

# L'échange automatique des renseignements à des fins fiscales

## *Quo vademus ?*

Martina BERTHA

*Counsel*

*Avocat au barreau de Bruxelles*

*Elvinger, Hoss & Prussen*

Yves PRUSSEN

*Avocat à la Cour*

*Elvinger, Hoss & Prussen*

66

### TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> . . . . .	2933
<b>Chapitre 1 – La situation actuelle</b> . . . . .	2935
Section 1 – L'article 26 du Modèle OCDE et les conventions préventives de la double imposition signées par le Luxembourg . . . . .	2935
Section 2 – La directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, sur la coopération administrative en matière fiscale, et la loi du 29 mars 2013 . . . . .	2940
Section 3 – La directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, et les lois du 21 juin 2005 . . . . .	2942
<b>Chapitre 2 – La situation à l'horizon du 1<sup>er</sup> janvier 2015</b> <b>quant aux (quasi) certitudes</b> . . . . .	2944
Section 1 – Le <i>Foreign account tax compliance act</i> . . . . .	2944

Section 2 – La directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts: le Luxembourg opte pour l'échange automatique d'informations à partir du 1 <sup>er</sup> janvier 2015 . . . . .	2946
Section 3 – La directive du Conseil 2011/16/UE, du 15 février 2011, sur la coopération administrative en matière fiscale: l'échange automatique des informations visant cinq catégories de revenus pour autant qu'elles soient disponibles . . . . .	2949
<b>Chapitre 3 – L'avenir de l'échange automatique de renseignements: perspectives d'évolution des instruments auxquels le Luxembourg est partie . . . . .</b>	<b>2952</b>
Section 1 – La directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts: proposition de modification de la Commission européenne . . . . .	2952
Section 2 – La directive du Conseil 2011/16/UE, du 15 février 2011, sur la coopération administrative en matière fiscale, et loi du 29 mars 2013: proposition de la Commission européenne d'élargir le champ d'application de l'échange automatique et obligatoire d'informations . . . . .	2955
Section 3 – La Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale élaborée par le Conseil de l'Europe et l'OCDE . . . . .	2958
<b>Chapitre 4 – Interrogations finales . . . . .</b>	<b>2963</b>

## Introduction

### 1. La coopération fiscale internationale a une longue histoire.<sup>1</sup>

Depuis quelques années, elle a été un thème extrêmement porteur. On observe une multiplication d'instruments unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux, avec un véritable emballement des initiatives visant à combattre l'évasion et la fraude fiscale : instauration par l'OCDE de l'échange de renseignements sur demande en tant que standard international (2009), mise en place du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (2009), adoption par le Congrès américain du *Foreign Account Tax Compliance Act* (2010), modification par l'OCDE et le Conseil de l'Europe de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle et ouverture de sa signature à des États tiers (2010), adoption par l'Union européenne de la directive 2011/16 relative à la coopération dans le domaine fiscal et abrogation de la directive 77/799/CEE (2011), mise à jour de l'article 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et du Commentaire s'y rapportant (2012), projet de la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni<sup>2</sup> d'échanger entre eux les mêmes informations que celles échangées avec les États-Unis dans le cadre de l'accord FATCA (2013), initiative parallèle du Royaume-Uni en vue de procéder à un échange d'informations similaire avec les trois dépendances de la Couronne<sup>3</sup> et certains territoires d'outre-mer<sup>4</sup> (2013), travaux de l'OCDE afin d'améliorer l'échange automatique d'informations (2013), pour n'en citer que quelques-unes.

### 2. Ces initiatives ont eu un impact indéniable sur les échanges de renseignements sur demande<sup>5</sup>, mais pas seulement.

<sup>1</sup> Le premier accord consigné remonte à 1843 et avait pour objet la coopération administrative en matière fiscale entre la Belgique et la France, voy. S. JOGARAJAN, « Prelude to the International Tax Treaty Network : 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action », *OJLS*, 2011, pp. 1-29.

<sup>2</sup> Depuis lors, d'autres États membres de l'Union européenne, mais également des États tiers, ont rejoint cette initiative.

<sup>3</sup> Îles de Man, Jersey et Guernesey.

<sup>4</sup> Anguilla, Bermudes, îles Vierges britanniques, îles Caïmans, Gibraltar, Montserrat, îles Turques-et-Caïques.

<sup>5</sup> La coopération fiscale internationale se heurte traditionnellement aux dispositions nationales interdisant ou limitant l'accès à certaines données, telles l'existence d'un secret bancaire ou d'un secret fiscal. Au Grand-Duché de Luxembourg, le secret bancaire se trouve solidement ancré dans la législation depuis les lois bancaires de 1981 et 1993 ; quant au secret fiscal, il est consacré par le paragraphe 22 de la loi générale des impôts. Un règlement grand-ducal du 24 mars 1989 a, de son côté, affirmé le principe de l'opposabilité du secret bancaire à l'administration fiscale. Les administrations fiscales luxembourgeoises ne sont dès lors pas autorisées à exiger des établisse-

**3.** L'évolution la plus marquante de ces prochaines années sera l'intensification des échanges de renseignements automatiques, méthode dès à présent prônée comme le futur standard international<sup>6</sup>.

On assiste ainsi à une évolution où la coopération administrative ne vise plus, ou plus essentiellement, à contrer un risque spécifique de fraude fiscale posé par un contribuable individuel ou un groupe déterminé de contribuables, mais à prévenir un risque général et abstrait, qui est décliné en catégorie de revenus et d'avoirs.

Ce développement n'est pas sans soulever certaines critiques et inquiétudes: l'échange d'informations « n'apparaît conçu qu'à travers le prisme étatique »<sup>7</sup> où peu d'attention a été accordée aux droits des contribuables<sup>8</sup>.

Cette évolution sera décrite ci-après en distinguant le *statu quo*, la situation à l'horizon du 1<sup>er</sup> janvier 2015 et les perspectives d'avenir au regard de quelques propositions récentes.

---

ments financiers des renseignements individuels sur leurs clients. Il était dès lors nécessaire de créer un cadre légal autorisant l'échange des renseignements nonobstant le fait que les renseignements requis sont détenus par un établissement financier. Voy. A. DUMONT, « L'interférence entre le secret fiscal et la lutte contre le blanchiment de capitaux, Une étude comparative entre le secret fiscal et la lutte contre le blanchiment de capitaux », *Ann. dr. lux.*, 2002, p. 207, A. STEICHEN, « Information Exchange in Tax Matters: Luxembourg's New Tax Policy », *Exchange of Information and Bank Secrecy*, Pays-Bas, Kluwer, 2012, p. 9.

<sup>6</sup> OECD, *Report for the G8 Summit, June 2013, A step change in tax transparency, Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context*, 2013 : « Now, there is another step change in international tax transparency driven by developments around the globe, including in the United States and Europe, with unprecedented political support for automatic exchange of information. In April 2013 the G 20 Finance Ministers and Central Bank Governors endorsed automatic exchange as the expected new standard. » Voy. Communiqué de presse de la réunion des ministres des Finances et des gouverneurs des Banques centrales du G20 du 19 au 20 juillet 2013 à Moscou : « We are committed to automatic exchange of information as the new, global standard and we fully support the OECD work with G20 countries aimed at setting such a new single global standard for automatic exchange of information. »

<sup>7</sup> Actes du colloque « La nouvelle coopération fiscale internationale », organisé le 15 juin 2010 par l'École de droit de la Sorbonne, *RdF*, 2010, n° 42, p. 531.

<sup>8</sup> Voy. notamment A. BRODZKA et S. GARUFI, « The Era of Exchange of Information and Fiscal Transparency: the use of soft law instruments and the enhancement of good governance in tax matters », *ET*, 2012, p. 394 : « One aspect that does not seem to have received adequate attention by international organizations relates to protection of taxpayers. Although the standard covers data protection and confidentiality of information exchanged, the question of how to grant such protection, in practice, has not been sufficiently addressed. »

## Chapitre 1

### *La situation actuelle*

#### Section 1

#### **L'article 26 du Modèle OCDE et les conventions préventives de la double imposition signées par le Luxembourg**

4. De premiers instruments juridiques autorisant – à tout le moins en théorie – un échange *automatique* d'informations sont les conventions préventives de la double imposition. Pour la pratique luxembourgeoise, c'est l'article 26 du Modèle OCDE de convention fiscale concernant le revenu et la fortune qui sert de référence.

5. On se souviendra qu'en 2009, le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales avait mis le Luxembourg sur la liste dite *grise* des pays n'ayant pas transposé de façon satisfaisante les dispositions de l'article 26, § 5, de la convention Modèle de l'OCDE.

Cette disposition prévoit qu'un État contractant ne peut refuser de communiquer des renseignements à un autre «uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne».

Dès 2005, année de l'introduction de ce cinquième paragraphe dans l'article 26 du modèle OCDE, le Luxembourg (comme d'autres pays) s'était réservé le droit de ne pas inclure cette disposition dans ses conventions préventives de double imposition.

Sur pression du Forum mondial<sup>9</sup>, cette réserve a été supprimée, et le Luxembourg a signé une série de nouvelles conventions fiscales et de proto-

<sup>9</sup> Pour une critique de l'approche de l'OCDE qui a mis l'accent sur la quantité plutôt que sur la qualité des accords d'échanges de renseignements signés, voy. A. GIL SORIANO, «Toward an Automatic but Asymmetric Exchange of Tax Information: the US Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as Inflection Point», *Intertax*, 2012, p. 540 : «Is the OECD really trying to tell us that the offshore problem is almost solved? I hope not. The key problem is that the OECD has focused on the quantity of TIEAs signed and has been less concerned with the quality of the signatories. [...] the summa com laude goes to the Faroe Islands, which have signed its thirty-two TIEAs exclusively with traditional tax haven countries.» Le critère a par la suite été reformulé par l'OCDE pour échapper à cette critique.

coles amendant des conventions existantes<sup>10</sup> pour prévoir la possibilité d'un échange de renseignements sur demande, bien que le détenteur des informations soit, notamment, mais plus particulièrement, un établissement financier.<sup>11</sup>

**6.** L'article 26 de la convention Modèle OCDE n'est cependant pas limité aux échanges de renseignements sur demande.

Selon le commentaire OCDE, cette disposition a un champ d'application plus large<sup>12</sup> : elle permet de procéder à un échange de renseignements sur demande,

---

<sup>10</sup> Pour un relevé des conventions et protocoles, voy. <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/LU#agreements>.

<sup>11</sup> Loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Mémorial A*, 6 avril 2010, n° 51, p. 830; loi du 16 juillet 2011 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Mémorial A*, 21 juillet 2011, n° 146, p. 2024; loi du 14 juin 2013 portant approbation de conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Mémorial A*, 4 juillet 2013, n° 114, p. 1696; *Doc. Parl.*, n° 6072, Commentaire des articles, p. 28 : « Ad Article 2 [...] L'alinéa 2 permet au détenteur des renseignements d'exécuter en toute régularité les demandes et décisions émanant des autorités fiscales, étant donné que 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. »

<sup>12</sup> Sur ce point, la rédaction du commentaire OCDE a été modifiée. En 1963, le commentaire précisait encore que l'échange des renseignements s'appliquait sur demande : « The rule laid down in paragraph 1 of the Article presupposes that information shall be exchanged only on application. [...] A number of existing Conventions provide for a scheme of regular and automatic exchange of certain categories of information for taxation purposes. Such an arrangement may be adopted bilaterally by Member countries; it will then be necessary to list the items of information which shall be transmitted by the competent authorities. » Le commentaire de 1977 a été modifié sur ce point et prévoit, outre l'échange sur demande, l'échange automatique et l'échange spontané. Voy. sur cette question K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 3<sup>e</sup> ed., Kluwer Law International, 1997, p. 1407 : « Considering that DTCs should, as a rule, be interpreted in accordance with the MC Comm. version controlling at the time of their conclusion, it follows that an automatic or spontaneous exchange of information is not admissible under DTCs concluded before 11 April 1977 unless it has been expressly permitted by the wording of the DTC in question. In practice, however, the record date of 11 April 1977 is not accorded such significance. The great majority of OECD States feel that the spontaneous, as well as the automatic exchanges of information were permissible on the basis of MC 63 and that the MC Comm. 77 merely clarified the situation. »

automatique<sup>13</sup> ou encore spontané<sup>14</sup>, tout en laissant aux États contractants la possibilité d'utiliser d'autres techniques encore, telles des contrôles fiscaux simultanés, des contrôles fiscaux à l'étranger et des échanges de renseignements portant sur l'ensemble d'un secteur économique.

On peut regretter au passage, au regard de la limitation de l'article 26, § 1, à l'échange des seuls renseignements *vraisemblablement pertinents*, que le commentaire de l'OCDE n'ait pas précisé la portée de cette exigence dans le contexte des échanges automatiques « qui correspondent à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant des contribuables »<sup>15</sup>.

D'un point de vue pratique, un tel échange automatique semblait donc subordonné à la signature entre les États contractants ou autorités compétentes d'un accord définissant le type de renseignements à échanger, les procédures de transmission et de réception, etc.<sup>16</sup>

**7.** La présente contribution n'ayant pas pour objet d'analyser en détail chaque instrument juridique autorisant l'échange automatique d'informations, seuls les points suivants seront relevés, dans l'optique de donner un aperçu général de l'évolution dans ce domaine.

