



Paris, le 12 février 2016

Décision du Défenseur des droits MLD-2016-007

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu l'accord du 14 novembre 2013 entre la France et les États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers ;

Vu le code pénal ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi par M. A, Mme A et M. B qui estiment avoir subi une discrimination en raison de leur nationalité américaine ou de leur lieu de résidence ;

Décide de recommander à la société Z de modifier ses procédures d'ouverture de compte afin d'en permettre la souscription aux personnes de nationalité américaine, aux binationaux et aux Français résidant aux États-Unis ;

Recommande au ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique de procéder à l'analyse de l'impact de la réglementation FATCA sur les politiques commerciales des institutions financières françaises à l'égard des clients de nationalité américaine, des binationaux et des Français résidant aux États-Unis ;

Demande au ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique de l'informer des mesures qu'il entend prendre pour prévenir les refus d'ouverture de compte et les résiliations décidées par des établissements de crédit en considération des critères discriminatoires de la nationalité ou du lieu de résidence.

Décide d'informer de cette décision le ministre des Affaires étrangères et du Développement international, le secrétaire d'État chargé des Français de l'étranger, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, l'Ambassadeur des États-Unis d'Amérique en France, la Fédération bancaire française et l'Association française des sociétés financières.

Le Défenseur des droits demande qu'il lui soit rendu compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations

1. Par un courrier en date du 2 février 2014, le Défenseur des Droits était saisi par M. B, résident français et possédant la double nationalité franco-américaine, concernant la politique commerciale de l'établissement de crédit Z à l'égard des citoyens américains.
2. Par un courrier en date du 16 avril 2014, l'attention du Défenseur des droits était à nouveau attirée par M. A et Mme A sur la politique commerciale de Z. Les réclamants résident en France et Mme A possède la double nationalité franco-américaine.
3. En l'espèce, dans le cadre de sa politique commerciale, Z a adressé à l'ensemble de ses clients concernés par un indice d'américanité, dont les réclamants, un courrier daté du 30 janvier 2014 et rédigé en ces termes précis :

À compter du 1^{er} juillet 2014, la réglementation FATCA contraint les établissements financiers français à déclarer à l'administration fiscale les comptes de leurs clients américains.

Dans le cadre de cette nouvelle réglementation, Z a décidé d'interrompre toute relation d'affaires avec des clients américains (citoyens ou résidents).

Les informations en notre possession nous indiquent que vous pourriez être citoyen ou résident américain au sens de cette réglementation. Si tel n'était pas le cas, nous vous remercions par avance de bien vouloir nous communiquer par courrier unique les documents suivants :

- *Un formulaire de l'administration américaine W-8BEN ci-joint, à compléter et à signer, certifiant que vous n'êtes ni citoyen ni résident fiscal américain,*
- *La copie de votre passeport ou pièce d'identité en cours de validité délivrée par une administration non américaine, démontrant que vous n'êtes pas citoyen ou résident américain,*
- *Si vous êtes né(e) aux États-Unis, un certificat de perte de la nationalité américaine (ou le motif pour lequel vous n'avez pas obtenu la citoyenneté américaine à votre naissance, ou le motif pour lequel vous ne disposez pas d'un tel certificat alors que vous avez renoncé à la citoyenneté américaine).*

4. Dans un courrier daté du 22 avril 2014 adressé à M. A en réponse à sa réclamation, Z précisait :

Compte tenu des dispositions issues de la FATCA, Z doit faire évoluer sa relation avec les clients susceptibles d'être concernés par cette réglementation décidée par les États-Unis. Pour cela, Z doit identifier un certain nombre de clients pour lesquels elle est contrainte d'obtenir des informations complémentaires en application des dispositions de l'accord précité, afin de déterminer si la poursuite de la relation est possible.

5. Par courrier du 3 février 2014, Mme A protestait, indiquant que son domicile fiscal était en France et qu'elle ne souhaitait pas renoncer à sa nationalité américaine pour pouvoir conserver son compte. Le 2 avril 2014, Z annonçait aux époux A la clôture de leurs trois comptes détenus au sein de l'établissement.

