

La levée du secret bancaire fiscal

Mémoire réalisé par
Caroline Blondiau

Promoteur
Professeur Edoardo Traversa

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* À ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens à adresser mes sincères remerciements à tous ceux qui ont contribué à la réalisation de ce mémoire.

Au Professeur Edoardo Traversa pour son soutien, sa disponibilité, ses conseils et son suivi tout au long de ce mémoire.

À Maître Jean-Pierre Higuët (cabinet GH Law - Luxembourg) pour son encadrement, sa disponibilité, son aide et l'intérêt qu'il a porté à l'élaboration de ce mémoire.

À Maître Bruno Waegenaere qui m'a offert un merveilleux stage au sein de son cabinet (Braine-le-Comte) au cours duquel il a partagé ses connaissances sur la levée du secret bancaire belge et a fait preuve d'une grande disponibilité.

À Messieurs Alain Nicolas et Pierre Lecomte pour leurs nombreuses relectures et corrections consciencieuses sans oublier Mademoiselle Caroline Denis.

À tous les professionnels qui ont joué un rôle important dans ce mémoire grâce à leurs remarques et discussions enrichissantes, et tout particulièrement à Monsieur Serge Cammaert de la banque Delen (Luxembourg).

À l'ensemble de mes amis qui ont été là pendant les périodes de doute et de stress et surtout à Charly pour son soutien et son aide précieuse pour la mise en page.

Et pour terminer, à mes parents pour leurs encouragements, leur écoute, les nombreuses relectures et en particulier à Papa qui a su m'octroyer son temps précieux afin de me diriger au mieux vers les professionnels qualifiés et pour les longues discussions me permettant d'avancer dans ce mémoire sereinement ainsi que dans la vie.

INTRODUCTION

Ces dernières années, les dossiers concernant de grandes fraudes fiscales se sont multipliés et ont attiré l'attention de nombreux États sur l'existence de divers montages fiscaux permettant d'éviter une taxation dans l'État de résidence au profit d'une taxation dans des pays fiscalement plus avantageux. Suite aux difficultés financières auxquels les États ont dû faire face depuis la crise financière, les leaders politiques se sont lancés dans une lutte contre la fraude et l'évasion fiscale en privilégiant le principe de transparence au détriment des contribuables.

La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale et la multiplication des instruments permettant un échange automatique ou à la demande d'informations ont été accélérées suite à la réunion du G 20 ayant placé en 2009 d'importantes places financières comme la Suisse, le Luxembourg et la Belgique sur la liste des pays non-coopératifs. Pour être retirés de cette liste et sous la pression internationale, les États placés sur liste grise furent contraints de revoir leurs dispositions internes freinant l'échange d'informations pour se conformer aux nouveaux standards internationaux et européens.

La course à la transparence étant bien engagée, le sacro-saint secret bancaire ancré au sein de la culture et de l'économie de pays comme la Suisse, le Luxembourg et la Belgique, grâce auquel ils ont bâti leur réputation et leur place financière, est de plus en plus mis à mal aujourd'hui. En effet, ce secret bancaire, compris comme l'obligation légale pour les institutions financières et leur personnel de maintenir la confidentialité des informations obtenues sur leurs clients lors de l'exercice de leurs fonctions, était un frein important à l'échange d'informations car les institutions financières se cachaient derrière celui-ci pour justifier leur refus de transférer certains renseignements de nature financière. Une levée progressive de ce secret a été amorcée tant par des dispositions internes prévoyant des limites à celui-ci que par des conventions préventives de double imposition, des traités en matière d'échange de renseignements, des directives européennes ou des modèles internationaux qui ont dû être rendus applicables.

Cette levée du secret bancaire en matière fiscale et la coopération organisée à l'échelon mondial en matière fiscale soulignent un manque général de confiance de l'État envers le contribuable tenu de déclarer ses revenus au fisc. Désormais mieux armée pour débusquer les moindres revenus non déclarés, l'administration fiscale pourrait se livrer à des abus en s'ingérant dans la vie privée des contribuables. De telles atteintes aux droits fondamentaux du contribuable sont d'autant plus préoccupantes qu'elles sont organisées souvent par des pays considérés comme fondateurs des droits fondamentaux et des droits de l'homme.

Afin d'évaluer les risques liés à cette levée progressive du secret bancaire, il s'impose d'analyser, d'abord, en détail les modalités des échanges d'informations organisées par les diverses dispositions et réglementations prises récemment au sein de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (ci-après OCDE) ou de l'Union européenne. Afin de pouvoir analyser plus concrètement la situation et les conséquences de cette levée, deux pays ont été choisis, à savoir la Belgique et le Luxembourg.

La première partie de ce mémoire traitera de l'échange d'informations entre différents États et analysera les dispositions internationales et européennes permettant un tel échange.

Concernant les dispositions internationales, un premier chapitre sera consacré à l'article 26 du modèle de convention fiscale OCDE. Y seront parcourues, les règles générales de l'échange d'informations, les règles de confidentialité des renseignements transmis, les limites à l'échange, la collecte des différentes informations et enfin la situation des informations détenues par des banques. Un deuxième chapitre analysera brièvement la Convention multilatérale sur l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et plus particulièrement ses dispositions relatives à l'échange de renseignements. Dans un troisième chapitre, les dispositions du Foreign Account Tax Compliance Act (ci-après FATCA) ayant donné l'impulsion à l'échange automatique d'informations en Europe et ailleurs seront analysées en détail en parcourant tant le régime FATCA classique que les accords intergouvernementaux conclus avec de nombreux pays. Enfin, l'échange automatique d'informations ne pouvait être traité sans s'attarder sur la nouvelle norme OCDE plus connue sous le nom de Common Reporting Standard (ci-après CRS) qui sera analysée ainsi que le modèle de convention d'autorités compétentes qui y est lié.

