

Objet: Projet de loi n°6501 portant approbation de conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande (4061TAN).

*Saisine : Ministre des Finances
(21 novembre 2012)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du projet de loi sous avis (ci-après dénommé le « Projet ») est de poursuivre la politique du Gouvernement visant à conclure des conventions préventives de double imposition, avenants ou encore protocoles, conformes aux standards internationaux de l'OCDE en matière d'échange d'informations sur demande, d'une part, d'étendre le réseau de conventions préventives de double imposition, d'autre part, et de fixer la procédure d'échange de renseignements sur demande y relative.

Ainsi, le Projet sous avis approuve les conventions fiscales conclues avec le Kazakhstan, la Macédoine, les Seychelles et le Tadjikistan, le Lao, le Sri Lanka et les avenants modifiant les conventions existantes avec le Canada, la Corée du Sud, l'Italie, Malte, la Pologne, la Roumanie, la Russie et la Suisse, ainsi qu'un avenant à la convention avec le Kazakhstan. A cette liste s'ajoute encore la convention conclue avec l'Allemagne qui remplace celle actuellement en vigueur datant de 1958.

En ce qui concerne la procédure d'échange de renseignements, le Projet reprend à l'identique les textes des lois du 31 mars 2010¹ et du 16 juillet 2011² portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande.

RESUME SYNTHETIQUE

L'objet du Projet de loi sous avis est d'approuver une série de conventions de non double imposition et avenants fiscaux conclus récemment par le Grand-Duché de Luxembourg dans le souci de poursuivre ses efforts de modifier certains accords internationaux afin de les rendre conformes aux standards OCDE en matière d'échange d'informations sur demande, d'une part, et d'étoffer son réseau conventionnel, d'autre part, tout en essayant d'introduire un cadre légal qui se veut clair et efficace en ce qui concerne la procédure d'échange de renseignements sur demande.

La Chambre de Commerce rappelle à cet endroit les développements faits dans le cadre de ses deux avis relatifs aux projets de lois ayant mené à l'adoption des lois précitées de 2010 et 2011, à savoir que le Projet tel que libellé ne remplit malheureusement pas les objectifs poursuivis, et ce pour plusieurs raisons:

¹ Loi publiée au Mémorial A N° 51 du 6 avril 2010, p. 830 et s.

² Loi publiée au Mémorial A N° 146 du 21 juillet 2011, p. 2024 et s.

1) technique législative:

il conviendrait de scinder le Projet en deux projets de lois distincts, dont l'un approuverait les actes internationaux récemment conclus, et l'autre, l'ensemble des aspects procéduraux de l'échange d'informations sur demande. Ceci aurait pour mérite de simplifier l'application de la procédure aux textes internationaux conclus à l'avenir en opérant un simple renvoi aux dispositions déjà en vigueur et éviterait ainsi des divergences procédurales entre les textes adoptés actuellement et ceux qui le seront plus tard;

2) droits de la défense et respect de la vie privée:

- a. il est indispensable que la personne visée par la demande de renseignements en soit avertie en temps utile et puisse faire valoir ses moyens de défense, dans le cadre d'une procédure contradictoire, à un double degré de juridiction, et ce, tant en droit, qu'en fait. A cette fin, la demande de renseignements doit évidemment lui être notifiée, ce qui n'est pas le cas en l'état du Projet;
- b. le nombre de mémoires, limité en principe à un seul, en ce compris la requête introductive, n'est pas non plus de nature à assurer de manière adéquate le respect des droits de la défense: la demande de renseignements devrait, à tout le moins, être motivée mais cette condition ne semble pas, de l'avis de la Chambre de Commerce, être à elle seule suffisante dans la majorité des cas pour garantir le respect de la vie privée, les administrations ne vérifiant que les conditions de légalité de la demande étrangère;
- c. le fait d'imposer un délai pour statuer aux juridictions administratives est singulier ; cette contrainte risque de ne pas être respectée en pratique, en tout cas, si des devoirs complémentaires devaient être accomplis à la demande des juridictions ;
- d. il y a nécessité du maintien du caractère confidentiel des renseignements requis dans le cadre de la procédure, et ce jusqu'à ce qu'une décision définitive ait tranché le litige. En conséquence, les audiences devraient nécessairement être tenues à huis clos (chambre du conseil), de même que les auditions de témoins afin que les renseignements conservent un caractère confidentiel aussi longtemps que nécessaire, sauf à vider la procédure de recours de toute son utilité ; par ailleurs, certaines professions peuvent souffrir de la levée partielle du secret professionnel et il serait opportun de clarifier certains aspects à cet égard ;

3) précisions et clarifications:

- a. imprécision du Projet sur un grand nombre de points, dont les conditions d'échange sur demande des renseignements: il est vivement recommandé d'étoffer le Projet à ce sujet et de citer des exemples concrets, à tout le moins ceux tirés des commentaires des modèles de conventions 2002 et 2005 OCDE, afin de dégager des grandes lignes directrices, d'assurer une unicité de procédure entre les trois administrations fiscales, de tendre autant que possible vers une jurisprudence unifiée et d'augmenter ainsi la sécurité juridique ;
- b. il serait finalement opportun d'obtenir des clarifications quant à la confidentialité des renseignements recueillis et de leur sort, une fois collectés.