Sur la réglementation FATCA

6. Tout contribuable américain, même s'il réside et travaille à l'étranger, a l'obligation de déclarer ses revenus à l'IRS (*Internal Revenue Service*)¹. Sont contribuables (*US-Persons*) les personnes résidentes des États-Unis ne possédant pas la nationalité américaine, les citoyens américains quel que soit leur lieu de résidence, les personnes possédant une *Green card*.
7. La loi américaine FATCA promulguée le 18 mars 2010 vise à renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale en imposant à toute institution financière² située hors des États-Unis de transmettre à l'IRS un certain nombre d'informations sur les placements et les revenus des contribuables américains.
8. Un accord bilatéral entre la France et les États-Unis a été signé le 14 novembre 2013 pour fixer les modalités pratiques de cet échange automatique d'informations et permettre d'atténuer les contraintes pesant jusqu'alors sur les établissements financiers.
9. La loi n°2014-1098 du 29 septembre 2014 a autorisé l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers.
10. En vertu de l'Accord bilatéral du 14 novembre 2013, la transmission des données relatives aux *US-Persons* s'effectue de manière centralisée *via* la direction générale des finances publiques (DGFiP), qui les adresse à l'IRS³.
11. En application de l'article 1649 AC du code général des impôts, les institutions financières françaises sont soumises à une obligation déclarative afin de respecter les engagements pris par la France dans le cadre de conventions permettant un échange automatique de renseignements⁴.
12. L'article 1 du décret n°2015-907 du 23 juillet 2015 prévoit que les institutions financières « souscrivent avant le 31 juillet de chaque année une déclaration mentionnant les informations requises pour l'application de l'accord FATCA. »

¹Cette déclaration n'implique pas un assujettissement obligatoire au régime US, la France et les États-Unis ayant conclu un accord évitant la double imposition.

²L'expression « Institution financière » désigne un établissement gérant des dépôts de titres, un établissement de dépôt, une entité d'investissement ou un organisme d'assurance particulier.

³ Délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015 autorisant le ministère des Finances et des Comptes publics à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité le transfert vers l'IRS des données collectées et stockées en application de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers.

⁴ Décret n°2015-907 du 23 juillet 2015 relatif aux modalités de collecte et de transmission des informations par les institutions financières en application de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA ») et de l'article 1649 AC du code général des impôts.

13. L'article 2 dresse la liste des éléments d'identification déclarables pour les personnes physiques américaines déterminées (le nom de famille, les prénoms, l'adresse, le NIF américain ainsi que, pour les comptes ouverts au 30 juin 2014 et, à défaut du NIF américain, la date de naissance si elle figure dans les dossiers de l'institution financière déclarante) et celle des montants à déclarer (solde du compte, montant brut total des intérêts, des dividendes, etc.).
14. Enfin, un dispositif anti-abus est prévu par l'Accord du 14 novembre 2013, dont l'article 5 4. dispose : « Les Parties mettent en œuvre les mesures nécessaires afin d'éviter l'adoption par les institutions financières de pratiques destinées à contourner les obligations déclaratives prévues par le présent Accord. »
15. L'Accord du 14 novembre 2013 est complété d'annexes qui mentionnent l'ensemble des démarches pratiques que les établissements financiers doivent effectuer en vue d'identifier les personnes pour lesquelles des informations sont attendues.
16. Le point 4 du paragraphe A de la section II de l'Annexe I prévoit une règle dite *de minimis*, selon laquelle ne sont pas soumis à identification ou à déclaration les comptes de dépôt préexistants des personnes physiques dont le solde n'excède pas 50 000 dollars.
17. Pour identifier les contribuables US, les institutions financières examinent les comptes présentant les indices américains énumérés au point 1 du paragraphe B de la section II de l'annexe I. :
 - Identification du titulaire du compte comme citoyen ou résident américain ;
 - Indication non équivoque d'un lieu de naissance situé aux États-Unis ;
 - Adresse (postale ou de domicile) actuelle aux États-Unis ;
 - Numéro de téléphone actuel aux États-Unis ;
 - Ordre de virement permanent sur un compte géré aux États-Unis ;
 - Procuration ou délégation de signature en cours de validité accordée à une personne dont l'adresse est située aux États-Unis ; (...).
18. En présence de l'indice « lieu de naissance situé aux États-Unis », l'institution financière n'est pas tenue de considérer un compte comme déclarable dans les cas où elle obtient la copie de l'auto certification selon laquelle le titulaire du compte n'est ni un citoyen ni un résident américain (formulaire W-8), une pièce d'identité attestant que la nationalité du titulaire n'est pas américaine et un exemplaire du certificat de perte de la nationalité américaine.
19. L'Accord du 14 novembre 2013 permet toutefois à certaines institutions financières françaises de ne pas se soumettre aux déclarations. Ces institutions, appelées institutions financières réputées conformes, sont définies à l'annexe II de l'accord FATCA et n'ont pas à s'adresser à des clients américains.
20. Dans le cadre des discussions parlementaires sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord, la question des coûts induits par la mise en conformité à la loi FATCA a été soulevée à plusieurs reprises par les établissements financiers.
21. Bien qu'il est alors été clairement annoncé que les surcoûts induits pour les banques aient conduit certaines d'entre elles à se séparer de leurs clients américains, donc que la mise en œuvre de la convention bilatérale entraînerait des traitements discriminatoires à raison de la nationalité, aucune disposition particulière n'a été prise par le gouvernement

