

Objet: Projet de loi portant approbation

- 1. de l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations communément appelées le « Foreign Account Tax Compliance Act », y compris ses deux annexes ainsi que le « Memorandum of Understanding » y relatif, signés à Luxembourg le 28 mars 2014 ;**
- 2. de l'échange de notes y relatives, signées le ... (4427PMR)**

*Saisine : Ministre des Finances
(31 mars 2015)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du Projet de loi sous avis (ci-après dénommé, le « Projet ») est d'approuver l'Accord signé à Luxembourg le 28 mars 2014 entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations communément appelées le « *Foreign Account Tax Compliance Act* », en abrégé ci-après, « *Fatca* ».

L'accord susvisé (ci-après « l'Accord ») est accompagné (i) de deux annexes, la première portant sur les procédures à observer par les institutions financières pour l'identification et la communication des comptes et paiements et la seconde sur les exemptions et dispositions spécifiques négociées par le Luxembourg et (ii) d'un « *Memorandum of Understanding* » y relatif (ci-après dénommés ensemble avec *Fatca*, l'« *Accord* »).

*

Résumé synthétique

L'objet du Projet est d'approuver l'Accord visant à inciter, sous la menace d'une sanction financière lourde, les établissements financiers luxembourgeois à transmettre, via l'Administration des contributions directes, en abrégé ci-après, l'« *ACD* », de l'information périodiquement au fisc américain, l'« *Internal Revenue Service* », en abrégé ci-après, l'« *IRS* » au sujet des comptes détenus à Luxembourg par des contribuables américains et des revenus s'y rapportant.

Même si cet accord engendre un coût important pour les ressortissants concernés et pour l'ACD, en termes de personnel et de charge administrative, la Chambre de Commerce salue le choix opéré par le gouvernement d'avoir opté pour une version de l'Accord qui lui semble être la moins lourde pour les établissements financiers de la place.

Elle insiste pour que le Projet soit adopté dans les plus brefs délais, afin qu'il puisse au plus tard être en vigueur pour le 30 juin 2015.

La Chambre de Commerce ne peut cependant s'empêcher de s'inquiéter de la multiplication prévisible des procédures d'échange automatique et rappelle que la question de la protection des données à caractère personnel devra faire l'objet d'une analyse approfondie le moment venu.

S'agissant des dispositions particulières de l'Accord, la majorité des commentaires de la Chambre de Commerce vise d'ailleurs à garantir le respect de la protection des données et des règles applicables en matière de secret professionnel dans la transmission des informations. Diverses difficultés surviennent notamment dans le cadre de l'application de la loi du 28 juillet 2014 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur (ci-après dénommée, la « Loi du 28 juillet 2014 »). Par ailleurs, il conviendrait de conférer une base légale à l'application de la retenue à la source de 30 pourcent envisagée comme sanction financière à l'article 4, paragraphe 4, lettre (d) de l'Accord.

Enfin, au niveau de la communication des données à l'ACD prévue pour le 30 juin 2014, afin de permettre à ses ressortissants concernés d'intégrer pleinement le Projet et de respecter leur obligation d'information prévue à l'article 3, paragraphe 4 du Projet, la Chambre de Commerce estime qu'il serait nécessaire de leur laisser un délai d'un mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi qui sera issue du Projet.

* * *

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.

Appréciation du projet de loi :

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+ ¹
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	n.a
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	- ²
Développement durable	+ ³

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

¹Le signe + est choisi par opposition à l'hypothèse très préjudiciable où Fatca ne serait pas adopté, sous réserve des aménagements précisés dans le présent avis.

² D'après la fiche financière annexée au Projet, Fatca va engendrer des coûts informatiques initiaux de l'ordre de 75.000 euros et des coûts en personnel de l'ordre de 200.000 euros par an.

³ Il est renvoyé à la note de bas de page 1.

Considérations générales

1. Contexte

L'Accord constitue une étape de l'évolution vers un système fiscal à présent dicté par des impératifs internationaux de transparence et de lutte contre la fraude, et plus généralement, de « juste » répartition du pouvoir d'imposition dans un contexte de déficits publics grandissants⁴.

Fatca vient en complément du programme américain « *qualified intermediary* »⁵, ci-après désigné, le programme « QI », proposant aux établissements financiers un statut privilégié qui leur permettait d'acheter ou de vendre des titres américains pour des investisseurs étrangers contre un échange d'informations et un prélèvement à la source sur certains revenus pour le compte de l'IRS. Le champ d'application du programme QI est différent de Fatca car il se rapporte à des paiements de source américaine faits à des « *non-US persons* », le champ *rationae personae* de FATCA visant les « *US persons* ».

