1er septembre 2009, cet instrument n'avait pas encore été approuvé par le parlement fédéral.

56. De tout ce qui précède, le requérant conclut que les mesures incriminées ne reposaient pas sur une base légale suffisante.

### ***b) Le Gouvernement***

57. Sur le premier point soulevé par le requérant, le Gouvernement soutient que, contrairement à ce qu'affirme ce dernier, l'Accord 09 n'entrait pas dans le champ d'application du “référendum facultatif”. Aux termes de l'article 141 lettre d) ch. 3) de la Constitution fédérale (paragraphe 35 ci dessus), le droit de réclamer l'organisation d'un référendum à propos d'un traité international ne concerne que les traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

La notion de “dispositions importantes fixant des règles de droit” n'étant pas définie, le Gouvernement considère, à titre liminaire, que le parlement dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'application de ladite disposition.

58. Au soutien du choix ainsi opéré, le Gouvernement souligne que le Conseil fédéral a exprimé l'avis, partagé par le parlement fédéral, selon lequel l'ensemble formé par l'Accord 09 et le Protocole 10 ne contenait pas de dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de

l'article 141 de la Constitution fédérale, et n'avait donc pas lieu d'être exposé à l'éventualité d'un référendum sur demande.

59. Un argument supplémentaire en faveur de l'existence d'une base légale suffisante peut être trouvé, selon le Gouvernement, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En effet, aux termes de l'article 46 de celle-ci, le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité ait été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été "manifeste" (c'est-à-dire – selon l'alinéa 2 du même article – objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément au principe de la bonne foi) et ne concerne une règle de droit interne d'importance fondamentale.

Or, en l'espèce, renvoyant à ce qui est exposé plus haut, le Gouvernement estime que l'on ne saurait prétendre que ne pas soumettre l'Accord 09 et le Protocole 10 au référendum facultatif constituait une violation "objectivement évidente" de l'article 141 de la Constitution fédérale.

60. Sur le deuxième point soulevé par le requérant – à savoir, que l'Accord 09 ne remplirait pas le critère de la prévisibilité, de par son application rétroactive –, le Gouvernement rappelle (en citant à titre d'exemple l'affaire *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, 19 décembre 1997, § 35, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII*) qu'il est communément admis que, sauf disposition expresse contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours.

61. Le Gouvernement ajoute que, dans l'article 28 de la Convention de Vienne, précitée, l'énoncé du principe selon lequel une partie n'est pas liée par les dispositions d'un traité en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à sa date d'entrée en vigueur au regard de cette partie, ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date, est accompagné de la mention "à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie" (paragraphe 34 ci-dessus). Les parties à un traité international sont donc libres, en déduit-il, de convenir de l'application rétroactive de ses dispositions.

62. Le Gouvernement fait également valoir que, selon une jurisprudence constante en Suisse, les dispositions sur l'entraide administrative et pénale s'appliquent en principe à toutes les procédures en cours ou à venir, y compris lorsque ces procédures portent sur des exercices fiscaux antérieurs à leur adoption (arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 2A.551.20001, 12 avril 2002, cons. 2; 2A.250/2001, 6 février 2002, cons. 3; paragraphe 39 ci-dessus). Dès lors, il n'y a selon lui rien d'anormal à ce que l'Accord 09, conclu le 19 août 2009, soit venu régler l'entraide administrative pour le recouvrement d'impôts se rapportant à des avoirs détenus entre 2001 et 2008: l'entraide administrative relevant du droit procédural selon la jurisprudence en question, l'interdiction de la rétroactivité ne trouvait pas à s'appliquer.

63. Le Gouvernement expose plusieurs raisons justifiant, selon lui, l'application rétroactive du dispositif en question.

Tout d'abord, explique-t-il, les conséquences juridiques auxquelles le requérant se trouve exposé à la suite de la transmission de données concernant ses comptes chez UBS SA relèvent du droit matériel américain tel qu'il était en vigueur durant la période considérée, à savoir les années 2001-2008.

Ensuite, en se référant aux affaires *Cantoni c. France* (15 novembre 1996, § 35, *Recueil 1996 V*), et *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie* (nos 11082/06 et 13772/05, § 784, 25 juillet 2013), le Gouvernement estime que comme tout contribuable, évoluant de surcroît dans le monde des affaires, le requérant devait connaître ses obligations fiscales et les risques qu'il encourait en les contournant.

64. Pour le Gouvernement, le requérant ne pouvait raisonnablement exclure, en s'entourant de conseils juridiques, que le principe de la “rétroactivité” des normes de procédure soit un jour appliqué aux dispositions d’entraide administrative en matière fiscale entre la Suisse et les États-Unis; et cela d’autant plus que la pression exercée à cette fin par les États-Unis et au sein de l’Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) était connue de longue date.

65. Le Gouvernement invite également à garder en vue l’objet de l’interdiction de la rétroactivité: à ses yeux, ce principe vise à permettre aux personnes concernées de prévoir les conséquences de droit matériel pouvant résulter d’un acte incriminé, mais pas à protéger des comportements qui visent sciemment à contourner le droit matériel par des astuces fondées sur le droit procédural applicable.

66. Enfin, sur le troisième point soulevé par le requérant – à savoir, le fait que l’Accord n’avait pas encore été approuvé par le parlement au moment de la décision de l’AFC du 1er septembre 2009 –, le Gouvernement objecte que cette décision ne portait pas sur l’octroi de l’entraide administrative mais faisait suite à un examen préalable de la demande par l’AFC et devait permettre à cette dernière d’examiner si les conditions requises pour accorder l’entraide étaient remplies.

En tout état de cause, le Gouvernement fait valoir que l’application à titre provisoire de l’Accord avant l’approbation du parlement a reçu l’aval de ce dernier lors de l’approbation de l’Accord 09 et du Protocole 10.

67. Compte tenu de tout ce qui précède, le Gouvernement est convaincu que l’Accord 09, en combinaison avec la CDI-US, donnait une base légale à la mesure incriminée au regard de l’article 8 § 2.

## *ii. L’appréciation de la Cour*

### *) Les principes pertinents*

68. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les termes “prévue par la loi” signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l’objet et au but de l’article 8. La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l’individu – en s’entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. Pour que l’on puisse la juger conforme à ces exigences, elle doit fournir une protection adéquate contre l’arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l’étendue et les modalités d’exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes (*Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, §§ 66-68, série A no 82; *Rotaru c. Roumanie* [GC], no 28341/95, § 55, CEDH 2000-V; et *Amann c. Suisse* [GC], no 27798/95, § 56, CEDH 2000-II).

