

N° 6680⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI**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**

* * *

AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG**DESCRIPTION SYNOPTIQUE****Introduction**

Le projet de loi n° 6680 propose de modifier la procédure que doivent suivre les administrations fiscales luxembourgeoises quand elles sont sollicitées par des autorités fiscales étrangères pour exécuter des enquêtes et autres mesures d'instruction, notamment auprès de banques luxembourgeoises, dans le but d'obtenir des informations relatives à des contribuables visées par lesdites autorités fiscales étrangères.

Dans certains cas de figure, le projet de loi n° 6680 se propose d'interdire tout moyen de contester une décision administrative luxembourgeoise d'entraide en matière fiscale. Il y aura dès lors, à l'avenir, une renonciation au contrôle judiciaire, pourtant inhérent à l'Etat de Droit. Le projet de loi entend rompre avec le principe même de la loi du 7 novembre 1996 en vertu duquel il y aurait un recours devant le tribunal administratif contre strictement toute décision administrative luxembourgeoise, que ce soit pour incompétence, excès ou détournement de pouvoir ou pour violation de la loi.

Solution „One size fits all“

Par ailleurs, le régime juridique que se propose d'introduire le projet de loi n° 6680 s'appliquerait de façon indifférente à toutes demandes d'entraide en matière fiscale, qu'elles proviennent de pays de l'Union Européenne, de pays de l'OCDE ou de pays tiers, pourvu qu'ils aient souscrit à des traités de double imposition, ou qu'ils soient comme le Luxembourg (loi du 26 mai 2014, Mémorial A, n° 93, du 4 juin 2014) signataires de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et son Protocole d'amendement, signés à Paris, le 29 mai 2013.

A ce niveau, il ne rompt pas avec le régime antérieur.

Le régime juridique actuel

L'on sait qu'une loi du 31 mars 2010 (Mémorial A, n° 51 du 6 avril 2010) prévoit la procédure à suivre par les administrations luxembourgeoises, en cas de demande d'entraide en matière fiscale, tout comme les droits et recours des justiciables en cas de demande perçue comme dépassant le cadre de la loi.

Le principe de la possibilité de l'échange d'information est prévu dans les diverses conventions contre la double imposition qu'a signées le Luxembourg. Une loi du 14 juin 2013 transpose une directive européenne standardisant l'échange d'informations en matière fiscale au niveau européen. Et puis il y a ladite convention concernant l'assistance administrative mutuelle.

Donc, à l'heure actuelle, il existe pour tous les pays de l'Union Européenne, mais justement aussi pour beaucoup de pays tiers dans le cadre de conventions contre la double imposition et de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle, une procédure d'entraide internationale conformément à laquelle une administration fiscale étrangère peut, par rapport à un justiciable qu'elle croit rentrer dans son ressort, demander l'assistance des administrations fiscales luxembourgeoises. Il s'agira de découvrir les faits qui ont un impact sur l'imposition dudit justiciable. Souvent il s'agira d'une demande de renseignements auprès d'une banque, ou bien d'un domiciliataire de sociétés.

Il faut noter qu'aujourd'hui déjà, le Luxembourg ne contrôle pas vraiment le périmètre d'application de l'entraide administrative en matière fiscale. A première vue, l'on pourrait croire qu'il suffit de faire attention avec qui l'on signe des conventions de double imposition. Cela n'est pas vrai. En effet, tous les pays signataires de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et son Protocole d'amendement, signés à Paris, le 29 mai 2013, en profitent. Par contre, le Luxembourg n'a pas vraiment de contrôle sur la liste des pays qui peuvent signer ladite convention, et donc bénéficier de l'entraide administrative en matière fiscale: selon l'article 28 (5) de cette convention, même si seuls les pays de l'OCDE peuvent y accéder, des pays tiers peuvent *„demander à être invité[s] à signer et ratifier la Convention“*, et la *„décision d'inviter“* un pays tiers *„sera prise par consensus par les Parties à la Convention par l'intermédiaire de l'organe de coordination“*. Or, nous savons tous combien opaque peut être un *„consensus“* au sein de l'OCDE.