<sup>13</sup> Modèle OCDE 2010, C (26), point 9 : « par exemple, quand les renseignements sur une ou plusieurs catégories de revenus ayant leur source dans un État contractant et encaissés dans l'autre État contractant sont transmis systématiquement à l'autre État » et OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, 23 janvier 2006, Module 3, qui reprend une liste de renseignements pouvant être échangés automatiquement, incluant les suivants : « changement de résidence d'un État vers l'autre État; possession de biens immobiliers et revenus immobiliers; dividendes; intérêts; redevances; gains en capital; traitement; salaires et autres rémunérations similaires au titre d'un emploi; tantièmes, jetons de présence et autres rémunérations similaires; revenus des artistes et sportifs; pensions et autres rémunérations de même type; traitements, salaires et autres rémunérations pour services rendus à l'État; autres revenus tels que sommes gagnées à l'occasion de paris; autres éléments et notamment données relatives aux impôts indirects tels que la TVA, les taxes sur les ventes, les droits d'accises et les paiements de sécurité sociale et commissions et autres paiements similaires. »

<sup>14</sup> Modèle OCDE 2010, C (26), point 9 : « par exemple, lorsqu'un État a obtenu au cours de certaines enquêtes des renseignements qu'il suppose présenter un certain intérêt pour l'autre État. »

<sup>15</sup> OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, 2006, Module 3.

<sup>16</sup> OCDE, *Échange automatique de renseignements. Qu'est-ce l'échange automatique des renseignements, comment fonctionne-t-il, quels sont ses avantages, quels progrès reste-t-il à accomplir?*, 2012, p. 14 : « Quoique les traités contiennent le fondement juridique de l'échange automatique de renseignements, notamment les règles sur la réciprocité, certains pays exigent, et d'autres ont pour règle d'exiger, un accord de travail ou un mémorandum d'accord (MOU) stipulant les conditions de l'échange automatique proposé. Ce mémorandum d'accord énonce le plus souvent la nature des renseignements à échanger automatiquement et contient une description détaillée des procédures d'envoi et de réception des informations ainsi que du format à utiliser. »

- Bien que l'article 26 ne limite pas les méthodes pouvant être utilisées pour procéder à un échange de renseignements, l'échange sur demande a été la méthode privilégiée par le Luxembourg<sup>17</sup>. Certaines conventions préventives de la double imposition précisent de manière explicite que les parties contractantes ne sont obligées de procéder ni à un échange automatique ni à un échange spontané des informations<sup>18</sup>. Des exclusions similaires, mais indirectes, semblent contenues dans les lettres échangées entre le Luxembourg et d'autres États à l'occasion de la signature de certaines conventions<sup>19</sup>. À notre connaissance, le Luxembourg n'a conclu aucun accord de travail précisant les conditions d'un éventuel échange automatique dans le contexte de l'article 26.
- La disposition de l'article 26, § 5, ne vise que l'échange sur demande, excluant ainsi toute autre méthode d'échange des renseignements. Sur ce point, la rédaction du paragraphe 5 tel que repris dans les conventions signées par le Luxembourg diffère du Modèle OCDE<sup>20</sup>. Cette déviation

<sup>17</sup> J.-P. WINANDY, « Les évolutions récentes en matière d'assistance internationale en droit fiscal luxembourgeois », *Ann. dr. lux.*, 2011, p. 179 : « Le Luxembourg pourrait également, dans le cadre des conventions, opérer un échange automatique ou spontané même s'il semblerait que la méthode de l'échange sur demande soit privilégiée par le Luxembourg qui en fait la méthode de principe en matière d'échange d'informations. »

<sup>18</sup> Voy. Protokoll vom 11 Dezember 2009 zur Änderung des Abkommens vom 23. August 1958 zwischen dem Grossherzogtum Luxemburg und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerungen und über gegenseitige Amts- und Rechtshilfe auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen sowie der Gewerbesteuer und der Grundsteuern, *Mémorial A*, 6 avril 2010, n° 51, p. 927 : « Obwohl Artikel 23 des Abkommens die für den Informationsaustausch möglichen Verfahrensweisen nicht einschränkt, sind die Vertragsstaaten nicht dazu verpflichtet, Informationen auf automatischer oder spontaner Basis auszutauschen. » ; cette disposition est également reprise dans le protocole à la nouvelle convention du 23 avril 2012 ; voy. aussi Protokoll vom 7. Juli 2009 zur Abänderung des am 18. Oktober 1962 in Luxemburg unterzeichneten Abkommens zwischen dem Grossherzogtum Luxemburg und der Republik Österreich zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen et échange de lettres y relatif, *Mémorial A*, 6 avril 2010, n° 51, p. 906 : « Es besteht Einvernehmen darüber, dass Artikel 24 Absatz 5 des Abkommens die Vertragsstaaten nicht dazu verpflichtet, Informationen im Sinne dieses Absatzes auf automatischer oder spontaner Basis auszutauschen. [...] Der Standard verpflichtet lediglich zum Informationsaustausch auf Ersuchen. »

<sup>19</sup> Voy. convention du 27 juillet 2009 entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Principauté de Monaco tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et échange de lettres y relatif, *Mémorial A*, 6 avril 2010, n° 51, p. 868 : « Il est convenu que l'autorité compétente de l'État requis fournit sur demande de l'autorité compétente de l'État requérant les renseignements aux fins visées à l'article 25. »

<sup>20</sup> OCDE, Modèle, 2005, article 26, § 5, de la convention modèle OCDE : « En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus



du standard semble avoir fait l'objet d'une confirmation explicite de la part du secrétaire général de l'OCDE<sup>21</sup>.

- Enfin, les articles 2 à 6 de la loi du 31 mars 2010, qui permettent tant au détenteur de l'information qu'à tout tiers intéressé d'introduire un recours devant le Tribunal administratif afin de s'opposer à l'échange de renseignements, ne visent que l'échange de renseignements sur demande, et pour autant que le Luxembourg soit l'État requis<sup>22</sup>. Le Conseil d'État a cependant regretté que la protection des droits du contribuable n'ait pas été complètement assurée<sup>23</sup>.

par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne.» À comparer, par exemple, avec l'article 25, § 5, de la convention du 6 mai 2009 entre le Grand-duché de Luxembourg et le Royaume du Bahreïn tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et échange de lettres y relatif, *Mémorial A*, 6 avril 2010, n° 51, p. 834 : « En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements *demandés* uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne. »

<sup>21</sup> A. STEICHEN, « Information Exchange in Tax Matters: Luxembourg's New Tax Policy », *Exchange of Information and Bank Secrecy*, Pays-Bas, Kluwer, 2012, p. 20 : « The information upon request falls short of expectations of certain countries that favour the automatic information exchange. The Luxembourg government therefore requested the secretary general of the OECD, Angel Gurría, to specifically confirm this method being in conformity with the OECD standards. Such a confirmation was given to it in a letter dated 13 March 2009, whereby the secretary general indicated : "the standard requires information exchange on request only." It is not a coincidence that the date of the letter is of the same date as the Luxembourg government's declaration on the tax policy shift: the former was probably a condition precedent for the latter. »

<sup>22</sup> J.-P. WINANDY, « Les évolutions récentes en matière d'assistance internationale en droit fiscal luxembourgeois », *Ann. dr. lux.*, 2011, p. 187 : « La procédure proposée ne traite pas de la situation où les administrations fiscales transmettent spontanément des informations aux autorités fiscales d'un autre État, ni de la situation où les administrations fiscales luxembourgeoises introduisent une demande de renseignements auprès des autorités compétentes d'un autre État. Pourtant, toutes ces hypothèses se rapportent à des situations où il est important de définir clairement les droits et les obligations de l'administration et des contribuables. »

<sup>23</sup> *Doc. parl.*, n° 6072<sup>6</sup>, Avis complémentaire du Conseil d'État, p. 6 : « La procédure proposée ne traite pas de la situation où les administrations fiscales transmettent spontanément des informations aux autorités fiscales d'un autre État, ni de la situation où les administrations fiscales luxembourgeoises introduisent une demande de renseignements auprès des autorités compétentes d'un autre État. Pourtant, toutes ces hypothèses se rapportent à des situations où il est important de définir clairement les droits et les obligations de l'administration et des contribuables. [...] Le Conseil d'État n'est pas convaincu que les textes de la loi actuels répondent, sur ce point, au besoin de sécurité juridique en ce qui concerne en particulier les droits des contribuables. [...] Le Conseil d'État comprend l'urgence du projet sous examen, et il partage l'approche du Gouvernement qui propose de ne pas reporter la mise en vigueur de ces mesures. Il recommande néanmoins au Gouvernement d'élaborer dans les meilleurs délais une procédure uniforme, destinée à concilier le

Au Luxembourg, le domaine privilégié des conventions préventives de la double imposition reste néanmoins actuellement confiné à l'échange de renseignements sur demande.

## Section 2

### **La directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, sur la coopération administrative en matière fiscale, et la loi du 29 mars 2013**

8. C'est dès 1977 que l'Union européenne adoptait un instrument juridique visant à assurer entre États membres un échange des « informations susceptibles de permettre l'établissement correct des impôts sur le revenu et sur la fortune »<sup>24</sup>. La directive 77/799/CE mettait l'accent sur l'échange des informations sur demande et visait également l'échange spontané. L'échange automatique était prévu dans son principe; sa mise en œuvre était cependant sujette à un accord complémentaire afin de déterminer les catégories de cas auxquels cette méthode devait s'appliquer.

Cette directive a été transposée en droit interne par une loi du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs, et par un règlement grand-ducal du 15 mars 1979. L'article 6 dudit règlement prévoit l'échange automatique d'informations *dans les cas à déterminer par règlement grand-ducal*. Ce deuxième règlement n'a pas encore vu le jour.

9. Cette directive n'a jamais connu le succès escompté.

Trop nombreuses étaient ses faiblesses<sup>25</sup> : possibilité pour les États membres de refuser la coopération en raison de dispositions nationales<sup>26</sup>, absence de

---

secret fiscal auquel sont tenues les administrations fiscales, le droit des contribuables à faire valoir leurs droits dans le cadre d'une procédure judiciaire, et l'engagement pris par le Luxembourg de procéder à un échange de renseignements dans le cadre des conventions fiscales.»

<sup>24</sup> Directive 77/799/CE du Conseil, du 19 décembre 1977, telle que modifiée, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, JO, L 336, 27 décembre 1977, p. 15.

<sup>25</sup> Conseil de l'Union européenne, *Rapport du groupe ad hoc Fraude fiscale*, 22 mai 2000, 8668/00, FISC 67- CRIMORG 83; suite aux affaires *Enron* et *Parmalat*, la Commission a présenté en 2004 et 2006 deux rapports au Conseil et au Parlement européen soulignant les limites de la directive 77/799/CE: Commission des Communautés européennes, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Prévenir et combattre les malversations financières et pratiques irrégulières des sociétés*, 27 septembre 2004, COM (2004) 611 final; Commission des Communautés européennes, *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, sur la nécessité de développer une stratégie coordonnée en vue d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale*, 31 mai 2006, COM (2006) 254 final.

<sup>26</sup> Conseil de l'Union européenne, *Rapport du groupe ad hoc Fraude fiscale*, 22 mai 2000, 8668/00, FISC 67- CRIMORG 83, p. 15 : « Les restrictions imposées à l'échange d'informations, notamment en ce qui concerne les données à caractère personnel, la divulgation de secrets d'affaires ou industriels et le secret bancaire lui-même, même si elles sont légitimes, peuvent, dans

délai contraignant pour répondre aux demandes d'informations, limites imposées à l'utilisation des informations et absence d'une solution communautaire au problème de l'imposition de l'épargne. Devant ce constat, la Commission européenne a présenté une nouvelle directive destinée à abroger et à remplacer la directive n° 77/799/CEE.

La directive de 1977 a cependant eu un résultat inattendu : la Cour de justice de l'Union européenne s'est appuyée sur la coopération qu'elle permettait entre les autorités fiscales des États membres pour déclarer incompatibles avec les libertés de circulation consacrées par le Traité de nombreux obstacles fiscaux<sup>27</sup>, argument que les États membres tentèrent régulièrement de réfuter en soutenant qu'il s'agissait d'un instrument de coopération inefficace.

**10.** Ce n'est finalement qu'en février 2011<sup>28</sup> que le Conseil de l'Union européenne a décidé d'adopter une « approche totalement nouvelle », préconisant l'échange automatique et obligatoire des informations sans conditions préalables comme « le moyen le plus efficace pour favoriser l'établissement correct des taxes et impôts dans les situations transfrontalières et de lutter contre la fraude ». C'est ainsi que la directive 77/799/CEE a été abrogée et remplacée par la directive 2011/16/UE<sup>29</sup>.

S'agissant de l'échange de renseignements sur demande et de l'échange spontané de renseignements, la directive 2011/16/UE a été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 29 mars 2013<sup>30</sup> ; pour ce qui est de ses disposi-

---

certain cas, rendre le contrôle difficile. En outre, elles s'accompagnent de procédures administratives parfois lentes et bureaucratiques visant à attester de la légalité de la communication des informations requises. On peut dès lors se demander dans quelle mesure il est possible de prévoir des dérogations aux règles en matière de secret afin de faciliter la lutte contre la fraude fiscale. »

<sup>27</sup> Voy. notamment CJUE, 12 avril 1994, *Halliburton Services*, C-1/93 ; CJUE, 15 mai 1997, *Futura*, C-250/95 ; CJUE, 13 mars 2008, *Commission c. Royaume d'Espagne*, C-248/06 ; CJUE, 28 octobre 1999, *Skatteministeriet c. Bent Vestergaard*, C-55/98, disponibles sur <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>. ; K. SPIES, « Influence of International Mutual Assistance on EU Tax Law », *Intertax*, 2012, p. 518.