69. Le niveau de précision requis de la législation interne – laquelle ne peut, naturellement, parer à toute éventualité – dépend dans une large mesure du contenu du texte considéré, du domaine qu'il est censé couvrir et du nombre et de la qualité de ses destinataires (*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], no 30985/96, § 84, CEDH 2000-XI, et références citées).

70. Par ailleurs, il appartient aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (*Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, *Recueil* 1998-II, § 59; et *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-A).

#### *b) L'application des principes susmentionnés*

71. Le requérant se plaint essentiellement de deux aspects: d'une part, les carences d'ordre formel qui entacheraient la base légale de la mesure litigieuse; d'autre part, le défaut de prévisibilité de la mesure découlant selon lui de l'application rétroactive des instruments en question.

##### *– Sur le défaut de “référendum facultatif” et d’approbation parlementaire préalable quant à la base légale de la mesure*

72. En ce qui concerne le premier aspect, la Cour constate que les opinions des parties diffèrent considérablement en ce qui concerne la question de savoir si, d'un point de vue constitutionnel, ces instruments auraient dû être soumis à la possibilité d'un “référendum facultatif”.

Toutefois, la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de trancher cette question, dans la mesure où, comme il ressort de sa jurisprudence ci-dessus rappelée, elle se désintéresse largement de la question de la procédure qui a pu mener à l'adoption de telle ou telle loi invoquée à l'appui d'une ingérence dans un droit protégé par la Convention, la seule limite étant l'arbitraire.

73. À cet égard, la Cour rappelle que l'Accord 09 et le Protocole 10 ont été négociés et conclus par le Conseil fédéral, approuvés par le parlement fédéral puis ratifiés par le gouvernement, selon la procédure de conclusion des traités prévue par le droit constitutionnel. Même à supposer que l'Accord 09 et le Protocole 10 auraient dû être soumis à la possibilité d'un “référendum facultatif”, question restant controversée entre les parties, les bases légales de la mesure litigieuse n'en seraient pas pour autant devenues inexistantes.

74. Enfin, dans la mesure où le requérant soutient que la décision de l'AFC du 1er septembre 2009 manquait également de base légale à cause du défaut d'approbation de l'Accord 09 par le parlement à cette date, la Cour partage l'avis du Gouvernement selon lequel cette décision ne portait pas sur l'octroi de l'entraide administrative, mais devait simplement permettre à l'AFC d'examiner si les conditions d'octroi de l'entraide étaient remplies. En tout état de cause, l'application immédiate de l'Accord 09 à titre provisoire a été confirmée par le gouvernement lors de son approbation, et celle du Protocole 10 l'a été par le parlement fédéral le 17 juin 2010.

##### *– Sur le défaut allégué de prévisibilité tenant à l'application rétroactive des traités litigieux*

75. La Cour rappelle que son rôle est de s'assurer de la qualité de la base légale de l'ingérence, et en particulier de son accessibilité et de la prévisibilité suffisante de son application. En l'espèce, le requérant ne soutient pas que les deux instruments concernés lui auraient été inaccessibles. Par contre, il se plaint du défaut de prévisibilité de leur mise en œuvre.

76. Quant à la prévisibilité de la mesure litigieuse, la Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il

convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de "toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties", en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, par exemple, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 131, CEDH 2010, avec les renvois qui y figurent).

Dans le cas d'espèce, la Cour ne considère pas comme dépourvu de pertinence l'argument du Tribunal fédéral et du Gouvernement selon lequel l'article 28 de la Convention de Vienne ménage lui-même la faculté pour les parties à un traité international d'aller à l'encontre du principe de non rétroactivité et de prévoir qu'un fait d'occurrence antérieure soit pris en compte.

En ce qui concerne, toutefois, la convention intéressant la Cour au premier chef – la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, instrument déployant des effets juridiques immédiats vis-à-vis des individus –, l'éventuelle application rétroactive d'un autre traité international doit s'apprécier à l'aune des exigences de ses propres dispositions; et notamment, en l'espèce, de l'article 8.

77. La Cour rappelle que dans son arrêt *Brualla Gómez de la Torre* (précitée, § 35), cité par le Gouvernement, elle a admis comme un "principe généralement reconnu" celui selon lequel, sauf disposition expresse en sens contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours (voir également *Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 148, CEDH 2000-VII). Or, comme le souligne le Gouvernement, aucune exception expresse de cette nature n'existe en l'espèce. La Cour observe qu'il n'est, par ailleurs, pas contesté par le requérant que l'entraide administrative en matière fiscale relève du droit procédural.

78. Dans le présent cas, il existait une jurisprudence constante du Tribunal fédéral selon laquelle les dispositions sur l'entraide administrative et pénale obligeant des tiers à donner certains renseignements sont de nature procédurale et, partant, s'appliquent en principe à toutes les procédures en cours ou à venir, même portant sur des exercices fiscaux antérieurs à leur adoption (paragraphe 39 ci-dessus).

Le requérant, dûment représenté par un avocat devant les instances internes, ne pouvait valablement ignorer cette pratique judiciaire. Partant, il ne saurait arguer devant la Cour que l'ingérence est intervenue d'une manière imprévisible pour lui.

79. De surcroît, on ne saurait prétendre que la pratique auparavant restrictive des autorités suisses en matière d'entraide administrative fiscale avait pu créer dans le chef du requérant l'attente de pouvoir continuer à placer ses avoirs en Suisse en restant à l'abri de tout contrôle de la part des autorités américaines compétentes, ou même seulement de l'éventualité de contrôles rétroactifs (voir, *a contrario*, *Bigaeva c. Grèce*, no 26713/05, § 32, 28 mai 2009).

80. Compte tenu de tout ce qui précède, il y a lieu de considérer que la mesure litigieuse était "prévue par la loi" au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

### **b) But légitime**

#### *i. Les thèses des parties*

81. Le requérant estime que les mesures incriminées ne visaient aucun but légitime au sens de l'article 8 § 2.

Selon lui, le “bien-être économique du pays” ne peut guère être invoqué: l'Accord 09 et le Protocole 10, de même que les décisions prises sur leur fondement, servaient à ses yeux uniquement l'intérêt d'UBS SA, et non celui de la Suisse.

Pour ce qui est de la “prévention des infractions pénales”, le requérant estime qu'elle ne peut pas non plus entrer en ligne de compte, la soustraction fiscale étant en droit suisse une simple contravention et non un délit.