En matière d'échange d'informations à l'échelon européen, il existe deux grandes directives européennes. Un chapitre sera, tout d'abord, consacré à la directive épargne et à sa récente modification. Ensuite, la directive relative à la coopération administrative, récemment modifiée par une directive en ce qui concerne l'échange automatique d'informations, sera analysée afin de comprendre sa portée et sa vocation à supplanter la directive épargne avec laquelle elle fait double-emploi.

Cette première partie du mémoire s'achèvera par un bref examen de la conformité de ces dispositions et de l'échange de renseignements aux droits fondamentaux, particulièrement au respect de la vie privée et à la libre prestation des services et circulation des capitaux.

La deuxième partie du mémoire sera axée sur la levée du secret bancaire en Belgique et au Luxembourg. Malgré leur proximité, ces deux États voisins ont une vision différente du secret bancaire et de ses limites.

Un premier chapitre sera consacré à la Belgique où le secret bancaire et ses dispositions seront examinés. La récente levée du secret bancaire sera analysée ainsi que l'implémentation des différents instruments internationaux dans le droit belge. Enfin dans la dernière section, nous détaillerons la position de la Belgique par rapport au respect de la vie privée, au principe d'égalité, au droit de ne pas s'auto-incriminer et à un possible droit l'information.

Enfin, les dispositions organisant le secret bancaire luxembourgeois et ses limites seront étudiées ainsi que l'implémentation des différentes réglementations internationales et européennes dans le droit luxembourgeois. Après la présentation de la position du Grand-Duché de Luxembourg par rapport à la conformité des échanges de renseignements avec les droits fondamentaux, une dernière section sera consacrée aux conséquences de la levée du secret bancaire sur l'économie luxembourgeoise.

PARTIE I : ÉCHANGE D'INFORMATIONS À LA LUEUR DES DISPOSITIONS EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES

A. DISPOSITIONS INTERNATIONALES METTANT EN ŒUVRE L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS

CHAPITRE I. ARTICLE 26 DU MODÈLE DE LA CONVENTION FISCALE OCDE CONCERNANT LE REVENU ET LA FORTUNE

SECTION I. RÈGLES GÉNÉRALES EN MATIÈRE D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

§ 1. Le champ d'application ratione personae

Les échanges de renseignements prévus par l'article 26 de la convention modèle de l'OCDE concernent les résidents d'un État contractant ainsi que les non-résidents de ce même État à condition que ces derniers soient soumis à l'impôt des non-résidents dans cet État.¹

§ 2. Le champ d'application ratione materiae

Les règles relatives à l'échange d'informations couvrent toutes les données fiscales dont l'État contractant a besoin pour établir la base d'imposition de ses contribuables. L'échange peut donc porter sur « des impôts de toute nature perçus pour le compte de l'État contractant, de ses subdivisions politiques ou de ses collectivités locales »². Le transfert des renseignements portant sur l'établissement des impôts directs, de la TVA, des droits de douane, des accises et des droits de successions ou donations seront ainsi compris dans ce champ d'application.³ Cependant, les règles de procédure ainsi que les dispositions régissant les droits de la défense sont réservées et dépendent de la législation interne de l'État requérant.⁴ Les renseignements peuvent également porter sur des données sensibles concernant l'administration fiscale comme par exemple des dispositifs d'évasion ou de fraude fiscale.⁵

§ 3. La condition de pertinence vraisemblable et l'interdiction de pêche aux renseignements

Conformément au §1^{er} de l'article 26, les autorités compétentes des États contractants ne peuvent s'échanger que les informations « vraisemblablement pertinentes » pour l'établissement de l'impôt selon leurs dispositions internes. Cette norme de vraisemblable pertinence interdit ainsi « la pêche aux renseignements » qui peut être définie comme la demande de renseignements dont il est peu probable qu'un lien soit trouvé avec une enquête ou un contrôle en cours. Afin de répondre à cette condition, il est exigé qu'au moment où la demande est formulée, il y ait une possibilité

¹ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, Collection Cahiers de fiscalité pratique, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 158.

² X. OBERSON, « Modèle de Convention OCDE Article 26 : Echange de renseignements », in *Modèle de convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune. Commentaires*, Collection Helbing Lichtenhahn, Bâle, Editions Francis Lefebvre, 2014, p. 819.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 811.

⁵ *Ibid.*

raisonnable que les informations demandées soient pertinentes, peu importe si, une fois fournies, celles-ci le soient ou non.⁶

Une demande de renseignements ne sera pas nécessairement qualifiée de pêche aux informations seulement parce que l'État requérant ne précise pas, dans celle-ci, le nom ou l'adresse du contribuable faisant l'objet d'une enquête. Lorsque l'État ne fournit pas ces informations, il se doit tout de même d'inclure d'autres informations suffisantes pour permettre l'identification du contribuable.⁷

Dans le cas des groupes de contribuables, les demandes d'informations peuvent remplir la condition de pertinence vraisemblable si elles ont pour but d'aider à l'application de la législation fiscale de l'État. Il est cependant plus compliqué de prouver que la demande d'informations n'est pas une pêche aux renseignements si ces contribuables ne sont pas identifiés de manière individuelle car il n'est pas aisé de se référer à une enquête en cours. Dans ce cas, il est nécessaire que l'État requérant fournisse une description détaillée du groupe, les circonstances qui l'ont amené à faire une demande de renseignements, une explication de la loi applicable ainsi que les raisons pour lesquelles il pense que les contribuables de ce groupe n'ont pas respecté les lois fiscales.⁸

§ 4. Les différents types d'échange de renseignements

L'article 26 établit trois types d'échanges de renseignements : les échanges sur demande, ceux de manière spontanée et les échanges automatiques. Cette liste n'est pas exhaustive car il est loisible aux autres États contractants d'utiliser d'autres techniques que celles proposées dans l'article 26 comme par exemple les contrôles fiscaux simultanés.⁹