<sup>28</sup> Le grand laps de temps entre la proposition de la Commission et l'adoption de la directive par le Conseil est dû à des réserves politiques concernant l'échange automatique des informations.

<sup>29</sup> Directive 2011/16/UE du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *JO*, L 64, 11 mars 2011, p. 1 ; règlement d'exécution (UE) n° 1156/2012 de la Commission du 6 décembre 2012 établissant les modalités d'application de certaines dispositions de la directive 2011/16/UE du Conseil relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, *JO*, L 335, 7 décembre 2012, p. 42

<sup>30</sup> Loi du 29 mars 2013 portant transposition de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CE et portant 1. modification de la loi générale des impôts ; 2. abrogation de la loi modifiée du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs, *Mémorial A*, 4 avril 2013, n° 59, p. 756. Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

tions régissant l'échange automatique, la transposition de la directive 2011/16/UE ne doit être assurée que pour le 1<sup>er</sup> janvier 2015.

La loi du 29 mars 2013 a abrogé, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2013, la loi du 15 mars 1979 concernant l'assistance administrative internationale en matière d'impôts directs, tandis que la transposition des nouvelles mesures n'est obligatoire qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2015, privant apparemment un échange automatique d'informations qui aurait eu lieu avant cette date de toute base légale.

### Section 3

#### **La directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, et les lois du 21 juin 2005**

**11.** Constatant que la directive 77/799/CE n'était pas un outil suffisant pour permettre aux États membres de coopérer efficacement dans le domaine fiscal, l'Union européenne décide d'adopter un instrument juridique instaurant un échange automatique d'informations pour une catégorie spécifique de revenus: les revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts en faveur de personnes physiques ayant leur résidence dans un autre État membre.

**12.** La directive 2003/48/CE du Conseil est ainsi adoptée le 3 juin 2003<sup>31</sup>.

Le moyen retenu pour permettre l'imposition effective des paiements d'intérêts dans l'État membre où le bénéficiaire effectif a sa résidence fiscale est l'échange automatique d'informations entre les États membres. Pendant une période transitoire, l'Autriche, la Belgique<sup>32</sup> et le Luxembourg ont cependant été autorisés à appliquer une retenue à la source, qui s'élève actuellement à 35%.

**13.** La directive 2003/48/CE a été transposée en droit luxembourgeois par une loi du 21 juin 2005<sup>33</sup>.

Le Luxembourg ayant été dispensé de procéder à l'échange automatique d'informations et autorisé à appliquer une retenue à la source de 35% sur les inté-

<sup>31</sup> Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *JO*, L 157, 26 juin 2003, p. 38.

<sup>32</sup> La Belgique est passée à l'échange automatique depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

<sup>33</sup> Loi du 21 juin 2005 transposant en droit luxembourgeois la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *Mémorial A*, 22 juin 2005, n° 86, p. 1540; loi du 21 juin 2005 portant approbation des accords relatifs à la fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts entre le Grand-Duché de Luxembourg ainsi que les territoires dépendants ou associés des États membres, *Mémorial A*, 22 juin 2005, n° 86, p. 1547.

rêts, l'échange d'informations est confiné à une situation bien spécifique et requiert une autorisation expresse du bénéficiaire effectif des intérêts.

Aux termes de l'article 13 de la directive 2003/48/CE, les États membres pratiquant pendant la période transitoire la retenue à la source doivent prévoir l'une au moins de deux procédures distinctes permettant au bénéficiaire effectif des intérêts d'échapper à la retenue à la source, tout en assurant une taxation dans son État de résidence.

Le législateur luxembourgeois a transposé les deux possibilités en son droit national: le bénéficiaire effectif des intérêts peut éviter la retenue à la source soit en remettant à l'agent payeur un certificat établi à son nom par l'autorité compétente de son État membre de résidence, soit en autorisant expressément l'agent payeur à procéder à un échange d'informations par l'intermédiaire de l'administration fiscale luxembourgeoise qui transmet les informations aux autorités européennes compétentes; dans ce cas, les dispositions relatives à l'échange automatique des informations s'appliquent.

**14.** Pour résumer la situation actuelle, on peut citer un extrait du rapport luxembourgeois du Congrès de l'IFA de 1990 : « [l]'échange se fait soit sur demande, soit de façon spontanée, étant donné que l'échange automatique n'est pas pratiqué et qu'il n'est pas envisagé de le pratiquer dans un proche avenir [...] »<sup>34</sup>.

Vingt ans plus tard, le constat est largement identique, avec deux nuances: dans le cadre de la directive 2003/48/CE, le Luxembourg utilise la procédure d'échange automatique moyennant autorisation préalable du bénéficiaire effectif des intérêts; dans le cadre des règles américaines relatives aux *qualified intermediaries* (QI), les institutions financières ayant opté pour le statut de QI doivent fournir à l'administration fiscale américaine l'identité du bénéficiaire ainsi que le montant et la nature des revenus encaissés, moyennant autorisation de leurs clients américains.

Par contre, les perspectives d'avenir ont fondamentalement changé.

<sup>34</sup> J. KAUFFMAN et A. SCHMITT, « Luxembourg », in *International mutual assistance through exchange of Luxembourg*, vol. LXXVb, Cahiers de droit fiscal international, Kluwer Law Int, 1990, p. 379; selon les auteurs cette solution s'impose au regard de ce que « l'assistance et l'échange d'informations devant être regardés comme exceptions au principe de droit interne selon lequel l'administration ne saurait continuer des renseignements, toute demande doit donc satisfaire les conditions prévues par la convention applicable. Comme les conditions de l'échange ne font toutefois pas l'objet d'une réglementation détaillée dans la convention modèle OCDE, nous sommes d'avis qu'en règle générale l'échange ne peut se faire que sur demande, alors que le Luxembourg ne sait pas d'avance si les renseignements en sa possession sont susceptibles d'intéresser l'autre État contractant en vue de l'établissement de son impôt interne ».

## Chapitre 2

### *La situation à l'horizon du 1<sup>er</sup> janvier 2015 quant aux (quasi) certitudes*

#### Section 1

#### **Le *Foreign account tax compliance act***

**15.** Le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) a été adopté le 18 mars 2010 par le Congrès américain dans l'objectif de lutter contre la fraude fiscale de ressortissants américains, plus particulièrement ceux qui utilisent des institutions financières ou des véhicules d'investissement étrangers.

À cette fin, l'accord FATCA impose aux institutions financières étrangères des obligations d'identification et de communication concernant les comptes détenus par des ressortissants américains soit directement auprès de ces institutions, soit indirectement, par le biais de certaines entités dans lesquelles les ressortissants américains détiennent un intérêt significatif. Si une institution financière étrangère restait en défaut de satisfaire à ces obligations, elle s'exposerait à une taxation de 30 % sur certains paiements provenant de source américaine.

Les notions d'institutions financières étrangères et de comptes américains ont une acception extrêmement large; le champ d'application du FATCA dépasse de loin celui de l'échange automatique d'informations instauré entre les États membres de l'Union européenne par la directive 2003/48/CE<sup>35</sup>.

**16.** La mise en œuvre de cette réglementation, dénoncée par beaucoup comme de l'impérialisme fiscal, était cependant de nature à se heurter aux dispositions nationales de certains États régissant la protection des données personnelles, la communication des données bancaires ou encore le secret

---

<sup>35</sup> Voy. article 29 Data Protection Working Party, Letter from the Article 29 Working Party addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), 21 juin 2012, p. 5 : « The EU Savings Directive (EUSD) which is not currently extended to the US has been disregarded by the US as insufficient to meet the objectives of FATCA. For example a) the scope of income to be reported under the EUSD (interest payments) is much narrower than the scope under FATCA (year-end account balance plus dividends, interest and other income paid to the account); b) the scope of the financial institutions covered by the EUSD is much narrower than that of FATCA (which covers also intermediaries that do not have a direct relation with the final client); and c) the EUSD is based on the notion of tax residence (i.e. it does not cover nationality/citizenship) and only applies in cross-border situations so would not cover US citizens who are EU residents and who have bank accounts or other investments in the same country in which they are resident. »

fiscal<sup>36</sup>. En effet, l'échange de renseignements se concrétise par la conclusion d'un contrat entre l'institution financière et l'*Internal Revenue Service* américain, et un échange d'informations avec ce service.

Pour contourner cette difficulté, les autorités américaines ont élaboré deux accords intergouvernementaux<sup>37</sup>, connus sous les noms de IGA Model 1<sup>38</sup> et de IGA Model 2<sup>39</sup>. Dans le cadre de l'IGA Model 1, l'échange d'informations a lieu entre l'institution financière et l'autorité fiscale dont elle relève.

**17.** Selon le modèle 1 de l'accord intergouvernemental<sup>40</sup>, l'échange automatique se décline en trois phases, au cours desquelles le nombre d'informations à échanger s'accroît de manière continue.

S'agissant des *US Reportable accounts* et des *recalitrant accountholders*, il est prévu de communiquer dès 2015 les informations suivantes : *name, address,*

<sup>36</sup> Article 29 Data Protection Working Party, Letter from the Article 29 Working Party addressed to Mr. Zourek, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), 21 juin 2012, p. 1 : « Currently there is no legal basis within EU or national law of a Member State to ensure lawful processing of the data within the scope of FATCA. If this remains the case on the entry into force of FATCA, EU/EEA data protection authorities (DPAs) may consider prohibiting the data processing in question. [...] WP29 respects the legitimate goal of the US government to ensure tax compliance, but stresses that it must be done in accordance with the Directive, respect for Article 8 of the Charter of Fundamental Rights and Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (convention 108). However, in the absence of a lawful basis to legitimize the processing required, WP 29 does not see how compliance of FATCA and the Directive could be simultaneously achieved. »

<sup>37</sup> Qui se déclinent en plusieurs sous-versions, selon que l'État partenaire est lié aux États-Unis par une convention préventive de la double imposition ou un accord d'échange d'information (TIEA) et selon que l'échange sera réciproque ou unilatéral.

<sup>38</sup> En concertation avec la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni

<sup>39</sup> Ces modèles sont disponibles sur le site *web* du Trésor américain (<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>); R. J. HOLST, J. LEE-LIM et W. LU, « Intergovernmental Agreements Under Fatca: Comparing the Two Models », *Latham & Watkins, White Paper*, February 2013 : « Under a Model 1 IGA, FFIs will not enter into FFI Agreements with the IRS (although, like FFIs subject to a Model 2 IGA, they will need to register with IRS) but instead will provide required information to the relevant FATCA Partner. [...] Under the Model 2 IGA, the FATCA Partner will direct and enable each FFI to register and "comply with the requirements of an FFI Agreement, including with respect to due diligence, reporting and withholding". Pursuant to the Regulations, such requirements will also include having a responsible officer of each FFI periodically certify to the IRS about the adequacy of the FFI's FATCA compliance program. Unlike under a Model 1 IGA where an FFI will report Reportable Information to the FATCA Partner, under a Model 2 IGA an FFI will report that information directly to the IRS. »

<sup>40</sup> <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>: Model 1 A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC, July 12, 2013; <http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-13-43.pdf>: Notice 2013-43, Revised Timeline and other Guidance Regarding the Implementation of Fatca.



*US TIN, account number, name and identifying number of the reporting financial institution, account balance or value (including in the case of a cash value insurance contract or annuity contract, the cash value or surrender value);* il est entendu que ces informations sont celles afférentes à l'année 2014.

*S'y ajouteront en 2016 the total gross amount of interest, the total gross amount of dividends, and the total gross amount of other income generated with respect to the assets held in the account.*

Enfin, en 2017 (et pour chaque année postérieure) devront également être communiqués *the total gross proceeds from the sale or redemption of property paid or credited to the account with respect to which the reporting financial institution acted as a custodian, broker, nominee, or otherwise as an agent for the account holder.*

**18.** Le choix du gouvernement luxembourgeois s'est porté sur l'IGA Model 1<sup>41</sup>, et ce, à l'instar de toutes les grandes places financières internationales, à l'exception de la Suisse, qui a opté pour le Modèle 2. Actuellement les négociations sont toujours en cours et porteront plus spécifiquement sur le contenu de l'annexe II<sup>42</sup> qui dresse la liste des bénéficiaires économiques, d'institutions financières et produits financiers qui seront exemptés ou *deemed compliant*.

## Section 2

### **La directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts : le Luxembourg opte pour l'échange automatique d'informations à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2015**

**19.** Le 10 avril 2013, le Gouvernement luxembourgeois a annoncé qu'il n'appliquerait plus la retenue à la source, ni a fortiori le partage des recettes, sur les paiements d'intérêts et qu'il passerait à l'échange automatique des informations à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2015.

