

Objet: Projet de loi n°6680 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale et modifiant 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 (4242PMR).

Saisine : Ministre des Finances (10 avril 2014)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du projet de loi sous avis (ci-après dénommé, le « Projet de loi ») est (i) de modifier 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 (ci-après dénommée, la « Loi du 31 mars 2010 ») de façon à supprimer les dispositions prévoyant la procédure à appliquer en matière d'échange afin (ii) d'instaurer une nouvelle procédure dans une loi distincte qui a pour but de répondre aux exigences formulées par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (ci-après dénommé, le « Forum mondial »).

Résumé synthétique

Le Projet de loi a pour objectif de répondre aux critiques émises par le Forum Mondial dans son rapport d'examen par les pairs de Phase 2, publié en date du 22 novembre 2013 relatif à la transparence et à l'échange de renseignements fiscaux sur demande (dénommé ci-après, le « Rapport »).

La Chambre de Commerce salue l'instauration d'une procédure d'échange uniforme qui s'inscrit dans la voie de la simplification administrative, bien qu'un doute subsiste quant à la procédure d'échange de droit dérivé de l'Union européenne qui semble devoir se calquer sur la procédure du droit interne, qui, elle, diffère de la procédure d'échange internationale. La Chambre de Commerce salue également la volonté manifeste du Luxembourg de s'engager dans la voie de la pleine transparence, effort qui devrait être consenti en même temps et avec la même intensité dans tous les Etats membres de l'OCDE.

Cependant, la Chambre de Commerce met en garde de ne pas tomber dans l'excès inverse. Au regard d'une étude du Rapport d'une part, et d'une analyse de droit comparé d'autre part, la Chambre de Commerce se demande en effet si le Projet de loi ne va pas au-delà des exigences raisonnables, notamment s'agissant de la divulgation d'informations portant sur des tiers et l'obligation de ne pas informer le contribuable de l'existence et du contenu de la demande le concernant, ce qui pose des questions en matière de respect de la vie privée et de protection des droits de la défense. Le Projet de loi ne contient pas non plus de limite à la rétroactivité maximale des demandes d'informations.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce souhaiterait également que le texte soit reformulé de façon à ce qu'il apparaisse clairement que (i) l'échange d'informations constitue une exception au secret professionnel et que (ii) le Luxembourg n'est pas privé, conformément aux recommandations de l'OCDE, de son pouvoir d'appréciation s'agissant du critère de « pertinence vraisemblable » lorsqu'il est prévu que des renseignements de « toute nature »

peuvent être demandés et que les autorités et détenteurs d'informations sont obligés d'y donner suite. Ce d'autant plus que, s'agissant des détenteurs d'informations, il n'est même pas certain d'après le Projet de loi qu'ils auront connaissance des informations essentielles de la demande étrangère, ce qui ne manquerait par ailleurs pas d'occasionner pour eux des coûts administratifs supplémentaires. Ce besoin de clarification est d'autant plus grand lorsque l'échange, pour autant qu'il soit légalement possible, porte sur des données illicitement recueillies. L'exigence d'informer le procureur d'Etat en cas de vol de données ne semble par ailleurs pas justifiée.

De façon générale, la Chambre de Commerce suggère de s'inspirer de la procédure adoptée par le Royaume-Uni, qui semble mieux concilier l'entrave au respect de la vie privée et le respect des droits de la défense, tout en permettant un échange efficace de l'information par un contrôle systématique du caractère de « pertinence vraisemblable » d'une demande par une autorité judiciaire à défaut de collaboration du contribuable concerné par la demande.

Pour le surplus, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer à ses précédents avis qui conservent toute leur pertinence en ce qui concerne le respect de la vie privée et la protection des droits de la défense.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut marquer son accord sur le Projet de loi 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 ¹
Développement durable	n.a.

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

* * *

¹ Le gain de crédibilité devrait conduire à terme à une perception de la place financière luxembourgeoise comme place onshore à part entière.

Considérations générales

1. Contexte international

Après avoir été placé sur la liste grise des Etats partiellement coopératifs à l'issue du sommet du G20 de Londres en juillet 2009, liste dont il était sorti très rapidement, le Luxembourg a, malgré ses efforts, une nouvelle fois été montré du doigt, cette fois par le Forum Mondial dans son Rapport.