82. De son côté, le Gouvernement fait valoir que la transmission à l'IRS des données bancaires relatives au requérant est intervenue dans le cadre de l'entraide administrative fiscale, et qu'elle contribuait à cet égard au maintien de l'ordre et à la prévention de certaines infractions pénales.

De plus, il estime que la présente affaire s'inscrit dans un contexte particulier. Selon lui, l'enjeu était de parvenir à concilier trois préoccupations: la résolution du conflit qui avait pris naissance avec les procédures intentées par l'IRS aux États-Unis; la garantie aux personnes concernées d'une procédure conforme aux exigences de l'État de droit; et la prévention de risques économiques importants, non seulement pour UBS SA, mais pour la Suisse entière. Ces objectifs, explique-t-il, ne pouvaient être atteints par le biais d'une mise en œuvre complète des dispositions de l'Accord 09.

Par ailleurs, ajoute le Gouvernement, les mesures contestées servaient également au maintien de la sécurité nationale et au bien-être économique du pays.

## *ii. L'appréciation de la Cour*

83. Le secteur bancaire représentant une branche économique importante pour la Suisse, la Cour estime que la mesure incriminée, qui participait d'une tentative globale du gouvernement suisse de régler le conflit entre UBS SA et les autorités fiscales américaines, pouvait valablement être considérée comme de nature à contribuer à la protection du bien-être économique du pays. À cet égard, elle accepte l'argument du Gouvernement selon lequel les prétentions des autorités fiscales américaines contre les banques suisses pouvaient mettre en danger la survie même d'UBS SA, acteur important de l'économie suisse et employeur d'un nombre considérable de personnes; d'où l'intérêt, pour la Suisse, de trouver un règlement juridique efficace avec les États-Unis.

84. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la mesure incriminée poursuivait un but légitime au sens de l'article 8 § 2.

### *c) “Nécessaire dans une société démocratique”*

#### *i. Les thèses des parties*

85. Le requérant ne présente aucun argument à cet égard. Il estime, de façon générale, que les idéaux et valeurs d'une société démocratique ne sont pas sauvegardés et promus, mais au contraire heurtés et malmenés, par les décisions litigieuses et les textes sur lesquels elles s'appuient.

86. De son côté, le Gouvernement rappelle que lors de la conclusion de l'Accord 09, la Suisse se trouvait dans une situation délicate, face à un conflit de droit et de souveraineté avec les États-

Unis. Dans cette situation particulière, explique-t-il, si la Suisse n'avait pas mis en œuvre les dispositions de l'accord, il y avait lieu de s'attendre à ce que les procédures intentées aux États-Unis soient réactivées, avec toutes les conséquences que cela impliquerait. Le Gouvernement rappelle à cet égard le message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'Accord 09 et du Protocole 10, d'où il ressort que, compte tenu de l'importance systémique d'UBS SA, sa défaillance aurait causé des dommages considérables au reste du secteur bancaire en Suisse et à l'économie du pays dans son ensemble (paragraphe 32 ci-dessus).

87. Dans ce contexte, le Gouvernement rappelle encore qu'un objectif central de l'Accord 09 et des procédures d'entraide mises en œuvre était de ramener ces procédures dans le cadre légal de la CDI-US 96. Sans quoi, explique-t-il, il fallait s'attendre à ce que les autorités américaines fassent tout ce qui était en leur pouvoir pour se procurer les données en question en agissant directement contre la banque. L'Accord 09 a ainsi permis selon lui de ménager aux personnes concernées – dont le requérant – les garanties d'une procédure ordinaire d'entraide administrative, avec possibilité de recours.

Au sujet du requérant, étant donné les pratiques reconnues par UBS dans le cadre de son accord transactionnel avec les autorités de poursuite (le DPA), le Gouvernement estime qu'il y a tout lieu de croire que celui-ci a profité de services spécifiques de la banque pour dissimuler certains avoirs aux autorités fiscales américaines.

Quand bien même ce ne serait pas le cas, le Gouvernement note que le seul intérêt que le requérant avait à faire valoir contre la transmission aux États-Unis des données le concernant était celui de ne pas être exposé à une procédure fiscale concernant les avoirs en question, soit rien d'autre que d'échapper aux obligations fiscales qui sont les siennes en vertu du droit américain.

88. Compte tenu de tout ce qui précède, le Gouvernement conclut que la mesure était nécessaire dans une société démocratique.

## *ii. L'appréciation de la Cour*

### *) Les principes applicables*

89. Les organes de la Convention ont eu l'occasion d'établir certains principes régissant la divulgation de données de nature sensible, en particulier médicale (*Z. c. Finlande*, 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997 I; et *M.S. c. Suède*, 27 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997 IV), concernant la situation financière d'un homme politique (*Wypych c. Pologne*(déc.), no 2428/05, 25 octobre 2005) ou des données fiscales (*Lundvall c. Suède*, no 10473/83, décision de la Commission du 1er décembre 1985, *Décisions et rapports* (DR) 45, p. 121).

90. Il découle des principes posés par ces affaires que la Cour tient compte, en cette matière, du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel pour l'exercice du droit au respect de la vie privée garantie par l'article 8. Ainsi, la législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux exigences de l'article 8. Par ailleurs, la Cour admet que la protection de la confidentialité de certaines données personnelles peut parfois s'effacer devant la nécessité d'enquêter sur des infractions pénales, d'en poursuivre les auteurs et de protéger la publicité des procédures judiciaires lorsqu'il s'avère que ces derniers intérêts

revêtent une importance encore plus grande. Enfin, la Cour reconnaît qu'il convient d'accorder aux autorités nationales compétentes une certaine latitude pour établir un juste équilibre entre la protection des intérêts publics poursuivis, d'une part, et celle des intérêts d'une partie ou d'une tierce personne à voir de certaines données rester confidentielles, d'autre part (voir notamment *Z. c. Finlande*, précité, §§ 94, 95 et 97-99).

91. Ces principes concernant la divulgation de certaines informations ont largement été confirmés et développés par la Cour dans des affaires relatives à la conservation d'informations à caractère personnel (voir, en particulier, les affaires *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008; et *Khelili c. Suisse*, no 16188/07, §§ 61 et suiv., 18 octobre 2011). C'est dans ce cadre que la Cour étudiera l'ingérence litigieuse dans le droit du requérant au respect de sa vie privée.