pour prévenir tout comportement discriminatoire fondé sur la nationalité ou la résidence américaine, y-compris dans le cadre du dispositif anti-abus. De même, cette problématique n'a pas été envisagée dans le cadre de l'étude d'impact du projet de loi.

Sur la discrimination

22. Aux termes de l'article 225-1 du code pénal, constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques notamment à raison de leur origine, de leur lieu de résidence et de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation. L'article 225-2 du code pénal interdit la discrimination lorsqu'elle consiste à refuser ou à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1.
23. S'agissant de la discrimination prohibée par les dispositions précitées du code pénal, elle est prouvée lorsque les éléments constitutifs du délit sont caractérisés : d'une part, l'élément matériel à savoir la différence de traitement fondée sur un critère prohibé et, d'autre part, l'élément intentionnel, c'est-à-dire la conscience de l'auteur de se livrer à des agissements discriminatoires. Enfin, l'auteur de l'infraction doit être identifié.
24. Dans son courrier en date du 11 décembre 2014, Z estime que « le critère qui a fondé une décision de clôture ou de maintien des comptes n'a pas été celui de la nationalité américaine mais celui de l'assujettissement aux obligations déclaratives et à la fiscalité américaine ».
25. Elle indiquait également qu'en application du seuil de 50 000 dollars en deçà duquel une institution financière n'est pas tenue à déclaration, « seuls les clients dont le solde des comptes dépassait [ce seuil] et présentant un critère avéré de soumission aux obligations déclaratives ont été concernés par le dispositif mis en œuvre par Z, soit au total 67 clients. Ainsi, Z a maintenu sa relation avec ses clients de nationalité américaine dont le solde des avoirs en compte était en deçà de ce montant. »
26. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁵, la discrimination est constituée, dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision : il suffit que ce critère ait participé à la mesure d'exclusion.
27. En l'espèce, le courrier en date du 30 janvier 2014 informe expressément les clients de la fin des relations commerciales de Z avec « les citoyens ou résidents américains ».
28. L'établissement de crédit ne saurait dès lors arguer ne pas avoir eu conscience du caractère discriminatoire de son comportement. Au surplus, il ne pouvait ignorer que sa décision ne laissait à ses clients binationaux d'autres choix que de renoncer à leur nationalité américaine ou de voir leurs comptes résiliés.
29. Lors d'auditions devant la commission des finances du Sénat, l'établissement de crédit, reconnaissait en outre avoir choisi de ne pas poursuivre ses relations commerciales avec les clients américains, précisant même : « Cette décision fut difficile à prendre, car il s'agissait de clients fidèles. »
30. Enfin, un agent du Défenseur des droits, assermenté et spécialement habilité par le procureur de la République à constater les délits de discrimination, a procédé à un test de situation le 29 décembre 2015 sur le site internet de l'établissement de crédit (formulaire en ligne de demande d'ouverture de compte).

⁵ Cass. crim. 15 janvier 2008 n°07-82.380 ; Cass. crim. 14 juin 2000, n°99-81.108.