Le Rapport comporte trois volets. Le premier volet (Volet A) s'attache à évaluer la disponibilité des informations relatives à la propriété et à l'identité des personnes, entités et arrangements visés, en matières sociale, comptable et bancaire. Le second volet (Volet B) évalue l'efficacité du cadre juridique qui doit permettre l'accès efficace aux informations, nonobstant le respect des droits et sauvegardes applicables aux personnes dans la juridiction requise. Finalement, le troisième volet (Volet C) étudie la procédure de l'échange d'informations en tant que telle par rapport à l'article 26 du Modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale (ci-après dénommé, la « Convention Modèle »). Chacun des volets a fait l'objet, en phase 1, d'une évaluation théorique tandis que la phase 2 évaluait l'impact du cadre législatif dans la pratique.

S'agissant du Volet A, le Luxembourg a été jugé conforme par ses pairs, à l'exception de la disponibilité des informations relatives aux détenteurs d'actions au porteur et de parts dans certaines SICAR.

Au Volet B, le Rapport donne au Luxembourg une note négative pour les trois raisons suivantes : tout d'abord, parmi les 75 conventions préventives de double imposition signées par le Luxembourg à l'époque de la publication du Rapport, seules 43 conventions auraient repris le standard international². Par ailleurs, dans un cas, le Luxembourg aurait refusé de communiquer l'information en invoquant le secret commercial sans autre justification. Le Rapport estime enfin que le Luxembourg ne fait pas suffisamment usage de ses pouvoirs de contrainte et de sanction pour obtenir les informations.

Dans le Volet C, le Rapport fait état de différentes lacunes dans l'échange d'informations en tant que tel. Premièrement, si 43 conventions préventives de double imposition sont conformes, seulement 23 étaient en vigueur au moment de la parution du Rapport. Le Grand-Duché de Luxembourg devrait – toujours selon le Rapport – également veiller à faire connaître systématiquement et clairement ses procédures de collecte et d'échange de renseignements à tous ses partenaires et interpréter le critère de « pertinence vraisemblable » moins strictement (en termes de période couverte et de contenu), alors que par ailleurs trop d'informations confidentielles non nécessaires seraient communiquées, notamment dans les injonctions. Enfin, la procédure devrait être de façon générale plus rapide.

2. Appréciation globale

Le Projet de loi est très certainement à saluer en ce qu'il renforce la crédibilité du Luxembourg sur le plan international. La tendance mondiale va vers un accroissement de la transparence, ce dont la Chambre de Commerce ne peut que se réjouir, pour autant que l'effort soit consenti en même temps et avec la même intensité dans tous les Etats membres de l'OCDE.

² La non-conformité des conventions préventives de double imposition vient principalement du fait qu'elles sont antérieures à mars 2009 et n'ont pas encore été mises à jour. Par ailleurs, deux autres conventions préventives de double imposition contiendraient des restrictions qui ne sont pas conformes au standard OCDE.

Il est incontestable que la Loi du 31 mars 2010 contient moult imperfections que la Chambre de Commerce n'avait pas hésité à relever³. La Chambre de Commerce est heureuse de voir que la Loi du 31 mars 2010 est modifiée pour ne plus contenir à l'avenir que les dispositions ratificatives d'un certain nombre de conventions, les règles régissant la procédure d'échange étant remplacées et intégrées dans un texte autonome, ce qui constitue une simplification.

Cependant, la Chambre de Commerce s'interroge sur la nécessité d'aller aussi loin que le fait le Projet de loi. Elle se base sur deux éléments pour tirer cette conclusion : une étude du Rapport, d'une part, et une analyse de droit comparé, d'autre part.