L'échange d'informations sur demande est la procédure selon laquelle un État demande des informations particulières auprès d'un autre État. Généralement, la demande d'informations fait suite à une enquête ou un contrôle en cours. Afin de pouvoir présenter une demande d'informations à un autre État, l'État requérant doit avoir épuisé les sources de renseignements habituelles prévues par ses règles de procédures internes.¹⁰

L'échange de renseignements spontané est une transmission spontanée à un autre État contractant d'informations qui présentent un certain intérêt pour cet État et n'ayant pas fait l'objet d'une demande de renseignements au préalable.¹¹

L'échange automatique de renseignements est, quant à lui, une transmission d'un volume important de renseignements concernant des contribuables qui s'opère de manière systématique et régulière auprès d'un autre État contractant.¹²

⁶ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », in *La mise à jour 2014 du modèle de convention fiscale de l'OCDE*, Éditions OCDE, 15 juillet 2014, n° 5, pp. 43 et 44, disponible sur www.oecd.org (6 mai 2015).

⁷ E. BARRET, « The changes introduced by the 2014 update to the OECD model tax convention », *Bulletin for international taxation*, octobre 2014, p. 530.

⁸ *Ibid.*; OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 5.2, p. 44.

⁹ X. OBERSON, *op. cit.*, pp. 820 et 821.

¹⁰ *Ibid.* p. 820.

¹¹ *Ibid.*, p. 821.

¹² *Ibid.*, p. 820.

SECTION II. DEVOIR DE CONFIDENTIALITÉ DES RENSEIGNEMENTS TRANSMIS

L'article 26, §2 de la convention modèle de l'OCDE impose que les renseignements communiqués soient tenus secrets par l'État requérant de la même manière que les informations qui seraient obtenues conformément au droit interne de cet État. En cas de non-respect du devoir de confidentialité, les sanctions prévues par les législations administratives et pénales de l'État requérant s'appliqueront et l'État requis pourra suspendre son assistance jusqu'à ce que l'État requérant se conforme à ses obligations de confidentialité.¹³

Le devoir de confidentialité s'applique à toutes les catégories de renseignements ainsi qu'aux informations contenues dans la demande de renseignements de l'État requérant bien que l'État requis puisse divulguer un minimum d'informations afin de collecter efficacement les renseignements requis.¹⁴

Les informations reçues ne peuvent être communiquées qu'aux personnes et autorités concernées par l'établissement et le recouvrement des impôts, par les procédures et poursuites les concernant, par les décisions de recours et par les organismes de contrôle qui exercent des fonctions générales de supervision des autorités chargées de l'administration et de l'application des lois fiscales. Les informations peuvent également être transmises au contribuable concerné, à son représentant, à ses témoins ainsi qu'aux différentes autorités administratives ou judiciaires chargées de déterminer si les renseignements doivent leur être divulgués. À moins qu'une disposition expresse dans une convention bilatérale ne les y autorise, les renseignements ne peuvent pas être divulgués à un État tiers.¹⁵

Comme expliqué *supra*, les renseignements transmis ne sont censés être utilisés qu'à des fins fiscales. Cependant, il est possible de les utiliser à d'autres fins si la législation des deux États le permet et si l'autorité compétente de l'État qui fournit les renseignements autorise l'État requérant à les utiliser à ces autres fins. Le §2 de l'article 26 prévoit également que les informations peuvent être dévoilées dans des audiences publiques ou dans les jugements qui font apparaître le nom du contribuable. Ces renseignements divulgués pourront alors servir à d'autres fins voire même servir à titre de preuve à moins que les États s'opposent expressément à cette utilisation dans leur convention.¹⁶

SECTION III. LIMITES PRÉVUES À L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS

L'article 26, §3 prévoit de nombreuses limites à l'échange de renseignements.

L'état contractant n'est pas tenu d'aller au-delà des limites prescrites par sa législation nationale et par sa pratique administrative. Cependant, les dispositions internes visant à garantir un

¹³ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 11, p. 52; OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, article 26 §2, tel que modifié le 15 juillet 2014, disponible sur www.oecd.org (6 mai 2015).

¹⁴ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 11, p. 52.

¹⁵ *Ibid.*, n° 12 à 12.2.

¹⁶ *Ibid.*, n° 12.3 à 13.

secret fiscal ne peuvent faire obstacle à l'échange de renseignements étant donné les obligations de confidentialité imposées par le §2.¹⁷

Le droit interne de certains pays prévoit des procédures de notification aux contribuables faisant l'objet d'une enquête ou d'un contrôle ainsi qu'aux personnes ayant fourni des renseignements afin d'éviter des erreurs et de faciliter les échanges. Toutefois, ces procédures ne peuvent être utilisées dans le but d'empêcher ou de retarder les échanges effectifs de renseignements.¹⁸

En application du principe de réciprocité, l'État requis ne peut prendre des mesures administratives qui ne sont pas autorisées par la législation ou les pratiques de l'État requérant, ni à communiquer des renseignements qui ne peuvent être obtenus sur base du droit ou des pratiques administratives de cet État. Afin de ne pas compromettre les échanges de renseignements, le principe de réciprocité sera interprété largement et de manière pragmatique. Lorsque le système législatif ou la pratique d'un seul pays prévoit une procédure spécifique, le principe de réciprocité ne trouvera pas à s'appliquer.¹⁹

Conformément à la législation interne de nombreux pays, une personne peut invoquer le droit de ne pas témoigner contre elle-même. Par conséquent, un État requis peut refuser de communiquer des informations lorsque l'État requérant aura été empêché par ses propres règles d'auto-incrimination d'obtenir de tels renseignements.²⁰