<sup>41</sup> Question parlementaire n° 2737 du 23 mai 2013 du député Kartheiser, réponse de L. Frieden, ministre des Finances : « À l'instar des accords FATCA d'autres pays de l'Union européenne, l'accord luxembourgeois retiendra le principe de la réciprocité. Cette exigence fut une des raisons du choix du modèle 1, seul modèle à permettre la réciprocité. L'accord couvrira tous les États de la Fédération américaine ainsi que le District of Columbia. S'agissant de la protection des données, la réponse précise que l'accord FATCA sera régi par les règles de confidentialité de la Convention de non double imposition entre le Luxembourg et les États-Unis d'Amérique. »

<sup>42</sup> L'annexe I décrit les obligations d'identification et de *reporting*.



La date du 1<sup>er</sup> janvier 2015 coïncide avec la date pour laquelle les États membres devront transposer l'échange automatique et obligatoire d'informations prévu par l'article 8 de la directive 2011/16/UE, pour les revenus professionnels, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie, les pensions, la propriété et les revenus de biens immobiliers, pour autant que ces informations soient disponibles.

Le champ d'application temporel des deux directives est cependant différent, dans la mesure où dans le cadre de la directive 2003/48/CE, les premiers échanges automatiques d'informations porteront sur les intérêts payés en 2015, tandis que dans celui de la directive 2011/16/UE, l'échange portera sur les informations se rapportant aux périodes imposables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014.

**20.** D'après les déclarations du Gouvernement, l'échange automatique portera sur les paiements d'intérêts tels qu'actuellement définis à l'article 6 de la directive épargne dont les bénéficiaires effectifs sont des personnes physiques, résidents fiscaux d'un autre État membre<sup>43</sup>.

Cette notion recouvre en substance quatre catégories de paiements d'intérêts :

- les intérêts payés, ou inscrits en compte, qui se rapportent à des créances de toute nature, ce qui comprend les intérêts payés ou inscrits sur tous types de compte bancaire (intérêts sur compte à vue, intérêts sur dépôt), ainsi que les coupons sur obligations, par exemple ;
- les intérêts, courus ou capitalisés, obtenus lors de la cession, du remboursement ou du rachat de créances de toute nature, ce qui vise la différence entre la valeur d'émission et la valeur de remboursement d'une obligation ;
- les revenus provenant de paiements d'intérêts distribués par les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) autorisés conformément à la directive 85/611/CEE<sup>44</sup>, par les organismes de place-

<sup>43</sup> En ce compris les entités dites résiduelles, au sens de l'article 4.2 de la directive épargne, qui n'ont pas choisi d'être traitées comme un OPCVM. La mesure ne concerne par contre pas les résidents luxembourgeois, qui continueront à bénéficier de la retenue à la source libératoire de 10%, et ce, en application de la loi du 23 décembre 2005, telle que modifiée. De même, selon le communiqué du ministre des Finances du 10 avril 2013, ne seront pas visés les bénéficiaires établis dans des États tiers : « Le traitement fiscal de citoyens ou résidents des États-Unis d'Amérique qui sont clients d'instituts financiers au Luxembourg fera l'objet d'un accord bilatéral actuellement en négociation entre le Luxembourg et les États-Unis. Le traitement fiscal des paiements d'intérêts effectués au bénéfice des personnes physiques résidant dans d'autres pays restera inchangé et régi par les accords de non double imposition liant le Luxembourg à ces pays. »

<sup>44</sup> La directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), JO, L 375, 31 décembre 1985, p. 3, a depuis lors

ment collectif établis en dehors du territoire de l'Union européenne et par certaines entités, qui, sur une base optionnelle, peuvent être traitées comme un OPCVM conformément à la directive 85/611/CEE; ces revenus ne sont toutefois visés que lorsque les investissements en créances dépassent 15 % de l'actif des organismes ou entités en question, et uniquement dans la mesure où ces revenus trouvent leur origine dans des intérêts ;

- les revenus réalisés lors de la cession, du remboursement ou du rachat de parts ou d'unités dans des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) autorisés conformément à la directive 85/611/CEE, des organismes de placement collectif établis en dehors du territoire de l'Union européenne et dans certaines entités, qui sur une base optionnelle, peuvent être traitées comme un OPCVM conformément à la directive 85/611/CEE; comme dans le cas précédent, ces revenus ne sont toutefois visés que lorsque les organismes ou entités assimilées investissent directement ou indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'autres organismes de placement collectif ou entités, plus de 25 % de leurs actifs en créances; par ailleurs, les revenus visés sont limités à la proportion des paiements des organismes ou entités qui, directement ou indirectement, provient de paiements d'intérêts.

**21.** Dès 2008, la Commission européenne avait soumis au Conseil une proposition visant à combler les lacunes de la directive épargne et à étendre son champ d'application aux revenus équivalant à des intérêts provenant d'investissements effectués dans divers produits financiers innovants ainsi que dans certains produits d'assurance-vie.

À ce jour, ce texte n'a pas été approuvé.

La proposition de directive élargie sert cependant de base aux négociations que la Commission a entamées avec la Suisse, le Liechtenstein, Andorre, Monaco et Saint-Marin sur la base du mandat qui lui a été confié le 14 mai 2013 en vue d'établir l'échange automatique d'informations comme standard de coopération avec ces États.

---

été abrogée par la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), *JO*, L 302, 17 novembre 2009, p. 32.

## Section 3

**La directive du Conseil 2011/16/UE, du 15 février 2011, sur la coopération administrative en matière fiscale : l'échange automatique des informations visant cinq catégories de revenus pour autant qu'elles soient disponibles**

**22.** Comme indiqué ci-dessus, la directive 2011/16/UE entend faire de l'échange automatique l'instrument de prédilection afin de favoriser l'établissement correct des taxes et impôts dans les situations transfrontalières et de lutter contre la fraude fiscale.

La directive préconise une approche progressive : dans un premier temps, la coopération est limitée à un échange automatique d'informations concernant cinq catégories de revenus, pour autant que ces informations soient disponibles ; dans un second temps, il est envisagé d'élargir son champ d'application, sur base d'une évaluation du système par la Commission européenne.

Les États membres se sont engagés à transposer ce volet de la directive dans leur droit national pour le 1<sup>er</sup> janvier 2015. L'échange automatique et obligatoire d'informations n'a dès lors pas fait l'objet de la loi du 29 mars 2013, qui se borne à transposer les autres volets de la directive.

**23.** Ici encore, on se contentera de relever quelques points :

- l'échange automatique est défini comme la communication systématique à un État membre<sup>45</sup>, sans demande préalable, d'informations prédéfinies, à intervalles réguliers préalablement fixés ;
- les cinq catégories de revenus visées par l'échange automatique sont les revenus professionnels, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie non couverts par d'autres actes juridiques de l'Union concernant l'échange d'informations et d'autres mesures similaires, ainsi que les pensions, et la propriété et les revenus de biens immobiliers<sup>46</sup>. La directive ne contient pas de définition propre de ces revenus et renvoie à la législation nationale de l'État membre qui communique les informations ;

Il semble que le Luxembourg échangera des informations sur les revenus professionnels, les jetons de présence et les pensions<sup>47</sup> ;

<sup>45</sup> Directive 2011/16/UE, article 3, point 9.

<sup>46</sup> Par le biais d'accords bilatéraux ou multilatéraux, les États membres peuvent convenir d'élargir l'accord à des catégories supplémentaires de revenu et de capital.

<sup>47</sup> *Doc. parl.*, n° 6455<sup>2</sup>, Avis de la Chambre de commerce, 26 novembre 2012, p. 4 : « [...] les États membres auront l'obligation, à partir de 2015, d'appliquer l'échange automatique des informations (donc sans demande préalable et à intervalles réguliers), qui sera limité à trois catégories

- la directive prévoit la possibilité pour une autorité compétente d'un État membre d'indiquer à l'autorité compétente d'un autre État membre qu'elle ne souhaite pas recevoir d'informations concernant l'une des catégories de revenus et de capital énumérées, ou qu'elle ne souhaite pas recevoir d'informations sur des revenus ou capitaux dont le montant ne dépasse pas un seuil déterminé ;
- les modalités pratiques de l'échange automatique seront arrêtées par la Commission avant le 1<sup>er</sup> janvier 2015; la directive précise déjà que l'échange sera effectué dans un format informatique standard, conçu pour faciliter cet échange automatique, et basé sur le format informatique existant en vertu de l'article 9 de la directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts ;
- s'agissant du champ d'application personnel, l'échange d'informations concernera les personnes résidant dans un autre État membre; la notion de personne a reçu une définition autonome qui englobe, outre les personnes physiques et les personnes morales, certaines associations de personnes<sup>48</sup> et certaines constructions juridiques<sup>49</sup>. Le but avoué est de viser toutes les personnes morales et physiques dans l'Union, « en prenant en compte l'éventail toujours croissant de dispositifs juridiques de nature à leur faire écran, y compris non seulement des dispositifs traditionnels tels que les *trusts*, les fondations et les fonds d'investissement, mais aussi tout nouvel instrument qui pourrait être établi par des contribuables dans les États membres<sup>50</sup> » ;
- la date ultime de transposition de la directive, qui est le 1<sup>er</sup> janvier 2015, ne doit pas induire en erreur quant à son champ d'application tempo-

---

des cinq catégories prévues. [...] Le Luxembourg a d'ores et déjà fait valoir qu'il optait pour les revenus professionnels, les tantièmes, ainsi que les retraites.» L'article 8.1 de la directive impose un échange automatique pour chacune des cinq catégories de revenus pour autant que cette information soit *disponible*; un choix d'au moins trois des cinq catégories particulières n'est prévu que dans le cadre de l'évolution future de la directive, et ce, dans l'objectif de rendre une communication obligatoire.

<sup>48</sup> Directive 2011/16/UE, article 3, point 11, c) : « lorsque la législation en vigueur le prévoit, une association de personnes à laquelle est reconnue la capacité d'accomplir des actes juridiques, mais qui ne possède pas le statut de personne morale ».

<sup>49</sup> Directive 2011/16/UE, article 3, point 11, d) : « toute autre construction juridique quelles que soient sa nature et sa forme, dotée ou non de la personnalité juridique, possédant ou gérant des actifs qui, y compris le revenu qui en dérive, sont soumis à l'un des impôts relevant de la présente directive. »

<sup>50</sup> Directive 2011/16/UE, considérant 7.

rel. L'échange automatique visera les périodes imposables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 (et non du 1<sup>er</sup> janvier 2015).

- la communication des informations sera effectuée au moins une fois par an, et au plus tard six mois après la fin de l'exercice fiscal de l'État membre au cours duquel les informations sont devenues disponibles.

**24.** L'approche progressive se décline en différentes étapes :

- dans une première phase, l'échange automatique ne portera que sur celles des cinq catégories de revenus pour lesquelles l'autorité compétente *dispose* de l'information. Les informations disponibles désignent « des informations figurant dans les dossiers fiscaux de l'État membre qui communique les informations et pouvant être consultées conformément aux procédures de collecte et de traitement des informations applicables dans cet État membre »<sup>51</sup>. Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014, chaque État membre sera obligé d'informer la Commission des catégories de revenus pour lesquelles il dispose d'informations ;
- dans une seconde phase, mais *avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017*, la Commission est invitée à présenter un rapport sur l'échange automatique, abordant notamment les coûts administratifs et les avantages de cette mesure<sup>52</sup>, et pourra soumettre une proposition de révision de la directive<sup>53</sup> ;
- c'est ici que l'approche progressive prend toute sa signification: le renforcement de la directive devrait se concrétiser par une obligation de procéder à l'échange automatique d'informations pour au moins trois des cinq catégories particulières de revenus prévus par la directive, et d'y ajouter les dividendes, les plus-values et les redevances<sup>54</sup>.

**25.** La date du 1<sup>er</sup> janvier 2015 annonce donc une modification sensible.

L'échange automatique couvrira à l'avenir (i) les revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts dans le cadre de la directive 2003/48/CE, (ii) les revenus professionnels, les jetons de présence et les pensions (à suivre les déclarations du Gouvernement luxembourgeois à ce sujet) dans le cadre de la directive 2011/16/UE et (iii) l'identité des détenteurs des comptes, les soldes

<sup>51</sup> Directive 2011/16/UE, article 3, point 9.

<sup>52</sup> À cette fin, les États membres sont invités de communiquer « avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016, sur une base annuelle, des statistiques sur le volume des échanges automatiques et, dans la mesure du possible, des informations sur les coûts et bénéfices, administratifs et autres, liés aux échanges qui ont eu lieu et aux changements éventuels, tant pour les administrations fiscales que pour des tiers. »

<sup>53</sup> On verra ci-après que la Commission européenne a d'ores et déjà anticipé le débat.

<sup>54</sup> Directive 2011/16/UE, article 8, point 5, alinéa 2.

des comptes, les intérêts, les dividendes, les autres revenus générés par des actifs détenus dans les comptes et les produits de la réalisation des actifs dans le cadre spécifique de l'accord FATCA.

Ce tour d'horizon risque cependant de s'avérer incomplet.

Quelques initiatives récentes laissent en effet d'ores et déjà entrevoir que la coopération internationale par la voie de l'échange automatique de renseignements s'établira comme le nouveau standard international.

### Chapitre 3

## *L'avenir de l'échange automatique de renseignements : perspectives d'évolution des instruments auxquels le Luxembourg est partie*

#### Section 1

### **La directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts : proposition de modification de la Commission européenne**

**26.** Il est apparu dès l'entrée en vigueur de la directive 2003/48/CE que des ajustements seraient nécessaires afin de combler les lacunes du texte, pour mieux garantir l'imposition des paiements d'intérêts transitant par des structures intermédiaires non imposées, et afin d'étendre le champ d'application aux revenus équivalant à des intérêts et provenant d'investissements effectués dans des produits financiers innovants ainsi que dans certains produits d'assurance-vie<sup>55</sup>.