Recours dans le cadre du régime actuel

Aujourd'hui, le dispositif applicable à l'entraide internationale en matière fiscale permet un recours judiciaire assez efficace. Même si l'on peut d'ores et déjà relever que dans cette matière, le recours administratif par la voie hiérarchique est exclu, contrairement à ce que l'on pourrait appliquer la *„procédure fiscale de droit commun“*.

Dans la pratique, une banque par exemple reçoit un beau jour une demande d'informations relative à un client de la part de l'Administration des Contributions Directes luxembourgeoise agissant pour le compte de l'administration fiscale étrangère en question. Etant donné que l'essence même de la relation entre un client et sa banque est la confiance, et que de toute façon une banque a des obligations contractuelles envers son client, ce dernier en sera informé. Le client peut alors envisager un recours contre l'exécution par l'administration fiscale luxembourgeoise de cette demande d'informations devant le tribunal administratif à Luxembourg, sachant qu'un recours hiérarchique n'est pas prévu par la loi. Même si le délai de recours est court (un mois), le fait qu'un recours soit disponible devrait garantir que les parties intervenantes, que ce soient les administrations fiscales luxembourgeoises ou étrangères, se tiennent à la loi.

Comparaison avec l'entraide en matière pénale („commissions rogatoires“)

Une entraide comparable existe depuis très longtemps en matière pénale ou policière où il y a également des traités internationaux de collaboration. Toutes ces procédures prévoient un contrôle judiciaire ou une autorisation préalable de la justice, et un moyen de recours pour les personnes qui y sont visées.

L'enjeu

Empêcher les „pêches aux renseignements“

Même si l'abolition du secret bancaire n'est pas une nouveauté, il était jusqu'à maintenant accepté que la mise en pratique de celle-ci et donc l'entraide internationale en matière fiscale devait s'accompagner de certaines garanties et protections, afin d'empêcher des détournements du but, abus ou excès de zèle, et notamment ce que l'on a appelé les *„fishing expeditions“* (pêche d'informations tous azimuts). Dans les textes de loi cela se traduit par la restriction de ne permettre que la recherche des *„renseignements vraisemblablement pertinents“* pour l'établissement de l'impôt, formule qui se trouve dans tous les instruments bilatéraux ou multilatéraux signés par le Luxembourg, qu'ils trouvent leur origine dans une directive (par exemple, la loi du 29 mars 2013 portant transposition de la directive 2011/16/UE), dans un traité international (Convention concernant l'assistance administrative mutuelle

en matière fiscale, signée à Paris, le 29 mai 2013, approuvée par une loi du 26 mai 2014), ou dans les nombreuses conventions contre la double imposition que le Luxembourg a conclues.

**Les informations fiscales d'une personne sont toujours très sensibles.
Elles méritent toujours une protection par la loi.**

Le danger est bien réel. Le dossier fiscal d'une personne permet de découvrir les secrets les plus intimes de celle-ci. Aussi, par la force des choses, une activité économique suppose toujours l'interaction entre plusieurs agents économiques et les secrets concernent toujours plusieurs personnes. Si l'on a par exemple accès aux données d'un compte bancaire d'une personne donnée, l'on peut en déduire des informations relatives à des personnes qui ont collaboré avec elle, puisque par exemple, sur un virement bancaire, apparaît le nom de la contrepartie de la transaction. Dans d'autres cas de figure, il peut y avoir plusieurs titulaires du même compte bancaire.

Il ne faut pas se faire trop d'illusions sur le fait qu'une fois les données transférées à l'étranger, il sera impossible pour le justiciable ou pour les administrations fiscales luxembourgeoises de contrôler (si tel en était leur intention) leur utilisation.

**Puisqu'il y a une protection par la loi, cette protection
devrait être garantie par les tribunaux**

Le contrôle par les tribunaux administratifs de la légalité de ces procédures sert à mettre un frein au détournement du but recherché, même si un tel contrôle a pour conséquence celui d'augmenter la charge de travail, à la fois des fonctionnaires de l'Administration des Contributions, mais aussi des juridictions administratives. En ce qui concerne le rôle à assumer par les juridictions administratives, il faudrait aussi penser à leur donner les moyens et ressources nécessaires pour assumer leurs tâches. En période de disette budgétaire, la question mérite d'être posée.

