

Luxembourg, 26 novembre 2012.

Objet: Projet de loi n°6455 portant transposition de la 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. (4009TAN_SBE)

*Saisine : Ministre des Finances
(25 juillet 2012)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du projet de loi sous avis est de transposer la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (ci-après dénommée la « Directive 2011/16/UE »).

Le projet de loi (i) détermine les nouvelles règles en matière de coopération administrative dans le domaine fiscal entre le Grand-Duché de Luxembourg et les autres Etats membres de l'Union européenne qui seront applicables à partir du 1^{er} janvier 2013 et (ii) abroge, à compter de cette date, la loi modifiée du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs qui avait transposé la directive 77/799/CEE.

RESUME SYNTHETIQUE

L'objet du projet de loi sous avis est de transposer la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal en déterminant, d'une part, les nouvelles règles en matière de coopération administrative dans le domaine fiscal entre le Grand-Duché de Luxembourg et les autres Etats membres de l'Union européenne qui seront applicables à partir du 1^{er} janvier 2013 et, en abrogeant à compter de cette date, la loi modifiée du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs qui avait transposé la directive 77/799/CEE, d'autre part.

Si la directive 77/799/CEE, transposée au Luxembourg par la loi modifiée du 15 mars 1979, a constitué un premier pas vers un mécanisme d'échange d'informations entre les Etats membres en matière de fiscalité directe, elle s'est néanmoins révélée insuffisante pour surmonter les effets négatifs d'une mondialisation sans cesse croissante. Elle est donc purement et simplement abrogée compte tenu de l'ampleur des adaptations nécessaires apportées par la Directive 2011/16/UE.

Tout comme la directive 2010/24/UE transposée récemment par la loi du 21 juillet 2012 relative à l'assistance mutuelle des Etats en matière de recouvrement des créances fiscales, la Directive 2011/16/UE établit ainsi un système élargi et uniformisé d'échange d'informations au sein de l'Union européenne qui se caractérise entre autres par une extension de la coopération administrative à tous les types d'impôts et taxes de l'Union européenne, et plus seulement aux impôts directs. Elle inclut les informations bancaires dans le champ des informations à échanger sur demande, introduit la règle de la communication entre bureaux centraux, celle d'une coopération rapprochée, notamment par la possibilité pour les agents des administrations

fiscales d'un Etat membre de participer aux enquêtes administratives dans un autre Etat membre et d'effectuer des contrôles simultanés, d'une communication par voie électronique et d'une systématisation au niveau des échanges de données par l'emploi de formulaires types.

Le projet de loi reprend le standard international applicable en matière de transparence et d'échanges de renseignements en prévoyant que l'échange d'informations ne peut pas être refusé au seul motif que l'information est détenue par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou qu'elle se rapporte à une participation ou au capital d'une personne. Il introduit également des notions telles que «*information vraisemblablement pertinente, utiles, à des fins similaires*», et d'autres notions qui ont plutôt coutume d'être utilisées dans le cadre des conventions préventives de double imposition qui ont été adoptées courant 2010 et 2011, toutefois sans les définir. Les conventions préventives de double imposition dont question ont été ratifiées par les lois du 31 mars 2010¹, (ci-après, la « Loi de 2010 ») et du 16 juillet 2011².

Sans vouloir entrer dans le détail du commentaire des articles, la Chambre de Commerce, qui salue la transposition relativement fidèle de la Directive 2011/16/UE, souhaiterait toutefois que des clarifications soient apportées à un certain nombre de termes utilisés, ceux-ci souffrant d'imprécision et mènent par conséquent à une certaine insécurité juridique.

La Chambre de Commerce qui salue par ailleurs le fait qu'il est précisé que les informations fiscales reçues sont couvertes par le secret fiscal, attire néanmoins l'attention sur la possibilité de transmission des informations échangées à d'autres Etats, même hors de l'Union européenne, qui peuvent avoir des standards de confidentialité nettement plus bas que ceux que connaît le Luxembourg. Elle relève par ailleurs l'existence d'une clause de la nation la plus favorisée à l'article 19 de la Directive 2011/16/UE, qui pourrait jouer un rôle important, notamment concernant le *Foreign Account Tax Compliance Act*³ (ci-après «*FATCA*»). Ces deux aspects méritent dès lors une attention toute particulière.

A relever encore que les Etats membres auront l'obligation, à partir de 2015, d'appliquer l'échange *automatique* des informations (donc sans demande préalable et à intervalles réguliers) pour certaines catégories de revenus. Cette future obligation n'est pas appréhendée par le présent projet de loi, mais fera l'objet d'un projet de loi distinct. A noter que certaines dispositions du projet de loi sous avis amorcent déjà le projet de loi à venir, notamment en matière de protection des données, de sorte qu'il y a d'ores et déjà un impact non négligeable à ce niveau également.

D'une manière générale, et compte tenu des enjeux, dont la limitation - voire l'exclusion dans certains cas - de certains droits du contribuable en matière de protection des données ou de droit de la défense, notamment en matière d'absence de communication sur les informations échangées qui le concernent, la Chambre de Commerce insiste sur le fait que des précisions soient apportées afin de garantir le respect des droits précités pour éviter qu'ils ne deviennent à terme lettre morte.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure

¹ Cette loi a été publiée au Mémorial A n°51 le 6 avril 2010.

² Cette loi a été publiée au Mémorial A n°146 le 21 juillet 2011

³ Note de la Chambre de Commerce : FATCA est une loi américaine signée le 18 mars 2010 qui généralise l'échange d'informations vis-à-vis des institutions financières percevant des revenus de source américaine.

d'approuver le présent projet de loi sous avis sous réserve de la prise en compte de ses observations.