La Commission européenne a donc adopté le 13 novembre 2008 la proposition de modification de la directive épargne<sup>56</sup>. Mais, depuis lors, d'autres propositions et textes de compromis ont circulé, tous largement inspirés du travail initial de la Commission<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> A.M. JIMÉNEZ, « Loopholes in the EU Savings Tax Directive », *Bulletin for International Taxation*, 2006, p. 480; R. OFFERMANN, « The Functioning of the EU Savings Directive: Strategies for Improvement », *D. & F.I.*, 2008, p. 189.

<sup>56</sup> Proposition de Directive du Conseil modifiant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, COM (2008) 727 final.

<sup>57</sup> Voy. Prelex, suivi des procédures interinstitutionnelles, 2008/0215(CNS).

27. Suivant un texte revisité du 3 mai 2013<sup>58</sup>, une extension du champ d'application de la directive se déclinerait essentiellement, et de manière simplifiée, en trois mesures :

- sous sa version actuelle, la directive ne couvre que les paiements d'intérêts effectués au profit immédiat des personnes physiques. Par contre, elle ne vise pas les paiements effectués en faveur d'entités ou de constructions juridiques détenues par des personnes physiques. Il est dès lors relativement aisé de contourner la directive en recourant à des entités ou constructions juridiques interposées. Il est donc envisagé que les agents payeurs établis dans l'Union européenne tombant dans le champ d'application de la directive blanchiment<sup>59</sup> doivent, lorsqu'ils effectuent un paiement d'intérêts en faveur d'une entité ou construction juridique située en dehors de l'Union européenne où une imposition satisfaisante des intérêts n'est pas garantie, considérer que le paiement est effectué directement en faveur d'une personne physique résidant dans un autre État membre de l'Union européenne, lorsque celle-ci est le bénéficiaire effectif de l'entité ou de la construction juridique située hors Union identifiée comme n'étant pas soumise à une taxation effective dans le cadre des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent (approche *par transparence* ou *look-through*). La dernière version de la proposition de modification contient, en son annexe I, une liste indicative de telles entités ou constructions juridiques.

Une semblable approche par transparence est préconisée dans le cas d'un paiement d'intérêts effectué par un agent payeur établi au sein de l'Union européenne au profit d'un autre opérateur économique établi hors de l'Union européenne, lorsque l'agent payeur dispose d'informations suggérant que l'opérateur économique verse ce montant au profit d'un bénéficiaire économique qui est une personne physique résidant dans un autre État membre de l'Union européenne ;

- par contre, si le paiement d'intérêts est effectué en faveur d'une entité ou construction juridique non soumise à une taxation effective, mais qui est située dans l'Union européenne, la proposition préconise que ces entités et constructions juridiques doivent agir à l'avenir comme agent payeur à la réception de ce paiement ; là encore, la dernière version de la proposition de modification contient, en son annexe III, une liste indica-

<sup>58</sup> Council of the European Union, Interinstitutional file : 2008/0215(CNS), 9214/13, FISC 82.

<sup>59</sup> Directive 2005/60 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO, L 309, 25 novembre 2005, p. 15, et qui sont dès lors soumis aux mesures en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

tive d'entités ou de constructions juridiques situées dans l'Union européenne qui sont considérées comme n'étant pas soumises à une taxation effective;

- enfin, la proposition envisage d'étendre le champ d'application de la directive à des revenus considérés comme équivalant à des paiements d'intérêts.

Seraient ainsi visés les revenus se rapportant à des titres de toute nature lorsque, (i) les conditions de rendement définies à la date d'émission incluent un engagement à l'égard de l'investisseur en vertu duquel ce dernier est assuré de percevoir, à l'échéance, au moins 95 % du capital investi ou (ii), lorsque les conditions définies à la date d'émission prévoient à concurrence d'au moins 95 % une liaison du revenu des titres à des revenus d'intérêts.

Seraient également visés les profits issus d'un contrat d'assurance-vie, lorsque le contrat prévoit une garantie de revenus ou que la performance du contrat est liée à concurrence de plus de 40 % à des revenus d'intérêts.

Il est enfin envisagé de mettre un terme à l'asymétrie dans le traitement des organismes de placement collectif non coordonnés<sup>60</sup> ; il est ainsi proposé de remplacer la référence à la directive 85/611/CEE par une référence à l'enregistrement de l'organisme ou du dispositif de placement selon les règles d'un État membre, ou par une référence à des règles ou instruments de constitution visés par la loi régissant les organismes ou les dispositifs de placement dans un État membre ou un pays de l'Espace économique européen.

**28.** Suivant ce même texte, la transposition de la directive devait être assurée pour le 1<sup>er</sup> janvier 2016 au plus tard, avec une application des dispositions à partir du 1<sup>er</sup> jour de la 3<sup>e</sup> année civile suivant celle de l'entrée en vigueur de la directive amendée.

---

<sup>60</sup> L'article 6 de la directive 2003/48/CE ne couvre actuellement que les revenus distribués par les OPCVM autorisés conformément à la directive 85/611/CEE. Les revenus provenant d'organismes et autres fonds ou dispositifs de placement collectif ne disposant pas de cette autorisation (organismes non coordonnés) ne relèvent en principe pas de la directive. Ces revenus ne sont pris en considération que lorsque les organismes non coordonnés ne disposent pas de la personnalité juridique et agissent donc en tant qu'agents payeurs à la réception. Dans la pratique, la plupart de ces organismes non coordonnés dépourvus de personnalité juridique demandent à être traités comme des OPCVM autorisés. Les revenus qu'ils distribuent tombent alors sous le coup de l'article 6, à la différence des revenus provenant des organismes non coordonnés disposant de la personnalité juridique.



Selon certaines sources, cette proposition de modification de la directive épargne devrait être adoptée d'ici la fin de l'année 2013<sup>61</sup>.

## Section 2

### **La directive du Conseil 2011/16/UE, du 15 février 2011, sur la coopération administrative en matière fiscale, et loi du 29 mars 2013 : proposition de la Commission européenne d'élargir le champ d'application de l'échange automatique et obligatoire d'informations**

**29.** Le 12 juin 2013, la Commission a déposé une proposition de modification de la directive 2011/16 visant à étendre le champ d'application de l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal<sup>62</sup>.

Cette proposition s'inscrit dans la ligne des efforts de la Commission de promouvoir activement l'échange automatique d'informations en tant que future norme européenne et internationale en la matière<sup>63</sup>.

**30.** Le *timing* peut surprendre, la transposition du volet *échange automatique* de la directive 2011/16 ne devant être assurée que pour le 1<sup>er</sup> janvier 2015, et la révision de la directive n'étant prévue que pour 2017.

Cette initiative s'inscrit cependant dans le contexte de la négociation par les États membres d'accords intergouvernementaux avec les États-Unis<sup>64</sup> dans le cadre du règlement FATCA, ainsi que de l'initiative prise par la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni de travailler à un système pilote

<sup>61</sup> Voy. Prelex, suivi des procédures interinstitutionnelles, 2008/0215/CNS et le communiqué de presse de la Commission européenne du 12 juin 2013, Memo/13/533.

<sup>62</sup> Proposition de directive du Conseil du 12 juin 2013 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, Com/2013/0348 final.

<sup>63</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 6 décembre 2013, « Plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales », Com/2012/0722 final; dans le but d'identifier les contribuables dans le cadre de l'échange automatique d'informations, la Commission préconise la création d'un numéro d'identification fiscale (TIN) européen pour remédier aux difficultés que rencontrent actuellement les États membres dans l'identification correcte de tous leurs contribuables (personnes physiques, morales ou autres) effectuant des opérations transfrontalières. La question de savoir si ce numéro serait un numéro unique à l'échelle de l'Union ou un identifiant de l'Union qui s'ajouterait aux TIN nationaux existants doit encore être examinée, de même que les liens avec les autres systèmes européens d'enregistrement et d'identification.

<sup>64</sup> Actuellement, des IGAs ont été signés par les États membres suivants: Danemark, Allemagne, Irlande, Japon, Mexique, Norvège, Espagne, Suisse et Royaume-Uni; voy. la liste tenue à jour sur <http://www.pwc.com/us/en/financial-services/publications/fatca-publications/intergovernmental-agreements-monitor.jhtml>.

d'échange multilatéral fondé sur le modèle convenu avec les États-Unis dans le cadre du FATCA pour servir de base à cet échange multilatéral et contribuer ainsi à la création d'une nouvelle norme mondiale<sup>65</sup>.

À ce titre, on se souviendra, que la directive 2011/16 prévoit, en son article 19, une obligation pour les États membres d'étendre à chacun d'entre eux le bénéfice d'une coopération plus étendue que celle prévue par la directive qui serait offerte à un pays tiers : « [L]e fait que les États membres ont conclu ou ont fait part de leur intention de conclure des accords avec les États-Unis d'Amérique au titre de la législation communément appelée "FATCA" [...] signifie qu'ils offrent ou offriront une coopération plus étendue au sens de l'article 19 de la directive 2011/16/UE et qu'ils ont ou auront l'obligation d'offrir cette coopération étendue aux autres États membres également. »

**31.** L'extension préconisée du champ d'application de l'échange automatique se décline, selon la proposition de la Commission, comme suit :

- à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2015, l'échange automatique couvrira, obligatoirement, les informations se rapportant aux périodes imposables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 en ce qui concerne les éléments de revenus suivants qui sont payés, attribués ou détenus par un établissement financier pour le compte direct ou indirect d'un bénéficiaire effectif qui est une personne physique résidente de cet autre État membre: les dividendes, les plus-values, tout autre revenu provenant d'actifs détenus sur un compte financier, tout montant pour lequel l'établissement financier est l'obligé (c'est-à-dire légalement ou contractuellement tenu de payer) ou le débiteur, y compris les rachats ainsi que les soldes des comptes<sup>66</sup>. Ces informations sont à échanger obligatoirement, la condition de la *disponibilité des informations* n'y étant pas étendue au motif que « ces éléments seront certainement disponibles, puisque les intermédiaires financiers seront tenus de les communiquer aux administrations fiscales au titre des accords que les États membres ont conclus ou concluront avec les États-Unis dans le cadre de la FATCA »<sup>67</sup> ;

<sup>65</sup> Depuis lors, 12 autres États membres ont indiqué leur souhait de participer à cette initiative.

<sup>66</sup> Ces différentes notions ne sont pas autrement définies dans la proposition de la Commission.

<sup>67</sup> Proposition de directive du Conseil du 12 juin 2013 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, Com/2013/0348 final : « Il n'est pas proposé d'étendre à ces nouveaux éléments la condition prévue à l'article 8, paragraphe 1, en ce qui concerne les revenus actuellement couverts par la directive, à savoir que seules les informations dont l'autorité compétente *dispose* doivent être échangées. Les informations sur ces nouveaux éléments seront certainement disponibles, puisque

- s'agissant des catégories de revenus déjà couvertes par l'article 8 de la directive 2011/16/UE, à savoir les revenus professionnels, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie non couverts par d'autres actes juridiques de l'Union concernant l'échange d'informations et d'autres mesures similaires, les pensions ainsi que la propriété et les revenus de biens immobiliers, un échange automatique n'est, sous la version actuelle de la directive, obligatoire que pour autant que les informations sont *disponibles*.  
La révision de la directive prévoit de supprimer la condition de disponibilité pour l'ensemble de ces cinq catégories de revenus, et non plus seulement pour trois de ces catégories, comme prévu dans le texte actuel pour les périodes d'imposition à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017<sup>68</sup>.  
La proposition supprime la possibilité pour les États membres de renoncer à la réception d'informations sur les revenus ou capitaux dont le montant ne dépasse pas un seuil déterminé au motif « qu'un seuil de ce type n'est pas pratique pour les États membres qui sont tenus de communiquer des informations » ; par contre, les États membres auront toujours la possibilité de choisir de ne pas recevoir d'informations sur une catégorie particulière de revenu ;
- en 2017 sera également examinée l'opportunité d'étendre le champ d'application de la directive, « pour couvrir d'autres catégories et éléments, dont les redevances ».

En bref, la proposition de la Commission vise à élargir le champ d'application de la directive 2011/16/UE afin de couvrir, notamment mais pas seulement, les informations que les États membres se sont engagés ou s'engageront à échanger avec les États-Unis au titre de l'accord FATCA.

**32.** Aux vœux de la Commission, les nouvelles règles devraient être transposées par les États membres pour le 31 décembre 2014 et être d'application le 1<sup>er</sup> janvier 2015, étant entendu qu'il s'agit au stade actuel d'une proposition qui doit encore être adoptée par le Conseil.

Dans ses communiqués de presse, la Commission suggère, de manière à peine voilée, que, faute d'accord, l'article 19 de la directive 2011/16/UE soit invoqué par les États membres sur une base individuelle, afin de parvenir indirectement au même résultat.

---

les intermédiaires financiers seront tenus de les communiquer aux administrations fiscales au titre des accords que les États membres ont conclu ou concluront avec les États-Unis dans le cadre de la FATCA.»

<sup>68</sup> Com/2013/0348 final, article 8, paragraphe 5.