Pour cette même raison, il est un peu facile d'affirmer, comme le fait dans son avis la Chambre des fonctionnaires et employés publics (document parlementaire n° 6680³), que „*Comme le projet s'inscrit également dans le cadre de la simplification administrative, la Chambre des fonctionnaires et employés publics ne peut que l'approuver quant au fond.*“.

Les risques inhérents d'une loi unique censée traiter tous les cas de figure

L'on comprend que l'échange d'informations en matière fiscale est à peu près tolérable si les informations sont transférées suite à une demande d'un pays où régit l'Etat de droit, par exemple la France ou l'Allemagne, d'autant plus qu'il existe dans ces pays des moyens pour se défendre dans une procédure administrative ou contentieuse. Mais il faut oser se demander s'il est approprié de traiter de cette même façon des pays comme le Kazakhstan, le Tadjikistan ou même la Russie.

Ceux-ci peuvent, aujourd'hui déjà et dans les mêmes conditions que nos voisins, faire une demande d'informations, demande qui sera honorée par les autorités fiscales luxembourgeoises.

C'est dans ce contexte que l'on doit se poser la question si le projet de loi n° 6680 tel qu'il est présenté aujourd'hui est vraiment approprié et si ses auteurs en saisissent la portée, sachant qu'il s'appliquera à tous les pays ayant une convention de double imposition avec le Luxembourg, et donc aussi aux pays ci-avant nommés.

*

ANALYSE (INCOMPLÈTE) DU PROJET DE LOI

Interdiction d'informer et interdiction de former un recours

Interdiction d'informer la personne visée

Nous lisons à l'article 4 de la loi telle que proposée que dans certains cas, à savoir „*en cas d'urgence de la demande d'échange d'informations, [en cas] de risque de compromettre le succès de l'enquête menée par l'Etat requérant ...*“, ou s'il existe „*d'autres raisons pertinentes établies par l'autorité*

compétente de l'Etat requérant ...“, interdiction pourra être faite au détenteur des informations de révéler l'existence de la demande d'informations à son client.

Curieusement, cette interdiction ne pourra être faite que si le détenteur des informations est un établissement de crédit. Il n'y a aucune justification ou explication pour ce traitement de faveur dans le projet de loi ou dans ses commentaires. Les banques ne sont pas les seuls agents à détenir des informations confidentielles pour autrui.

Interdiction faite à la personne visée de former un recours

Par la force des choses, le client ne pourra pas se défendre contre une telle demande d'échange d'informations, puisqu'il ne sera pas au courant de son existence. De surcroît, le projet de loi lui interdit explicitement un recours (article 7 (1) du projet de loi) contre la décision de l'administration luxembourgeoise d'exécuter une telle demande en obtention de „*renseignements de toute nature*“ (le terme se trouve à l'article 2 (1) du projet de loi).

Interdiction de remettre la demande elle-même à la personne visée

L'édifice est achevé par la précision (article 7 (3) du projet de loi) que la demande d'échange d'informations originaire, donc le document provenant de l'administration fiscale étrangère, ne peut pas être communiquée au justiciable visé.

L'absence d'une telle communication avait déjà, dans le passé, été considérée par les tribunaux administratifs comme conduisant à une violation des droits de la défense. Jusqu'à maintenant du moins, il n'y avait pas d'exception au principe consacré par la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, que la puissance publique doit communiquer les pièces sur base desquelles elle se base.

Mise en perspective de l'absence de moyens de défense

Le contrôle judiciaire est l'essence même de l'Etat de Droit

L'on aurait pu croire que la logique veuille que si la loi et les traités internationaux prévoient certaines garanties en faveur des justiciables, que ceux-ci puissent les défendre en justice. N'est-ce pas l'idée même de l'Etat de Droit et de la séparation des pouvoirs: L'administration applique une loi, et les juridictions contrôlent cette application. Or, à l'avenir, un recours judiciaire contre les mesures exécutées par les administrations fiscales luxembourgeoises sera tout simplement impossible dans la majorité des cas.

Le contrôle judiciaire favorise la communication

Notons que si un recours judiciaire n'est pas prévu par le projet de loi, un recours ou une réclamation par la voie hiérarchique l'est encore moins. Dans cette matière, il n'y aura donc aucune forme d'interaction entre l'administration fiscale et les justiciables. A cause de l'absence de décisions judiciaires, il sera impossible pour les justiciables de connaître la ligne de conduite des administrations, ou bien de vérifier que le principe de l'égalité devant la loi est bien respecté.

Un recours, de quelque nature qu'il puisse être, est avant tout un moyen de communication, d'échange de points de vue et aussi d'information. Un recours permet souvent à l'administré de communiquer aux administrations des informations et mises en perspective que celles-ci ignoreraient autrement.

Le Conseil d'Etat approuve

Le Conseil d'Etat, dans son avis, approuve cette approche, et affirme par exemple (sans élaborer), que „*[cette philosophie] ne met d'ailleurs pas en cause la protection de la sphère de confidentialité des contribuables.*“. Ce qui est étonnant quand on pense que la principale nouveauté du projet de loi par rapport à la législation antérieure consiste à supprimer non seulement les moyens de défense, mais encore les moyens pour le justiciable de connaître l'existence d'une telle mesure d'instruction, d'en contrôler la diffusion et donc de vérifier s'il n'y a pas tentative de détourner la procédure de son but.

Conséquence pratique

Si par exemple, à l'avenir, un gouvernement étranger demande à une administration fiscale luxembourgeoise de l'aider à monter un coup contre un citoyen de ce pays en prétextant une enquête en matière fiscale (la matière fiscale s'y prête ...; le véritable mobile ne sera pas vérifiable faute d'interaction avec le justiciable), tout en prétextant qu'il y a urgence, la seule personne qui ne sera au courant de rien ce sera bien ce citoyen visé.

L'OCDE et le „Forum Mondial“

Dans son avis, Le Conseil d'Etat suggère „[qu'une] série de considérations juridiques fondamentales peuvent venir à l'esprit,“ en continuant qu'il s'agirait „[d'] interrogations légitimes qui trouvent néanmoins une réponse dès qu'on tient compte des règles dressées par l'OCDE et le „Forum Mondial“ en matière de transparence fiscale.“

Or, supposer que les autres se tiendront aux „règles“ est un peu simpliste. Il faut garder à l'esprit que bon nombre de pays auxquels s'appliquera cette procédure, ne sont pas membres de l'OCDE, et ne se soumettent pas à l'autorité de l'OCDE. Ainsi, par exemple la Chine a signé la convention concernant l'assistance administrative mutuelle, et devrait à terme bénéficier des mêmes prérogatives en matière de demande d'entraide administrative à l'avenir secrète que par exemple la France ou l'Allemagne. Il en est de même du Qatar ou de la Russie (grâce à des traités de double imposition) qui ne sont pas membres de l'OCDE. Sans oublier que l'OCDE n'est pas une autorité judiciaire, et encore moins une autorité législative. L'OCDE ne produit que des rapports et des recommandations, auxquels l'on se tient ou l'on ne se tient pas.

*

LE PRETEXTE DE L'URGENCE

Peut-il y avoir urgence?

L'exclusion de tout recours ne s'appliquerait qu'en cas d'„urgence“.

Or, sauf peut-être les matière de tva où il faut combattre une criminalité très sophistiquée („fraude carrousel“), ou les accises, pour lesquelles les administrations fiscales ont de toute façon depuis longtemps de puissants outils de collaboration, l'on se demande bien comment il peut y avoir urgence en matière de demande d'échange d'informations puisque dans la plupart des pays, le délai d'action ou de prescription pour établir l'impôt est de plusieurs années, voir décennies, et que les banques ont une obligation d'archiver leurs informations pendant au moins dix ans.

Il n'est pas plausible que le but légitime d'une demande d'échange d'informations, à savoir l'établissement de la situation fiscale d'un justiciable, soit sérieusement affecté par une procédure de recours devant une juridiction administrative. Ne faudrait-il pas simplement revisiter la problématique des abus de recours, plutôt que de les interdire. Aussi, comment peut-il y avoir „*risque de compromettre le succès de l'enquête menée par l'Etat requérant*“? (article 4 (1) du projet de loi). En effet, par définition l'on parle ici de pièces et informations détenues par des tiers. Ne suffit-il pas d'interdire la destruction de pièces et documents, ou d'interdire temporairement le retrait de dépôts et coffres-forts, et de le sanctionner pénalement?

L'urgence, un „argument de style“

Nous nous doutons bien qu'à l'avenir toutes les demandes d'échange d'informations provenant de l'Etranger seront „*urgentes*“, puisque le caractère d'urgence ne sera ni vérifiable par les administrations luxembourgeoises censées exécuter les demandes, ni contestable par le justiciable visé.

En effet il suffira, selon le projet de loi, que la demande soit déclarée „*urgente*“ pour qu'il n'y ait pas de recours devant le tribunal administratif. Même dans les cas où le justiciable serait autorisé à contester l'exécution de la demande d'échange d'informations devant le Tribunal Administratif, (donc, quand il n'y aura pas d'„*urgence*“), selon le projet de loi, ses moyens de défense seront à l'avenir également limités à „*la régularité formelle de la décision d'injonction émise par l'administration fiscale compétente*“ (article 7 (1) du projet de loi), donc à très peu de choses.

L'ARGUMENT SELON LEQUEL LE JUSTICIABLE N'A QU'A SE DEFENDRE DANS SON PAYS D'ORIGINE

Cet argument est correct, en théorie

L'approche proposée par le projet de loi n° 6680 peut à l'extrême limite paraître acceptable quand la demande d'échange d'informations provient d'un Etat de Droit et qu'il y a un contrôle judiciaire dans l'état d'origine de la demande d'échange d'informations: Au lieu de contester la décision d'*exécuter* la demande d'échange d'informations au Luxembourg, le justiciable contestera la demande devant les juridictions du pays d'où elle trouve son origine.

Le Conseil d'Etat argumente qu'après tout, un justiciable domicilié dans un Etat étranger qui fait l'objet d'une demande d'entraide fiscale par ledit Etat n'a qu'à faire un recours devant les institutions de ce même Etat. Le Conseil d'Etat ne se pose pas la question de savoir si un tel recours est disponible ou praticable dans tous les pays visés, et suppose implicitement que les concepts de légalité, de l'Etat de Droit, de la protection de la vie privée sont admis et identiques partout dans le monde.

L'approche „une solution pour tous“ est quelque peu facile

L'absence de tout recours au Luxembourg, est par contre inadmissible quand la demande d'échange d'informations provient d'un Etat dont les juridictions sont inexistantes, corrompues ou de façon générale, ne garantissent pas un accès à la justice efficace de ses citoyens. Or, nous savons tous que le Luxembourg traite parfois avec ce genre d'Etats, quand certains intérêts sont en jeu.

*

AURAIT-ON PU ENVISAGER D'AUTRES APPROCHES

L'entraide en matière fiscale telle que pratiquée par d'autres pays

Selon l'avis de la Chambre de Commerce relatif au projet de loi (document parlementaire n° 6680²) la Chambre de Commerce aussi se soucie des droits de la défense et du respect de la vie privée, en citant l'exemple de la législation du Royaume-Uni qui prévoit beaucoup plus de garanties procédurales, comme notamment la nécessité d'obtenir soit l'accord du contribuable, soit celle d'un tribunal, avant que l'autorité fiscale puisse demander une information à un tiers.

Apparemment, ni les auteurs du projet de loi ni le Conseil d'Etat n'ont étudié la question si l'on aurait pu envisager une autre solution.

Entraide en matière pénale

La conception proposée par le projet de loi est diamétralement opposée à celle appliquée à l'entraide en matière pénale: en effet, si par exemple une demande de perquisition provient de l'Etranger, celle-ci est d'abord traitée par le Parquet, qui à son tour, demande à un juge d'instruction de contrôler et exécuter la demande. En matière de demande d'extradition, la personne visée par la demande a également un moyen de contestation de celle-ci. Au contraire, en matière fiscale, tout se passera à l'insu de tout le monde et à l'abri de tout regard dans le plus grand secret. Le Conseil d'Etat n'y voit rien à redire, arguant que „*Il est vrai que cette approche se distingue de celle en place en matière d'entraide judiciaire, mais cette divergence s'explique du fait qu'ici on se trouve en matière administrative fiscale.*“.

Il n'est pas sûr que cette approche soit satisfaisante.