Appréciation du projet de loi :

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	0
Transposition de la directive	+ ⁴
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	n/a
Développement durable	+

Appréciations:	++	:	très favorable
	+	:	favorable
	0	:	neutre
	-	:	défavorable
	--	:	très défavorable
	n.a.	:	non applicable
	n.d.	:	non disponible

Considérations générales

Si la directive 77/799/CEE, transposée au Luxembourg par la loi modifiée du 15 mars 1979, a constitué un premier pas vers un mécanisme d'échange d'informations entre les Etats membres en matière de fiscalité directe, elle s'est néanmoins révélée insuffisante pour surmonter les effets négatifs d'une mondialisation sans cesse croissante. Elle est donc purement et simplement abrogée compte tenu de l'ampleur des adaptations nécessaires apportées par la Directive 2011/16/UE.

A l'instar de la directive 2010/24/UE⁵ relative à l'assistance mutuelle des Etats en matière de recouvrement des créances fiscales, la Directive 2011/16/UE établit un système élargi et uniformisé d'échange d'informations au sein de l'Union européenne qui se caractérise par :

- l'extension de la coopération administrative à tous les types d'impôts et taxes de l'Union européenne⁶ (et plus seulement aux impôts directs);
- l'inclusion des informations bancaires dans le champ des informations à échanger sur demande;
- l'introduction de la règle de la communication entre bureaux centraux;

⁴ La Chambre de Commerce relèvera toutefois quelques lacunes qui seront détaillées dans le cadre du commentaire des articles.

⁵ Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures.

⁶ Sont exclues la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les droits de douanes, les droits d'accises et les cotisations sociales, pour lesquelles la coopération administrative est assurée par d'autres dispositions législatives de l'Union européenne.

- la possibilité pour les agents des administrations fiscales d'un Etat membre de participer aux enquêtes administratives dans un autre Etat membre et la possibilité pour les agents de deux Etats membres ou plus d'effectuer des contrôles simultanés s'il existe pour eux un intérêt commun;
- la communication des demandes d'informations et d'enquêtes administratives, ainsi que les réponses correspondantes, dans des délais fixés, au moyen de formulaires types et, dans la mesure du possible, sous format électronique et par l'intermédiaire d'un réseau électronique commun;
- l'instauration de règles précises en ce qui concerne le régime linguistique applicable à ces demandes et documents.

A noter que le projet de loi reprend par ailleurs le standard international applicable en matière de transparence et d'échange de renseignements en prévoyant que l'échange d'informations ne peut pas être refusé au seul motif que l'information est détenue par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou qu'elle se rapporte à une participation ou au capital d'une personne. On y retrouve également des notions telles que « *information vraisemblablement pertinente* ». A relever encore que les Etats membres auront l'obligation, à partir de 2015, d'appliquer l'échange *automatique* des informations (donc sans demande préalable et à intervalles réguliers), qui sera limité à trois catégories des cinq catégories prévues⁷. Cette future obligation n'est toutefois pas appréhendée par le présent projet de loi et fera l'objet d'une transposition ultérieure dans le cadre d'un projet de loi distinct.

La Chambre de Commerce souhaite toutefois partager certaines points qui lui paraissent d'ores et déjà mériter de plus amples réflexions dans le cadre du présent projet de loi compte tenu du fait que celui-ci amorce déjà d'une certaine manière le projet de loi à venir, d'une part, et de l'impact des mesures projetées, d'autre part.

La loi s'inscrit en effet dans la continuité des efforts récents du pouvoir exécutif de beaucoup d'Etats du monde d'assurer de manière plus rigoureuse le respect des obligations fiscales de leurs citoyens. Cette « *évolution de la situation internationale* » - le terme est expressément consacré à l'article 20, paragraphe 2 du projet de loi - paraît, à première vue, constituer un tournant historique par rapport à la situation antérieure.

Ainsi, il est désormais établi que le secret bancaire est susceptible de souffrir d'exceptions lorsqu'il y a soupçon de fraude. La question se pose toutefois de savoir si ce n'est pas plutôt le surendettement public qui force l'alliance des Etats et s'il n'existe pas dorénavant un consensus des pouvoirs exécutifs d'échanger entre eux, sur demande, des données de plus en plus nombreuses sur des personnes qui sont appelées à contribuer au budget de l'Etat. Ce consensus couvre aussi, et c'est la véritable nouveauté, l'effort d'aller rechercher des informations non directement disponibles auprès d'un tiers gérant de fortune. Si ce tournant est évidemment à saluer du point de vue du principe de l'égalité du contribuable devant l'impôt, il laisse par contre perplexe, si l'on tient compte de la réalité sur le terrain qui est que d'une part, les pays qui poussent le plus en faveur de cette évolution, sont souvent désignés comme étant les plus grands paradis fiscaux dans le monde⁸ avec, pour certains, une volonté de non réciprocité qui nourrit le sentiment que la fameuse « *évolution de la situation internationale* » est

⁷ Seront concernés : les revenus professionnels, les tantièmes, les produits d'assurance sur la vie, les retraites et la propriété et les revenus de biens immobiliers. Le Luxembourg a d'ores et déjà fait valoir qu'il optait pour les revenus professionnels, les tantièmes, ainsi que les retraites.

