

N° 5745¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI**portant approbation de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(26.5.2008)

L'objet du présent projet de loi vise à approuver l'accord de coopération signé à Luxembourg le 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne au nom de ses Etats membres et la Confédération suisse. Cet accord vise à mettre en place un cadre juridique adapté aux échanges existant entre ces deux ensembles de pays, à renforcer l'assistance administrative et l'entraide judiciaire en matière pénale en vue de lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des cocontractants.

*

RESUME

La Chambre de Commerce prend acte des nouvelles dispositions relatives à l'entraide judiciaire contenues dans l'accord de coopération conclu par la Communauté européenne – au nom de ses Etats membres – et la Suisse, qui se limitent actuellement aux relations avec la Confédération. Compte tenu du fait que ces dispositions s'inspirent d'un certain nombre de textes non encore transposés en droit national, il paraît nécessaire de s'attendre à ce que, dans un proche avenir, celles-ci soient étendues aux relations avec les autres Etats membres de l'Union européenne.

L'accord de coopération entre la Suisse et la Communauté européenne constitue certainement une avancée qui, sur base du principe de réciprocité, doit permettre de faciliter l'entraide judiciaire et l'assistance administrative entre un Etat membre et un Etat non-membre de l'Union européenne et, de manière générale, de combattre plus efficacement la contrebande et la fraude en matière de fiscalité indirecte à l'intérieur de l'Union européenne.

Dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, le Luxembourg est tenu au respect des mesures de coopération avec les autorités judiciaires des différents Etats depuis l'application des dispositions de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale. Pour autant, l'accord de coopération met en péril un certain nombre de garanties individuelles comme le principe de la double incrimination, le principe de spécialité ou l'obligation de ne pas révéler au client, pendant une période provisoire, l'existence de mesures d'enquêtes. D'autre part, l'accord en permettant désormais à l'Etat requérant d'intenter un recours devant une juridiction pénale contre une décision prise par une autorité administrative de l'Etat requis, et, susceptible de faire l'objet d'un accord d'entraide judiciaire en matière pénale, constitue un facteur de concurrence dangereux entre les sphères administrative et judiciaire.

En conséquence, les attributs de la souveraineté juridique nationale sont appelés à disparaître sous l'effet d'une évolution inéluctable et nécessaire, dictée par la nécessité d'une lutte efficace contre la criminalité internationale.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce prend acte du présent projet de loi qui intègre dans l'ordre interne luxembourgeois les dispositions de l'accord de coopération entre la Suisse et le Luxembourg, tout en insistant sur la prise en compte de ses remarques.

Appréciation du projet de loi:

| | <i>Incidence</i> |
|---|------------------|
| Compétitivité de l'économie luxembourgeoise | 0 |
| Impact financier sur les entreprises | 0 |
| Transposition de la directive | n.a. |
| Simplification administrative | 0 |
| Impact sur les finances publiques | n.d. |

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

*

CONSIDERATIONS GENERALES

L'importance de protéger efficacement les intérêts financiers des Communautés européennes ne s'arrête pas aux frontières extérieures des Etats membres. En effet, les éléments criminels opèrent au-delà des frontières de l'Union européenne. Ce constat justifie de prendre des mesures appropriées afin de lutter efficacement contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

La Chambre de Commerce rappelle l'objectif affiché par le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, réaliser un véritable „espace judiciaire européen“ et dont la réalisation supposait en premier lieu la suppression du contrôle de la double incrimination – principe selon lequel une demande d'entraide judiciaire ne peut aboutir que si une infraction est punissable dans l'Etat requérant et dans l'Etat requis, entrave majeure à l'entraide judiciaire en matière pénale.

C'est dans ce contexte qu'a été signé à Luxembourg le 26 octobre 2004 l'accord de coopération entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part et la Confédération suisse, d'autre part (ci-après „l'Accord de coopération“), sur la base de l'article 280 et en liaison avec l'article 300 du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne. Cet accord fait l'objet du projet de loi sous avis.