31. Il ressort de ses constatations, consignées dans un procès-verbal du même jour, que ce formulaire, s'il permet de sélectionner son pays de naissance et celui de sa nationalité parmi deux listes déroulantes proposant chacune 248 pays ou localités (de l'Antarctique, au Zimbabwe, mais également la Corée du Nord), il ne permet pas de sélectionner les États-Unis, qui ne sont visés dans aucune des deux listes déroulantes.
32. De même, il a été constaté que le formulaire manuscrit de demande d'ouverture de compte exige du titulaire qu'avant signature, il déclare « ne pas être citoyen américain ou résident fiscal américain ».
33. Aucune indication ou information n'est donnée aux clients concernant l'application de la réglementation FATCA, de telle sorte que Z ne saurait arguer que sa pratique vise à écarter les seules personnes dont les comptes auraient été soumis à déclaration.
34. Au contraire, elle a pour conséquence d'exclure toutes les personnes de nationalité américaine et/ou née aux États-Unis de la possibilité de remplir les formulaires de souscription en ligne et ne leur permet pas de signer les formulaires, sauf à faire une fausse déclaration.
35. En conséquence, la politique commerciale de Z revient à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur la nationalité américaine des personnes et sur leur résidence américaine.
36. Des situations similaires aux présentes réclamations ont déjà fait l'objet de décisions en Belgique et aux Pays-Bas concluant à l'existence de discriminations.
37. En 2014, l'Ombudsfine belge (Ombudsman en conflicten financieren) a reçu quatre plaintes portant sur l'application de la loi FATCA. Dans le cadre du traitement de ces plaintes, le collège d'experts de l'Ombudsfine a sollicité l'avis du Centre belge pour l'Égalité des chances, qui par courrier du 9 septembre 2014, a considéré qu'en refusant de fournir ses services aux personnes tombant dans le champ d'application de la loi FATCA, la banque opérait une discrimination à la fois directe et indirecte sur la base de la nationalité, laquelle est interdite par la loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations.
38. Dans son avis n°2014.0947, le collège de l'Ombudsfine se référait également à l'organe équivalent aux Pays-Bas, le *College voor de Rechten van de Mens*, qui dans un avis du 2 avril 2014, concluait à une discrimination directe en raison de la nationalité.

Sur les surcoûts induits par l'application de la réglementation FATCA

39. Contrairement à d'autres établissements de crédit, Z a choisi de ne pas appliquer la réglementation FATCA en refusant dès janvier 2014 aux personnes de nationalité américaine ou résidant aux États-Unis des services bancaires qui leur étaient proposés jusque-là.
40. Dans son courrier en date du 11 décembre 2014, l'établissement de crédit fonde sa politique commerciale sur « les coûts, notamment informatiques, estimés pour la mise en œuvre de cette réglementation [qui] se sont révélés excessifs ». Il indique en effet que « le montant de l'investissement estimé pour Z supérieur au million d'euros, s'est avéré totalement disproportionné par rapport au nombre de ses clients concernés (entre 200 et 300 clients sur 720 000 environ).
41. Il importe de relever qu'aucun élément précis permettant d'étayer cette allégation n'a été communiqué par Z au Défenseur des droits.

42. Z estimait avoir « été contrainte de respecter la réglementation en adoptant un dispositif qui lui permette de ne pas avoir de comptes à déclarer. »
43. Force est de constater que Z n'a pas été contrainte par la réglementation FATCA à refuser les clients américains ou résidents américains mais a choisi, pour des raisons économiques, de contourner l'application de cette réglementation, en clôturant les comptes soumis à déclaration et en écartant de ses procédures de souscription tout nouveau client de nationalité américaine ou né aux États-Unis.