*b) L'application des principes susmentionnés*

92. La Cour constate d'abord que le requérant n'avance pas d'arguments très étayés au soutien de l'idée d'une nature disproportionnée de la mesure litigieuse, se contentant de dire que cette mesure ne poursuivait pas un but légitime.

Elle relève, par contre, que le Tribunal administratif fédéral a jugé que les conditions auxquelles l'article 8 § 2 de la Convention soumet toute ingérence dans la vie privée ou familiale étaient remplies en l'espèce; et ce, en estimant que les importants intérêts économiques en jeu pour le pays ainsi que l'intérêt pour la Suisse à pouvoir respecter ses engagements internationaux prévalaient sur l'intérêt individuel des personnes concernées par l'entraide administrative à tenir secrète leur situation patrimoniale (cons. 4.1.2 de l'arrêt, paragraphe 23 ci-dessus). Cette argumentation est largement reprise par le Gouvernement dans ses observations devant la Cour.

93. En ce qui concerne l'intérêt privé du requérant, il ressort de la jurisprudence précitée que la protection accordée aux données à caractère personnel dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci. Selon l'arrêt *S. et Marper* (précité, § 102), la marge d'appréciation d'un État est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre "intime" qui lui sont reconnus. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte.

S'agissant de la situation du requérant, il échoue d'observer que seules sont en question ses données bancaires, soit des informations purement financières; il ne s'agissait donc nullement de données intimes ou liées étroitement à son identité qui auraient mérité une protection accrue. Il s'ensuit que la marge d'appréciation de la Suisse était ample.

94. Se référant à ce qu'elle a observé sur la question du but légitime poursuivi (paragraphes 83 et 84 ci-dessus), la Cour admet que la Suisse avait un intérêt important à donner une suite favorable à la demande d'entraide administrative des États-Unis afin de permettre aux autorités américaines de retracer les avoirs qui pouvaient avoir été dissimulés en Suisse. Par la conclusion de l'Accord 09 et du Protocole 10, elle a pu éviter un conflit majeur avec les États-Unis.

95. En ce qui concerne l'effet pour le requérant de la mesure litigieuse, la Cour observe ici encore que celle-ci intervenait dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative, et non d'une

procédure pénale menée aux États-Unis, qui restait – et reste encore – purement éventuelle, la première ne constituant tout au plus qu'un stade préalable à la seconde.

En d'autres termes, les données bancaires concernées ont été transmises aux autorités américaines compétentes en vue de permettre à ces dernières de vérifier, dans le cadre des procédures prévues, que le requérant s'était bien acquitté de ses obligations fiscales et, dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas, d'en tirer les conséquences juridiques.

96. La Cour observe également que le requérant a bénéficié de certaines garanties procédurales contre le transfert de ses données aux autorités fiscales américaines (voir, *a contrario*, *M.N. et autres c. Saint-Marin*, précité, §§ 82 et suiv.). D'abord, il a pu introduire un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision de l'AFC du 7 juin 2010 (paragraphe 20 ci-dessus). Ce tribunal a par la suite annulé ladite décision à cause d'une violation du droit du requérant d'être entendu. L'AFC a par conséquent invité le requérant à transmettre ses éventuelles observations dans le délai imparti. Le requérant a fait usage de ce droit. Le 4 novembre 2010, l'AFC a rendu une nouvelle décision, dûment motivée, dans laquelle elle est parvenue à la conclusion que toutes les conditions étaient réunies pour accorder l'entraide administrative. Par la suite, le requérant a pour une deuxième fois saisi le Tribunal administratif fédéral qui l'a débouté par l'arrêt du 2 mars 2011 (paragraphes 21 et 22 ci-dessus). Il s'ensuit que le requérant avait à sa disposition plusieurs garanties effectives et réelles d'ordre procédural pour contester la remise de ses données bancaires et, dès lors, de le protéger contre une mise en œuvre arbitraire des accords conclus entre la Suisse et les États-Unis.

97. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment au vu de la nature peu personnelle des données révélées, il n'était pas déraisonnable pour la Suisse de faire primer l'intérêt général d'un règlement efficace et satisfaisant avec les États-Unis sur l'intérêt privé du requérant. Dès lors, la Suisse n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation.

98. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

### **III. Sur la violation alléguée de l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention**

99. Le requérant s'estime victime d'une discrimination, en tant que client d'UBS, par rapport aux clients d'autres banques qui n'étaient pas concernées, à l'époque des faits, par l'entraide administrative en matière fiscale. Il invoque à cet égard l'article 14, ainsi libellé:

“La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.”

100. Plus précisément, il expose que l'Accord 09 vise uniquement une série définie de cas particuliers, correspondant tous à des clients d'UBS ayant la qualité de contribuables américains, et les assujettit à un traitement spécial en lieu et place du régime général établi par l'article 26 de la CDI US 96. Autrement dit, selon le requérant, non seulement l'Accord 09 ne pose pas une norme générale et abstraite, mais il est aussi à ses yeux discriminatoire: un contribuable américain qui aurait caché au fisc de son pays un compte ouvert auprès du Crédit suisse ne pourrait faire l'objet d'un échange d'informations, alors qu'un client d'UBS se voit exposé à cette possibilité.

101. Le Gouvernement conteste cette thèse. Il estime ce grief mal fondé. En effet, explique-t-il, les clients d'UBS se trouvaient dans une situation particulière en raison de la procédure intentée contre la banque par l'IRS, et dans le cadre de laquelle la banque avait reconnu la mise en place de certaines pratiques afin de contourner les dispositions fiscales américaines. Leur situation n'était donc pas la même que celle des clients d'autres banques américaines.

102. La Cour estime que le présent grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité. Dès lors, elle le déclare recevable.

103. Cependant, à supposer même que le requérant se trouvait dans une situation comparable à celle des clients d'autres banques qui n'ont pas fait l'objet d'échange d'informations avec les autorités fiscales américaines, la Cour parvient à la conclusion, essentiellement pour les mêmes raisons que celles invoquées à l'appui de la non-violation de l'article 8, que le requérant n'a pas subi un traitement discriminatoire au sens de l'article 14, combiné avec l'article 8. Il convient d'ajouter que le requérant n'apporte aucune preuve qui permette d'apprécier l'existence d'un traitement différent ou plus bénéfique dans une autre banque suisse.

104. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention.

**Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,**

1. *Rejette* la demande de radiation du rôle présentée par le Gouvernement;
2. *Déclare* la requête recevable;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention;
4. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention.