⁸ <http://www.publicserviceeurope.com/article/1692/the-worlds-biggest-tax-havens-the-us-and-the-uk> et <http://www.lecltaw.com/files/bbg33.htm>

moins dictée par des considérations d'équité fiscale, que par les situations budgétaires, et que d'autre part, il ne faut pas perdre de vue que la majorité des contribuables remplissent leurs obligations fiscales. Ce second aspect pose une autre question qui est celle de la proportionnalité des mesures adoptées, outre celle de la légitimité. En ce qui concerne d'abord ce dernier aspect, il est en effet à relever que la Directive 2011/16/UE se trouvant à la base du présent projet de loi a été adoptée par des Ministres des Etats membres de l'Union européenne le 15 février 2011, mais sans vote du Parlement européen, alors qu'elle contient des dispositions relatives à la protection des données qui sont suivant l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE") du ressort du Parlement européen. En ce qui concerne la proportionnalité, l'introduction de l'échange automatique dans toute l'Europe, clairement envisagé par le Conseil des Ministres et par la Commission européenne (et étant d'ailleurs aussi voulue par les Etats-Unis, notamment dans le cadre de FATCA précité), changerait fondamentalement les relations entre citoyens et Gouvernement. Il s'agit en l'occurrence d'instaurer une grande base de données sur tous les citoyens au niveau de l'Etat, comme elle est prévue par FATCA, qui double les informations patrimoniales disponibles auprès de la banque également au niveau du Gouvernement. Ceci apparaît comme totalement disproportionné par rapport au but qui est prétendument poursuivi, à savoir un plus grand respect des obligations fiscales par leurs citoyens, sachant par ailleurs que selon les communications et initiatives de la Commission européenne, que l'on ressent parfois comme étant justifiées exclusivement par l'utilisation des termes « la fraude », insistent aussi sur le fait qu' « *il est important de garder à l'esprit que, d'une manière générale, la grande majorité des contribuables de l'Union européenne s'efforcent de respecter leurs obligations fiscales* ».

Quoi qu'il en soit, si l'on accepte le constat que le secret bancaire peut souffrir des exceptions, il convient toutefois de relever que l'on peut comprendre ces dérogations comme autorisant l'accès des autorités aux données du citoyen-contribuable de deux manières très différentes, l'une uniquement en cas de soupçon de fraude (échange d'information sur demande justifiée) ou, l'autre, comme un accès totalement libre des Gouvernements aux données sur le patrimoine de leurs citoyens auprès des banques notamment (échange d'information automatique). La différence entre les deux formes d' "exceptions", voire "d'abolition du secret bancaire" est de taille. La seconde méthode, celle de l'introduction d'un échange automatique, crée inévitablement une base de données qui vise « tout le monde » et contient donc aussi une grande quantité d'informations personnelles et patrimoniales sur des citoyens qui n'ont jamais donné lieu au moindre soupçon d'un comportement incivique. Avec cette forme de collecte de données, que la Cour constitutionnelle allemande désigne par « *collecte de données sans cause* » (« *anlasslose Datenspeicherung* »), on entre dans la sphère de la « *Vorrats-Datenspeicherung* », c'est-à-dire la collecte de données « *pour le cas où* » un contribuable ne respecterait éventuellement plus ses obligations fiscales dans le futur.

Par ailleurs, et dans la mesure où un tel accès libre aux données serait légal, il ne semble pas évident, pourquoi un tel accès des Gouvernements aux données se limiterait aux seules banques et ne viserait pas aussi n'importe quel acteur du secteur privé, y compris d'autres citoyens⁹.

Cela étant, la raison pour laquelle les Gouvernements approchent par priorité les banques et autres gérants de fortune est évidente : ils disposent d'énormément d'informations. L'évolution réglementaire inéluctable a ainsi pour effet que le volume d'informations confidentielles détenues par professionnels de la finance sur leurs clients ne cesse d'augmenter. C'est ainsi que la directive MIFID leur impose de procéder à une évaluation de la situation de chaque client afin de pouvoir lui proposer les produits et services les plus adaptés à

⁹ Dans cet ordre d'idées, les Etats Unis ont récemment introduit une procédure officielle, appelée « whistleblowing » qui rémunère toute dénonciation d'un « voisin » qui ne déclare pas correctement ses revenus par un montant de 30% des recettes fiscales récoltées. L'administration fiscale américaine a aussi élaboré un formulaire officiel de dénonciation, le formulaire IRS n° 211 : <http://www.irs.gov/compliance/article/0,,id=180171,00.htm>

ses besoins. De même, en matière d'octroi de crédit à la consommation, le banquier doit s'enquérir de sa capacité de financement et ainsi évaluer « *la solvabilité du consommateur, à partir d'un nombre suffisant d'informations, fournies, le cas échéant, par ce dernier* ».

Parallèlement aux informations relatives à leurs clients, les professionnels de la finance gèrent, par nécessité, des données relatives à des tiers, que ce soit afin de se prémunir contre d'éventuels fraudeurs, en vue de la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, ou encore en application de certaines dispositions légales, notamment relatives aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché.

Les intermédiaires visés se trouvent dès lors exactement entre les Gouvernements et le contribuable. L'accès libre des Gouvernements aux données (échange automatique) sur le patrimoine du client est dès lors susceptible de violer non seulement, et avant tout, le droit à la vie privée du citoyen européen, mais oblige aussi l'intermédiaire, dont les banques, à violer leurs propres obligations résultant du droit à la vie privée de leur client. Les professionnels ont par conséquent un grave conflit d'intérêt et on découvre ici le véritable fondement du secret bancaire : le respect de la vie privée du client, qui couvre aussi les informations sur sa fortune.

A noter encore que certains droits fondamentaux étant aussi des « *Abwehrrechte*¹⁰ » du citoyen vis-à-vis de l'Etat, le secret bancaire représente donc le droit du client d'être protégé contre une trop grande intrusion de l'Etat dans sa sphère privée. Certains abus au niveau du secret bancaire, constatés dans le passé, ne justifient certainement pas de faire table rase de tout et d'amputer le droit fondamental à la vie privée d'une partie très importante: la protection de la sphère patrimoniale.

En conséquence, et même si le projet de loi sous avis ne contient pas encore la partie de la directive sur l'échange automatique (exposé des motifs, pénultième alinéa), il semble important à la Chambre de Commerce, de rendre d'ores et déjà attentif le Parlement luxembourgeois à cette notion d'« *évolution de la situation internationale* » et aux motifs de ceux qui propagent cette terminologie. Cette évolution est à observer de très près et avec une grande suspicion, d'autant plus que la Directive 2011/16/UE à la base du projet de loi contient par ailleurs une clause de la nation la plus favorisée¹¹, qui pourrait jouer un rôle particulier dans le contexte de l'évolution du dossier FATCA. Le potentiel de cette « *évolution* » à se heurter aux droits fondamentaux des citoyens est toujours à garder à l'esprit. Dans ce sens, la partie de la directive transposée par le présent projet de loi contient déjà des dispositions sur la protection de données qui limitent, voire excluent¹² tous les droits d'information et de rectification de données garantis au citoyen par les droits à la protection de données.