S'agissant du Rapport, la Chambre de Commerce estime que si l'enquête sur base de laquelle le Rapport a été établi était réalisée au jour d'aujourd'hui, beaucoup de remarques émises par le Forum mondial deviendraient caduques, indépendamment des imperfections de la Loi du 31 mars 2010. En effet, un laps de temps important s'est écoulé entre les recherches du comité d'experts et la publication du rapport, soit à peu près trois ans. A titre d'exemple, le Rapport mentionne que seules les 23 conventions en vigueur conclues par le Luxembourg auraient été conformes en droit et en fait à l'article 26 de la Convention Modèle. Comme le Rapport le reconnaît lui-même, les données, à l'heure où le Rapport est publié, ne seront plus nécessairement à jour. C'est ainsi que des dizaines de conventions conformes sont depuis lors entrées en vigueur et que de nouvelles ont été conclues. De même, s'agissant du Volet A, la principale critique reposait sur le régime des titres aux porteurs. A cet égard, une loi est en cours de finalisation afin de rendre obligatoire l'immobilisation de tels titres⁴, si bien que le Luxembourg devrait d'ici peu être jugé conforme pour le Volet A.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce s'interroge encore sur d'autres aspects du Rapport. En effet, elle se demande notamment quel est l'apport, au Volet B, de relayer un dysfonctionnement isolé et ponctuel, relevé par un seul état participant, lorsque le Luxembourg aurait refusé de fournir l'information au nom du secret commercial sans avoir expliqué sur base de quels arguments il fondait son refus. La Chambre de Commerce s'interroge aussi quant à savoir si les recommandations du Forum Mondial tiennent suffisamment compte du respect des droits de la défense et du respect de la vie privée, ainsi qu'il sera exposé dans le commentaire des articles.

S'agissant précisément des droits de la défense et du respect de la vie privée, la Chambre de Commerce aimerait citer l'exemple du Royaume-Uni, soumis aux mêmes exigences que le Grand-Duché en matière de transparence et dont les pratiques d'échange d'informations ont également fait l'objet de critiques de la part du Forum Mondial en 2011. En réponse, le Royaume-Uni a adopté une nouvelle procédure pour l'échange de renseignements⁵. Pour autant, l'élargissement des prérogatives de l'administration fiscale britannique ne s'est pas accompagné d'une remise en cause des garanties procédurales ni d'un abandon du contrôle de la pertinence vraisemblable, bien au contraire.

En effet, ce nouveau système n'autorise pas les autorités fiscales à demander une information à un tiers sans l'accord du contribuable concerné ou l'autorisation d'un tribunal. Dans les deux cas, l'information doit être raisonnablement nécessaire (« reasonably required ») à la vérification de la situation fiscale du contribuable. Dans le cadre du contrôle effectué par un tribunal, ce dernier vérifie notamment que :

³ Avis de la Chambre de Commerce du 27 janvier 2010 relatif au projet de loi n°6072.

⁴ Projet de loi 6625 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur et à la tenue du registre des actions nominatives et du registre des actions au porteur et portant modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

⁵ Schedule 36, section 113, « Information and inspection powers » de la version actualisée du « Finance Act 2008 ».

- le recours à une demande à un tiers de fournir des informations est justifié (ce qui permet le contrôle du caractère raisonnablement nécessaire de l'information demandée), et
- le contribuable a reçu un résumé des motifs pour lesquels l'administration fiscale demande l'information requise (sauf dans le cas où il peut être démontré que cette information nuirait à la collecte de l'impôt).

Quand une demande porte sur des informations bancaires, l'autorité fiscale britannique vérifie d'abord que l'autorité requérante a cherché à obtenir l'information directement de la part du contribuable ou sur base de son autorisation donnée à la banque. Ce n'est que dans l'hypothèse où ces voies sont demeurées infructueuses qu'elle demande une autorisation au tribunal de délivrer une demande d'information à la banque. En cas de demande d'information à un tiers, le contribuable doit être informé, sauf si un tribunal autorise une dérogation à cette règle. Une telle dérogation ne peut être autorisée que si le tribunal est convaincu que l'administration fiscale a des raisons raisonnables de penser que l'information du contribuable pourrait être préjudiciable à l'établissement et au recouvrement de l'impôt.

Enfin, le contribuable (en cas de demande qui lui est adressée) ou le tiers ont la possibilité de faire appel, sauf dans l'hypothèse où la demande a été autorisée par un tribunal.

La Chambre de Commerce estime que la législation britannique pourrait utilement servir de source d'inspiration pour un respect des droits de la défense et une protection de la vie privée accrue.