## Section 3

**La Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale élaborée par le Conseil de l'Europe et l'OCDE**

**33.** En 1998, le Conseil de l'Europe et l'OCDE avaient élaboré la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale; elle a été amendée en 2010<sup>69</sup>, principalement en vue de l'aligner sur la norme reconnue sur le plan international en matière de transparence et d'échange de renseignements; elle prévoit désormais que le secret bancaire et l'obligation d'intérêt fiscal national ne devraient pas empêcher un pays d'échanger des renseignements à des fins fiscales.

Selon le Conseil de l'Europe et l'OCDE, l'objectif était « d'élaborer un nouvel instrument à la fois général – c'est-à-dire incluant les différentes modalités possibles d'assistance et couvrant un large éventail d'impôts – et multilatéral, c'est-à-dire permettant une coopération internationale plus efficace entre de nombreux États, grâce à une application et à une interprétation uniforme de ses dispositions »<sup>70</sup>.

**34.** L'analyse de cette convention dépasse le cadre de la présente contribution, mais certains points méritent cependant d'être soulignés :

- la Convention a une portée très large et couvre quasi toutes les formes de prélèvements obligatoires des administrations publiques, en ce compris la taxe sur la valeur ajoutée et les cotisations de sécurité sociale obligatoires ;
- elle va au-delà de l'échange de renseignements sur demande, et englobe également les échanges spontanés et automatiques de renseignements, les vérifications simultanées, les contrôles fiscaux à l'étranger, la notification de documents, l'assistance au recouvrement des créances fiscales et les mesures de conservation ;
- la mise en place de l'échange automatique de renseignements nécessitera cependant la conclusion d'un accord administratif entre les autorités compétentes des parties souhaitant se communiquer des renseignements de manière automatique ;

<sup>69</sup> Conseil de l'Europe/OCDE, Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2011.

<sup>70</sup> Texte du rapport explicatif révisé relatif à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole de 2010, p. 2.

- comme l'article 26 de la convention Modèle OCDE, l'article 6 de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle confine l'échange automatique des informations aux « renseignements visés à l'article 4 », c'est-à-dire à ceux qui sont « vraisemblablement pertinents pour l'administration ou l'application de leurs législations internes relatives aux impôts visés par la présente convention ». Là encore, on peut regretter que les commentateurs n'aient pas estimé nécessaire de préciser comment cette exigence est à apprécier dans le contexte spécifique des échanges automatiques ;
- la convention met en place un organe de coordination, composé de représentants des autorités compétentes des parties, qui suit, sous l'égide de l'OCDE, la mise en œuvre de la convention et de ses développements. Ce même organe peut, sur invitation d'une partie, émettre des avis quant à l'interprétation des dispositions.

**35.** Cette convention est ouverte depuis 2011 à la signature par des États non membres de l'Union européenne ou de l'OCDE<sup>71</sup>.

Le Luxembourg l'a signée le 29 mai 2013.

**36.** À l'avenir, cet instrument juridique pourrait gagner un rôle significatif dans le contexte des échanges automatiques d'informations.

En juin 2013, l'OCDE a présenté aux dirigeants des pays du G8 un rapport relatif à la mise en place d'un modèle d'échange automatique dans un contexte multilatéral<sup>72</sup>. Dans ce contexte, la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale est citée comme l'instrument juridique idéal permettant de donner une dimension multilatérale à l'échange automatique de renseignements.

**37.** À l'occasion de la réunion des ministres des Finances et des gouverneurs des Banques centrales du G20 du 19 au 20 juillet 2013 à Moscou, l'OCDE a présenté un plan d'action, en trois volets, visant à implémenter l'échange automatique d'informations comme nouveau standard dès 2014<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Plus de 50 États ont déjà signé la convention telle que modifiée en 2011 à la date du 8 juillet 2013.

<sup>72</sup> OECD, Report for the G8 Summit, June 2013, A step change in tax transparency, Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context.

<sup>73</sup> OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Moscow, Russia, 19-20 July 2013, p. 37 : ce rapport n'est pas entièrement dédié à l'échange automatique des informations, mais aborde également les *peer reviews* et la lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (mieux connus sous BEPS). Un des moyens précoc-

- Le premier volet comporte une définition des informations financières qui devraient faire l'objet d'un échange automatique: intérêts, dividendes, solde du compte et revenu généré par certains produits d'assurance, produits des ventes d'actifs financiers, autres revenus générés par des actifs ou par des versements effectués au titre du compte<sup>74</sup>.
- Le second porte sur la mise au point d'un *modus operandi* : « [l]e bon fonctionnement de l'échange automatique de renseignements suppose la mise en place du cadre juridique et administratif adéquat garantissant la confidentialité et empêchant l'utilisation abusive des données transmises. Des règles communes de communication et de vigilance, étayées par une technologie et un logiciel compatibles, seront élaborées dans les mois à venir<sup>75</sup>. »
- Enfin, le troisième et dernier volet est consacré à l'établissement d'une plate-forme juridique multilatérale : « La Convention multilatérale concernant l'assistance mutuelle en matière fiscale contient des règles strictes en matière de confidentialité et d'utilisation des informations à bon escient. Plus de 70 États, y compris tous les pays du G20, ont jusqu'à présent signé cette Convention. Fort de cette adhésion, le rapport demande au G20 d'appuyer l'élaboration d'un accord type permettant

nisés par l'OCDE pour lutter contre cette érosion fiscale est une amélioration de la transparence et un renforcement des échanges d'informations, tantôt entre les multinationales et les autorités locales, tantôt entre administrations fiscales : « Addressing BEPS will also require greater transparency between taxpayers and tax administrations, and among tax administrations. The action plan will level the playing field between companies and tax administrators by creating a common template for MNEs to report all relevant governments their global allocation of profits, economic activity, and taxes paid among countries (country by country operating). It also requires more transparency between governments, with the need for countries to disclose rulings and other tax benefits to their partners. The action plan also will provide mechanisms to collect better data so as to be able to measure BEPS and monitor developments. At the same time, work will be done to provide the necessary certainty to encourage global investment and make sure that disputes are resolved quickly. » Au cours de leur réunion des 21 et 22 novembre 2013 à Jakarta, les membres du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales ont mis en place un nouveau groupe de travail sur l'échange automatique de renseignements, chargé de préparer le déploiement de l'échange automatique.

<sup>74</sup> Voy. en ce sens le communiqué de presse de l'OCDE du 20 juillet 2013, « L'OCDE demande aux ministres des Finances du G20 d'apporter leur appui aux prochaines étapes dans la lutte contre l'évasion fiscale » et *OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Moscow, Russia, 19-20 July 2013, p. 38 : « The term reportable accounts means accounts held by individuals and entities (which includes trust and foundations), and the standard includes a requirement to look through passive entities to report on the relevant controlling persons. »

<sup>75</sup> Voy. en ce sens le communiqué de presse de l'OCDE du 20 juillet 2013, « L'OCDE demande aux ministres des Finances du G20 d'apporter leur appui aux prochaines étapes dans la lutte contre l'évasion fiscale ».

aux signataires de la Convention multilatérale d'opter pour l'échange automatique de renseignements<sup>76</sup>. La rédaction de cet accord type pourrait être achevée d'ici fin 2013, et des instructions détaillées seraient disponibles au premier semestre de 2014 »<sup>77</sup>.

**38.** Les propositions de l'OCDE ont reçu un soutien sans réserve de la part du G20<sup>78</sup>. L'objectif, à terme, est d'imposer le nouvel accord au niveau mondial comme le modèle de référence pour les échanges automatiques d'informations, et ce, grâce à la collaboration du Forum mondial sur la transparence et l'échange des renseignements à des fins fiscales<sup>79</sup>.

L'obligation de se conformer à l'accord FATCA est désormais considérée comme une *opportunité* afin de mondialiser l'échange automatique des informations que cette législation préconise<sup>80</sup>.

Les qualifications d'*impérialisme américain* ou de *diktat de Washington* que cette législation avait suscitées dans un premier temps semblent décidément un lointain souvenir.

**39.** Il est piquant de constater que des voix s'élèvent<sup>81</sup> actuellement outre-Atlantique contre l'adoption d'accords intergouvernementaux qui prévoiraient, à charge des États-Unis, une certaine forme de réciprocité.

<sup>76</sup> *OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Moscow, Russia, 19-20 July 2013, p. 39 : « With your support, a standardised competent authority agreement will be developed to allow parties to the Multilateral convention to opt into automatic exchange of information and a version of this agreement could also be used for automatic exchange under bilateral tax conventions. »

<sup>77</sup> Voy., en ce sens, le communiqué de presse de l'OCDE du 20 juillet 2013, « L'OCDE demande aux ministres des Finances du G20 d'apporter leur appui aux prochaines étapes dans la lutte contre l'évasion fiscale ».

<sup>78</sup> [http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013\\_Final\\_Communique\\_FM\\_July\\_ENG.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013_Final_Communique_FM_July_ENG.pdf)

<sup>79</sup> Voy. sur ce point, OECD, Committee on Fiscal Affairs, 20 September 2013, Working Party No. 10 on Exchange of Information and Tax Compliance, Consultation document on standard for automatic exchange of financial account information, CTPA/CFA/WP10/BAG(2013) 4.

<sup>80</sup> L'OCDE est cependant consciente que l'étendue de l'échange et les procédures de due diligence devraient être adaptées. Voy., en ce sens, *OECD Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Moscow, Russia, 19-20 July 2013, p. 76.

<sup>81</sup> Voy., en ce sens, la lettre adressée le 1<sup>er</sup> juillet 2013 par le membre du Congrès Posey au secrétaire du Trésor américain, [http://www.repealfatca.com/downloads/Posey\\_letter\\_to\\_Sec.\\_Lew\\_July\\_1,\\_2013.pdf](http://www.repealfatca.com/downloads/Posey_letter_to_Sec._Lew_July_1,_2013.pdf) : « I am writing to express my deep concerns with the Treasury Department's promulgation of regulations to require US banks and credit unions to collect and report information on interest paid to non-resident aliens. While these mandates would not themselves bring one penny into the US Treasury, they would discourage investment in the United States. They would further impose costly compliance costs on American banks and credit unions, and their depositors and members. For these reasons, I have recently introduced bipartisan legislation, H.R.



Il est reproché à l'IRS de négocier et de conclure des accords intergouvernementaux suivant le Modèle 1, sans disposer des pouvoirs nécessaires à cet effet. Un projet a été introduit au Sénat américain, afin de modifier le règlement FATCA dans un sens qui permette de protéger les intérêts américains<sup>82</sup>. Ces initiatives s'inscrivent dans le contexte d'une action en justice introduite le 18 avril 2013 par les Texas et Florida Banker Associations contre le Trésor américain. Ces associations contestent l'obligation de devoir échanger des informations avec des États tiers en ce qui concerne les avoirs détenus par des non-résidents dans des institutions financières américaines, estimés à plus de 400 milliards de dollars<sup>83</sup>. Dans le budget de l'année fiscale 2014, le gouvernement a sollicité l'autorisation nécessaire à la conclusion d'IGAs prévoyant une

---

2299, to abolish these rules and prohibit the Department from issuing similar interest income reporting rules involving nonresident aliens. (...) Finally, it is difficult to avoid the conclusion that the flaws evident in the IGAs being negotiated to implement FATCA reflect flaws in the Act itself. It is clear that FATCA must be either substantially amended or repealed, and replaced with a cooperative scheme that penalizes actual tax evasion without harming the innocent. Legislation to repeal FATCA was recently introduced in the Senate, and I expect a companion bill will soon be introduced in the House of Representatives.»

<sup>82</sup> Voy., en ce sens, la lettre adressée par le sénateur Paul aux membres du Sénat à l'occasion de l'introduction d'un projet de loi visant à apporter des modifications à l'accord FATCA, disponible sur <http://www.repealfatca.com> : « FATCA requires the financial institutions of foreign countries to register directly with the IRS, and to provide financial information on the accounts of U.S. citizens – regardless of whether or not these U.S. citizens are suspected of tax evasion. A failure to comply with these requirements subjects that foreign financial institution (FFI) to a 30% withholding of U.S.-derived revenues. This has had the practical effect of forcing FFIs to relinquish any association with American customers, and to avoid direct investment in the United States. It goes without saying that overseas investment in the U.S. is an important engine of our economic growth and prosperity. FATCA endangers an estimated \$25 trillion in foreign capital currently invested in the U.S. Perhaps even more troubling, the implementation of FATCA has allowed the Treasury Department to make independent decisions with respect to the sovereignty of foreign nations and the privacy of United States citizens. In order to implement this law, Treasury has initiated intergovernmental agreements (IGAs), citing the intent to engage in reciprocal information sharing with other nations. The Treasury Department, without the consent and authority of Congress, will force U.S. financial institutions to provide the bank account information of private customers to foreign nations. Such a requirement not only diminishes U.S. privacy protections, but also imposes billions of dollars in compliance costs here at home, which will be passed onto customers and the American public. My bill is drafted with the intention of removing only FATCA provisions that undermine Americans' constitutional privacy protections and add burdensome regulations with a negative economic impact on the United States. Other provisions enacted at the same time, such as those pertaining to clarification of foreign trusts and treatment of dividends that do not have those negative impacts, have been left alone. The intent of this bill is not to disrupt legitimate tax enforcement, only to repeal counterproductive and constitutionally suspect mandates.»