Finalement, en ce qui concerne la technique législative du renvoi, la question se pose dès lors de savoir si le renvoi opéré à l'article 2 du Projet ne devrait pas se limiter aux articles 3 à 6 de la loi de 2010.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation du projet de loi :

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	0
Transposition de la directive	n.a
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	0 ³
Développement durable	+

Légende :

++	:	très favorable
+	:	favorable
0	:	neutre
-	:	défavorable
--	:	très défavorable

Considérations générales

Le Grand-Duché poursuit sa politique de conclusion d'accords internationaux de double imposition et d'avenants fiscaux conformes aux standards internationaux de l'OCDE en matière d'échange d'informations sur demande, d'une part, et d'extension de son réseau de conventions préventives de double imposition, d'autre part.

Le Luxembourg a conclu depuis maintenant quatre ans un nombre important d'accords fiscaux, ce qui lui a permis de sortir de la liste grise dès juillet 2009, liste sur laquelle le Grand-Duché s'était retrouvé contre toute attente à l'issue du sommet du G20 de Londres.

Ainsi, les deux lois de 2010 et 2011 approuvent ainsi déjà près de trente conventions, protocoles et avenants conformes aux standards OCDE en matière d'échange d'informations sur demande. Seize nouveaux accords sont en voie d'approbation dans le cadre du Projet sous avis.

Sans vouloir revenir sur les développements faits dans le cadre de ses avis des 27 janvier 2010⁴ et 26 avril 2011⁵ et auxquels il est renvoyé dans un souci de concision, la Chambre de Commerce salue que le standard retenu au niveau international soit l'échange de renseignements sur demande, qui est certes le niveau d'échange le plus bas des standards OCDE (à côté de l'échange automatique et de l'échange spontané), mais également, le plus fréquent.

Elle rappelle que l'échange automatique de renseignements n'avait pas été retenu au sommet du G20, alors même (i) qu'il fut un temps où celui-ci semblait recueillir toutes les

³ Le gain de crédibilité devrait conduire à terme à une perception de la place financière luxembourgeoise comme place onshore à part entière.

⁴ Avis rendu dans le cadre de la procédure législative ayant mené à l'adoption de la loi du 31 mars 2010 précitée (Doc parl. 6072).

⁵ Avis rendu dans le cadre de la procédure législative ayant mené à l'adoption de la loi du 16 juillet 2011 précitée (Doc parl. 6257).

faveurs et aurait pu à ce moment être imposé par les grandes puissances d'une part, et (ii) que ce système est également celui retenu dans 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 – qui intègre par ailleurs, comme les accords bilatéraux de non double imposition conclus depuis 2009, les standards de l'article 26 de la convention modèle OCDE de 2005 de pertinence vraisemblable devant éviter les *fishing expeditions* (paragraphe 4) et de confidentialité des données bancaires (paragraphe 5) - d'autre part. La cohérence entre les principes consacrés dans les textes internationaux et la directive précitée qui sera prochainement transposée par le 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 qui a obtenu la dispense du second vote, est ainsi garantie.

La Chambre de Commerce relève par ailleurs qu'il est essentiel pour le développement économique du Grand-Duché d'assurer la coexistence de deux principes fondamentaux que sont la nécessité de lutter contre la fraude fiscale et de garantir la confidentialité des données bancaires. A ce titre plus particulièrement, la Chambre de Commerce fait remarquer que la protection de la vie privée est en effet un argument commercial: il ne fait aucun doute que les contribuables ou investisseurs potentiels préféreront placer leurs capitaux et percevoir leurs revenus dans des pays qui respectent les standards de l'OCDE, tout en offrant une meilleure protection de la vie privée. Ceci est assurément un autre argument tant en faveur de l'échange sur demande dans des cas limités et strictement définis qu'en faveur du système de retenue à la source. Sur le plan purement national, à l'échelle du Projet sous avis, la protection de la vie privée se traduit, entre autres, par la nécessité d'assurer une information des personnes visées par la demande de renseignements et de leur assurer des voies de recours efficaces.

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce réitère l'observation déjà formulée dans son avis du 26 novembre 2012 relatif au projet de loi n° 6455 précité et selon lequel « La Chambre de Commerce se permettait de renvoyer à une question préjudicielle 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 du renvoi à l'article 9 du projet de loi n° 6455 selon lequel « *Les demandes d'informations introduites par application de l'échange d'informations prévu à l'article 6 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 de l'article 2 du Projet sous avis, les réponses à ces questions préjudicielles devraient influencer également les dispositions portées par le présent Projet.

Les questions soulevées dans ce contexte 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 contribuable a-t-il le droit de participer à la formulation de la demande adressée à l'Etat 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'Etat membre requis au cours du traitement d'une demande d'informations en application de la directive 77/799/CEE? L'Etat membre requis est-il tenu d'informer préalablement le contribuable de la date de l'audition si cela lui était demandé par l'Etat membre plaignant?*

- 3) *Lorsqu'elle communique des informations en application de la directive 77/799/CEE, l'administration fiscale de l'Etat 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'Etat 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? »*

Commentaire des articles

Concernant l'article 2

Cet article concerne la mise en œuvre de la procédure d'échange d'informations sur demande.