Commentaire des articles

Concernant l'article 1 du Projet de loi

L'article 1^{er} du Projet de loi définit le champ d'application de la procédure d'échange d'informations sur demande.

La Chambre de Commerce salue le fait que l'article 1^{er} du Projet de loi harmonise cette procédure, non plus seulement pour les demandes introduites sur base des conventions préventives de double imposition signées ou mises à jour après mars 2009 (ci-après dénommées, les « Conventions nouvelle génération »), mais également pour les demandes faites sur la base de conventions antérieures, d'accords bilatéraux, de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et de son protocole d'amendement, signés à Paris le 29 mai 2013 et des lois des 21 juillet 2012 et 29 mars 2013 qui transposent respectivement la directive 2010/24/UE précitée et la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (cette dernière ci-après dénommée, la « Directive 2011/16/UE »).

Concernant l'article 2 du Projet de loi

L'article 2 du Projet de loi, dans son premier paragraphe, pose le principe selon lequel les administrations fiscales luxembourgeoises sont autorisées à requérir des renseignements de toute nature, dans le cadre de l'échange de renseignements sous les conventions et lois visées à l'article 1^{er} du Projet de loi, tandis que le paragraphe 2 prévoit l'obligation pour le détenteur de renseignements de fournir les renseignements demandés, de toute nature, en intégralité, même s'agissant de tiers. Le dernier paragraphe de cet article se penche sur le traitement des demandes d'informations impactant une année d'imposition postérieure à l'entrée en vigueur des conventions et lois visées mais portant sur une ou des années antérieures à leur entrée en vigueur pour autant que l'Etat membre requérant établisse que les renseignements demandés soient vraisemblablement pertinents.

Si, par l'effet de la primauté du droit international sur le droit interne, lesdites conventions et lois permettaient, dans certains cas déjà, de déroger au secret professionnel, la Chambre de Commerce constate que l'exception au secret professionnel est maintenant consacrée dans un texte à portée générale.

Une dérogation aussi importante au secret professionnel mérite d'être clairement définie afin d'écartier toute insécurité juridique pour les acteurs concernés.

A l'inverse, les auteurs du Projet de loi ont voulu consacrer noir sur blanc que l'échange d'informations portant sur des tiers sera dorénavant autorisé. L'extension de l'échange aux informations portant sur des tiers fait suite au Rapport qui reprochait aux autorités luxembourgeoises de transmettre des informations partiellement illisibles ou noircies, notamment lorsqu'elles portaient sur des tiers non visés par la demande, dans le cas d'un mandataire ou d'un co-titulaire de compte. Même si elle comprend la volonté du Luxembourg de se conformer au Rapport, la Chambre de Commerce s'interroge sur la compatibilité de cette exigence émise par le Forum Mondial avec le respect à la vie privée et la protection des données personnelles.

S'agissant des demandes de renseignements se rapportant à des années antérieures à l'entrée en vigueur des Conventions nouvelle génération, la Chambre de Commerce aimerait toutefois voir la rétroactivité de cette mesure limitée, même si elle est bien consciente qu'il s'agit d'une exigence du Rapport. Une solution satisfaisante pourrait être de reprendre les délais prévus dans le projet de loi n°6643 portant approbation de la Convention de Paris et de son protocole.

Concernant l'article 3 du Projet de loi

L'article 3 du Projet de loi a trait à la vérification de la régularité formelle et à la confidentialité de la demande d'échange de renseignements ainsi qu'aux moyens de coercition à disposition des autorités fiscales pour contraindre le détenteur des renseignements à consentir à l'échange.

La Chambre de Commerce aimerait voir reflété directement dans le texte du Projet de loi que la vérification de la régularité formelle contient le contrôle du caractère de « pertinence vraisemblable » de la demande (mais pas de la procédure sous-jacente dans l'Etat requérant), au sens des commentaires de l'article 26 de la Convention Modèle, comme c'est déjà le cas dans l'article 8 de la loi du 21 juillet 2012 transposant la 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 et dans l'article 6 de la loi du 29 mars 2013 transposant la Directive 2011/16/UE. Il en va de même en ce qui concerne les limites des démarches à effectuer pour récolter les renseignements souhaités (cf. articles 5, respectivement 7 des lois précitées).