Forts de leur puissance économique, les Etats-Unis sont parvenus à transformer ce système de QI qui reposait sur une affiliation volontaire, en un système devenu *de facto* obligatoire bien au-delà de leurs frontières, par le truchement d'une sanction pour le moins dissuasive. En effet, toute institution financière qui refuserait de participer à Facta se verrait infliger une taxe de 30 pourcent sur tous les revenus de source américaine qui transiteraient par elle, indépendamment de la nationalité américaine ou non des bénéficiaires desdits revenus.

Par le biais de Fatca, les Etats-Unis espèrent détecter les comptes non-déclarés et les revenus se rapportant à ces comptes détenus à l'étranger par des contribuables américains, en exigeant des établissements financiers étrangers qu'ils s'enregistrent auprès de l'IRS et s'engagent, sur base de l'accord Fatca propre à chaque pays, à identifier les comptes détenus par des Américains (ou toute personne assimilée) en vue de la communication périodique de renseignements au sujet de ces comptes.

Pour mettre en œuvre Fatca, l'IRS et le Trésor américain ont établi en collaboration avec certains pays participants des accords-types intergouvernementaux, en abrégé ci-après les « IGA⁶ », sous deux variantes. Le premier modèle, dit « Modèle 1 », a été développé en collaboration avec certains pays membres de l'Union européenne (notamment l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni) et permet aux institutions financières concernées de communiquer l'information pertinente aux autorités fiscales nationales qui se chargent elles-mêmes de les relayer à l'IRS sans que chaque institution bancaire ne doive traiter directement avec l'IRS. Sous le « Modèle 2 », développé à l'initiative de la Suisse, les établissements financiers doivent chacun conclure un accord avec l'IRS et lui transmettre l'information selon les règles américaines.

La date d'entrée en vigueur initialement prévue pour le 1^{er} janvier 2013 a été repoussée une première fois au 1^{er} janvier 2014. En juillet 2013, elle a de nouveau été repoussée au 1^{er} juillet 2014.

⁴ Fatca est le contre-financement trouvé à l' « *Hiring Incentives to Restore Employment Act* », promulgué le 18 mars 2014, visant à instaurer toute une série d'allègements fiscaux pour favoriser l'emploi aux Etats-Unis.

⁵ *Internal Revenue Code*, paragraph 1441.

⁶ « Intergovernmental Agreement ».

2. Appréciation globale

La Chambre de Commerce soutient pleinement le choix du Modèle 1 IGA de Fatca qui permet (i) de ne pas devoir appliquer les centaines de pages de réglementation américaine⁷ au profit de l'application de règles Fatca d'une quarantaine de pages par les institutions financières luxembourgeoises selon le droit national et (ii) de ne pas répondre de leur bonne application directement vis-à-vis du Département du Trésor des Etats-Unis. Ceci emporte une réduction sensible de la charge administrative incombant au secteur financier dans la mise en œuvre de Fatca, lequel a déjà consenti à des dépenses substantielles⁸, et paraît constituer un cadre adéquat en vue de l'application des obligations découlant de Fatca dans un sens conforme au droit national.

La Chambre de Commerce note qu'il est essentiel d'assurer l'entrée en vigueur de l'Accord dans les meilleurs délais, en tout état de cause avant le 30 juin 2015, de manière à permettre l'échange des renseignements pertinents au titre de l'année 2014 dans les délais prescrits par l'Accord, soit le 30 septembre 2015 au plus tard⁹. S'il est vrai que le « *Memorandum of Understanding* » relatif à l'Accord offre un régime d'application transitoire visant essentiellement à repousser d'une année la date limite du 30 septembre 2015 aux fins de l'échange des données collectées au titre de l'année 2014 pour le cas où un retard interviendrait dans la procédure d'approbation interne de l'Accord au Luxembourg, il ne paraît pas envisageable dans la pratique de se reposer sur une éventuelle application de ce régime transitoire. En l'absence d'Accord en vigueur d'ici le 30 juin 2015, il est probable en effet que le Luxembourg constituerait une exception parmi les centres financiers européens - lesquels ont déjà pour la plupart accompli les procédures internes aux fins de l'approbation de leurs accords respectifs avec les Etats-Unis - à l'heure même où notre pays fait l'objet d'un réexamen au niveau du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements en matière fiscale.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que la procédure d'approbation de l'Accord s'inscrit dans des délais très serrés. Aussi, dans l'intérêt d'une approbation rapide de celui-ci, le présent avis se limitera aux points jugés essentiels dans la perspective des premières communications de données au titre de l'année 2014 et vise, pour autant que nécessaire, à présenter des compléments d'analyse les plus pragmatiques possibles.