**» Noot**

1. Een man met de Saudische en Amerikaanse nationaliteit heeft een bankrekening in Zwitserland bij UBS SA. De Amerikaanse belastingdienst is er via een tip achter gekomen dat duizenden Amerikanen belastingen ontwijken via geheime rekeningen bij deze bank. UBS dreigt vervolgens strafrechtelijk te worden vervolgd. Om dergelijks te ontlopen sluit ze een overeenkomst met de Amerikaanse justitie en betaalt een bedrag van 780 miljoen dollar. Daarop wordt aan de bank verzocht de identiteit van 52.000 personen vrij te geven. Zwitserland bemoeit zich vervolgens met de affaire en er wordt een overeenkomst tussen Zwitserland en de VS gesloten (overeenkomst nummer 09) aangaande het vrijgeven van informatie over rekeningbezitters van UBS. Deze geeft invulling aan een eerder gesloten conventie (CDI-US 96) over het vrijgeven van informatie ter voorkoming van dubbele aangiften en belastingfraude. Vervolgens vraagt een nieuw opgerichte Zwitserse taskforce (AFC) UBS informatie over klanten vrij te geven. De zaak komt voor de rechter en deze oordeelt dat de overeenkomst ongeldig is, omdat de Conventie zelf ging over het voorkomen van belastingfraude en niet zag op belastingontwijkende praktijken: ‘que, partant, la CDI-US 96 ne permettait l'échange d'informations qu'en cas de “fraude ou délit semblable” au sens du droit suisse, c'est à dire en cas d'escroquerie fiscale (soustraction à l'impôt par le biais d'un montage astucieux) ou d'usage de faux dans les titres; – qu'au vu des obligations qu'il mettait à la charge de la Suisse, cet accord aurait dû revêtir la forme d'un traité international ratifié par le parlement fédéral suisse et être soumis à “référendum facultatif”; – que, partant, la forme d'un simple accord amiable conclu par le Conseil fédéral seul

était insuffisante. (par. 15)’. Omdat het hier derhalve volgens de rechter om een nieuwe internationale overeenkomst gaat, die niet kan worden gezien als een uityloeisel van de eerder gesloten conventie, moet zij door het parlement worden geaccordeerd en zou de overeenkomst open moeten staan voor een optioneel referendum. Omdat deze procedure niet is doorlopen wordt de beslissing van de Zwitserse taskforce op basis van de overeenkomst nietig verklaard. Daarop werd er een nieuwe overeenkomst uitonderhandeld (overeenkomst nummer 10) en getekend op 19 augustus 2009. Deze overeenkomst werd per decreet goedgekeurd door het Zwitserse parlement op 17 juni 2010. Toen deze overeenkomst in een testcase aan de rechter werd voorgelegd werd zij rechtmatig bevonden.

2. Het dossier van G.S.B. in kwestie werd op 19 januari 2010 door de bank naar de AFC gestuurd; deze oordeelde op 7 juni 2010 dat aan alle voorwaarden was voldaan om het dossier door te spelen aan de Amerikaanse belastingdienst (IRS). Op 7 juli ging de man in beroep bij de rechter. Op 21 september werd de beslissing van de AFC vernietigd omdat het recht om te worden gehoord, onderdeel van het recht op een eerlijk proces, niet was gerespecteerd. Op 28 september stuurde de AFC de man een brief waarin werd aangegeven dat hij tot 29 oktober had om zijn bevindingen toe te sturen. Op 13 oktober stuurde de man zijn brief in. Op 4 november werd alsnog dezelfde beslissing genomen door de AFC, waar de man op 8 december tegen in beroep ging bij de rechter, met als grond dat er geen wettelijke basis was voor de beslissing van de AFC en dat zijn recht op privacy, het recht op een eerlijk proces, het non-discriminatiebeginsel, *habet nemo tenetur prodere se ipsum*-principe en het verbod op retroactieve wetgeving waren geschonden. De rechter oordeelde echter anders en stelde met name dat het hier een internationaalrechtelijke afspraak betrof die voorrang had boven nationale wetgeving en zelfs de Zwitserse grondwet. Sterker nog, omdat er volgens de rechter geen hiërarchie bestaat in het internationale recht (met uitzondering van het *ius cogens*), moesten de afspraken tussen Zwitserland en de VS worden geacht voorrang te hebben boven het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en soortgelijke verdragen. Zelfs als art. 8 EVRM van toepassing zou zijn, dan was hier sprake van een wettelijke grondslag en een economisch belang van Zwitserland dat zwaarder zou wegen dan het individuele belang van de klager in kwestie, aldus de rechter. Art. 7 EVRM was volgens de rechter niet van toepassing: ‘Le Tribunal de céans a également exposé, dans l’arrêt A-4013/2010 précité, que l’article 7 alinéa 1 CEDH (pas de peine sans loi) n’était pas pertinent en matière de procédure d’entraide administrative. Cette disposition était exceptionnellement applicable dans le cadre de la procédure d’entraide suisse si la personne concernée par l’entraide était menacée, dans l’État requérant, par une procédure violant l’article 7 CEDH (...). Or, tel n’était pas le cas en l’espèce (...). libres de prévoir expressément ou de manière implicite son application rétroactive (...). Des règles de procédure pouvaient par ailleurs être appliquées de manière rétroactive à des faits antérieurs, car l’interdiction de la non-rétroactivité ne valait que pour le droit pénal matériel et non pas pour le droit de procédure, dont les dispositions en matière d’entraide administrative faisaient partie (...). Par ailleurs, les parties à la Convention 10 avaient voulu qualifier différemment des faits qui s’étaient déroulés antérieurement à la signature de l’Accord 09, ce qui était communément appelé “effet rétroactif”. Cette volonté d’appliquer avec effet rétroactif l’Accord 09 – devenu la Convention 10 – ressortait clairement des critères pour accorder l’entraide fixés dans l’annexe à la Convention 10. Bien que les parties eussent précisé, à l’article 8 de la Convention 10, que cette dernière entrerait en vigueur au moment de sa signature, elles avaient voulu cet effet rétroactif (...).’ (par. 23) Ten aanzien van het recht op een eerlijk proces en het non-discriminatieprincipe stelde de klager dat de internationale overeenkomst alleen betrekking had op klanten bij UBS en derhalve rechtsongelijkheid creëerde. De rechter oordeelde echter dat de internationale afspraak voorrang had boven de Zwitserse grondwet en dus ook moest worden toegepast, zelfs als er

rechtsongelijkheid door zou ontstaan. Ook bood de afspraak voldoende rechtszekerheid en was de gang van zaken redelijkerwijs voorzienbaar, ondanks het feit dat de internationale overeenkomst nog aan een eventueel referendum zou kunnen worden onderworpen. Derhalve oordeelde de rechter in eerste aanleg dat de klachten grond misten. In hoger beroep werd de klager vervolgens ook in het ongelijk gesteld.