Une des limites les plus importantes concerne la communication de certains renseignements à caractère confidentiel. Un sens trop large ne doit pas être donné à la notion de secret et il faudra apprécier si les intérêts du contribuable en justifient réellement l'application. Parmi ces secrets, on trouve notamment les secrets commerciaux et industriels. À ce sujet, il est important de préciser que les livres et documents comptables ne sont pas, par nature, des secrets commerciaux ou industriels mais que dans certains cas ils peuvent en cacher un. Les communications confidentielles entre les avocats agissant dans l'exercice de leur fonction et leurs clients sont préservées de toute divulgation si celles-ci en sont préservées selon la législation interne du pays requis. Cependant, rien n'empêche la divulgation des documents remis à des avocats si le but de cette remise était de se préserver d'une divulgation normalement prévue par la loi ou de la communication de l'identité d'une personne comme un administrateur ou un bénéficiaire effectif d'une société.²¹

Enfin, une limitation est prévue concernant l'échange de renseignements touchant aux intérêts vitaux de l'État lui-même ainsi que toute divulgation contraire à l'ordre public. Ces limitations ne s'appliquent que très rarement et dans des situations extrêmes.²²

SECTION IV. COLLECTE DES INFORMATIONS À TRANSMETTRE

Le §4 de l'article 26 contraint un État contractant à utiliser tous les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les informations demandées même si ces dernières ne présentent pas d'intérêt pour lui à

¹⁷ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁸ X. OBERSON, *op. cit.*, pp. 827 et 828.

¹⁹ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 15 et 15.1.

²⁰ X. OBERSON, *op. cit.*, p. 828.

²¹ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 19 à 19.4.

²² *Ibid.*, n° 19.5.

des fins fiscales ou dans son cadre national.²³ Cette obligation de collecte est soumise aux limitations du §3 mais celles-ci ne peuvent justifier un refus de fournir des renseignements lorsque les législations d'un pays comportent une condition d'intérêt fiscal national.²⁴

Bien que les États puissent décider de quelle manière ils procèdent à l'échange d'informations et à la collecte des données requises, ils doivent normalement transmettre les informations dans les deux mois de la réception de la demande lorsque les renseignements sont en possession des autorités fiscales de l'État requis et dans un délai de six mois dans les autres cas. D'autres arrangements entre les pays peuvent être convenus afin de moduler ces délais.²⁵

SECTION V. RENSEIGNEMENTS DÉTENUS PAR LES BANQUES OU AUTRES ORGANISMES FINANCIERS

Le §5 de l'article 26 prévoit que les limitations prévues au §3 ne peuvent pas empêcher les échanges d'informations détenues par les banques, les établissements financiers, les mandataires, les agents et les fiduciaires ainsi que celles portant sur la propriété.²⁶

En effet, certains États ont dans leur système juridique des dispositions protégeant le secret bancaire, ce qui leur aurait permis d'échapper à l'échange de renseignements si le §5 ne l'emportait pas sur le §3.²⁷ Les limitations à l'échange de renseignements peuvent toutefois faire obstacle à la transmission des données si le refus est fondé sur des motifs indépendants du statut de banque, d'agent, de fiduciaire ou de mandataire.²⁸ L'État requis ne peut, par contre, pas bénéficier des informations transmises à l'État requérant s'il existe dans son système juridique interne des dispositions protégeant le secret bancaire qu'il doit respecter.

En vertu du §5, un État contractant ne peut pas non plus refuser de transférer des renseignements en arguant qu'ils sont liés au droit de propriété d'une personne, d'une société de capitaux, de sociétés de personnes, de fondations ou encore de trusts^{29 30}.

CHAPITRE II. CONVENTION MULTILATÉRALE CONCERNANT L'ASSISTANCE ADMINISTRATIVE MUTUELLE EN MATIÈRE FISCALE

SECTION I. OBJET DE LA CONVENTION

La Convention multilatérale relative à l'assistance administrative mutuelle a pour but de promouvoir la coopération internationale pour une meilleure application des lois fiscales internes des États et de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. Cette Convention, signée en 1988, fut amendée par un protocole en mai 2010.³¹

²³ X. OBERSON, *op. cit.*, p. 836.

²⁴ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 19.8.

²⁵ *Ibid.*, n° 10.5.

²⁶ *Ibid.*, n° 19.10.

²⁷ *Ibid.*, n° 19.11.

²⁸ *Ibid.*, n° 19.14.

²⁹ X. OBERSON, *op. cit.*, p. 838.

³⁰ OCDE, « Commentaires de l'article 26 – échange de renseignements », *op. cit.*, n° 19.13.

³¹ A. PROSS et R. RUSSO, « The amended convention on mutual administrative assistance in tax matters : a powerful tool to counter tax avoidance and evasion », *Bulletin for international taxation*, juillet 2012, p. 361.

Cette Convention possède quatre grands points forts. Tout d'abord, elle est flexible dans le sens où elle énumère les différentes réserves que les États peuvent formuler à l'encontre de certains impôts visés ou des formes d'assistance à fournir. Ensuite, elle est une base juridique unique permettant une collaboration multi-États. De plus, elle a une très large portée quant à son champ d'application tant *ratione personae* que *ratione materiae* et par rapport aux méthodes de coopération qu'elle propose. Enfin, elle est uniforme et est dotée d'un organe de coordination veillant à son application cohérente.³²

La Convention multilatérale permet ainsi une assistance administrative en matière fiscale entre différents États. Cette assistance couvre toutes les activités d'entraide en matière fiscale menées par les autorités publiques compétentes dont les autorités judiciaires.³³

Il existe trois formes principales d'assistance administrative : les échanges de renseignements, l'assistance en matière de recouvrement et la notification de documents. Ces trois formes d'assistance couvrent toutes les catégories significatives de mesures susceptibles d'être prises par l'administration fiscale d'un État pour coopérer avec l'administration fiscale d'un autre État dans l'exercice de ses fonctions.³⁴ Dans le cadre de ce mémoire, seule la partie relative à l'échange de renseignements sera analysée.