Finalement, un dernier point est encore à relever, à savoir que l'entraide purement administrative (sans intervention d'un juge ou d'un procureur) pose, en général et au contraire de l'entraide judiciaire, le problème d'un contournement des garanties procédurales du prévenu en matière pénale. Ceci résulte du fait que l'entraide peut être demandée et accordée même pour des besoins d'un simple contrôle de déclaration fiscale, sans qu'une enquête formelle ait été ouverte. Le fait que les administrations fiscales semblent maintenant librement utiliser une pratique qui, il y a peu de temps, était encore considérée comme illégale d'un point de vue de la

¹⁰ Cf. p.ex. l'arrêt fondamental de la Cour institutionnelle allemande du 15 janvier 1958 (Lüth) : <http://grundrechteforum.de/bverfge-zu-den-grundrechten-als-abwehrrechte-und-meinungsfreiheit/36/>

¹¹ Ainsi, l'article 19 de la Directive 2011/16/UE dispose que « *Lorsqu'un Etat membre offre à un pays tiers une coopération plus étendue que celle prévue par la présente directive, il ne peut pas refuser cette coopération étendue à un autre Etat membre souhaitant prendre part à une telle forme de coopération mutuelle plus étendue* », avec les conséquences évidentes que ceci implique en matière de transmission d'information une fois que celle-ci collectée.

¹² Art. 20 du projet de loi et article 25 de la directive. Il est à craindre, comme des exemples récentes en France le démontrent (fichier EVAFISC (uniquement) sur les cartes de crédit étrangères, détenues par des résidents, qui est alimentée par des données récoltées auprès des supermarchés !) que ses droits soient complètement exclus.

protection de données, à savoir le « croisement » d'informations obtenues avec d'autres données accessibles (« profiling »), ne peut que renforcer l'inquiétude croissante.

Compte tenu de ce qui précède, il est impératif de prendre toutes les mesures qui s'imposent, tant en matière de protection de la vie privée, que des droits de la défense, afin que les droits des citoyens ne deviennent pas lettre morte.

Ceci étant rappelé, la Chambre de Commerce salue la qualité du projet de loi dans son ensemble.

En vertu du principe « *toute la directive, rien que la directive* » cher à la Chambre de Commerce, elle tient cependant à relever quelques erreurs ou omissions de transposition.

Commentaires des articles

A. Commentaires concernant plusieurs articles à la fois

Concernant les articles 5, 6, 10, 13 et 22

L'utilisation du terme « *vraisemblablement pertinent* », non-défini à l'article 2 du projet de loi, ni dans le commentaire des articles, mais dans *l'exposé des motifs*¹³, soulève la question de son imprécision. La Chambre de Commerce estime que les implications pour le droit à la vie privée des personnes concernées et des considérations de proportionnalité et de légitimité exposées plus haut, exigent une définition beaucoup plus précise de ces termes, ainsi que par la même occasion une prise de position quant aux demandes groupées.

La Chambre de Commerce s'interroge également sur l'avis des responsables luxembourgeois en matière de protection de données sur ce point.

Concernant les articles 7 paragraphe (3) et 9

Il semble y avoir concurrence entre les conventions préventives de double imposition approuvées récemment et la Directive 2011/16/UE qui mériterait d'être clarifié.

L'article 7 (3) du projet de loi (article 6 (3) de la Directive 2011/16/UE) reprend en effet une formulation se trouvant déjà à l'article 2 (2) de la directive 77/799/CE sur l'entraide administrative en matière fiscale, telle que modifiée par la directive 2004/56/CE.

Le texte de cette dernière disposition avait la teneur suivante :

« *Pour se procurer les informations demandées, l'autorité requise, ou l'autorité administrative saisie par cette dernière, procède comme si elle agissait pour son propre compte ou à la demande d'une autre autorité de son propre État membre* ».

Le nouveau texte de l'article 6 (3) de la Directive 2011/16/UE est rédigé en termes très similaires:

« *Pour obtenir les informations demandées ou pour procéder à l'enquête administrative demandée, l'autorité requise suit les mêmes procédures que si elle agissait de sa propre initiative ou à la demande d'une autre autorité de son propre Etat membre.* »

¹³ et dans le commentaire relatif au modèle de convention de l'OCDE

La loi du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs contient déjà cette même règle au 3^{ème} alinéa de son article unique, et la règle est encore une fois reprise à l'article 4 (1) du règlement grand-ducal du 15 mars 1979 ayant le même objet : « ... qui seront recueillies dans les mêmes conditions que les informations similaires destinées à l'administration des contributions directes ».

La Chambre de Commerce est d'avis que le maintien constant de la disposition précitée à travers le temps permet de conclure que les auteurs des différentes versions des directives sur l'assistance mutuelle ou coopération administrative voulaient s'assurer qu'il ne peut y avoir une procédure spécifique pour les non-résidents, qui sont des résidents d'un autre Etat membre de l'Union européenne. En d'autres termes, la personne sur laquelle une information est recherchée doit être traitée, en ce qui concerne les procédures applicables, de la même manière qu'un résident du pays où les informations sont recherchées. Un tel traitement est d'abord la conséquence logique de l'application des règles sur la non-discrimination contenues dans le TFUE, mais aussi de la loi luxembourgeoise de 1979 et du règlement grand-ducal précité dont le commentaire des articles dispose que : « D'un point de vue formel, l'information n'est susceptible d'être transmise ... que si cette utilisation est conforme aux règles qui s'appliquent en droit interne à la recherche et à l'utilisation de telles informations en vue de l'établissement correct d'un impôt luxembourgeois semblable. ... L'administration ne peut rechercher des informations intéressant l'établissement correct d'impôts étrangers qu'en procédant aux mesures d'instruction réglementées par le droit interne et appliquées par la pratique; elle ne saurait transmettre des informations obtenues par une procédure irrégulière, en violation des droits de la défense ... ».