Le cas échéant, il conviendra de revenir plus amplement sur certaines questions, touchant notamment aux prérogatives accordées aux personnes physiques concernées, dans le cadre de la norme mondiale d'échange automatique en matière fiscale qui serait mise en œuvre à compter du 1^{er} janvier 2016¹⁰, dont l'Accord peut être interprété, eu égard à la similitude des procédures, comme une modalité d'application particulière vis-à-vis des Etats-Unis.

⁷ Pour un récapitulatif complet de la réglementation pertinente : <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/FATCA-Regulations-and-Other-Guidance>

⁸ Selon une étude conjointe effectuée par l'ABBL et EY parue en octobre 2014, les dépenses consenties par les établissements financiers au Luxembourg pour la mise en place de FATCA s'élèvent à 74 millions d'euros, auxquels s'ajoutent des frais annuels récurrents de l'ordre de 10 millions d'euros. "Survey on the cost of regulation and its impact on the Luxembourg financial market place" : <http://www.abbl.lu/en/mediatheque/media?media=111>

⁹ Conformément à l'article 3, paragraphe 5 de l'Accord.

¹⁰ <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/echangeautomatique.htm>

Commentaire des articles

Observations liminaires

Tout terme capitalisé non-autrement défini dans le présent avis correspond à la définition lui assignée dans l'Accord.

Les commentaires formulés ci-après s'attachent à la compréhension qu'a la Chambre de Commerce des dispositions actuelles du Projet par rapport aux obligations incombant aux Institutions financières luxembourgeoises concernées suivant l'Accord, considérant les règles applicables en matière de secret professionnel¹¹ et de protection des données à caractère personnel¹².

Au-delà des commentaires du Projet, la Chambre de Commerce relève la publication de deux projets de circulaire du Directeur des contributions visant à préciser les modalités techniques d'application de l'Accord¹³. Eu égard à la complexité des dispositions et procédures prévues dans l'Accord, la Chambre de Commerce salue l'initiative d'émettre des circulaires qui, elle l'espère, seront finalisées dès l'adoption du Projet par la Chambre des députés de sorte que les institutions financières concernées soient à même d'appréhender en temps et en heure l'étendue précise des obligations leur incombant dans le cadre de l'application de l'Accord.

Concernant l'article 2, alinéa 1er (et suivants) du Projet

La Chambre de Commerce estime qu'il serait nécessaire de compléter cette disposition comme suit :

- (1) *Toute Institution financière déclarante luxembourgeoise est tenue de fournir à l'Administration des contributions directes les informations définies dans l'Accord dans les délais et dans la forme prescrite par l'Accord et la présente loi.*

La modification en question vise à mieux définir et encadrer les obligations de communication définies par le Projet suivant l'article 4, paragraphe 1, lettres (a) et (b) de l'Accord.

Concernant plus précisément les communications applicables en vertu de l'article 4, paragraphe 1, lettre (b) de l'Accord, la Chambre de Commerce est d'avis que l'obligation de communication concernant les paiements effectués à des Institutions financières non participantes ne trouve lieu à s'appliquer que pour autant que le paiement en question soit effectué en relation avec un Compte financier détenu par une Institution financière non participante auprès de l'Institution financière communicante luxembourgeoise concernée.

Ce point de vue paraît pouvoir être étayé par les précisions formulées en ce sens par certains Etats membres de l'Union européenne dans le cadre de leurs accords respectifs passés avec les Etats-Unis¹⁴. Il conviendrait dès lors de ménager une précision en ce sens dans le cadre des documents parlementaires liés au Projet.

¹¹ Loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, article 41.

¹² Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

¹³ Projet de Circulaire du Directeur des contributions (ECHA n°2) ; Projet de Circulaire du Directeur des contributions (ECHA n° 3).

¹⁴ Allemagne : FATCA-USA-Umsetzungsverordnung, 23 juillet 2014, §10, « *Meldende deutsche Finanzinstitute haben zu den nach § 5 identifizierten Konten nicht teilnehmender Finanzinstitute im Sinne des Abkommens für die Kalenderjahre 2015 und 2016 folgende Daten zu erheben und an das Bundeszentralamt für Steuern zu übermitteln (...)* ». Grande-Bretagne : HM Revenue & Customs, *Implementation of The International Tax Compliance (United States of America) Regulations 2014, Guidance Notes (28 August 2014)*, section 9.4, « *The following do not need to be reported : (...) Any payments made that are not in respect of a Financial Account held by the Financial Institution (...)* »

La Chambre de Commerce préconise par ailleurs l'insertion d'un nouvel alinéa 2 à la suite de l'alinéa 1 de l'article 2 du Projet de Loi :

- (2) Dans le cadre de paiements effectués à une Institution financière non participante visés à l'article 4, paragraphe 1, lettre (e) de l'Accord, toute Institution financière communicante luxembourgeoise relevant de l'application de ladite disposition est tenue de fournir au payeur immédiat desdits paiements les informations requises pour que la retenue à la source et la communication envisagées au titre de cette même disposition puissent être effectuées.