La Convention contient également de nombreuses dispositions relatives aux limites de l'obligation d'assistance ainsi qu'à l'obligation de confidentialité des informations transmises. Ces dispositions ne seront pas analysées de manière spécifique dans ce chapitre car elles sont sensiblement identiques à celles prescrites par l'article 26 du modèle OCDE détaillées *supra*.

SECTION II. CHAMPS D'APPLICATION RATIONE PERSONAE ET MATERIAE

Le champ d'application *ratione personae* de la Convention est relativement large. En effet, l'assistance administrative entre les parties n'est pas limitée par le lieu de résidence ou par la nationalité de la personne concernée. Malgré ce large champ d'application, les particuliers, les sociétés ou les autres entités peuvent bénéficier de protections contre cette assistance en matière fiscale.³⁵

La Convention possède également un champ d'application *ratione materiae* très large. Elle vise toutes les formes de prélèvements obligatoires des différentes administrations publiques compétentes à l'exception des droits de douane, des droits à l'importation et à l'exportation ainsi que des taxes couvertes par la Convention internationale d'assistance mutuelle administrative établie sous la direction du Conseil de coopération douanière.³⁶ Elle s'applique donc aux impôts sur le revenu, aux

³² OCDE, « Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale », octobre 2014, disponible sur www.oecd.org (1^{er} mai).

³³ OCDE, « Texte du rapport explicatif révisé relative à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole » in *La convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale amendée par le protocole de 2010*, Éditions OCDE, 2011, article 1, §2, p. 39, disponible sur www.oecd.org (8 mai 2015).

³⁴ *Ibid.*, article 1, §2, p. 40.

³⁵ *Ibid.*, article 1, §3, pp. 41 et 42.

³⁶ *Ibid.*, article 2, pp. 42 et 43.

bénéfices, aux plus-values, aux impôts locaux, aux cotisations sociales, aux impôts sur les successions ou donations, etc.³⁷

SECTION III. TYPES DE PROCÉDURES D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

La Convention distingue cinq formes de procédures généralement utilisées pour les échanges de renseignements. Ces procédures comprennent les trois types d'échanges d'informations prévus par l'article 26 du modèle OCDE qui sont les échanges à la demande, automatiques et spontanés auxquels s'ajoutent, bien qu'ils aient été cités dans l'article 26, le contrôle fiscal simultané et le contrôle fiscal à l'étranger. La Convention ne limite pas les possibilités d'échanges d'informations à ces cinq méthodes car les autorités compétentes peuvent toujours décider de la manière dont les échanges d'informations auront lieu.³⁸

§ 1. Les échanges d'informations détaillés à l'article 26 du modèle OCDE : les échanges sur demande, automatiques et spontanés

Des informations peuvent être échangées sur demande quand les sources d'informations disponibles selon les procédures internes de l'État requérant ne sont pas suffisantes. L'État requérant doit fournir toutes les informations permettant d'identifier la personne ou le groupe de personnes concernées par l'échange de renseignements afin de ne pas procéder à une pêche d'informations comme déjà vu dans l'analyse de l'article 26.³⁹ La demande de renseignements est généralement faite par écrit bien qu'une demande puisse être introduite oralement et confirmée par écrit par la suite.⁴⁰

L'échange automatique de renseignements sera privilégié pour améliorer la sincérité fiscale des contribuables et lorsqu'une grande masse de renseignements est à échanger. Ces informations seront obtenues de manière systématique et périodiquement. Ce type d'échange requiert un accord préliminaire entre les autorités sur la procédure à suivre et sur le type de renseignements à échanger.⁴¹

L'échange spontané de renseignements s'opérera quand une partie à la convention considère qu'une information est digne d'intérêt pour un autre État partie sans que ce dernier n'ait introduit de demande. Le §1^{er} de l'article 7 liste une série de situations dans lesquelles un échange de ce type aura lieu. L'efficacité de cet échange dépendra grandement des initiatives des États vérifiant si les informations disponibles ont un quelconque intérêt pour un autre État.⁴²

§ 2. Le contrôle fiscal simultané

La Convention permet aux parties d'effectuer des contrôles fiscaux simultanés. À la demande d'une partie, les autres parties seront invitées à se consulter afin de définir les différents cas devant faire l'objet d'un contrôle fiscal simultané et de déterminer les procédures relatives à ce contrôle.

³⁷ OCDE, « Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale », *op. cit.*

³⁸ OCDE, « Texte du rapport explicatif révisé relatif à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole », *op. cit.*, article 4, §1, pp. 50 et 51.

³⁹ A. PROSS et R. RUSSO, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁰ OCDE, « Texte du rapport explicatif révisé relatif à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole », *op. cit.*, article 5, §1, p. 53.

⁴¹ *Ibid.*, article 6, p. 54.

⁴² A. PROSS et R. RUSSO, *op. cit.*, p. 362.