<sup>83</sup> Disponible sous [http://www.repealfatca.com/downloads/FIBA\\_and\\_TX\\_complaint\\_.304.pdf](http://www.repealfatca.com/downloads/FIBA_and_TX_complaint_.304.pdf)



clause de réciprocité<sup>84</sup>. Cette initiative est dès à présent qualifiée de *DOA*<sup>85</sup>. Plus anecdotique, des sites *web* ont été dédiés à la cause et invitent les internautes à contribuer à la révocation de la *worst law most Americans have never heard of*<sup>86</sup>.

## Chapitre 4

### *Interrogations finales*

**40.** L'émergence de l'échange automatique des informations comme nouveau standard international semble inévitable. Il s'agit d'un *tournant dans l'histoire de la coopération fiscale*<sup>87</sup>.

Cette évolution est-elle pour autant à l'abri de toute critique ?

Certes non.

**41.** Épinglons-en quelques-unes.

- si la Convention multilatérale concernant l'assistance mutuelle en matière fiscale devait émerger comme le modèle de référence des échanges automatiques de renseignements<sup>88</sup> et porter de surcroît sur un nombre important de données (concernant tantôt des revenus, tantôt des avoirs), se poserait de manière accrue la question de la compatibilité de ce type d'échange avec les exigences de l'article 4, qui consacre la norme de la *pertinence vraisemblable* et interdit toute pêche aux renseignements (*fishing expeditions*).

Peut-on totalement exclure qu'un échange automatique d'informations ne soit qu'une « *fishing expedition* » ? Pourrait-on imaginer qu'un État adresse une demande de renseignement à un autre État afin d'obtenir un relevé des intérêts payés à l'ensemble de ses résidents ? Une telle demande de renseignement serait certainement déclarée non recevable, au motif

<sup>84</sup> <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/budget/fy2014/assets/spec.pdf>

<sup>85</sup> *Dead on arrival*.

<sup>86</sup> Voy. [www.repealfatca.com](http://www.repealfatca.com) : « Repeal FATCA.com and find out how you can help get rid of the worst law most Americans have never heard of ».

<sup>87</sup> Déclaration du secrétaire général de l'OCDE, A. Gurria, à l'occasion de la réunion des ministres des Finances du G20 du 19 au 20 juillet 2013 à Moscou.

<sup>88</sup> Si, d'un point de vue pratique, il paraît effectivement souhaitable de converger, à terme, vers un seul instrument, une telle approche soulève des défis particuliers en termes de protection des droits du contribuable; voy., en ce sens, A. J. COCKFIELD, « Protecting taxpayer privacy rights under enhanced cross-border tax information exchange: toward a multilateral taxpayer bill of rights », *U.B.C. Law Review*, 2010, vol. 42, p. 440.

qu'elle ne vise pas à recueillir des informations vraisemblablement pertinentes, mais qu'elle est introduite dans l'unique but de détecter les éventuels contribuables qui n'auraient pas satisfait à leurs obligations fiscales. Comment alors soutenir qu'un tel échange de renseignements serait de nature à satisfaire au prescrit de l'article 4 à partir du moment où il est automatique ? Certains extraits du commentaire de la Convention concernant l'assistance administrative en matière fiscale renforcent nos doutes : « Si les contribuables ont connaissance de cet arrangement et, par conséquent, de la nature des renseignements échangés, ils seront conduits à mieux se conformer à leurs obligations fiscales et le nombre d'affaires ainsi que le montant des minorations dans les déclarations de revenus devraient diminuer au bout de quelques années. Cependant, il pourrait exister des moyens de maximiser l'efficacité et de réduire les coûts au minimum, par exemple, en limitant l'échange automatique aux domaines où la sincérité fiscale est la plus faible, en modifiant, après quelques années d'échange, la nature des renseignements échangés et en utilisant des formulaires normalisés [...] »<sup>89</sup>.

Il est également intéressant d'observer que la directive 2011/16/UE est sur ce point différente de la Convention OCDE. Les deux instruments juridiques se rejoignent sur l'idée que la norme dite de la *pertinence vraisemblable* vise à permettre l'échange d'informations en matière fiscale dans la mesure la plus large possible et, en même temps, à préciser que les États membres ne sont pas libres d'effectuer des recherches tous azimuts ou de demander des informations dont il est peu probable qu'elles concernent la situation fiscale d'un contribuable concerné<sup>90</sup>. Les articles 5 (échange d'informations sur demande<sup>91</sup>) et 9 (échange spontané d'informations<sup>92</sup>) de la directive 2011/16/UE renvoient explicitement à cette exigence, prévue de manière générale par son article 1<sup>er</sup>. Ceci n'est cependant pas le cas de l'article 8 consacré à l'échange automatique et obligatoire d'informations<sup>93</sup>. Simple oubli ou volonté délibérée ? ;

<sup>89</sup> Rapport explicatif révisé relatif à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, Commentaire de l'article 6, n° 63.

<sup>90</sup> Modèle OCDE 2010, tel que modifié le 17 juillet 2012, C (26), point 5 et directive 2011/16/UE, considérant (9).

<sup>91</sup> Directive 2011/16/UE, article 5 ; loi du 29 mars 2013, article 5.

<sup>92</sup> Directive 2011/16/UE, article 9 ; loi du 29 mars 2013, article 10.

<sup>93</sup> Vu la formulation de cette disposition, il semble possible d'arguer que le prescrit de l'article 1<sup>er</sup> est à respecter, même en l'absence d'un renvoi explicite.

- Au niveau européen se pose également la question de la compatibilité des échanges automatiques de renseignements avec les dispositions de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale. Aux termes de l'article 6 de cette directive 95/46/CE, les États membres ont l'obligation de prévoir que les données à caractère personnel doivent être « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ».

Certes, l'article 13 de la directive autorise les États membres à prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et droits prévus à l'article 6, « lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder un intérêt économique ou financier important d'un État membre ou de l'Union européenne, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal ».

Encore faut-il qu'il s'agisse d'une mesure *nécessaire*.

Or, appelé à se prononcer sur la réglementation FATCA, le groupe de travail « Article 29 »<sup>94</sup> a émis des réserves quant à l'existence de cette nécessité : « [...] FATCA must be mutually recognised as necessary from an EU perspective. This requires ensuring that there is a lawful basis for the processing through careful assessment of how FATCA's goals balance with that of the EU's fundamental right enshrined in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights – the right to a private and family life, i.e. by demonstrating necessity by proving that the required data are the minimum necessary in relation to the purpose. A bulk transfer and the screening of all these data is not the best way to achieve such a goal. Therefore more selective, less broad measures should be considered in order to respect the privacy of law-abiding citizens, particularly; an examination of alternative, less privacy-intrusive means must be carried out to demonstrate FATCA's necessity. [...] It might appear to some that there is a significant amount of personal data required under FATCA. Therefore consideration must be given to : a) whether the perso-

<sup>94</sup> [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_fr.htm) : « Le groupe de travail Article 29 sur la protection des données a été institué par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Il a un caractère consultatif et agit en toute indépendance. »

nal data processed is limited to the amount that is truly recognized as necessary for the purpose of meeting the requirements of FATCA; b) is limited to only those purposes it is to be collected for; and c) exploring other ways of achieving the goals of FATCA which would result in processing less personal data i.e. via aggregation, anonymisation, pseudo-anonymisation, etc. The quantity and type of data required in future to achieve the same goal should remain under regular review to ensure that the data remains necessary and proportionate<sup>95</sup>.»

Ces critiques ont été partagées par le Parlement européen<sup>96</sup>.

Des doutes similaires ont été formulés par la Chambre de commerce à l'occasion des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 29 mars 2013<sup>97</sup> ;

- à ce jour, et les voix en ce sens sont multiples<sup>98</sup>, la protection des droits du contribuable a reçu une attention insuffisante. Disposera-t-il d'un droit d'accès aux informations communiquées par un État tiers? Si un tel droit existe, peut-il être exercé avant qu'il ne soit pris position sur une demande de renseignement ou un avis de redressement préconisé par les autorités fiscales de l'État récepteur sur base desdites informations? Quelle serait la répartition de la charge de la preuve, si la véracité de l'information était contestée? Si certaines données s'avéraient erronées, le contribuable disposerait-il d'un droit de rectification? ... ;

<sup>95</sup> Letter dated 21 June 2012 from the Article 29 Working Party addressed to Mr. ZOUREK, Director General of Taxation and Customs Union regarding Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/index\\_en.htm#h2-2](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/index_en.htm#h2-2)

<sup>96</sup> «A FATCA for the EU? Data protection aspects of automatic exchange of bank information», *Library Briefing*, 27 May 2013, Library of the European Parliament, p. 6.

<sup>97</sup> *Doc. parl.*, n° 6455<sup>2</sup>, Avis de la Chambre de commerce, p. 4 : «En ce qui concerne la proportionnalité, l'introduction de l'échange automatique dans toute l'Europe, clairement envisagé par le Conseil des ministres et par la Commission européenne (et étant d'ailleurs aussi voulu par les États-Unis, notamment dans le cadre de FATCA précité) changerait fondamentalement les relations entre citoyens et Gouvernement. Il s'agit en l'occurrence d'instaurer une grande base de données sur tous les citoyens au niveau de l'État, comme elle est prévue par FATCA, qui dédouble les informations patrimoniales disponibles auprès de la banque également au niveau du Gouvernement. Ceci apparaît totalement disproportionné par rapport au but qui est prétendument poursuivi, à savoir un plus grand respect des obligations fiscales par leurs citoyens, sachant par ailleurs que les communications et initiatives de la Commission européenne, que l'on ressent parfois comme étant justifiées exclusivement par l'utilisation des termes "la fraude", insistent aussi sur le fait qu'il est important de garder à l'esprit que, d'une manière générale, la grande majorité des contribuables de l'Union européenne s'efforcent de respecter leurs obligations fiscales».

<sup>98</sup> Voy. notamment A. J. COCKFIELD, «Protecting taxpayer privacy rights under enhanced cross-border tax information exchange: toward a multilateral taxpayer bill of rights», *U.B.C. Law Review*, 2010, vol. 42, p. 419.

- la clause de secret suscite également des craintes. S'il est exact que les instruments bilatéraux et multilatéraux contiennent classiquement une clause visant à assurer que les renseignements obtenus sont tenus secrets et protégés, les conventions reposent à cette fin sur les dispositions nationales pour protéger la confidentialité des informations du contribuable<sup>99</sup>. Une définition autonome de la notion de confidentialité au sein de l'instrument bilatéral ou multilatéral pourrait apporter une solution<sup>100</sup>. Dans ce contexte se pose également la question des conséquences qui seraient à attacher à une violation de cette disposition : faudrait-il écarter les informations de la procédure fiscale ou le contribuable devrait-il se contenter d'une action en dommages et intérêts ?

**42.** L'échange automatique des informations promet donc des débats juridiques passionnants dans les années à venir.

<sup>99</sup> Voy. notamment la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, article 22.1 : « Les renseignements obtenus par une partie en application de la présente convention sont tenus secrets et protégés dans les mêmes conditions que celles prévues pour les renseignements obtenus en application de la législation de cette partie et, en tant que de besoin, pour assurer le niveau nécessaire de protection des données à caractère personnel, conformément aux garanties qui peuvent être spécifiées par la partie fournissant les renseignements comme étant requises au titre de sa législation. »

<sup>100</sup> T. SCHENK-GEERS, *International Exchange of Information and the Protection of Taxpayers*, Kluwer Law International, 2009, Pays-Bas, p. 233 : « Much is to be gained if the secrecy clause in the exchange of information provisions could be worded autonomously, so that the entire scope of this rule of law obligation, so essential to taxpayers, would show comprehensively from the provision in the treaties. This would increase certainty for both taxpayers and states ». À ce titre, on peut observer que l'article 26 du Modèle OCDE 1963 prévoyait une telle protection autonome : « Any information so exchanged shall be treated as secret and shall not be disclosed to any persons or authorities other than those concerned with the assessment or collection of the taxes which are the subject of the Convention ». Cette phrase fut supprimée en 1977 au profit d'une clause de traitement équivalent : « Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) involved in the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes covered by the Convention. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. »



# Table des matières

<b>Comité scientifique</b> .....	V
<b>Conseil d'administration de l'ALJB</b> .....	VII
<b>Introduction</b>	
<i>Philippe BOURIN</i> .....	IX
<b>Préface</b>	
<i>Jean GUILL</i> .....	XI
<b>Avant-propos</b>	
<i>Jean-Jacques ROMMES</i> .....	XV
VOLUME I	
Évolution législative 2003-2013	
<b>1. – L'évolution législative de la décennie 2003-2013</b>	
<i>André ELVINGER</i> .....	3
Cadre légal et réglementaire du secteur financier	
<b>2. – « Nul n'est censé ignorer la loi » – Éclats de réflexion sur la normativité</b>	
<i>Françoise THOMA</i> .....	125
<b>3. – Les compétences, pouvoirs et moyens d'intervention de la CSSF</b>	
<i>Marc LIMPACH et François GOERGEN</i> .....	151
<b>4. – La Banque centrale du Luxembourg – Développements législatifs 2004-2013</b>	
<i>Etienne DE LHONEUX, Elisabeth SIMOES LOPES, Eric CADILHAC et Ulrike GÖTZ</i> .....	221
<b>5. – La constitution des établissements de monnaie électronique dans un contexte européen et luxembourgeois</b>	
<i>Jean-Louis SCHILTZ</i> .....	271
<b>6. – Dans l'ombre des banques</b>	
<i>André PRÜM et Pit RECKINGER</i> .....	305
<b>7. – The compliance function – a critical analysis</b>	
<i>Anette LÜHRING-RYDER</i> .....	347