3. Op 14 december 2012 werd de bewuste informatie vervolgens aan de IRS overhandigd. Vervolgens heeft GSB een klacht ingediend bij het EHRM. Op 14 juni 2013 heeft het EHRM aan de klager gevraagd hem op de hoogte te stellen van het vervolg van de procedure in de Verenigde Staten. Op 7 augustus 2013 liet GSB weten daartoe niet in staat te zijn; op 30 juni 2014 meldde hij dat het onderzoek nog liep en dat er nog geen strafrechtelijke procedure tegen hem was gestart. Dan wordt de zaak inhoudelijk behandeld door het EHRM. Globaal staan er zes vragen centraal, die hier achtereenvolgens zullen worden behandeld: (1) heeft de klager alle informatie geleverd die hij moest leveren, (2) valt de zaak onder het EVRM en zo ja onder welk artikel, (3) is er een beperking en is die voorgeschreven bij wet, (4) dient de beperking een legitiem doel, (5) is ze noodzakelijk in een democratische samenleving en tot slot (6), is er sprake van een schending van art. 14 EVRM, in combinatie met art. 8 EVRM?

4. (1) Zwitserland wijst er op dat de klager aanvankelijk weigerde informatie te verschaffen over de rechtsgang in de Verenigde Staten. Pas later kwam een inhoudelijke reactie en zelfs deze verlate reactie was zeer summier. Aangezien de regels van het EHRM stellen dat de klager volledige informatie moet verstrekken en moet reageren op de vragen van het EHRM en aangezien dat *in casu* niet of onvolledig is geschied, is er sprake van een onvolledige of misleidende klacht en moet er dus worden geoordeeld dat hier misbruik wordt gemaakt van het recht op petitie. Het EHRM erkent inderdaad dat er dergelijke plichten bestaan en dat een zaak van de rol kan worden geschrapt als blijkt dat het Hof onvolledig of onjuist wordt geïnformeerd. Toch oordeelt het dat daar in de onderliggende zaak geen sprake van is, ook al is de verstrekte informatie zeer summier.

5. (2) De zaak wordt behandeld onder art. 8 EVRM en niet onder art. 6 of art. 7 EVRM. Het recht op een eerlijk proces en het verbod op retroactieve wetgeving worden door het Hof behandeld onder de vraag of de beperking op het recht op privéleven bij wet was voorgeschreven. Dit lijkt het gevolg van het feit dat het EHRM heeft gesteld dat art. 8 EVRM niet alleen de privacy beschermt, maar dat er ook procedurele waarborgen impliciet in het recht zijn vervat (B. van der Sloot, ‘Privacy as Personality Right: Why the ECtHR’s Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of “Big Data”’, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015-80). Ook de keuze om de bescherming van persoonsgegevens onder art. 8 EVRM te scharen is niet controversieel, omdat het gegevensbeschermingsrecht niet alleen op de bescherming van het privéleven stoelt, maar ook op het verbod van discriminatie, het recht op een eerlijk proces, het recht op petitie, het recht op informatie, etc. Daarom werd de bescherming van persoonsgegevens door het EHRM aanvankelijk onder art. 6, 8, 9, 10 en 13 EVRM beschermd (Paul de Hert, *Mensenrechten en bescherming van persoonsgegevens. Overzicht en synthese van de Europese rechtspraak 1955–1997*, Jaarboek ICM, 1997 Antwerpen, Maklu, 1998). Pas later heeft het Hof er voor gekozen om de bescherming van persoonsgegevens slechts en alleen onder art. 8 EVRM te scharen. Er bestond echter een belangrijke drempel, opgeworpen door het Hof. Persoonsgegevens zijn namelijk alle gegevens die iemand kunnen identificeren, ook publieke en ongevoelige gegevens als ‘die man daar, naast de straatlantaarnpaal met het gele shirt aan’. Het EHRM stelde daarom aanvankelijk dat alleen persoonsgegevens onder de reikwijdte van art. 8 EVRM vielen als het privéleven daarmee gemoeid was en als de verwerking van

persoonsgegevens geen alledaagse praktijk was. *In casu* stelt het Hof echter simpelweg dat het duidelijk om de verwerking van persoonsgegevens gaat, die moet worden geacht te vallen onder het recht op privacy. Dit terwijl het hier lijkt te gaan om gegevens die op zichzelf niet privacygevoelig zijn en om een vrij alledaagse verwerking van persoonsgegevens, namelijk in verband met belastingaangiftes en het tegengaan van belastingfraude. De vraag is of er derhalve nog een drempel bestaat, waardoor niet iedere verwerking van persoonsgegevens valt onder het recht op privacy, of dat deze drempel in feite is opgeheven. Als dat laatste het geval zou zijn en daarmee het recht op bescherming van persoonsgegevens vrijwel geheel onder het recht op privacy zou worden geschaard is dat interessant omdat in de EU juist een omgekeerd proces gaande is. Daar wordt de bescherming van persoonsgegevens juist steeds meer ontkoppeld van het recht op privacy. Niet alleen is het gegevensbeschermingsrecht expliciet in een apart artikel vervat in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, naast het recht op privacy, ook legt de aankomende Algemene Verordening Gegevensbescherming, in tegenstelling tot de thans geldende Richtlijn bescherming persoonsgegevens, vrijwel geen enkele verband meer met het recht op privacy of de bescherming van het privéleven. In de EU wordt de materiële reikwijdte, het toepassingsgebied en de materiële eisen die de twee rechten met zich meebrengen juist steeds meer van elkaar gescheiden. De keuze van het EHRM brengt de vraag met zich mee wat nu de onderliggende waarde is die art. 8 EVRM tracht te beschermen. Is dat de menselijke waardigheid, het privéleven of een andere, direct aan het individuele belang gekoppelde, waarde? Dit ligt bij de bescherming van persoonsgegevens niet altijd voor de hand, omdat ook publieke en ongevoelige gegevens hieronder vallen en het er in het gegevensbeschermingsrecht vooral om gaat procedurele waarborgen neer te leggen. Als het EHRM er voor kiest ook dergelijke zaken onder art. 8 EVRM te brengen dan dreigt het recht op privacy een vergaarbak te worden, waarvan de afbakening, betekenis en onderliggende waarde steeds vager wordt.