Chaque partie reste cependant libre de décider si elle souhaite participer ou non à de tels contrôles.⁴³

Un contrôle fiscal simultané ne sera possible que si les parties ont un intérêt commun ou complémentaire vis-à-vis de la situation fiscale de la personne concernée par ce contrôle. L'intérêt commun ou complémentaire est à interpréter largement.⁴⁴

§ 3. Le contrôle fiscal à l'étranger

La Convention octroie la possibilité pour les représentants de l'autorité fiscale compétente d'un État contractant d'être présents physiquement lors d'un contrôle fiscal effectué dans un autre État quand ce contrôle a un intérêt commun pour ces derniers.⁴⁵

Afin de pouvoir assister à ce contrôle, une demande doit être envoyée à l'État dans lequel le contrôle aura lieu. La demande devra fournir une description précise de l'affaire fiscale sur laquelle elle se fonde ainsi que les raisons pour lesquelles la présence physique d'un représentant est souhaitable. L'État requis devra autoriser ou décliner la demande. S'il refuse, il indiquera les raisons de son refus. S'il accepte, il devra fournir la date et le lieu du contrôle, l'identité du fonctionnaire ou de l'autorité en charge du contrôle ainsi que les procédures et les conditions qu'il impose pour la conduite du contrôle. L'État requis restera maître du contrôle et le fonctionnaire étranger ne pourra en aucun cas exercer une autorité sur ce contrôle.⁴⁶

Les États peuvent faire part, de manière générale, de leur refus des demandes de présence d'un fonctionnaire étranger afin qu'ils ne doivent pas refuser de manière systématique les demandes de contrôle. Cette déclaration d'intention peut être faite ou retirée à tout moment. En effet, certains États voient la présence d'un fonctionnaire étranger comme une atteinte à leur souveraineté ou à leur politique. Certains États requièrent également une autorisation du contribuable visé pour que ces contrôles puissent être effectués.⁴⁷

CHAPITRE III. FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT – FATCA

SECTION I. CONTEXTE

En 2010, suite au scandale lié à l'affaire UBS et aux actions du G20, la nécessité d'une meilleure politique fiscale s'est faite ressentir afin de lutter contre l'évasion fiscale omniprésente. Les États-Unis ont ainsi été contraints de prendre diverses mesures agressives afin de lutter notamment contre la non-déclaration de revenus étrangers ou de comptes détenus par des citoyens américains dans des institutions financières situées à l'étranger. Parmi ces mesures, les articles 1471 à 1474, désormais mieux connus sous le nom de FATCA, ont été adoptés et ajoutés à « l'Internal Revenue

⁴³ OCDE et Conseil de l'Europe, *La convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le protocole de 2010*, Éditions OCDE, 2011, article 8, disponible sur www.oecd.org (8 mai 2015).

⁴⁴ OCDE, « Texte du rapport explicatif révisé relative à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole », *op. cit.*, article 8, §2, p. 58.

⁴⁵ A. PROSS et R. RUSSO, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁶ OCDE, « Texte du rapport explicatif révisé relatif à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole », *op. cit.*, article 9, §§ 1 et 2, pp. 60 et 61.

⁴⁷ *Ibid.*, article 9, § 3, pp. 61 et 62.

Code » américain (ci-après IRC). De nombreuses personnes ont vu dans FATCA une opportunité d'établir un standard global pour l'échange automatique d'informations.⁴⁸

Contrairement à de nombreux autres pays, les États-Unis ont comme critère de rattachement pour l'établissement et le paiement de l'impôt, la nationalité ou le statut de titulaire d'une carte verte et non le critère de résidence mieux connu en Europe. Cela implique que, quel que soit l'endroit où un Américain réside, il sera redevable de payer son impôt aux États-Unis. Il est également utile de préciser que selon la législation américaine, un contribuable américain est tenu d'inclure ses revenus de source étrangère dans son revenu brut et de payer l'impôt sur tous ses revenus y compris ceux de source étrangère bien qu'il y ait une possibilité d'imputer le « Foreign Tax Credit ».⁴⁹

Selon les dispositions de FATCA, les institutions financières étrangères sont sujettes à une retenue à la source de 30% sur certains paiements trouvant leur source aux États-Unis. Afin d'éviter cette retenue à la source, les institutions financières étrangères doivent s'enregistrer auprès de « l' Internal Revenue Service » (ci-après IRS), ce qui impliquera, pour elles, l'obligation de communiquer certaines informations concernant les titulaires américains de comptes en banque ou les propriétaires américains d'entités étrangères qui sont titulaires de compte en banque.⁵⁰ Dans certains cas, lorsqu'un traité en matière d'impôt sur les revenus trouve à s'appliquer, l'impôt de 30% est remboursable.⁵¹ En outre, FATCA impose la déclaration de comptes étrangers par les contribuables américains de façon à ce que les tiers déclarants ou les parties déclarantes, elles-mêmes, se sentent obligés de déclarer les revenus et comptes de la partie concernée.⁵² Suite à ces déclarations, l'IRS pourra vérifier si les dépôts effectués sur les comptes étrangers proviennent de revenus ayant déjà été soumis à l'impôt.⁵³

Le but principal de FATCA est de faire en sorte que tous les propriétaires américains directs et indirects de comptes financiers à l'étranger déclarent chaque année la valeur et les revenus de leurs comptes à l'IRS.⁵⁴ Ce processus permet, ainsi, d'identifier et de décourager les abus des contribuables en augmentant la transparence par la procédure de reporting et d'importantes sanctions.⁵⁵ FATCA reproduit de cette façon le régime national de déclaration dans un contexte transfrontalier et réclame des déclarations tant des FFI's que des contribuables américains.⁵⁶

⁴⁸ I. GRINBERG, « The battle Over Taxing offshore Accounts », *UCLA Law Review.*, n° 304, décembre 2012, p. 334.

⁴⁹ A. BRODZKA, « The road to FATCA in the European Union », *European Taxation*, octobre 2013, p. 517.

⁵⁰ J. D. BLANK et R. MASON, « United States National Report on Exchange of Information », *Annual Congress of the European Association of Tax Law Professors*, 2014, pp. 3 et 4.

⁵¹ C. P. TELLO et J. MALHERBE, « Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans l'échange d'informations fiscales », *D.B.F.*, 2013, n° 6, p. 330.

⁵² *Ibid.*, p. 329.

⁵³ *Ibid.*, p. 330.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 329.

⁵⁵ X., « The Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) », DLA PIPER, p. 1, disponible sur <https://files.dlapiper.com> (1^{er} mai 2015).

⁵⁶ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 330.