L'article 4, paragraphe 1, lettre (e) de l'Accord prévoit une obligation de communication vers le payeur immédiat de certains Paiements de source américaine. Contrairement aux cas envisagés à l'alinéa 1^{er} de l'article 2 du Projet, la communication en question a pour destinataire une contrepartie autre que l'ACD. Il conviendrait dès lors de régler cette hypothèse expressément afin de fournir une dérogation adéquate aux dispositions applicables en matière de secret professionnel.

Il conviendrait également de conférer une base légale à l'application de la retenue à la source de 30 pourcent envisagée à l'article 4, paragraphe 1, lettre (d) de l'Accord et d'en préciser le régime. La Chambre de Commerce précise à cette fin l'insertion d'un nouvel alinéa 3 à la suite du nouvel alinéa 2 proposé ci-dessous dans le cadre de l'article 2 du Projet :

- (3) Dans le cadre de paiements effectués à une Institution financière non participante visés à l'article 4, paragraphe 1, lettre (d) de l'Accord, toute Institution financière communicante luxembourgeoise relevant de l'application de ladite disposition est tenue d'appliquer la retenue de 30 pourcent qui est y envisagée en relation avec les paiements visés de source américaine. Toute Institution financière communicante luxembourgeoise appliquant la retenue susvisée est tenue d'en verser le produit à l'Autorité compétente des Etats-Unis suivant les modalités définies entre ces deux parties.

Eu égard aux délais et formalités impartis, la date limite du 30 juin 2015 actuellement fixée pour les premières communications de données par les institutions financières concernées à l'ACD aux fins de l'Accord paraît difficilement tenable. En admettant que le Projet soit adopté par la Chambre des députés dans les quelques semaines à venir, il ne resterait au mieux aux institutions financières concernées qu'une dizaine de jours ouvrés d'ici le 30 juin 2015 pour s'acquitter (1) de leurs obligations d'information suivant l'alinéa 4 de l'article 3 du Projet (voir *infra*), et (2) des communications proprement dites vis-à-vis de l'ACD suivant des modalités techniques restant encore à finaliser. Un report de la date du 30 juin 2015 à une date fixée un mois après l'entrée en vigueur de la loi à venir nous paraît ainsi indispensable afin de garantir la qualité des communications pertinentes par les institutions financières concernées. Pour autant que le Projet soit adopté dans les quelques semaines à venir, un tel report ne semble pas devoir compromettre la bonne transmission des données ainsi communiquées par l'ACD aux Etats-Unis d'ici le 30 septembre 2015, dans la mesure où cette dernière disposerait encore d'un délai d'environ 2 mois à cette fin.

Au regard des considérations qui précèdent, il conviendrait ainsi d'adapter l'actuel alinéa 4 de l'article 2 du Projet comme suit :

- (6) Sous réserve de l'application de l'alinéa 2 du présent article, les informations sont à fournir, annuellement, dans la forme prescrite jusqu'au 30 juin après la fin de l'année civile à laquelle les informations font référence. Par dérogation à la disposition précédente, les informations se rapportant à l'année 2014 devront être fournies au plus tard un mois après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Il conviendrait enfin, sur base des considérations précédentes, d'aménager le deuxième paragraphe de l'alinéa 5 de l'article 2 du Projet :

- (7) *En cas de défaut de communication, de communication tardive, incomplète ou inexacte d'informations visées à l'alinéa 1^{er} du présent article, l'Institution financière déclarante luxembourgeoise peut encourir une sanction administrative d'un maximum de 0,5% des montants qui auraient dû être communiqués sans pouvoir être inférieure à 1.500 euros.*

Article 3, alinéa 4 du Projet

Le contenu, la forme et la fréquence des informations à fournir aux personnes physiques concernées suivant l'alinéa 4 de l'article 3 du Projet gagneraient à être précisés dans le cadre des documents parlementaires, le commentaire des articles restant muet sur ces questions.