6. (3) Ten aanzien van het criterium dat de beperking moet zijn voorgeschreven bij wet stelt de klager ten eerste dat de internationale overeenkomst niet rechtmatig tot stand is gekomen, omdat deze volgens de constitutie open moet staan voor een optioneel referendum, terwijl dat in dit geval niet is gebeurd. De overheid stelt echter dat een dergelijke procedure in dit geval niet gevuld hoeft te worden, omdat de mogelijkheid van een optioneel referendum alleen geboden is als er ‘dispositions importantes fixant des règles de droit’ in een overeenkomst staan en dat in dit geval niet het geval was. Het EHRM stelt dat het niet geïnteresseerd is in dit vraagstuk, omdat de wet moet worden geacht gelding te hebben: ‘Même à supposer que l’Accord 09 et le Protocole 10 auraient dû être soumis à la possibilité d’un “référendum facultatif”, question restant controversée entre les parties, les bases légales de la mesure litigieuse n’en seraient pas pour autant devenues inexistantes.’ (par. 73). Dit is opmerkelijk omdat als de argumenten van klager hout snijden, de wet procedureel niet juist tot stand is gekomen en dus kan worden betwijfeld of deze rechtskracht heeft. Ten tweede stelt de klager dat de overeenkomst met terugwerkende kracht is toegepast. Opmerkelijk is dat de overheid hierbij verwijst naar art. 28 van de Weense Conventie waarin is vervat: ‘Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.’ Hieruit zou volgen dat als er wel duidelijk de intentie is om verdragen met terugwerkende kracht werking te laten hebben, dit mogelijk is. Het EHRM gaat mee in deze redenering en stelt dat het in eerdere jurisprudentie heeft aangenomen dat procedureregels en -afspraken moeten worden geacht direct in werking te treden. Het betrof *in casu* volgens het Hof regels van dien aard. ‘Dans le présent cas, il existait une jurisprudence constante du Tribunal fédéral selon laquelle les dispositions sur l’entraide administrative et pénale obligeant des tiers à donner certains renseignements sont de nature procédurale et, partant, s’appliquent en principe à

toutes les procédures en cours ou à venir, même portant sur des exercices fiscaux antérieurs à leur adoption. Le requérant, dûment représenté par un avocat devant les instances internes, ne pouvait valablement ignorer cette pratique judiciaire. Partant, il ne saurait arguer devant la Cour que l'ingérence est intervenue d'une manière imprévisible pour lui. De surcroît, on ne saurait prétendre que la pratique auparavant restrictive des autorités suisses en matière d'entraide administrative fiscale avait pu créer dans le chef du requérant l'attente de pouvoir continuer à placer ses avoirs en Suisse en restant à l'abri de tout contrôle de la part des autorités américaines compétentes, ou même seulement de l'éventualité de contrôles rétroactifs.' (par. 78-79).

Opmerkelijk is hierbij derhalve niet alleen dat het Hof meent dat procedurele regels, ook als zij strafrechtelijke gevolgen kunnen hebben, met terugwerkende kracht werking mogen hebben, maar ook dat dit wordt behandeld onder het voorzienbaarheids criterium onder art. 8 EVRM en niet onder art. 7 EVRM. Dit sluit aan bij de trend in de jurisprudentie van het EHRM om bepaalde bepalingen uit het verdrag niet of nauwelijks te betrekken bij zijn uitspraken, zoals art. 12, 16, 17 en 18 en vraagstukken die eigenlijk onder die artikelen hadden moeten worden besproken, mee te nemen in de behandeling van de klachten onder het recht op, onder andere, een eerlijk proces, privacy en vrijheid van meningsuiting.

7. (4) Vervolgens is de vraag of de internationale overeenkomst een legitiem doel diende. De klager stelt dat de overeenkomst geen enkel legitiem doel dient, terwijl de overheid tal van mogelijke gronden aanvoert. Zo zou de internationale overeenkomst de nationale veiligheid van Zwitserland dienen. Niet duidelijk wordt echter waarom dit zo zou zijn en derhalve wordt deze grond afgewezen. Dan volgt het argument dat de overeenkomst dient ter bestrijding van de criminaliteit en van wanordelijkheden. De klager stelt echter dat belastingontwijking in Zwitserland geen misdrijf is, maar een simpele overtreding. Het EHRM accepteert deze legitimatiegrond dan ook niet. De overheid voert aan dat de internationale overeenkomst het economisch welzijn van het land zou bevorderen. De klager stelt echter, niet geheel onbegrijpelijk, dat het hier vooral ging om het economisch belang van UBS die medeplichtig zou zijn aan belastingontwijking en haar strafrechtelijke vervolging wenste te ontlopen door persoonsgegevens vrij te geven. Het Hof oordeelt echter anders. *'Le secteur bancaire représentant une branche économique importante pour la Suisse, la Cour estime que la mesure incriminée, qui participait d'une tentative globale du gouvernement suisse de régler le conflit entre UBS SA et les autorités fiscales américaines, pouvait valablement être considérée comme de nature à contribuer à la protection du bien-être économique du pays. À cet égard, elle accepte l'argument du Gouvernement selon lequel les prétentions des autorités fiscales américaines contre les banques suisses pouvaient mettre en danger la survie même d'UBS SA, acteur important de l'économie suisse et employeur d'un nombre considérable de personnes; d'où l'intérêt, pour la Suisse, de trouver un règlement juridique efficace avec les États-Unis (par. 83).'* Opmerkelijk is dat hier het belang van de bank direct wordt gekoppeld aan het nationale belang, namelijk in verband met het economische welzijn van het land. Nog opmerkelijker is dat er geen gewag wordt gemaakt van het bankgeheim waar Zwitserland zo om bekend staat en dat met deze overeenkomst deels wordt ondermijnd. De bankensector is juist in Zwitserland zo tot bloei kunnen komen omdat het een vrij sterk beschermd bankgeheim kent. Nu hier afbreuk aan wordt gedaan kan de aantrekkelijkheid van Zwitserland voor banken en voor spaarders juist worden verminderd en kan dit derhalve een negatieve impact hebben op de Zwitserse economie. Hier wordt echter niet aan gerefereerd door het EHRM. Daarnaast is het interessant op te merken dat de uitzonderingsgrond 'het economisch welzijn' van een land zijn eigen leven is gaan leiden. Deze uitzonderingsgrond is in geen enkel ander artikel in het EVRM vervat en is in art. 8 EVRM opgenomen op instigatie van een Nederlands delegatielid, omdat in tijden van oorlog vaak goud werd gesmokkeld naar het buitenland en dit de stabiliteit van het land in gevaar zou kunnen