Sur les institutions financières disposant d'une base de clientèle locale

44. L'article 122-4 du code pénal dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaire. »
45. Les institutions financières disposant d'une base de clientèle locale sont considérées comme des institutions financières réputées conformes. À ce titre, elles ne sont pas soumises à déclaration. Pour bénéficier de cette dispense, ces institutions doivent remplir des critères définis à l'annexe II de l'Accord du 13 novembre 2014, à savoir : ne pas démarcher de clients en dehors du territoire français afin de leur proposer l'ouverture de comptes financiers⁶, ni cibler de clients américains.
46. Le paragraphe II A de l'annexe II précise en outre que « les comptes financiers en valeur gérés par l'institution financière doivent être détenus au moins à 98 % par des résidents (personnes physiques ou personnes morales) de France ou d'un autre État membre de l'Union européenne ».
47. Selon les informations publiées sur le site de la CNIL à l'attention des professionnels Banque/Assurance, les institutions financières qui souhaiteraient clôturer les comptes des *US Persons* doivent formuler une demande d'autorisation auprès de la CNIL⁷.
48. Le point 10 du paragraphe II A de l'annexe II interdit aux institutions financières disposant d'une base de clientèle locale de « se doter de directives ou de pratiques discriminatoires dans le cadre de l'ouverture ou de la gestion de comptes financiers pour des personnes physiques qui sont des résidents de France et des personnes américaines déterminées.
49. En l'espèce, Z n'a pas indiqué au Défenseur des droits si elle relevait de la catégorie des institutions financières déclarantes ou à celle des institutions financières déclarées conformes.
50. Dès lors, si Z devait être considérée comme un établissement de crédit dispensé de déclaration, comme le laisse penser sa démarche commerciale, sa pratique, qui ne distingue pas les personnes résidant en France parmi les personnes présentant des indices américains, contreviendrait aux dispositions de l'Accord du 14 novembre 2014.
51. Il en résulte que les refus d'ouverture de comptes fondés sur la nationalité américaine opposés à des personnes résidant en France caractérisent des discriminations

⁶ « À cette fin, une institution financière française ne sera pas réputée avoir démarché des clients en dehors du territoire français du simple fait qu'elle exploite un site Internet, sous réserve que ce site n'indique pas expressément que l'institution financière fournit des comptes ou des services à des non-résidents. », Annexe II, paragraphe II A.

⁷<http://www.aide.cnil.fr/selfcnil/site/template.do;jsessionid=5AFED99E3FC91BD9FAAFEE9DCC61E5FD?name=Loi+FATCA+%3A+quelles+formalit%C3%A9s+%C3%A0+la+CNIL+%3F&id=528>

prohibées, sans que les dispositions relatives au statut d'institution financière non déclarante ne puissent être invoquées pour exonérer une institution financière de sa responsabilité pénale.

Conclusions

52. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits décide de recommander à la société Z de modifier ses procédures d'ouverture de compte afin d'en permettre la souscription aux personnes de nationalité américaine, aux binationaux et aux Français résidant aux États-Unis.
53. Le Défenseur des droits constate qu'à l'occasion des débats parlementaires sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'Accord, des établissements financiers auditionnés ont fait part de leur choix de se séparer de leurs clients américains plutôt que de supporter les coûts induits par la mise en œuvre de la réglementation FATCA.
54. Il constate par ailleurs que le gouvernement a été saisi dès 2014 par des parlementaires de questions relatives aux fermetures de comptes bancaires de Français expatriés aux États-Unis, de binationaux ou de citoyens américains résidant en France⁸.
55. À ce jour, aucune réponse n'a été apportée aux situations dénoncées par les parlementaires. De même, aucun rapport n'a été rendu public quant à l'impact de l'application de la loi FATCA sur les politiques commerciales des établissements de crédits.
56. Or, il ressort des réclamations dont le Défenseur des droits est saisi que d'autres établissements de crédit résilient ou refusent la souscription de produits bancaires ou d'épargne à des personnes en raison de leur nationalité américaine ou de leur résidence aux États-Unis.
57. En conséquence, le Défenseur des droits décide de recommander au ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique de procéder à l'analyse de l'impact de la réglementation FATCA sur les politiques commerciales des institutions financières françaises à l'égard des clients de nationalité américaine, des binationaux et des Français résidant aux États-Unis.
58. Le Défenseur des droits demande au ministre l'Économie, de l'Industrie et du Numérique de l'informer des mesures qu'il entend prendre pour prévenir les refus d'ouverture de compte et les résiliations décidées par des établissements de crédit en considération des critères discriminatoires de la nationalité ou du lieu de résidence.

⁸ Question écrite n°14633 de M. Louis DUVERNOIS publiée dans le JO Sénat du 29 janvier 2015, page 184. Question écrite n°48264 de M. Frédéric LEFEBVRE publiée au JO Assemblée nationale du 28 janvier 2014, page 788.