L'Accord de coopération a pour objectif de lutter contre la fraude à tous les stades – la prévention, la détection, l'investigation, la poursuite et la répression administrative et pénale – et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des parties contractantes.

Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs du présent projet de loi, les objectifs de l'Accord de coopération visent à

- créer un cadre clair pour la répression de la fraude entre un Etat membre et la Suisse,
- lutter de manière efficace contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des parties contractantes,
- renforcer l'assistance administrative dans ces domaines,
- étendre l'entraide judiciaire à de nombreux cas de fraudes, notamment la contrebande et l'évasion de fiscalité indirecte,
- reconnaître l'importance de la lutte contre le blanchiment d'argent.

Cette lutte contre la fraude est réalisée par le biais de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire en matière pénale (respectivement les Titres II et III de l'Accord de coopération).

En outre, cet accord vise d'une manière générale essentiellement à simplifier et à accélérer les procédures d'assistance mutuelle, notamment par l'élargissement de son champ d'application qui se limite à des cas bien précis tels que:

- les échanges de marchandises en violation de la législation douanière et agricole;
- les échanges en violation de la législation fiscale en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), d'impôts spéciaux à la consommation et de droits d'accises;
- la perception ou la rétention de fonds (y compris l'usage de ces fonds à des fins autres que celles initialement prévues) provenant du budget même ou d'un budget géré par la Suisse ou l'Union européenne, ou bien des budgets gérés pour leur compte tels que les subventions et les restitutions;
- les procédures de passation de contrats attribués par les parties;
- le blanchiment du produit des activités couvertes par l'Accord de coopération, à condition que les activités soient punissables selon le droit des deux parties contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté, restreignant la liberté de plus de six mois.

S'agissant de l'assistance administrative, la Chambre de Commerce souligne que l'article 2 paragraphe 4 de l'Accord de coopération exclut clairement la fraude en matière de fiscalité directe et approuve cette exclusion qui est à son sens significative.

La fiscalité indirecte a été intégrée quant à elle dans le champ d'application de l'Accord de coopération. Celui-ci s'inscrit en conformité avec le dispositif réglementaire luxembourgeois¹ qui érige le principe de l'interdiction faite aux administrations fiscales de demander „aux établissements financiers, aux fins de contrôle des impôts, des renseignements individuels sur les clients ou sur tous les comptes d'une catégorie ou d'une importance déterminée“.

Néanmoins, l'article 2 paragraphe 2 précise qu'„une demande de coopération ne pourra pas être écartée au seul motif que la demande se rapporte à une infraction que la partie contractante requise qualifie d'infraction fiscale ou que la législation de la partie contractante requise ne connaît pas le même type de prélèvements ou de dépenses ou ne contient pas le même type de réglementation ou la même qualification juridique des faits que la législation de la partie contractante requérante“.

Le dispositif de l'Accord de coopération prévoit également la possibilité pour les parties contractantes de procéder à la saisie ou au recouvrement des montants dus, indûment perçus ou éludés. Par contre, pour les cas d'importance mineure, les autorités compétentes des parties contractantes peuvent refuser une demande de coopération sur base de l'Accord de coopération lorsque la demande porte sur un droit non perçu ou éludé inférieur à 25.000 euros ou lorsque la valeur des marchandises exportées ou importées, sans autorisation, est inférieure à 100.000 euros.

La Chambre de Commerce fait remarquer que la procédure de l'assistance administrative telle qu'instituée avec les autorités compétentes de la Confédération suisse, ci-après la „Confédération“, n'est pas entièrement nouvelle. Elle est, en effet, fortement inspirée du Règlement (CE) 1798/2003 du Conseil² relatif à la coopération administrative en matière de recouvrement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

L'entraide administrative connaît cependant des limites qui justifient qu'une demande d'assistance administrative puisse être refusée du fait de/des:

- la limitation des compétences des diverses autorités de la partie requise, aux compétences de son droit interne;
- charges administratives disproportionnées, compte tenu du nombre ou de la nature des demandes introduites;
- l'obligation pour l'autorité requérante d'avoir épuisé ses propres sources d'information.