<b>8. – L’ambivalence des relations entre le banquier et le juge pénal : entre Charybde et Scylla</b>	
<i>Catherine BOURIN-DION</i> . . . . .	383
<b>9. – Le rôle des réviseurs d’entreprises agréés en matière de contrôle légal des comptes et en matière de surveillance microprudentielle des établissements de crédit</b>	
<i>François MOUSEL</i> . . . . .	443
<b>10. – L’externalisation dans le secteur financier luxembourgeois</b>	
<i>Morton MEY et Marc MOUTON</i> . . . . .	489
<b>11. – La sous-traitance informatique dans le secteur financier – Cadre légal et implications pratiques</b>	
<i>Cyril PIERRE-BEAUSSE et Catherine DI LORENZO</i> . . . . .	567
<b>12. – Contrats informatiques : de quelques clauses essentielles</b>	
<i>Héloïse BOCK et Élodie LE GARGASSON</i> . . . . .	585
<b>13. – La législation sur les insolvabilités dans le secteur financier à l’épreuve de la crise</b>	
<i>Laurent FISCH, Franz FAYOT et Maryline ESTEVES</i> . . . . .	627

## VOLUME II

## Droit bancaire

<b>14. – L’investisseur privé serait-il devenu un simple consommateur ?</b>	
<i>Philippe BOURIN</i> . . . . .	705
<b>15. – Obligations d’information et de conseil en matière de services d’investissement : le banquier entre le marteau et l’enclume</b>	
<i>Myriam PIERRAT et André HOFFMANN</i> . . . . .	749
<b>16. – Le virement</b>	
<i>Olivier POELMANS et Udo PRINZ</i> . . . . .	785
<b>17. – Le démembrement de propriété dans le compte bancaire</b>	
<i>Glenn MEYER et Thomas BERGER</i> . . . . .	849
<b>18. – Le régime juridique des intérêts dans la perspective du banquier luxembourgeois</b>	
<i>Nicolas THIELTGEN</i> . . . . .	903
<b>19. – Le banquier dispensateur de crédit à la consommation</b>	
<i>Pierre-Michaël DE WAERSEGGER</i> . . . . .	949



<b>20. – Le secret bancaire luxembourgeois : <i>Sense and Sensibility</i></b>	
<i>Patrick GREGORIUS et Bob KIEFFER</i> . . . . .	997
<b>21. – Le régime juridique des opérations bancaires en ligne à l'épreuve de la réalité</b>	
<i>Élodie THIEL et Arnaud HELVIG</i> . . . . .	1061
<b>22. – La médiation : un atout dans la gestion par les banques et par les PSF des relations avec leur clientèle ?</b>	
<i>Jérôme GUILLOT, Haiko HEYMER, Catherine HUBER, Jan KAYSER, Saskia LEAL KEIJZER et Pauline ROUX</i> . . . . .	1105
<b>23. – Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun : développements récents</b>	
<i>François KREMER et Clara MARA-MARHUENDA</i> . . . . .	1147
VOLUME III	
Droit des sûretés	
<b>24. – Les garanties financières en droit luxembourgeois : un gage de solidité en des temps incertains</b>	
<i>François Guillaume DE LIEDEKERKE</i> . . . . .	1245
<b>25. – Le caractère accessoire du gage et la loi sur les contrats de garantie financière</b>	
<i>Patrick GEORTAY</i> . . . . .	1271
<b>26. – Quand le banquier s'aventure au-delà du Rubicon... Aspects de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit lors de la réalisation d'un gage sur instruments financiers</b>	
<i>Laurence JACQUES et Denis VAN DEN BULKE</i> . . . . .	1293
<b>27. – L'hypothétique et le réel (droits hypothétiques et sûretés réelles)</b>	
<i>Marc MEHLEN et Hannes WESTENDORF</i> . . . . .	1323
<b>28. – Les accords sur le rang : hiérarchiser pour mieux partager</b>	
<i>Fabien DEBROISE</i> . . . . .	1349
Droit des sociétés	
<b>29. – Le <i>corporate governance</i> au Grand-Duché de Luxembourg : état des lieux et perspectives</b>	
<i>Alex SCHMITT et Armel WAISSE</i> . . . . .	1395

<b>30. – De l'importance du choix de la dénomination sociale dans le secteur financier</b>	
<i>Elisabeth OMES</i> . . . . .	1439
<b>31. – La domiciliation de sociétés en droit luxembourgeois</b>	
<i>Jean BRUCHER, Marie BENA et Nicolas BERNARDY</i> . . . . .	1473
<b>32. – Le dirigeant de fait: critères de la notion et réflexions sur la responsabilité</b>	
<i>Pierre METZLER et Florence PIRET</i> . . . . .	1517
<b>33. – Les sociétés en commandite luxembourgeoises: des véhicules d'investissement adaptés aux besoins des investisseurs</b>	
<i>Katia PANICHI, Laurent SCHUMMER et Olivier GASTON-BRAUD</i> . . . . .	1563
<b>34. – Les parts bénéficiaires – Les contours d'un instrument flexible en droit des sociétés et en droit fiscal</b>	
<i>Philippe PRUSSEN, Jean-Luc FISCH et Toinon HOSS</i> . . . . .	1619
<b>35. – De la nature essentiellement conditionnelle des plans de stock-options ou la fragile conciliation du capital et du travail</b>	
<i>Roger TAFOTIE</i> . . . . .	1661
Protection des données et concurrence	
<b>36. – La protection des données dans un monde globalisé</b>	
<i>Alexandre FIÉVÉE et Patrick SANTER</i> . . . . .	1695
<b>37. – La protection des données personnelles et les services financiers à l'aube d'une nouvelle réglementation européenne</b>	
<i>Alain GROSJEAN</i> . . . . .	1749
<b>38. – Du contrôle de la correspondance électronique du salarié: la délicate antinomie des droits sur le lieu de travail</b>	
<i>Héloïse BOCK et Louis BERNS</i> . . . . .	1809
<b>39. – Non-concurrence, non-sollicitation, non-débauchage: cadre juridique et évolutions jurisprudentielles (2004-2012)</b>	
<i>Marielle STÉVENOT</i> . . . . .	1841

## VOLUME IV

## Droit financier

<b>40. – Market infrastructures in Luxembourg: overview of the applicable legal frameworks</b>	
<i>Charles MONNIER et Caroline BONALD</i> . . . . .	1875

<b>41. – Offre au public ou placement privé d’instruments financiers</b>	
<i>Frank MAUSEN et Paul PÉPORTÉ</i> . . . . .	1903
<b>42. – Defensive strategies and other “Poison Pills” and “Shark Repellents” available to the management board of a (target) company under the Luxembourg Law of 19 may 2006 on takeover bids – A Luxembourg reflection on the ability of the management board of Luxembourg listed companies to resist hostile takeover bids</b>	
<i>Yann PAYEN et François BROUXEL</i> . . . . .	1945
<b>43. – Retrait obligatoire et rachat obligatoire</b>	
<i>François WARKEN</i> . . . . .	2007
<b>44. – Loi du 21 juillet 2012 relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire de titres de sociétés – Le cas des actions privilégiées sans droit de vote et des parts bénéficiaires</b>	
<i>Jacques LOESCH</i> . . . . .	2051
<b>45. – L’émission de titres dématérialisés sous la loi relative aux titres dématérialisés</b>	
<i>Philippe DUPONT</i> . . . . .	2065
<b>46. – Développements internationaux en matière de titres et de titres dématérialisés</b>	
<i>Marilène MARQUES et Marco RASQUE DA SILVA</i> . . . . .	2111
<b>47. – La loi du 1<sup>er</sup> août 2001 concernant la circulation des titres telle que modifiée par la loi du 6 avril 2013 relative aux titres dématérialisés</b>	
<i>Nicki KAYSER et Delphine HORN</i> . . . . .	2157
<b>48. – Key aspects of Luxembourg Securitisation and its place in the market</b>	
<i>Christian KREMER et Henri WAGNER</i> . . . . .	2195
<b>49. – Structured Finance in Luxembourg: a new dawn?</b>	
<i>Henri WAGNER et Andreas HEINZMANN</i> . . . . .	2229
<b>50. – Le banquier luxembourgeois, acteur de l’intermédiation en assurance-vie</b>	
<i>Frédéric VANHAEPEREN</i> . . . . .	2265
<b>51. – Les spécificités du contrat d’assurance-vie en tant qu’outil d’investissement</b>	
<i>Carine FEIPEL et Catherine BERNARDIN</i> . . . . .	2317

## VOLUME V

## Fonds d'investissement

<b>52. – Évolution de la <i>corporate governance</i> des organismes de placement collectif luxembourgeois</b>	
<i>Joëlle HAUSER et Caroline MIGEOT</i> . . . . .	2365
<b>53. – OPCVM et instruments financiers dérivés</b>	
<i>Michèle EISENHUTH et Nicolas BOUVERET</i> . . . . .	2443
<b>54. – La SICAR, une décennie au service du <i>Private Equity</i></b>	
<i>Murielle BROUILLET-MCSORLEY</i> . . . . .	2487
<b>55. – Le financement des fonds d'investissement luxembourgeois garanti par les engagements de souscription des investisseurs (<i>commitment liquidity facilities</i>)</b>	
<i>Steve JACOBY et Paul VAN DEN ABEELE</i> . . . . .	2547
<b>56. – Fonds de pension luxembourgeois: mise en perspective dans un contexte réglementaire international en pleine évolution sur fond de crise financière et économique</b>	
<i>Jacques ELVINGER, Olivia MOESSNER et Céline WILMET</i> . . . . .	2569
<b>57. – Luxembourg Shari'a compliant investment funds – distinctive features</b>	
<i>Geoffroy HERMANN</i> . . . . .	2607
<b>58. – Les sociétés de gestion d'OPCVM: une ère nouvelle vers une expansion européenne</b>	
<i>Luc COURTOIS</i> . . . . .	2633
<b>59. – Les missions du dépositaire d'organismes de placement collectif</b>	
<i>Gaëlle SCHNEIDER et Yves LACROIX</i> . . . . .	2671
<b>60. – Nouveaux régimes de responsabilité réglementaire du dépositaire d'OPC luxembourgeois : réalités (AIFMD) et perspectives (UCITS V)</b>	
<i>Frédérique LIFRANGE et Michel MENGAL</i> . . . . .	2713
<b>61. – La délégation des fonctions de gestion et de dépositaire dans les fonds d'investissement – analyse juridique et fiscale</b>	
<i>Xavier LE SOURNE et Olivier GASTON-BRAUD</i> . . . . .	2745
<b>62. – Luxembourg investment fund industry and the fight against money laundering and counter terrorist financing</b>	
<i>Guido KRUSE</i> . . . . .	2779

## VOLUME VI

## Droit fiscal

**63. – L'éthique financière et fiscale, entre oxymore et croissance soutenable***Laurent ENGEL et Émilien LEBAS* ..... 2823**64. – La société de gestion de patrimoine familial (SPF) – Analyse critique et perspectives***Thierry LESAGE* ..... 2865**65. – Le bénéficiaire effectif en droit fiscal international***Éric FORT et Clemens WILLVONSEDER* ..... 2887**66. – L'échange automatique des renseignements à des fins fiscales – Quo vademus ?***Martina BERTHA et Yves PRUSSEN* ..... 2931**67. – La responsabilité pénale du banquier en matière fiscale***Vincent NAVEAUX, Julie CHARTRAIN-HECKLEN et Florent TROUILLER* . . . 2969**68. – Aspects fiscaux de la restructuration de dettes***Elisabeth ADAM et Jean-Luc FISCH* ..... 3013

## Droit européen

**69. – Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne en matière financière à la suite de la crise de 2008***Michel VAN HUFFEL* ..... 3045**70. – Le régime des garanties de l'Eurosystème***Elisabeth SIMOES LOPES, Luc SCHUMACHER, Alexandra VASILIU et Caroline STREIFF* ..... 3079**71. – Questions de droit luxembourgeois liées à la création du Fonds européen de stabilité financière et du Mécanisme européen de stabilité***Isabelle JASPART* ..... 3129**72. – State Aid Regime in the Financial Sector during the Crisis: Impact on Luxembourg***Lorenzo GATTI* ..... 3163**73. – Du bon usage par les créanciers de la directive 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit pour minimiser l'impact des faillites bancaires – Aspects français et luxembourgeois et nouvelles perspectives***Alexandre CANTO et Emmanuelle PRISER* ..... 3189

<b>74. – La vente à découvert ou <i>short selling</i> – Le règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risques de crédit (le « Règlement »)</b>	
<i>Mathilde LATTARD et André HOFFMANN. . . . .</i>	3231
<b>75. – Regulation No. 1346/2000 on insolvency proceedings – The difficult COMI determination, the treatment of groups of companies and forum shopping in light of the CJEU's and domestic case law, and the modernisation of the Regulation</b>	
<i>Cintia MARTINS COSTA, Dirk RICHTER, Martine GERBER-LEMAIRE et Aurore MARCHAND . . . . .</i>	3281
<b>Liste alphabétique des auteurs . . . . .</b>	3365
<b>Index . . . . .</b>	3373