SECTION II. RÉGIME JURIDIQUE DE FATCA CLASSIQUE

§ 1. Le champ d'application ratione personae

1.1. Les institutions financières étrangères (FFI's)

1.1.1. La notion d'institutions financières étrangères

Une institution financière étrangère (ci-après FFI's pour Foreign Financial Institutions) est, au sens du Code de l'impôt sur le revenu américain, toute personne morale non-américaine considérée comme une institution financière.⁵⁷

Les institutions financières se regroupent en trois catégories. Premièrement, il y a les institutions « *qui acceptent les dépôts dans l'exercice ordinaire d'une activité bancaire ou commerciale similaire* »⁵⁸. Ensuite, il y a celles dont une partie substantielle de leurs affaires consiste à détenir des actifs financiers pour le compte de tiers et enfin il y a la catégorie des institutions financières engagées essentiellement dans les « *domaines des investissements, des réinvestissements ou de la commercialisation de titres, de participations dans des partnerships, de matières premières ou de tout intérêt (y compris les contrats à terme ou options) dans lesdits titres, participations ou matières premières* »^{59 60}.

Le champ d'application de la définition des FFI's s'élargit également à deux catégories additionnelles; d'une part, les compagnies d'assurance spécifiées et d'autre part, les sociétés holding ou les centres de trésorerie qui sont membres d'un groupe de sociétés associées qui inclut un autre type d'institutions financières ou qui est formé par un fonds d'investissement collectif ou d'autres fonds pour investir, réinvestir ou commercer en actifs financiers.⁶¹

1.1.2. Les institutions financières étrangères exclues de la définition d'entités financières étrangères

Certaines entités généralement engagées dans des activités d'investissement, de réinvestissement ou de négociation de titres sont exclues de la définition d'institutions financières étrangères. Sont ainsi exonérées, si elles répondent à certaines conditions, les sociétés holdings pures, les sociétés start-up, les entités non-financières en liquidation ou sortant d'un processus de réorganisation judiciaire ou de faillite ainsi que les centres de couverture ou de financement de groupes non-financiers.⁶²

1.1.3. Les institutions financières étrangères exemptées

Certaines institutions financières étrangères, bien qu'elles seraient susceptibles d'entrer dans la définition de FFI's, sont exemptées de leurs obligations FATCA suite au faible risque d'évasion

⁵⁷ O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, « FATCA ou le nouvel impérialisme fiscal américain », *R.G.F.*, 2011, n°1, pp. 8 et 9.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 341.

⁶² O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, *op. cit.*, pp. 9 et 10.

fiscale qu'elles représentent. La notice 2010-60⁶³ publiée le 27 août 2010 par le Trésor et l'IRS exempte ainsi, à titre d'exemple, certains plans de pensions si ces derniers répondent à une série de conditions.⁶⁴

1.2. Les entités financières étrangères présumées participantes (Deemed Compliant FFI's)

Afin de bénéficier de la qualification d'entité financière étrangère présumée participante et de pouvoir, par conséquent, bénéficier des obligations allégées afférant à ce statut, il faudra que l'instance qui opère la retenue à la source accepte de prendre certaines mesures d'identification des bénéficiaires de ces structures. Ces mesures consistent en l'identification de chaque individu de manière spécifique, en l'obtention de la documentation qu'elle serait contrainte de fournir si cette personne était un nouveau titulaire de compte ou un bénéficiaire direct du paiement effectué et en la communication à l'IRS des « *informations requises relatives à toute personne américaine déterminée qui a été identifiée comme titulaire d'une participation directe ou indirecte dans l'entité concernée* »^{65 66}.

1.3. Les entités non-financières étrangères

Une entité non financière étrangère (ci-après NFFE pour Non Financial Foreign Entities) est une catégorie résiduaire dans laquelle entrent toutes les entités étrangères qui ne sont pas considérées comme des institutions financières.⁶⁷ Ces entités ne sont pas obligées de conclure de contrat avec l'IRS et ne doivent donc pas respecter toutes les procédures imposées pour les FFI's.⁶⁸ Ces NFFE's sont simplement soumises à un devoir de collaboration afin d'identifier les personnes américaines qui détiendraient des avoirs dans un autre État sans les avoir déclaré à l'IRS.⁶⁹

§ 2. Le champ d'application *ratione materiae*

Les dispositions FATCA s'appliquent suite au transfert « *d'un paiement sujet à retenue à la source par un agent américain responsable de retenue à une entité étrangère* »⁷⁰.

La notion de compte américain est un élément clé de la législation FATCA. Un compte américain est un compte financier qui est détenu par un citoyen américain ou par une entité étrangère dont un ou plusieurs propriétaires sont des Américains.⁷¹

Les paiements sujets à retenue couvrent « *les revenus fixes déterminables annuels ou périodiques de source américaine qui sont normalement soumis à cette retenue à la source américaine quand ils sont payés à une personne étrangère* »⁷². Les produits bruts de la vente de tout

⁶³ Internal Revenue Service, Notice 2010-60, « Notice Requests For Comments Regarding Implementation of Information Reporting and Withholding Under Chapter 4 of the Code », 27 août 2010, disponible sur www.irs.gov (25 avril 2015).

⁶⁴ O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 10 et 11.

⁶⁷ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 342 et 343.

⁶⁸ O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 340.

⁷¹ O. HERMAND, P. DELACROIX, B. PASSAGEZ et J.-F. BOURMANNE, *op. cit.*, p. 15.