Par ailleurs, la mise en oeuvre de l'assistance administrative peut être déclenchée

- sur demande (article 12);
- de façon spontanée (article 20);

¹ Articles 1 et 2 du Règlement grand-ducal du 24 mars 1989 précisant le secret bancaire en matière fiscale et délimitant le droit d'investigation des administrations fiscales.

² Règlement (CE) 1798/2003 du Conseil concernant la coopération administrative dans le domaine sur la taxe sur la valeur ajoutée et abrogeant le règlement (CEE) No 218/92.

- par la création d'équipes communes d'enquête (articles 15 et 16);
- au moyen d'opérations communes transfrontalières (article 21).

Le recouvrement de créances de TVA ou d'accises visé au Titre II chapitre V de l'Accord de coopération est effectué par la partie requise „*comme s'il s'agissait de ses propres créances*“ (article 24, paragraphe 1), sans que celles-ci bénéficient cependant des mêmes privilèges (article 24, paragraphe 5). En effet, par analogie avec l'article 11 de la loi du 20 décembre 2002³, le recouvrement des créances auxquelles sont autorisées à se prévaloir les autorités compétentes suisses auprès de l'Etat luxembourgeois est écarté du bénéfice des garanties du Trésor, le cas échéant applicable aux créances analogues de l'Etat luxembourgeois. De ce fait, il est donc soumis au même régime que les autorités requérantes des autres Etats membres de l'Union européenne.

Tout comme les dispositions relatives à l'assistance administrative, les dispositions relatives à l'entraide judiciaire puisent leurs sources d'inspiration dans des instruments communautaires existants, conventions ou règlements européens⁴.

La Chambre de Commerce relève que certains de ces textes n'ont pas encore été transposés en droit luxembourgeois. De fait, le Titre III de l'Accord de coopération introduit des nouveautés dans le système juridique luxembourgeois d'entraide pénale internationale. S'agissant de l'entraide judiciaire, l'Accord de coopération vise à compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 ainsi que la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990.

De manière identique à ce qui est prévu en matière d'assistance administrative, la Chambre de Commerce se permet également de relever que l'article 37 de l'Accord de coopération permet également à chaque partie contractante la possibilité de remettre spontanément à l'autre partie toute information ou preuve susceptible de permettre à l'autorité destinataire de mener à bien une enquête ou de mener à bien une demande d'entraide judiciaire. Cette transmission d'informations ne peut toutefois être opérée qu'à l'initiative de l'Etat requis à qui il revient d'effectuer une demande d'entraide judiciaire.

Elle souligne toutefois que l'Accord de coopération opère cependant un recul par rapport à la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ci-après la „Loi du 8 août 2000“, dans la mesure où, contrairement à cette dernière, dans le cadre des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, hormis le domaine du blanchiment, la possibilité pour la personne visée par une demande d'enquête ou de perquisition d'intenter un recours en nullité n'est plus assurée.

Bien que consciente des engagements internationaux pris par le Luxembourg conformément à un accord signé par l'Union européenne au nom de ses Etats membres ainsi que des objectifs poursuivis par les parties contractantes – simplifier et accélérer les procédures d'assistance mutuelle entre autorités compétentes, notamment par la transmission directe des demandes entre autorités judiciaires et la limitation des contrôles – la Chambre de Commerce réitère son attachement à certains principes de droit, à savoir le principe de la double incrimination, le principe de spécialité ou celui de la protection des informations bancaires et financières confiées par le client au banquier (hormis les cas de blanchiment), à l'égard des autorités judiciaires étrangères.

D'autre part, l'Accord de coopération prévoit d'inclure le blanchiment du produit des activités illégales dans les hypothèses d'entraide judiciaire en matière pénale, à condition toutefois que ces activités soient punissables selon le droit des parties contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté de plus de six mois. Ainsi, les demandes de perquisitions saisies ainsi que les commissions rogatoires constituées à cette fin, ne sont recevables qu'à cette condition.