La Chambre de Commerce constate en effet que le Projet de loi laisse à l'administration fiscale le pouvoir de contrôler la régularité formelle de la demande d'échange de renseignement, mais ne mentionne pas la possibilité d'un contrôle sur le fond. Les commentaires précisent même à cet égard que : *« il n'appartient pas à l'administration fiscale compétente de vérifier ou d'apprécier l'opportunité et la régularité de l'enquête ou du contrôle fiscal mené à l'étranger ou de remettre en cause la véracité des éléments de fait tels que présentés par l'autorité compétente étrangère »* et que *« La norme internationale interdit à l'Etat requis de refuser d'exécuter une demande d'échange de renseignements parce qu'il pense que les renseignements demandés manquent de pertinence pour le contrôle ou l'enquête sous-jacents, l'Etat requérant étant seul juge de la pertinence vraisemblable des renseignements demandés »*.

Or, la norme internationale a précisément introduit la norme de « *pertinence vraisemblable* » pour faire obstacle à la « *pêche aux renseignements* » et aux demandes de « *renseignements dont il est peu probable qu'ils soient pertinents pour élucider les affaires fiscales d'un contribuable déterminé* ». A cet égard, un contrôle de l'administration fiscale de l'Etat requis est expressément prévu, puisque cette administration peut demander à l'Etat requis de justifier la pertinence vraisemblable des renseignements demandés. En outre, il est encore prévu que l'Etat requis n'est pas obligé de fournir des renseignements lorsque la demande relève de la « *pêche aux renseignements* » ou lorsqu'il est peu probable que les renseignements « *aient un lien avec une enquête ou un contrôle en cours.* »

Renoncer à tout contrôle sur le fond semble dépasser les engagements internationaux et laisse la porte ouverte à tous les abus. Il semble primordial de pouvoir circonscrire les demandes parfois excessivement larges des autorités fiscales étrangères, qui exigent dans certains cas des détenteurs d'informations résidant au Grand-Duché non seulement des informations relatives aux transactions qu'ils ont conclues avec des contribuables imposables dans l'Etat requérant, mais aussi des informations sur l'ensemble de leurs opérations, comprenant des opérations avec des contribuables établis dans des Etat tiers et qui ne sont pas assujettis à l'impôt dans l'Etat requérant. En outre, cette recherche d'informations tout azimut peut s'avérer extrêmement coûteuse pour les détenteurs d'information ainsi mis à contribution.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce relève que si les autorités fiscales luxembourgeoises ne disposent pas d'une information nécessaire pour effectuer le contrôle de régularité formelle, il est prévu qu'elles puissent demander un complément d'informations à l'autorité compétente de l'Etat requérant.

La Chambre de Commerce estime que le risque existe que l'exercice de cette faculté amène à des situations indésirables et contraires au but recherché. En effet, il ne faudrait pas que le simple fait pour l'administration fiscale luxembourgeoise de demander un complément d'informations pour une demande de renseignements trop vague qui, dans certains cas, s'apparenterait donc à une « *pêche aux renseignements* », ne soit en soi interprété comme une reconnaissance implicite que la personne visée par la demande est connue dans les fichiers luxembourgeois, à défaut de quoi les autorités ne s'embarrasseraient pas de demander un complément d'informations mais répondraient simplement qu'elles ne connaissent pas ladite personne.

Pour ces raisons, la Chambre de Commerce suggère que le contrôle du critère de « *pertinence vraisemblable* » devrait relever de l'autorité exclusive des tribunaux, comme c'est par exemple le cas au Royaume-Uni, lorsque le contribuable refuse de collaborer avec les autorités fiscales étrangères.

A défaut pour les auteurs du Projet de loi de soumettre le contrôle du critère de « *pertinence vraisemblable* » aux tribunaux, la Chambre de Commerce aimerait à tout le moins qu'ils saisissent l'opportunité de la réforme de la Loi du 31 mars 2010 pour consacrer le droit du contribuable de se voir notifier personnellement cette décision pour pouvoir exercer, le cas échéant, utilement les voies de recours ouvertes contre la décision d'injonction. A ce titre, la Cour administrative avait justement relevé à l'époque qu' « *il n'est pas exclu que [le contribuable] soit en droit de faire valoir un non-respect de ses droits de la défense du fait de l'absence d'une notification effective de ladite décision à son égard [étant donné que] les décisions fixant (...) une amende administrative fiscale (...) risqueront d'être considérées comme relevant de la matière pénale au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶* ».

⁶ Avis de la Cour administrative du 29 octobre 2009 relatif au projet de loi n°6072. Cette position semble avoir été confirmée dans l'affaire CEDH Chambaz c. Suisse du 5 avril 2012, requête n°11663/04.

En outre, la Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir si le Projet de loi ne va pas trop loin dans son appréciation, que ce soit par les autorités fiscales ou, comme la Chambre de Commerce le suggère, par les autorités judiciaires, du caractère de « pertinence vraisemblable » s'agissant des données illégalement recueillies, par exemple les listings volés de clients.

La Chambre de Commerce estime qu'il y a lieu de conserver un regard critique et indépendant sur le Rapport. En particulier, elle se demande si la légalisation d'une situation fondée sur un acte illicite est conforme au droit interne luxembourgeois, mais il ne lui appartient pas de se prononcer sur cet aspect de légalité. Dans l'hypothèse où l'utilisation de données illicitement recueillies serait maintenue, la Chambre de Commerce estime que cette situation doit être clairement visée dans le texte du Projet de loi et non pas uniquement dans les commentaires. Quant au fait que l'administration fiscale est tenue de donner son avis sans délai au procureur d'Etat en cas de doute sur l'origine licite des données à la base de la demande étrangère, dans le cadre de la coopération inter-administrative et judiciaire, la Chambre de Commerce se demande quelle est l'utilité d'un tel commentaire (qui à nouveau ne se retrouve pas le texte du Projet de loi), puisque le procureur d'Etat à Luxembourg n'a aucune compétence pour poursuivre un vol de documents à l'étranger.

Finalement, la Chambre de Commerce comprend que la demande d'échange de renseignements de l'Etat requérant ne peut être communiquée au détenteur de ces renseignements, hors procédure judiciaire ou assimilable. Cependant, la Chambre de Commerce demande que le banquier (et tout autre détenteur d'informations) puisse obtenir les renseignements qui lui permettent au moins de déterminer (i) de quelle autorité étrangère la demande est issue et (ii) quelle est la personne contre qui la procédure est menée.

Concernant l'article 4 du Projet de loi

L'article 4 du Projet de loi prévoit qu' « en cas d'urgence de la demande de renseignements, de risque de compromettre le succès de l'enquête menée dans l'Etat requérant ou en présence d'autres raisons pertinentes », l'administration fiscale compétente peut interdire au banquier de révéler l'existence et le contenu d'une injonction au client concerné. Ce projet d'article va beaucoup plus loin que le droit interne qui, comme le prévoit le « Schedule 36 », ne permet d'exception au principe de l'information du contribuable qu'en cas de « *Gefahr im Verzuge* »⁷, ce qui correspond à la deuxième hypothèse visée dans l'article 4 projeté. Cet élargissement des possibilités de « *no tipping off* » pose à la Chambre de Commerce les questions suivantes :

(i) Articulation du droit européen avec le droit interne

Comme déjà relevé par la Chambre de Commerce dans son avis du 30 avril 2014⁸, la Directive 2011/16/UE prévoit, dans son article 6, paragraphe 3, qui est repris dans l'article 7, paragraphe 3 de la loi du 29 mars 2013, que :

« 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 ».

Cette disposition semble indiquer qu'il y a lieu de traiter, pour la procédure applicable, un résident de l'Union européenne comme un résident luxembourgeois et donc de lui appliquer

⁷ Cf. les termes du § 209 de la Loi générale des impôts.

⁸ Avis de la Chambre de Commerce du 30 avril 2014 relatif au projet de loi n°6643.

la procédure purement nationale (abstraction faite du secret fiscal de l'article 178 bis de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, dite « *Abgabenordnung* », dénommée, « Loi générale des impôts »). Une telle approche semble aussi cohérente eu égard au droit européen qui contient un principe de non-discrimination. Etant donné que le droit européen prime les conventions bi- et multilatérales entre Etats membres, y compris en matière fiscale, lorsque l'Union européenne a effectivement légiféré dans ce domaine, il semble bien qu'il faille limiter l'interdiction pour le banquier de communiquer à son client au seul cas du « *Gefahr im Verzuge* » du droit interne luxembourgeois. Cette solution aurait également le mérite de mieux respecter les droits de la défense et à la vie privée.