Dans la mesure où l'article 9 du projet de loi prévoit quant à lui que: « Les demandes d'informations introduites par application de l'échange d'informations prévu à l'article 6 [du projet de loi] sont traitées suivant la procédure instituée par les articles 2 à 6 de la loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande. » et que cette procédure vise exclusivement des demandes concernant des non-résidents, il y a renvoi à deux types de procédures différents.

Le traitement du problème de la concurrence entre les dispositions des conventions bilatérales que le Luxembourg a conclues avec des Etat membres (y compris les lois accompagnant la ratification) et la ou les directives européennes ne semble donc pas seulement se limiter à une question d'application dans le temps, comme le suggère la décision récente de la Cour administrative du Luxembourg¹⁴. En effet, la question de l'applicabilité de toutes les procédures (et non seulement du droit de recours devant les tribunaux administratifs) de la loi générale des impôts semble donc se poser aussi du point de vue d'une continuation de l'application des procédures de l'Abgabenordnung aux contribuables résidents. Les autres pays de l'Union européenne ne disposent très probablement pas non plus de procédures différentes pour les résidents et les non-résidents. A cet égard, il semble donc exister un conflit entre l'article 7 (3) et l'article 9 du projet de loi.

B. Commentaires concernant un article précis

Concernant l'article 2

L'article 2 définit un certain nombre de notions, dont celle de personne qui l'est de manière assez large. Pour plus de clarté, la Chambre de Commerce souhaiterait que la

¹⁴ Décision du 9 février 2012, n° 29655C

notion de structure luxembourgeoise susceptible de constituer une construction juridique telle que visée à l'article 2. m), alinéa 4 soit précisée par quelques exemples concrets.

Concernant l'article 3

L'article 3 du projet de loi précise quelles sont les différentes autorités luxembourgeoises impliquées dans la coopération administrative avec les autres Etats membres (autorité compétente, bureau central de liaison et services de liaison) et en détaille les fonctions.

Or, outre le problème de conflit soulevé dans le cadre du commentaires des articles 7 paragraphe (3) et 9 ci-dessus, la technique législative des renvois aux lois de ratification précitées pose d'autres problèmes, dont celui que l'article 3 du projet de loi qui fait partiellement double emploi avec l'article 2 de la Loi du 31 mars 2010. A noter que l'article 2 de la Loi de 2010 contient lui-même un renvoi à l'article 1^{er} de la même loi et ne vise partant que certaines conventions, et donc certains pays, St-Marin, la Suède et le Portugal ayant fait l'objet d'une loi d'approbation ultérieure.

La question se pose en outre de savoir si le renvoi ne devrait pas se limiter aux articles 3 à 6 de la Loi de 2010.

Par ailleurs, le paragraphe (2) de l'article 3 du projet de loi désigne l'Administration des contributions directes en tant que « bureau central de liaison » et indique que ce bureau est responsable des contacts avec la Commission européenne. Afin d'assurer une transposition complète de l'article 4, paragraphe 3, deuxième phrase de la Directive 2011/16/UE, la Chambre de Commerce est d'avis que le paragraphe (2) de l'article 3 du projet de loi devrait en outre préciser qu' « il appartient au bureau central de liaison de tenir à jour la liste des services de liaison et de la mettre à disposition des bureaux centraux de liaison des autres Etats membres et de la Commission ».

Finalement, en ce qui concerne le paragraphe (6) de l'article 3 du projet de loi, la Chambre de Commerce relève que la partie de phrase « *Lorsqu'un service de liaison transmet ou reçoit une demande de coopération ou une réponse à une telle demande, il en informe le bureau central de liaison conformément aux procédures établies de ce dernier* » devrait être remplacé par « *Lorsque l'Administration de l'enregistrement et des domaines ou l'Administration des douanes et accises transmet ou reçoit une demande de coopération ou une réponse à une telle demande, il en informe l'Administration des Contributions directes conformément aux procédures la matière* » pour plus de clarté, d'une part. D'autre part, l'article 4 paragraphe 6 de la Directive 2011/16/UE vise en ce qui concerne la procédure à appliquer, non pas celle du bureau central, mais celle de l'Etat membre en question.

Concernant l'article 4

Selon l'article 4 du projet de loi, l'administration luxembourgeoise n'agira que si les autorités compétentes, les bureaux centraux de liaison, les services de liaison et les fonctionnaires compétents des autres Etats membres sont ceux désignés par les autres Etats membres sur des listes communiquées à l'Etat luxembourgeois par la Commission européenne.

La Chambre de Commerce comprend la volonté des auteurs du projet de loi quant à un souci de s'assurer de la régularité de la procédure, mais émet néanmoins des réserves quant à la compatibilité de cet article avec l'article 4, paragraphe 5 de la Directive 2011/16/UE dans la mesure où ce dernier établit une présomption de

compétence à l'égard de tout fonctionnaire pratiquant la coopération administrative en vertu de la Directive 2011/16/UE.

Concernant l'article 7 paragraphe (2)

La Chambre de Commerce comprend que l'utilisation du terme « *peut* » dans la première phrase, implique que si la demande ne contient pas de telle requête, l'autorité requise décide elle-même s'il y a lieu de mener une telle enquête ou non, sans avoir à se justifier. Si par contre la requête est expressément formulée, elle n'a alors pas d'autre choix en cas de refus que de devoir se justifier.

Concernant l'article 9

La Chambre de Commerce préconise de remplacer le mot « *introduites* » par « *reçues* » pour plus de clarté.