brengen. Alhoewel dergelijk gedrag verboden was en derhalve strafrechtelijk zou kunnen worden vervolgd, werd het wenselijk geacht om de mogelijkheid om post en pakketten te openen in tijden van oorlog explicet in het verdrag te erkennen. Lange tijd heeft deze uitzonderingsgrond geen rol van betekenis gespeeld in de jurisprudentie van het EHRM. Pas vanaf de jaren '90 werd hier vaker aan gerefereerd en aanvankelijk voornamelijk in zaken waar het economische strafdelicten betrof. Langzamerhand is er echter steeds meer onder deze uitzonderingsgrond geschaard, zoals het belang dat is gemoeid met de exploitatie van een industriegebied, een vlieghaven en zelfs cafés in een stad. Het lijkt er kortom op dat niet alleen de materiële reikwijdte van art. 8 EVRM zeer breed is geworden, maar dat ook de uitzonderingsgronden steeds ruimer zijn geïnterpreteerd. Hierdoor komt steeds meer onder het recht op privacy te vallen, maar is de beperking daarvan ook steeds eenvoudiger en wordt de beslissing van het EHRM vaak teruggebracht tot een belangenafwegingstest.

8. (5) De belangenafwegingstest is in deze zaak, zoals wel vaker, troebel. Het Hof somt wat wetenswaardigheden op en komt dan uiteindelijk tot een oordeel, zonder dat duidelijk wordt hoe de verschillende belangen worden gewogen, op basis van welke criteria, welke gewicht nu precies aan bepaalde belangen wordt toegekend, etc. Daarbij komt dat het Hof zichzelf op een aantal punten lijkt tegen te spreken. Enerzijds lijkt het Hof te suggereren dat het *in casu* niet om gewone gegevens gaat, maar om gevoelige persoonsgegevens die extra bescherming genieten (Les organes de la Convention ont eu l'occasion d'établir certains principes régissant la divulgation de données de nature sensible, en particulier médicale ou des données fiscales, par. 89), anderzijds stelt het dat de overheid een flinke beoordelingsruimte toekomt als het gaat om het beslissen over de vertrouwelijkheid van deze data. Daarbij stelt het dat de belangen van de twee partijen moeten worden afgewogen. De overheid linkt het nationale belang aan het handhaven van de internationale reputatie en het nakomen van internationale afspraken, waarmee een groot economisch belang zou zijn gemoeid ('en estimant que les importants intérêts économiques en jeu pour le pays ainsi que l'intérêt pour la Suisse à pouvoir respecter ses engagements internationaux prévalaient sur l'intérêt individuel des personnes concernées par l'entraide administrative à tenir secrète leur situation patrimoniale (par. 92)'); het zijn dus niet de afspraken zelf die van belang zijn, zoals eerder leek te worden gesuggereerd, maar het feit dat afspraken worden nagekomen. Nog opmerkelijker is het oordeel van het Hof ten aanzien van de individuele belangen van de klager. In tegenstelling tot wat het leek te suggereren, gaat het volgens het EHRM *in casu* juist niet om gevoelige gegevens, die extra bescherming genieten en waardoor de beoordelingsruimte en discretionaire bevoegdheid van de staat zou worden beperkt. 'S'agissant de la situation du requérant, il échet d'observer que seules sont en question ses données bancaires, soit des informations purement financières; il ne s'agissait donc nullement de données intimes ou liées étroitement à son identité qui auraient mérité une protection accrue. Il s'ensuit que la marge d'appréciation de la Suisse était ample.' (par. 93). Uiteindelijk stelt het Hof dat dit, in combinatie met het feit dat G.S.B. in de Verenigde Staten een eerlijk proces heeft en rechtsmiddelen om zich te verdedigen, ertoe moet leiden dat de klager in het ongelijk wordt gesteld.

9. (6) Tot slot heeft de klager nog aangevoegd dat de internationale overeenkomst rechtsongelijkheid creëert, namelijk doordat er een verschil ontstaat tussen klanten van UBS en klanten van andere banken. De Zwitserse overheid stelt dat er inderdaad een speciale positie was gecreëerd voor klanten van UBS, maar dat dit onderscheid gerechtvaardigd was gegeven de bijzondere positie van UBS. Het Hof stelt dat zelfs als de klager zich in min of meer vergelijkbare positie zou bevinden als klanten van andere banken, de klacht onder art. 14 EVRM toch moet worden afgewezen om redenen gelijk aan de redenen die hebben geleid tot het

afwijzen van de klacht onder art. 8 EVRM. Het Hof stelt daarbij dat er geen verder bewijs of argumenten zijn gegeven door de klager ten aanzien van de vermeende discriminatie door de Zwitserse overheid en wijst de klacht derhalve af. Het is jammer dat het Hof hierbij geen poging doet om de vergelijkbaarheid van of de verschillen tussen de verschillende banken en spaarders te duiden. Daarbij kan het worden afgevraagd in hoeverre de internationale overeenkomst die is gesloten tussen de VS en Zwitserland wel aan het principe van rechtmatigheid voldoet. Het lijkt hier in feite te gaan om een particuliere overeenkomst om een particulier probleem van een particuliere bank te ondervangen. In de rechtstheorie wordt er doorgaans van uit gegaan dat wetten en verdragen slechts legitiem zijn als ze generiek zijn. Dus niet ‘Pietje heeft vrijheid van meningsuiting’, maar ‘Iedereen heeft vrijheid van meningsuiting’, niet ‘Marietje heeft recht op abortus’, maar ‘Iedere vrouw van boven de 18 heeft recht op abortus’. Als slechts Pietje en Marietje bepaalde rechten krijgen, is dit in feite een privilegesysteem; als slechts Pietje en Marietje worden beperkt in hun vrijheden is de vraag of dit wenselijk is in een democratische rechtsstaat. Door een internationale overeenkomst te sluiten die zo duidelijk ziet op de situatie van één bank en die zo duidelijk slechts de klanten treft van die ene bank, kan met recht worden afgevraagd of hier nog aan het principe van rechtmatigheid wordt voldaan.

mr. drs. B. van der Sloot, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam