

Association Pour la Promotion de la Transparence a.s.b.l.

27, rue J.B. Esch - L-1473 Luxembourg

Luxembourg, le 7 décembre 2009

Chambre des Députés
M. le Président de la Chambre des
Députés Laurent Mosar
19, rue du Marché-aux-Herbes
L-1728 Luxembourg

Ministère des Finances
M. le Ministre des Finances Publics
Luc Frieden
3, rue de la Congrégation
L-1352 Luxembourg

Monsieur le Président de la Chambre des Députés,
Monsieur le Ministre des Finances Publics,

conc.: projet de loi n° 6072 déposé le 1^{er} octobre 2009 destiné à porter approbation des conventions fiscales et à prévoir la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande.

Nous nous permettons respectueusement de soumettre à votre appréciation ci-après certains commentaires par rapport au projet de loi sous rubrique. Il va de soit que le but de la présente n'est pas de prendre la place du rédacteur du projet de loi ou de la Chambre des Députés.

Préambule

L'Association Pour la Promotion de la Transparence a.s.b.l. (APPT) a pour but de promouvoir la transparence et l'intégrité dans la vie publique et de lutter contre la corruption.

APPT vient de signer avec Transparency International e.V. (TI) un accord en vertu duquel APPT est le point de contact national de TI au Grand-Duché de Luxembourg.

TI est d'avis que la crise financière, qui s'est manifestée en Europe et au Grand-Duché de Luxembourg à partir du dernier trimestre 2008, trouve en partie son origine dans l'opacité du secteur financier mondial qui favorise la corruption et d'autres comportements répréhensibles.

Si notre association ne partage pas nécessairement, du moins dans les détails, la position prise par d'aucuns en rapport avec l'opacité du secteur financier luxembourgeois, il n'en reste pas

moins que la transparence du secteur financier intéresse au premier degré TI comme mouvement global ainsi que notre association.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que la transparence dans la vie publique doit également englober la production législative et que dès lors les lois doivent être suffisamment claires et précises, et donc transparentes, afin de permettre au citoyen de connaître l'étendue exacte de ces dispositions.

Nous sommes enfin d'avis que la transparence dans la vie publique doit s'équilibrer avec la protection de la vie privée.

Nous partons du constat que le gouvernement luxembourgeois s'est engagé en mars 2009 à appliquer les normes OECD en matière d'échange d'informations en matière fiscale et du constat de la conclusion d'un ensemble de conventions de double imposition suivant le modèle OECD.

Certains des commentaires qui suivent sont directement liés aux développements qui précèdent, c.-à-d. à la promotion de la transparence, en ce compris la lutte contre la corruption, dans son équilibre avec la protection de la vie privée, alors que d'autres commentaires sont plus généraux et tiennent plutôt de considérations techniques.

I. Equilibre entre la transparence et la protection de la vie privée

1. Il résulte tant de l'article 2 du projet de loi qui organise le droit à information des administrations fiscales que de l'exposé des motifs (pages 36 et 37 sub. article 2) que le projet de loi accorde, en matière internationale et dans le cadre de demandes d'entraide, aux administrations fiscales luxembourgeoises le droit de requérir des renseignements auprès de détenteurs d'informations et ce contrairement aux dispositions législatives existantes et en particulier au paragraphe 178 bis de la loi générale des impôts, de l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et de l'article 111-1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances.

La généralité des termes utilisés par l'article 2, en ce confirmé par la généralité des termes utilisés dans l'exposé des motifs pré-indiqués, semble avoir comme conséquence nécessaire que ce droit à information des administrations fiscales ne s'étend pas seulement au secret professionnel du banquier et de l'assureur mais à toute profession couverte par un secret professionnel. Ainsi peut-on lire dans l'exposé des motifs : « ... cette disposition prévoit expressément une exception légale au secret professionnel du détenteur des renseignements, et notamment tel qu'il est consacré par l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et l'article 111-1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances. »¹.

Or, le droit du citoyen, fut-il un citoyen européen non luxembourgeois, à la protection de sa vie privée, ne peut en aucun cas accepter une entorse aussi large. En effet, de part la généralité des termes utilisés, le droit à l'information en faveur des administrations fiscales

¹ Exposé des motifs sub « Ad Article 2 » p. 28; mise en évidence ajoutée

existe non seulement à l'égard du banquier et de l'assureur mais également à l'égard du médecin, du réviseur d'entreprise, de l'avocat, du comptable etc....

Si le médecin n'a probablement pas d'informations utiles ou nécessaires à l'administration fiscale, tel n'est pas le cas du réviseur d'entreprise, de l'avocat ou du comptable. Si nous pouvons comprendre que l'on souhaite étendre le droit à l'information à l'égard p.ex. d'un avocat du droit des affaires ou à un avocat domiciliataire, nous sommes d'avis que ce droit à l'information ne doit pas exister à l'égard d'un avocat qui s'occupe d'un dossier de contentieux ou de conseil fiscal ou encore à l'égard d'un réviseur d'entreprise agissant en tant que conseil fiscal.

En ce qui concerne les avocats, une distinction peut se faire à l'instar de celle qui est faite par la loi sur le blanchiment.

Nous sommes dès lors d'avis que l'entorse au secret professionnel prévu à l'article 2 doit être restreinte au strict nécessaire.

2. L'article 2 du prédict projet de loi prévoyant un droit d'information au bénéfice des administrations fiscales ne s'applique que dans le cadre d'une demande d'entraide internationale en vertu d'une des conventions approuvées dans le cadre de l'article 1^{er} de la même loi.

Il s'agit donc d'une exception au droit national dans le cadre duquel les règles relatives au secret professionnel priment, le secret bancaire et le secret des assurances restant applicables en vertu du paragraphe 178 bis de la loi générale des impôts qui n'a pas été abrogé.

La loi devrait dès lors préciser que les informations obtenues par les administrations fiscales luxembourgeoises en vertu de cette loi et d'une demande d'entraide internationale ne peuvent pas être utilisées au niveau national luxembourgeois, alors qu'un tel usage contreviendrait aux règles nationales qui continuent à exister.

3. Dans la mesure où les conventions conclues par le gouvernement luxembourgeois prévoient l'obligation pour l'autorité requérante d'épuiser les possibilités nationales et de se conformer au droit national en ce qui concerne le droit à l'information, la question de la coopération de l'autorité requérante et de la charge de la preuve, n'a pas été touchée par le projet de loi.

Nous sommes en effet d'avis que le Tribunal Administratif doit pouvoir solliciter des informations sur l'accomplissement de ces conditions à l'administration fiscale qui doit alors être contrainte de solliciter l'autorité requérante. Or, dans l'hypothèse d'une telle demande d'information par le juge administratif et au cas où l'autorité requérante étrangère refuse de coopérer, le tribunal administratif doit pouvoir procéder à l'annulation de la demande de renseignement sur base de ce seul refus de coopération de l'autorité requérante.

4. Le projet de loi est complètement muet sur les sanctions qui résultent d'une inexactitude volontaire ou involontaire des données remises par le détenteur de l'information et suivant

quelles procédures une telle sanction peut être prononcée. Nous croyons qu'il est important de préciser le projet de loi à cet égard.

5. La réflexion sur la sanction en cas de défaut de collaboration ou de mauvaise collaboration peut être plus poussée. Ainsi, on peut envisager un véritable droit de perquisition plutôt qu'un droit au renseignement qui ne peut être sanctionné que par équivalent. Le montant du plafond de l'amende est-il suffisant ou est-il préférable de prévoir un système d'astreinte plutôt qu'une amende fiscale ? Quelles sont les incidences d'un refus du détenteur d'information sur son honorabilité professionnelle qui conditionne son agrément de la CSSF ?

6. L'article 6 du projet de loi organise les voies de recours en instituant un recours en annulation. Afin de permettre une exécution plus rapide des demandes de renseignements, nous croyons qu'il est opportun de prévoir un recours en réformation plutôt qu'un recours en annulation.

7. La convention modèle OECD ainsi que les conventions bilatérales conclues par le gouvernement luxembourgeois prévoient que l'autorité requérante doit avoir épuisé ses moyens nationaux et qu'elle doit être en droit d'obtenir les informations requises suivant sa propre législation nationale.

Nous constatons que le gouvernement luxembourgeois a renoncé à l'examen concret de l'accomplissement de ces deux conditions, alors que suivant les modèles des conventions conclues, respectivement les lettres échangées sur base de ces conventions, il est désormais suffisant que l'autorité requérante, soit déclare que ces conditions sont remplies², soit ne les visent pas, auxquels cas il existe une présomption pour que les conditions soient remplies³.

Nous restons d'avis qu'indépendamment de cette renonciation par le gouvernement luxembourgeois, le détenteur d'information ou la personne visée par la demande de renseignements dans le cadre d'un recours qu'ils introduisent, peuvent faire état de ces conditions prévues par les conditions bilatérales. Le Tribunal Administratif susceptible de statuer sur le recours introduit dispose dès lors de la possibilité de contrôler le respect de ces conditions.

Si tel doit être le cas, la personne visée par la demande de renseignements pourra le cas échéant être amenée à dévoiler devant la juridiction nationale des informations qui sont de nature confidentielle et qu'elle peut souhaiter ne pas dévoiler à l'autorité requérante étrangère. Si le recours introduit est déclaré justifié et la demande d'information annulée, ce souhait de confidentialité doit être respecté.

Or, ceci devient impossible eu égard (i) à la publicité des débats devant les juridictions administratives et (ii) par le fait que le recours introductif est le seul écrit par lequel le demandeur au recours peut exposer ses moyens (un deuxième mémoire ne pouvant pas être déposé).

² p.ex. échange de lettres avec le Qatar, lettre de l'Administration des Contributions Directes du Grand-Duché de Luxembourg du 3 juillet 2009, p. 75 du projet de loi n°6072

³ p.ex. échange de lettres avec la France, p.123 – 126 du projet de loi n°6072

Afin de préserver dès lors les droits de la personne visée par la demande de renseignements, il nous paraît opportun de ne pas faire tenir les débats devant les juridictions administratives en audience publique mais bien en chambre du conseil à l'exclusion du public. Parallèlement, il semble nécessaire de prévoir que le mémoire introductif d'instance formant le recours contre la décision de l'administration fiscale doit être couvert par le secret professionnel également à l'égard de l'administration fiscale qui doit en qualité de partie intéressée, se voir notifier via la voie du Greffe, le recours introductif.

La même question se pose à l'égard de la motivation du jugement à intervenir dans la mesure où celle-ci pourrait renseigner des informations par nature confidentielles. Il faudrait donc prévoir un mécanisme par lequel le Tribunal Administratif peut limiter sa motivation publique à des motivations de droit, la motivation en fait restant couverte par un secret professionnel.

8. Afin de permettre au détenteur d'information de connaître l'étendue exacte de ses droits et obligations et rendre dès lors la demande de renseignements plus efficace, il semble important de préciser le détail des informations qui peut être requis, surtout en relation avec d'autres législations qui gouvernent le secteur financier. Ainsi, les règles prudentielles de la connaissance du client vont plus loin que la simple identification du titulaire du compte. Ces informations peuvent encore être différentes des informations dont le banquier ou l'assureur doit disposer en vertu des lois sur le blanchiment. Il convient de préciser jusqu'à quel degré de détail l'information sollicitée par l'administration fiscale doit être remise.

II. Considérations techniques

1. L'article 2 (1) du projet de loi prévoit que les administrations fiscales disposent d'un droit à information en application d'un échange de renseignements tel que : « prévu par les conventions visées par l'article 1^{er} auprès du détenteur de ces renseignements ».

Une des finalités du projet de loi étant d'adapter la loi nationale aux conventions bilatérales conclues par le gouvernement luxembourgeois, on peut se demander s'il n'est pas utile d'étendre le champ d'application de la loi à toutes les conventions du même type, y compris celles conclues postérieurement à condition qu'elles soient approuvées par le Parlement. A défaut une nouvelle loi d'adaptation est requise chaque fois qu'un accord bilatéral au standard OECD est approuvé.

2. L'article 4 du projet de loi prévoit (i) une obligation par les administrations fiscales d'examen de la demande d'échange de renseignements et (ii) les règles de notification.

L'article 4 prévoit in fine que : « la notification de la décision au détenteur des renseignements demandés vaut notification à toute autre personne visée. ».

Il s'agit d'une mesure très grave dans le sens que la décision n'est pas notifiée à la personne visée, qui ne réside probablement pas au pays. Admettre le contraire équivaudrait à renoncer au mécanisme de l'échange d'information prévu. Cette règle étant cependant une exception au droit commun dans la mesure où la notification au détenteur des renseignements emporte

notification à la personne visée par la demande de renseignements, nous croyons qu'il y a lieu d'enfermer cette exception dans des conditions strictes.

Ainsi, nous sommes d'avis que l'injonction qui est à notifier au détenteur des renseignements doit comporter l'information que cette notification vaut notification à la personne visée par la demande de renseignements, qui doit être identifiée spécifiquement dans la notification et l'injonction. Nous croyons par ailleurs que cette notification doit informer son destinataire sur les voies et délais de recours.

Ces indications devront à notre avis être incluses dans la notification sous peine de nullité de l'injonction.

3. L'article 6 du projet de loi organise les voies de recours et prévoit notamment que le recours visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 6 a un effet suspensif. L'article 6 prévoit encore en son alinéa 2 que le délai d'appel a également un effet suspensif. L'agencement de l'article 6 ne permet pas d'étendre automatiquement la prévision de l'effet suspensif du recours à l'instance d'appel.

Afin d'éviter tout doute à ce sujet, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de prévoir que l'effet suspensif s'applique aussi bien au délai qu'à l'instance d'appel.

En effet, les règles de droit commun et notamment l'article 45 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ne nous semble pas de nature à pouvoir combler cette imprécision.

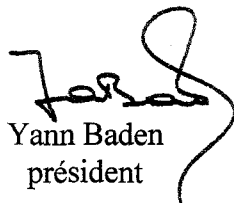
4. Eu égard à l'agencement des dispositions législatives et notamment de l'article 6, l'auteur du projet de loi a omis de se prononcer sur le sort des renseignements obtenus si un recours est introduit.

En effet, si le recours peut être introduit par le détenteur de l'information, il peut également l'être par tout tiers intéressé et notamment par la personne visée par la demande de renseignements. Dans ce cas, le recours n'est pas nécessairement coordonné avec le détenteur de l'information et il n'est pas à exclure que le détenteur d'information ait transmis l'information à l'administration fiscale avant qu'un recours n'ait été introduit ou du moins avant qu'il n'ait été informé de l'existence du recours. Dans ces cas, nous croyons nécessaire que le législateur se prononce non seulement sur l'obligation de l'administration fiscale de tenir l'exécution de la demande internationale en suspens en attendant le dénouement du recours, de sorte qu'aucune information ne peut être transmise à l'autorité étrangère avant l'épuisement du recours, mais également sur la question du sort de l'information et des documents de support y relatif obtenus par l'administration fiscale au cas où le recours aboutit et procède à l'annulation de l'injonction émise.

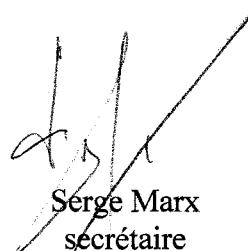
Nous nous référons également à l'avis de la Cour Administrative déposée en date du 29 octobre 2009 que nous partageons entièrement.

Nous restons évidemment à votre entière disposition notamment en vue d'exposer les explications ci-avant de vive voix.

Veillez agréer, Monsieur le Président de la Chambre des Députés, Monsieur le Président du Conseil d'Etat, Monsieur le Ministre des Finances Publics, l'expression de notre profond respect.



Yann Baden
président



Serge Marx
secrétaire