Concernant l'article 10

Le paragraphe (1) de l'article 10 prévoit un échange spontané d'informations dans cinq hypothèses, comme par exemple lorsque « *l'autorité compétente luxembourgeoise a des raisons de supposer qu'il peut exister une perte d'impôt ou de taxe dans l'autre Etat membre* ». Il pourrait être utile de préciser les contours des cinq cas visés, notamment à l'aune des objectifs poursuivis de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. En effet, à défaut de précision, le libellé de cet article relatif à l'échange spontané d'informations pourrait laisser penser qu'il s'apparente, dans les faits, de par les obligations qu'il semble créer à charge des autorités fiscales luxembourgeoises à une forme d'échange quasiment automatique.

Le paragraphe (2) de l'article 10 contient le terme « *utile* » et la double utilisation du mot « *peut* » qui laisse une large marge d'appréciation à l'administration fiscale.

Eu égard au droit à la vie privée et à la protection de données personnelles, et même s'il s'agit d'une transposition fidèle, la Chambre de Commerce serait intéressée de connaître la position des responsables luxembourgeois en matière de protection de données à ce sujet.

A noter qu'en Allemagne, le contribuable concerné est toujours informé d'un échange spontané d'information vers un autre pays. Il s'agit d'une pratique administrative induite par les règles sur la protection des données. Le contribuable a la possibilité de s'adresser à un tribunal, en référé, et peut bien entendu, selon le cas d'espèce, même obtenir gain de cause¹⁵.

La Chambre de Commerce se permet encore de renvoyer à une question préjudicielle très récente et intéressante, soumise à la Cour de Justice de l'Union européenne le 4 juin 2012 par la Cour suprême administrative tchèque (*Nejvyšší správní soud*) dans l'affaire *Jiří Sabou v. Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu [C-276/12]*¹⁶ et qui concerne la directive « assistance mutuelle » actuellement en vigueur (directive 77/799/CE).

Vu l'identité de la matière, les réponses à ces questions préjudicielles s'appliqueront aussi à la directive transposée par le projet de loi.

Les questions soulevées sont les suivantes :

1) *Le droit de l'Union européenne confère-t-il à un contribuable le droit d'être informé de la décision de l'administration fiscale de présenter une demande d'informations en vertu de la directive 77/799/CEE? Un*

¹⁵ <http://openjur.de/u/131210.html>

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:273:0003:0004:fr:PDF>

contribuable a-t-il le droit de participer à la formulation de la demande adressée à l'État membre requis? Au cas où le droit communautaire ne conférerait pas des droits de cette nature au contribuable, ce dernier peut-il se voir reconnaître des droits similaires par le droit national?

2) Un contribuable a-t-il le droit de participer à l'audition des témoins dans l'État membre requis au cours du traitement d'une demande d'informations en application de la directive 77/799/CEE? L'État membre requis est-il tenu d'informer préalablement le contribuable de la date de l'audition si cela lui était demandé par l'État membre plaignant?

3) Lorsqu'elle communique des informations en application de la directive 77/799/CEE, l'administration fiscale de l'État membre requis est-elle tenue de respecter un contenu minimal pour les réponses de manière à ce qu'il soit clairement établi à partir de quelles sources et selon quelles modalités elle a pu fournir les informations communiquées? Le contribuable peut-il contester l'exactitude des informations ainsi fournies en invoquant par exemple des vices dont serait entachée la procédure qui a précédé, dans l'État requis, la transmission des informations? Ou bien le principe de confiance mutuelle et de coopération, en vertu duquel on ne peut pas remettre en cause les informations communiquées par l'administration fiscale requise, s'applique-t-il?

Concernant les articles 12 et 13

La Chambre de Commerce s'interroge sur la raison qui a mené à intervertir l'ordre des deux procédures visées par rapport à la Directive 2011/16/UE.

Concernant l'article 16

Ici encore, même si la transposition est fidèle, la question se pose de savoir si la formulation « *sans préjudice des règles relatives à la protection des données* » est suffisamment précise. Ceci est d'autant plus important, que l'article 23 du projet de loi sous avis prévoit de sérieuses limitations aux droits d'information du contribuable sujet au traitement des données. L'avis du responsable luxembourgeois sur la protection de données semble également être requis à cet égard.

La Chambre de Commerce relève par ailleurs une erreur typographique à la deuxième phrase « *une Etat membre* » devant se lire « *un Etat membre* ».

Concernant l'article 17

En dehors d'un renvoi aux questions préjudicielles dont question au sujet de l'article 10 ci-avant et qui ont également toute leur importance à cet endroit, la Chambre de Commerce voudrait attirer l'attention sur un autre aspect potentiel du non respect des règles sur la protection de données dû à l'utilisation des termes « *fins similaires* » au paragraphe (2) et « *utiles* » au paragraphe (3) qui soulèvent à nouveau l'objection de l'imprécision des ces mots.

Une attention particulière est en effet à porter au transfert d'informations à des Etats tiers (hors de l'Union européenne), où la protection de données est moins importante (par exemple les Etats-Unis) et la Chambre de Commerce renvoie aux dangers liés à la « *clause de la nation la plus favorisée* » pour la protection des données dont il a été question dans le cadre des considérations générales et d'autres dispositifs mis ou à mettre en place, dont FATCA.

Il y a en outre lieu de compléter la référence à la loi ayant transposé la Directive 2011/24/UE du Conseil précité par la date du 21 juillet 2012 dans le second alinéa du paragraphe (1).