(ii) Droits de la défense

Pour la Chambre de Commerce, le Projet de loi marque un recul en matière de respect des droits de la défense en ce que l'interdiction plus large de communiquer l'existence d'une injonction de fournir des renseignements au contribuable concerné revient à le priver de la possibilité de contester la régularité de l'injonction dans un plus grand nombre de situations.

L'amendement au numéro 11 du commentaire de l'article 26 de la Convention Modèle précise à cet égard :

« (...) les règles de confidentialité couvrent, par exemple, la correspondance entre autorités compétentes, y compris la lettre de demande de renseignements. Dans le même temps, il est entendu que l'Etat requis peut divulguer le minimum de renseignements contenus dans une lettre de l'autorité compétente (mais pas la lettre elle-même) qui sont nécessaires pour permettre à l'Etat requis d'obtenir les renseignements demandés ou les fournir à l'Etat requérant, sans pour autant entraver les efforts de l'Etat requérant. Cependant, si des procédures judiciaires, ou des procédures assimilables en vertu de la législation interne de l'Etat requis, nécessitent de divulguer la lettre elle-même, l'autorité compétente de l'Etat requis peut le faire à moins que l'Etat requérant ne précise autrement ».

Les tribunaux du Luxembourg ont clairement confirmé que l'absence de communication de la demande d'échange d'informations pouvait conduire à une violation des droits de la défense en vertu de la législation interne⁹ :

« La demande de renseignement d'une autorité étrangère se trouve directement à la base d'une décision directoriale portant injonction à un détenteur de renseignements au Luxembourg de les fournir et constitue une pièce essentielle dans le cadre du contrôle de la légalité de la décision directoriale, de manière qu'elle doit être qualifiée comme pièce dont [l'Etat] entend se servir plus particulièrement au sens du paragraphe 4 [de l'article 8 de la loi du 21 juin 1999]¹⁰ ».

La jurisprudence européenne va également dans ce sens¹¹ :

« (...) le respect des droits de la défense du contribuable n'exige pas que ce dernier participe à la demande d'informations adressée par l'Etat membre requérant à l'Etat membre requis. (...) Pour autant, rien n'empêche un Etat membre d'étendre le droit d'être [informé] à

⁹ Cour Administrative, 2 mai 2013, numéro du rôle 32185C ; voir aussi Tribunal administratif, 6 mars 2013, numéro du rôle 31934 et avis de la Cour administrative du 29 octobre 2009 relatif au projet de loi n°6072.

¹⁰ Loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et modifiant a) la Loi générale des impôts, b) la loi modifiée du 1er mars 1952 modifiant certaines dispositions relatives aux impôts directs c) la loi du 27 août 1977 concernant le statut des fonctionnaires entrés au service d'institutions internationales d) la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat e) la loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive n° 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics f) la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

¹¹ CJUE, 22 octobre 2013, affaire C-276/12, Sabou.

d'autres étapes de la phase d'enquête, en associant le contribuable à diverses phases de la collecte d'informations ».

En outre, un éventuel recours ne pourra plus porter que sur la régularité formelle de la décision d'injonction et ne permettra plus d'accéder à la demande d'échange de renseignements. Or, la jurisprudence administrative montre à suffisance que certaines demandes d'échanges de renseignements donnant lieu à injonction sont hasardeuses. Par ailleurs, les tribunaux ont clairement établi que l'absence de communication de la demande d'échange d'informations pouvait conduire à une violation des droits de la défense.

A cet égard, la Cour Constitutionnelle a ainsi eu l'occasion de rappeler que « *l'article 12 de la Constitution qui protège la liberté individuelle implique le respect des droits de la défense.* » Or, la norme internationale n'impose pas à l'Etat requis « *d'aller au-delà des limites prescrites par sa propre législation et par sa pratique administrative.* »

Finalement, la Chambre de Commerce relève que l'article 4 projeté ne devrait pas viser que les établissements de crédit mais les détenteurs de renseignements potentiellement visés d'une manière générale.