La Chambre de Commerce avait dans son avis du 26 avril 2011 précité relevé plusieurs points qui lui semblaient mériter des modifications approfondies et qu'elle se borne à reproduire ci-dessous :

« En dehors du fait qu'il y aurait lieu de scinder le Projet en deux projets de lois distincts, dont l'un approuverait les actes internationaux et l'autre, l'ensemble des aspects procéduraux de l'échange d'information sur demande, ce qui aurait pour mérite de simplifier l'application de la procédure aux textes internationaux conclus à l'avenir en opérant un simple renvoi aux dispositions déjà en vigueur et d'éviter ainsi des divergences procédurales entre les textes adoptés actuellement et ceux qui le seront plus tard, il convient de poser des garanties plus sécurisantes en ce qui concerne les droits de la défense et le respect de la vie privée.

A ce titre, il est indispensable que la personne visée par la demande de renseignements en soit avertie en temps utile et puisse faire valoir ses moyens de défense, dans le cadre d'une procédure contradictoire, à un double degré de juridiction, et ce, tant en droit, qu'en fait. A cette fin, la demande de renseignements doit évidemment lui être notifiée, ce qui n'est pas le cas en l'état du Projet.

Par ailleurs, le nombre de mémoires, limité en principe à un seul, en ce compris la requête introductive, n'est pas non plus de nature à assurer de manière adéquate le respect des droits de la défense: la demande de renseignements devrait à tout le moins être motivée, mais cette condition ne semble pas, de l'avis de la Chambre de Commerce, être à elle seule suffisante dans la majorité des cas pour garantir le respect de la vie privée, les administrations ne vérifiant que les conditions de légalité de la demande étrangère.

Il y a en outre nécessité de garantir le maintien du caractère confidentiel des renseignements requis dans le cadre de la procédure, et ce jusqu'à ce qu'une décision définitive ait tranché sur le litige.

Par voie de conséquence, les audiences devraient nécessairement être tenues à huis clos (chambre du conseil), de même que les auditions de témoins afin que les renseignements conservent un caractère confidentiel aussi longtemps que nécessaire, sauf à vider la procédure de recours de toute son utilité ; par ailleurs, certaines professions peuvent souffrir de la levée partielle du secret professionnel et il serait opportun de clarifier certains aspects à cet égard.

Dans la mesure où le Projet est encore imprécis sur un nombre important de points, dont les conditions d'échange sur demande des renseignements, il est vivement recommandé d'étoffer le Projet à ce sujet et de citer des exemples concrets, à tout le moins ceux tirés des commentaires des modèles de conventions 2002 et 2005 OCDE, afin de dégager des grandes lignes directrices, d'assurer une unicité de procédure entre les trois administrations fiscales, de tendre autant que possible vers une jurisprudence unifiée et d'augmenter ainsi la sécurité juridique.

Finalement, il serait opportun d'obtenir des clarifications quant à la confidentialité des renseignements recueillis et de leur sort, une fois collectés.

Dans la mesure où la Chambre de Commerce a rendu un avis circonstancié dans le cadre de la procédure législative ayant mené à l'adoption de la loi du 31 mars 2010 précitée et que ses commentaires restent pour l'essentiel d'actualité, notamment et surtout au sujet du respect des droits de la défense, du caractère confidentiel des informations recueillies et de leur traitement ainsi que quant à la nécessité de clarifier certains points de la procédure d'échange d'informations et d'étoffer le Projet d'exemples, elle se permet d'y renvoyer dans un souci de cohérence. »

En ce qui concerne plus particulièrement la **technique législative du renvoi** opéré à l'article 2 du Projet sous avis, il paraîtrait opportun à la Chambre de Commerce de reformuler le renvoi à la loi du 31 mars 2010.

Le Projet prévoit en effet un renvoi aux articles 2 à 6 de la loi de 2010 qui traitent des questions de la procédure d'exécution des demandes de renseignements sur le territoire luxembourgeois. Parmi ces dispositions figure notamment l'article 3 (2), qui est considéré comme la base juridique permettant de déroger au secret bancaire (article 41(1) et (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, respectivement article 178 bis de la loi générale des impôts/Abgabenordnung). Or, il apparaît que cet article 3 (2) renvoie lui-même à l'article 1^{er} de la loi de 2010 qui ne vise que les pays y mentionnés. En l'absence d'une dérogation expresse au secret bancaire figurant dans le Projet sous avis, il est permis de douter que l'article 3 (2) de la loi de 2010 constitue à lui seul une base légale suffisante pour permettre le transfert des informations demandées à l'administration des contributions dans le cadre d'une demande de renseignement fondée sur l'une des conventions faisant l'objet du Projet sous avis.

La question se pose dès lors de savoir si le renvoi ne devrait pas se limiter aux articles 3 à 6 de la loi de 2010.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

TAN/PPA