La Chambre de Commerce relève que le paragraphe 1 de l'article 16 de la Directive 2011/16/UE n'a pas été intégralement retranscrit et suggère le libellé suivant pour la première phrase du paragraphe (2) de l'article 17 du projet de loi :

«(2) L'autorité compétente d'un autre Etat membre, qui reçoit des informations et documents de la part de l'autorité compétente luxembourgeoise peut, avec l'autorisation de cette dernière les utiliser à des fins autres que celles visées au paragraphe (1) et seulement dans la mesure où cela est autorisé par sa propre législation. »

Le paragraphe (3) de l'article 17 du projet de loi a trait à la possibilité donnée à l'autorité luxembourgeoise qui a reçu des informations d'un Etat membre de les partager, si elle le juge utile, avec un troisième Etat membre, ce dernier étant lui aussi un Etat membre de l'Union européenne. Afin de respecter la terminologie juridique habituelle qui distingue l'Etat *membre* de l'Etat *tiers*, la Chambre de Commerce recommande que le terme « Etat membre tiers » figurant à l'alinéa 2 du paragraphe (3) de l'article 17 du projet de loi soit remplacé par « troisième Etat membre ».

Concernant l'article 18

Dans la mesure où la règle générale selon laquelle le recours à un tiers (le détenteur d'information) est subsidiaire à un contact direct du contribuable concerné (cette règle est contenue aussi dans la loi générale des impôts luxembourgeoise au paragraphe 209 AO), l'on doit à nouveau se poser la question, si l'utilisation du terme «(a) déjà exploité les sources habituelles d'information» est une définition suffisamment précise pour assurer le respect du *principe de la subsidiarité* et les droits du contribuable en général, c'est-à-dire non seulement le droit à la vie privée, mais aussi ses droits fondamentaux procéduraux en matière pénale, dont le droit à ne pas être forcé à une auto incrimination. Il serait en fait très facile de contourner ces droits à travers une demande de renseignements auprès d'une banque.

Au sujet du *principe de subsidiarité*, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer au nouveau « Anwendungserlass zur Abgabenordnung (allemande) »¹⁷, qui décrit, dans le détail, les conditions dans lesquelles on peut approcher un tiers. Il serait peut-être judicieux de s'inspirer de ces dispositions pour préciser le terme « *exploiter les sources habituelles d'information* ».

La question très importante s'y ajoutant, relative à la problématique du « *no tipping off* », est traitée dans le commentaire de l'OCDE¹⁸, mais n'apparaît à nouveau nulle part – en tout cas pas explicitement - dans le texte du projet de loi. La question se pose en effet de savoir s'il peut être considéré comme certain que les autorités luxembourgeoises ne demanderont jamais aux banques *de ne pas* informer le client de la demande de renseignement. Ceci ferait en effet du sens : le « *no tipping off* » pose déjà problème en raison du contournement des droits procéduraux du prévenu dans le cas de l'entraide *judiciaire*, mais l'est encore beaucoup plus en matière d'entraide administrative. Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'il s'agit des droits d'un "prévenu" *potentiel en amont* de l'ouverture d'une procédure pénale et qu'il y a toujours la présomption d'innocence qui doit prévaloir.

Concernant l'article 19

La Chambre de Commerce souhaite observer que si l'échange d'informations ne peut pas être refusé au seul motif que l'information est détenue par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou qu'elle se rapporte à une participation ou au capital d'une personne, elle

¹⁷ http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Weitere_Steuerthemen/Abgabenordnung/AO-Anwendungserlass/2012-08-15-aenderung-aoae.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (point 1.2, page 13 et suiv.)

¹⁸ http://www.OCDE.org/fr/ctp/echangederenseignements/latestdocuments/120718_Article%2026-FR.pdf

s'inquiète toutefois des conséquences que ceci pourrait avoir dans certains cas et souhaiterait que des clarifications soient faites et des garanties introduites par le législateur luxembourgeois.

S'agissant notamment de l'industrie des fonds qui pourra dorénavant se voir confrontée à une procédure d'échange d'information, la taxe d'abonnement étant désormais visée suite à l'élargissement du champ d'application des impôts concernés, elle pourra se voir approcher, en tout cas en sa qualité de détenteur d'informations.

La question se pose dès lors, peut-être plus encore que pour d'autres acteurs du secteur financier, de savoir quelle sera la conséquence si l'information ne peut être fournie parce qu'il a, par exemple, été fait usage d'un compte omnibus. Par ailleurs, outre le recours à d'autres techniques, la chaîne de détention en matière de fonds d'investissements est souvent très longue suite à l'intervention de nombreux intermédiaires, et ce à travers le monde entier. Cela est très certainement dû au dynamisme et au rayonnement de la place qu'il ne s'agirait pas de affaiblir par l'imposition de mesures, par ailleurs inapplicables en pratique. En effet, les informations dont disposent notamment les sociétés de gestion ou encore les agents de transfert ne résultent très souvent que du seul registre des actionnaires et ne renseignent que rarement sur le bénéficiaire ultime. Seul l'intermédiaire financier, voire le détenteur, y sera renseigné.

La Chambre de Commerce relève qu'il n'y a pas, dans ce cas, comme dans plusieurs autres cas, de réponse quant à savoir si le détenteur d'information devra être considéré comme ne satisfaisant pas aux obligations que lui impose la loi, et s'il devra justifier les raisons de son absence de réponse. Il va sans dire que l'obligation de fournir l'information doit s'appliquer à celle que le fonds a à sa disposition (registre des actionnaires) ou peut obtenir sans difficultés.

En ce qui concerne les autres cas, dont celui évoqué ci-avant, la Chambre de Commerce estime que des clarifications sont indispensables pour plus de sécurité juridique. Bien que ce type de questions, et d'autres, aient déjà pu se poser à l'occasion de l'adoption de la Loi de 2010 précitée, celle-ci disposant en son article 5 que si les informations ne sont pas fournies dans le délai imparti, une amende administrative fiscale, fixée par le directeur de l'administration fiscale compétente ou son délégué, sera due, il demeure également incertain de savoir, s'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultats.

La Chambre de Commerce réitère également à cette occasion, les questions posées dans le cadre du projet de loi n° 6072 ayant mené à l'adoption de la Loi de 2010 précitée.