En conséquence, d'après la Chambre de Commerce, l'existence et le contenu d'une demande d'échange d'informations devraient toujours être communiqués « au contribuable, à son représentant ou à un témoin [dont fait partie le banquier] » sauf « *Gefahr im Verzuge* ». S'agissant de la demande en tant que telle, elle doit être déposée comme pièce du dossier accessible à ces mêmes personnes, sauf en cas d'opposition de l'autorité étrangère. A cet égard, la Chambre de Commerce relève qu'il ressort de la pratique que les oppositions étrangères à la communication de la lettre sont assez rares, probablement parce qu'il n'y a pas ou peu de risque de disparition des preuves.

(iii) Respect à la vie privée

La Chambre de Commerce estime que l'extension du principe du « *no tipping off* » serait de surcroît contraire au respect de la vie privée et de la protection des données personnelles. La Chambre de Commerce avait proposé, déjà dans son avis précité relatif au projet de loi n°6072 qui avait donné lieu à la Loi du 31 mars 2010, que le Luxembourg informe les contribuables qu'ils faisaient l'objet d'une demande d'informations émanant d'une autorité étrangère.

Lorsque les informations demandées sont disponibles auprès de l'administration fiscale luxembourgeoise, très souvent en raison d'un consentement explicite ou implicite du contribuable (p. ex. suite à la déclaration d'impôts), le transfert d'informations à l'étranger constituant un traitement subséquent de données, la légalité du traitement de données en vertu de la législation européenne et luxembourgeoise sur le traitement de données dépendraient de la portée du consentement du contribuable.

Lorsque les informations ne sont pas disponibles auprès de l'administration fiscale luxembourgeoise, le principe de la subsidiarité du paragraphe 209 de la Loi générale des impôts requerrait alors que le contribuable soit informé préalablement de la demande d'échange, sauf en cas de risque important de disparition des preuves¹². Le droit européen prévoit une règle similaire en vertu de l'article 6, paragraphe 3 de la Directive 2011/16/EU¹³.

¹² Cf. les termes du § 209 de la Loi générale des impôts : *Gefahr im Verzuge*.

¹³ Cf. Cour constitutionnelle, 16 mai 2013, arrêt n°66/2013 où la Cour a annulé une disposition de droit belge distinguant entre résidents belges et résidents UE avec les arguments suivants (page 20):

Concernant l'article 5 du Projet de loi

L'article 5 du Projet de loi prévoit les sanctions que l'administration peut infliger au détenteur d'informations non-coopératif.

Comme elle l'a précisé dans le cadre du commentaire de l'article 3 ci-dessus, la Chambre de Commerce estime que la sanction risque de rendre applicable l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans ce cas, il serait difficilement soutenable qu'une loi vienne punir un contribuable qui ne fait qu'exercer son droit au silence afin de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Concernant l'article 7 du Projet de loi

L'article 7 régit les procédures de recours contre les décisions d'injonction et les amendes éventuelles.

Comme relevé précédemment, s'agissant des résidents d'un Etat membre de l'Union européenne, la Chambre de Commerce estime que la procédure doit être celle du droit interne. Or, cette similarité n'est pas respectée dans l'article 7 projeté, que se soit concernant l'obligation du « *no-tipping off* », de la notification en personne ou concernant les dérogations aux délais de droit commun et au nombre de mémoires autorisés même si la Chambre de Commerce comprend que les délais courts sont maintenus pour répondre au besoin de rapidité exprimé dans le Rapport.

Pour le surplus, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer à ses précédents avis qui conservent toute leur pertinence en ce qui concerne le respect de la vie privée et la protection des droits de la défense.

* * *

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

PMR/DJI

« La différence de traitement en matière de notification [des contribuables] entre les demandes de l'administration [auprès des banques], selon qu'elles sont faites à la requête d'un Etat étranger ou non, est sans justification raisonnable. (...) La notification du contribuable constitue (...) une garantie importante contre l'ingérence dans sa vie privée. Le moyen est fondé ».