Enfin, la Chambre de Commerce salue la volonté de la Confédération de se rallier à Eurojust, organe de coopération en matière judiciaire visant à faciliter la coordination optimale entre les autorités com-

3 Loi du 20 décembre 2002 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement dans la Communauté européenne des créances relatives à certains impôts, cotisations, droits, taxes et autres mesures.

4 Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (JOCE 197 du 12 juillet 2000) complétée par le Protocole du 16 mai 2001 à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale – Proposition de décision-cadre du Conseil 2642ème session du Conseil Justice et affaires intérieures du 24 février 2005 relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.

pétentes, les actions d'enquête ainsi que la poursuite par les Etats membres couvrant le territoire de plusieurs d'entre eux.

*

OBSERVATIONS PARTICULIERES

L'entraide judiciaire avec la Confédération

Concernant l'article 26 paragraphe 1, a) sous le titre III de l'Accord de coopération – Procédures dans lesquelles l'entraide est également accordée

Cette disposition illustre une des nouveautés au niveau des conditions qui permettent de faire droit à une demande d'entraide judiciaire. Ainsi, par exemple, l'entraide judiciaire peut être déclenchée, dans le cadre de procédures relatives à des infractions poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction pénale.

La Chambre de Commerce estime que cette disposition n'est pas exempte de risques dans la mesure où, à son avis, elle donne lieu d'une certaine manière, à une intervention des autorités administratives et des tribunaux, et par conséquent à une concurrence des sphères administrative et judiciaire.

Concernant l'article 27 de l'Accord de coopération – Transmission des demandes

La Chambre de Commerce note que cet article de l'accord n'apporte pas de modifications particulières quant aux conditions de recevabilité des demandes d'entraide judiciaire actuellement en vigueur eu égard à ce que prévoit déjà l'article 2 de la Loi du 8 août 2000 qui dispose qu'en vue de l'exécution des demandes d'entraide, la demande peut être transmise par les autorités compétentes de l'Etat requérant, soit au Procureur général d'Etat luxembourgeois, soit directement au Ministre de la Justice ou aux autorités judiciaires luxembourgeoises.

Concernant l'article 32 sous le titre III de l'Accord de coopération – Demande de renseignements bancaires et financiers

L'Accord de coopération couvre également les demandes de renseignements bancaires et financiers et précise les conditions qui président à la transmission des informations portant sur des comportements constitutifs d'escroquerie fiscale ou sur une infraction équivalente, au regard de la législation de l'Etat requis. Ces informations doivent concerner notamment des comptes bancaires ouverts dans les banques établies sur le territoire de l'une des parties.

Outre le fait que les demandes de perquisitions et saisies ainsi que les commissions rogatoires constituées à cette fin ne sont recevables, aux termes de l'article 31, qu'à la condition que les activités qui constituent le fait préalable soient punissables selon le droit des deux parties contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté de plus de six mois, les points suivants sont néanmoins à relever:

- la partie requise peut, pendant une période déterminée, autoriser la surveillance des opérations bancaires et communiquer le résultat de cette surveillance à la partie requérante;
- l'institution financière ne doit pas révéler, pendant une période limitée, au client ou à un tiers l'existence de mesures d'enquêtes;
- le secret bancaire ne peut être invoqué pour rejeter une demande d'entraide.

Article 32 paragraphe 3

Cette disposition fait interdiction à chaque partie contractante de divulguer au client qu'une demande d'informations le concernant a été émise par la partie requérante ou qu'une enquête est en cours.

La Chambre de Commerce souligne que cette interdiction qui a trait à l'obligation de sauvegarder le contenu confidentiel d'une demande et son contenu à l'égard du client, est un principe récurrent, inhérent au cadre juridique communautaire et national relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Cette disposition qui s'inscrit en effet dans le cadre d'un accord bilatéral de coopération avec un pays tiers, est identique à celle prévue de s'appliquer dans le cadre légal luxembourgeois visant d'une manière générale la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Comme cela a déjà été relevé ci-avant, dans le domaine du blanchiment, l'obligation de ne pas informer le client et l'impossibilité pour ce dernier d'exercer un recours tranche avec le droit accordé à la personne visée par une demande d'enquête ou de perquisition, d'exercer un recours en nullité contre l'acte exécutant la demande d'enquête.