Concernant l'article 20

Outre les réflexions déjà menées au sujet des termes "*l'évolution de la situation internationale*", des interrogations sont à soulever à l'égard des formulaires *type*. Comme il a été relevé dans une affaire devant le tribunal administratif du Luxembourg (décision du 23 mai 2012, n° 30177 du rôle), certains Etats recourent systématiquement à la possibilité de faire une croix sur le formulaire à l'endroit où on doit indiquer si l'administration requérante veut que la personne visée par la demande ne soit pas informée de celle-ci (« *no tipping off* »). Comme il résulte même du commentaire de l'OCDE ¹⁹, la pratique du « *no tipping off* » provenant de la

¹⁹ Note infrapaginale n° 12, section 14.1 où il est dit que le « *no tipping off* » doit être limitée aux cas où « la notification est susceptible de compromettre les chances de succès de l'enquête menée par l'État »

lutte contre le blanchiment et de l'entraide judiciaire doit être limitée, si elle est vraiment justifiée pour l'entraide administrative, ce qui ne semble pas couler de source à première vue, aux cas d'«urgence». L'utilisation de formulaires semble donc empêcher les administrations d'effectuer la balance nécessaire entre les intérêts divergents et devrait par conséquent, si elle devait néanmoins être utilisée, être limitée en ce qui concerne la possibilité de demander le « *no tipping off* » comme précisé.

Concernant l'article 23

En se référant aux dispositions de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des données, l'article 23 du projet de loi limite les droits d'accès des contribuables concernés aux informations recueillies par l'administration. Il limite les droits prévus :

- à l'article 15 (publicité de la base de données),
- à l'article 26 (informations sur la nature du traitement, du contenu de la base de données, information sur le droit d'accès),
- à l'article 28 (droit d'accès)

de la loi précitée, « *dans la mesure où cela est nécessaire afin de sauvegarder les intérêts visés ...* ».

On peut déduire du contexte de ce renvoi que ce qui est visé est « *un intérêt économique ou financier important de l'Etat ou de l'Union européenne, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal.* »

Outre le fait que la formulation choisie est à nouveau très imprécise et que le terme « *limiter* » ne permet pas de déterminer quelles sont les limites concrètes appliquées, ni de déterminer si, et sous quelles conditions, le droit d'accès est complètement exclu, il semble aussi difficile d'apprécier quand un intérêt financier *important* est en jeu.

La Chambre de Commerce renvoie par ailleurs encore aux questions préjudicielles récemment posées par la Cour suprême administrative tchèque, dont il a été question dans le cadre du commentaire de l'article 10 ci-avant.

Finalement, vu le champ d'application *ratione personae* du projet de loi, cette restriction d'accès ne semble exister qu'à l'égard des non-résidents. A ce sujet la Chambre de Commerce voudrait d'abord rappeler la décision *Huber* de la CJUE²⁰, dont la Commission européenne elle-même cite le passage suivant : « *Enfin, s'agissant de la lutte contre la criminalité, la Cour relève que cet objectif vise la poursuite des crimes et des délits commis, indépendamment de la nationalité de leurs auteurs. Partant, pour un État membre, la situation de ses ressortissants ne saurait être différente de celle des ressortissants des autres États membres séjournant sur son territoire. Puisque le registre allemand ne contient pas les données à caractère personnel des ressortissants allemands, le traitement systématique de données personnelles relatives aux seuls ressortissants d'autres États membres à des fins de lutte contre la criminalité constitue une discrimination fondée sur la nationalité prohibée par l'article 12 CE* ».

requérant ».

²⁰Cf. à ce sujet d'abord le fameux arrêt « *Schumacker* » (C-279/93) de la CJCE qui conclut (n° 27-29) que : « une réglementation nationale ..., qui prévoit une distinction fondée sur le critère de la résidence en ce sens qu'elle refuse aux non-résidents certains avantages en matière d'imposition accordés, en revanche, aux résidents sur le territoire national, risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres. En effet, les non-résidents sont le plus souvent des non-nationaux. Dans ces conditions, des avantages fiscaux réservés aux seuls résidents d'un État membre sont susceptibles de constituer une discrimination indirecte selon la nationalité. » Pour un cas d'une discrimination au niveau d'une base de données (registre uniquement pour étrangers), cf. l'arrêt *Huber* de la CJUE, beaucoup plus récent : ec.europa.eu/dgs/legal_service/.../06c524_fr.pdf

Ensuite, en ce qui concerne l'argument de l'intérêt financier important, la Chambre de Commerce voudrait répéter ci-après un passage clé de l'arrêt *Verkooijen* de la CJCE : « *Quant aux arguments relatifs à la perte de revenus qu'entraînerait pour le Royaume des Pays-Bas le [... même traitement des non-résidents que des résidents ...], il suffit de rappeler que la réduction de recettes fiscales ne saurait être considérée comme une raison impérieuse d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier une mesure en principe contraire à une liberté fondamentale* ».

La Chambre de Commerce voudrait finalement réitérer ses doutes quant à la légalité formelle de cet article eu égard de la procédure d'adoption de la directive à la base du projet de loi: la Directive 2011/16/UE, et son article 25 relatif à l'exclusion des droits d'information et d'accès du contribuable aux informations le concernant, a été adoptée en février 2011 sans le consentement du Parlement européen, en dépit du fait que l'article 16, paragraphe 2 du Traité de Lisbonne (TFUE), entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, donne au Parlement européen la compétence sur les questions de protection de données.

Concernant l'article 25

L'année de la loi à adopter est à adapter (2012 au lieu de 2011).

Concernant l'article 27

La référence à la loi du 15 mars 1979 doit être complétée de manière à indiquer qu'il s'agit de « la loi modifiée du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs ».

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le présent projet de loi sous avis sous réserve de la prise en compte de ses observations.

TAN/SBE/TSA