La Chambre de Commerce relève que ces questions se posent pourtant avec une acuité et une urgence particulières alors que les premières communications de données aux fins de l'Accord doivent en principe être effectuées pour le 30 juin 2015 au plus tard. Par analogie aux dispositions pertinentes de la directive européenne 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire dans le domaine fiscal¹⁵ (ci-après dénommée, la « Directive Coopération Bis»), il conviendrait en effet de s'acquitter de cette obligation d'information dans un délai raisonnable avant la première communication de données à l'ACD suivant l'Accord.

Il importerait de préciser qu'il revient pour l'essentiel à chaque Institution financière déclarante luxembourgeoise de fixer les modalités pratiques de la communication à effectuer dans ce cadre qui peut prendre la forme d'un courrier à chaque personne concernée, d'une mise à jour des conditions générales de l'institution financière ou du prospectus dans le cas d'un fonds d'investissement sous réserve qu'il soit établi que les personnes concernées aient pu raisonnablement être informées en temps utile. Il paraît admissible qu'une telle communication reste générale dans sa nature sans nécessairement donner le détail des informations qui seront transmises, pour autant que la personne physique concernée conserve un droit de demander l'envoi du détail complet des informations à transmettre. Il semble également admissible qu'une telle communication soit faite à un moment précis dans le temps sans devoir être reconduite à chaque exercice fiscal.

Il conviendra, le cas échéant, de revenir de manière plus circonstanciée sur cette question dans le cadre de la mise en œuvre de la norme mondiale d'échange automatique en matière fiscale à compter du 1^{er} janvier 2016, en particulier suivant la Directive Coopération Bis. Eu égard à la part très importante de la clientèle relevant de l'échange automatique au sein des Institutions financières établies au Luxembourg, il importe en effet de définir sur le long terme un équilibre entre, d'une part, le droit à l'information des personnes physiques concernées suivant les règles applicables en matière de protection des données, et d'autre part, la nécessité de circonscrire un régime d'obligation gérable dans son application pratique par les Institutions financières qui y sont tenues.

Article 4, alinéa 1^{er} du Projet

Dans le cadre de l'application de la Loi du 28 juillet 2014, le commentaire des articles précise qu'une Institution financière procédant à l'immobilisation de ses titres devra charger la personne agissant en tant que dépositaire au sens de la loi précitée d'accomplir pour elle et en son nom les obligations prévues par l'Accord en ce qui concerne les titres au porteur.

¹⁵ Article 1, paragraphe 5 de la Directive Coopération Bis, modifiant l'article 25 de la directive 2011/16/UE.

La Chambre de Commerce croit comprendre que le dépôt de titres dans le cadre de la Loi du 28 juillet 2014 pourrait être constitutif d'un Compte financier relevant des obligations de communication suivant l'Accord pour autant que (i) l'émetteur des titres immobilisés relève du statut d'Institution financière déclarante et que (ii) le titulaire des titres immobilisés relève de la qualité de Personne américaine spécifiée. Dans cette dernière hypothèse, il importe en effet d'assurer la communication des informations pertinentes en relation avec ces mêmes titres, sans que l'application de la Loi du 28 juillet 2014 ne permette d'éluder cette communication.

Il convient néanmoins d'observer que certains des professionnels habilités à agir comme dépositaire au sens de la Loi du 28 juillet 2014 ne peuvent, de par leur activité, relever de la qualité d'Institution financière communicante au sens de l'Accord.

La Chambre de Commerce demande dès lors de voir préciser qu'il existe bien une obligation de communication dans le chef du dépositaire en relation avec les titres relevant des dispositions de l'Accord sur base d'une délégation accordée par l'émetteur des titres immobilisés et dûment acceptée par le dépositaire conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 3 de l'Accord. Dans ce cas, le dépositaire prendrait la responsabilité d'accomplir pour l'émetteur et en son nom les obligations prévues par l'Accord en ce qui concerne les titres pertinents faisant l'objet d'une immobilisation et effectuera le cas échéant toute communication en relation avec ces titres prescrite dans le cadre de l'Accord.

Dans cette perspective, il paraît opportun à la Chambre de Commerce de voir faciliter la mise en œuvre d'une telle délégation au niveau des dépositaires concernés, notamment en conférant une base légale adéquate aux communications effectuées par ceux-ci en application de l'Accord. Il semble en effet difficilement envisageable de lever l'anonymat des titulaires concernés vis-à-vis de l'émetteur aux fins d'éventuelles communications par ce dernier relativement aux titres immobilisés en vertu de l'Accord, au risque de dévoyer l'esprit du régime d'immobilisation prévu par la Loi du 28 juillet 2014.

* * *

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

PMR/DJI