De fait, l'interprétation faite par la doctrine de cette disposition avait logiquement autorisé le banquier à informer son client de l'existence de mesures d'enquêtes, une partie de la doctrine allant même jusqu'à dire qu'il s'agissait d'une obligation⁵. Cette approche a également été confirmée par une jurisprudence récente⁶ dans laquelle le tribunal a considéré que si les dispositions de la Loi du 8 août 2000 n'imposent pas „de manière expresse l'obligation à la banque d'informer le titulaire du compte de la notification de la saisie, les liens contractuels liant le banquier à son client imposent l'information de ce dernier de toute notification afin de lui permettre l'exercice des voies de recours“.

A cet égard, elle rappelle que l'Association des Banques et des Banquiers, Luxembourg (ABBL) avait déjà, en son avis du 28 octobre 1997 relatif au projet de loi relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale, considéré comme fondamental le droit à un recours, pour la personne contre qui s'exerce une demande de transmission d'informations bancaires et financières en faveur d'une autorité judiciaire étrangère ou contre qui une demande d'entraide est diligentée, hormis les cas de blanchiment ou de terrorisme.

Concernant l'article 36 sous le titre III de l'Accord de coopération – Usage des informations et moyens de preuve

La Chambre de Commerce est d'avis que cet article met fin au principe de spécialité en autorisant l'utilisation des informations communiquées à d'autres fins que celles pour lesquelles l'entraide a été accordée (procédures suivies à l'encontre d'autres personnes, requalification des faits, utilisation dans les procédures de confiscation). Ce principe qui à l'heure actuelle est une des conditions permettant de donner droit à une demande d'entraide judiciaire en matière pénale et de rendre exécutoire une demande de perquisition et de saisie, constitue une garantie contre l'éventualité d'un usage abusif du recours à l'entraide judiciaire.

La Chambre de Commerce est d'avis que l'abandon de ce principe va changer fondamentalement la procédure d'entraide judiciaire. Cependant, étant donné que la fiscalité directe est exclue du champ d'application de l'Accord de coopération, en pratique, cette disposition ne devrait toutefois pas permettre d'ouvrir dans le pays requérant une action pénale en matière de fiscalité directe.

Article 36 alinéa c)

En ce qui concerne le gel et la saisie du produit des infractions pour lesquelles l'entraide judiciaire est demandée, cette disposition autorise d'étendre cette mesure provisoire à d'autres biens, si les biens issus de l'infraction n'existent plus sur le territoire de l'Etat requis.

Toutefois, la Chambre de Commerce prend la peine de souligner que la recevabilité d'une commission rogatoire aux fins de perquisition est subordonnée, aux termes de l'article 31 de l'Accord de coopération, à la condition que le fait soit punissable dans les deux Etats de peines restreignant la liberté d'au moins six mois ou d'une sanction équivalente et que l'exécution de la commission rogatoire soit compatible avec le droit de l'Etat requis.

La Chambre de Commerce souligne et déplore le fait que l'Accord de coopération traduise l'éloignement manifeste d'un autre principe traditionnel, celui de la double incrimination, qui conditionne le déclenchement de l'entraide judiciaire internationale.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce prend acte du présent projet de loi qui intègre dans l'ordre interne luxembourgeois les dispositions de l'accord de coopération entre la Suisse et le Luxembourg, tout en insistant sur la prise en compte de ses remarques.

⁵ Dean Spielmann, „Le secret bancaire et l'entraide judiciaire en matière pénale au Grand-Duché de Luxembourg“ in Les Dossiers du Journal des tribunaux.

⁶ Jugement commercial du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 15^{ème} section, siégeant en matière commerciale du 6 décembre 2006 – Commentaires de Genn Meyer in Bulletin Droit et Banque ALJB No 41.