⁷² C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 340.

bien d'une catégorie qui peut produire des intérêts ou des dividendes de source américaine sont également compris dans les paiements sujets à retenue.⁷³

§ 3. Les obligations de diligence raisonnable

Afin de se conformer aux exigences de FATCA, les FFI's doivent conclure un accord avec l'IRS par lequel elles s'obligent à identifier les titulaires de comptes américains et de déclarer des informations significatives les concernant. Les informations à transmettre sont entre autres le nom, l'adresse, le numéro d'identification fiscale, le plus haut solde du compte durant l'année, le numéro de compte et les revenus annuels du titulaire de compte à déclarer.⁷⁴

Les comptes de dépôt préexistants (comptes ouverts avant le 1^{er} juillet 2014) d'une personne physique ayant une valeur inférieure à 50 000 dollars ainsi que les contrats d'assurance et les contrats de rente préexistants dont le solde n'excède pas ce montant ne doivent pas faire l'objet d'une déclaration à moins que l'entité le souhaite. En ce qui concerne les comptes de dépôt et les contrats d'assurance préexistants d'une entité dont la valeur inférieure à 250 000 dollars, la même exception s'applique. Les nouveaux comptes ouverts après le 1^{er} juillet 2014 doivent, quant à eux, être tous identifiés.⁷⁵

Les comptes préexistants détenus par une personne physique qui ne rentrent pas dans la catégorie ci-dessus devront être analysés par la FFI qui examinera si on est en présence d'indices qui déterminent si la personne est titulaire d'un compte américain déclarable. Ces indices sont, par exemple, la nationalité américaine, être né aux États-Unis, avoir son adresse actuelle aux USA, avoir un numéro de téléphone américain, etc.⁷⁶ Si un indice est associé au compte, ce dernier devra être rapporté à l'IRS. Si l'indice ne reflète pas le statut de personne américaine du compte alors le titulaire du compte pourra, sur base de documents justificatifs et attestations, rétablir le statut non-américain du compte et ainsi éviter la déclaration du compte. En ce qui concerne les comptes nouveaux de personnes physiques, si la valeur du compte excède un million de dollars, la FFI sera tenue d'examiner le dossier papier dans la limite des cinq ans précédant cette analyse sauf si le dossier électronique couvre certains indices et d'interroger le chargé de clientèle en vue de déterminer le statut des comptes.⁷⁷

Pour les comptes d'entités préexistants, la FFI se doit de déterminer si l'entité est une personne américaine ou non sur base d'indices comme le fait que le pays de création de la société ou le lieu du siège social est aux États-Unis.⁷⁸ La FFI pourra également s'appuyer sur des procédures et des documents existants qui sont en conformité avec les règles anti-blanchiment leur imposant d'identifier leur client.⁷⁹

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 343.

⁷⁵ G. COLOT, O. HERMAND, P. DELACROIX, « FATCA : l'accord intergouvernemental belgo-américain a enfin été signé », *Fiscologue international*, 31 mai 2014, n° 365, pp. 5 et 6, disponible sur www.fiscologue.be (20 mars 2015).

⁷⁶ X., « Sujet : Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) – Procédure », ERGO life, p. 8, disponible sur www.ergolife.be (20 avril 2015).

⁷⁷ G. COLOT, O. HERMAND, P. DELACROIX, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁸ X., « Sujet : Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) – Procédure », *op. cit.*, p. 8.

⁷⁹ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 343.

§ 4. Les titulaires de comptes récalcitrants

Les titulaires de comptes récalcitrants sont les titulaires de compte d'une FFI participante, ou supposée en conformité, qui ne fournissent pas les documents d'identification ou la renonciation effective au droit étranger qui seraient susceptibles d'empêcher la déclaration de ce titulaire de compte à l'IRS ou encore celui qui fournit une documentation passive des entités étrangères non-financières mais qui s'abstient de fournir les informations relatives à ses propriétaires. Les FFI's participantes ou supposées en conformité devront effectuer une retenue de 30 % sur les paiements « passthru »⁸⁰ faits à de tels titulaires de comptes. Par contre, si le paiement est un paiement étranger « passthru », aucune retenue à la source n'est requise avant le 1^{er} janvier 2017.⁸¹

SECTION III. ACCORDS INTERGOUVERNEMENTAUX

§ 1. L'origine et les notions

Les accords intergouvernementaux (ci-après IGA pour intergovernmental agreement) ont été développés afin de faciliter l'implémentation de FATCA et ont été perçus comme des modèles d'accords convaincants qui ont récemment servi de modèle pour le Common Reporting Standard de l'OCDE.⁸²

En effet, un des obstacles principaux à la mise en application de FATCA est le conflit entre d'une part les exigences de FATCA et d'autre part les constitutions nationales et les législations nationales relatives à la protection des données et à la protection de la vie privée. De plus, le respect de FATCA peut également être compromis suite aux Codes pénaux de certains pays qui interdisent le rassemblement et la communication de données personnelles à moins de respecter certaines conditions précises.⁸³

Contrairement aux États-Unis qui n'ont pas de telles législations, l'Union européenne oblige, par sa directive⁸⁴ sur la protection des données, chaque État membre à introduire une législation conforme à cette dernière. Selon les dispositions contenues dans cette directive, les données révélant qu'un titulaire de compte est un citoyen ou un résident américain ne peuvent être rassemblées et encore moins révélées à l'IRS en l'absence d'habilitation législative. Suite à cette impossibilité de transférer les informations requises par FATCA, les institutions financières se retrouvaient soumises à une retenue à la source de 30%.⁸⁵

Une des solutions trouvées à ce problème majeur rencontré par les institutions financières fut la conclusion d'accords intergouvernementaux développés à l'origine avec les administrations fiscales du Royaume-Uni, de l'Allemagne, de la France, de l'Italie et de l'Espagne. Ces accords sont destinés à résoudre les différents problèmes d'application de FATCA suite au conflit de législations notamment

⁸⁰ 26 U.S Code, § 1471, (d), (7): « *The term "passthru payment" means any withholdable payment or other payment to the extent attributable to a withholdable payment.* ».

⁸¹ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 344.

⁸² M. SOMARE et V. WÖHRER, « Two different FATCA model intergovernmental agreements: which is preferable ? », *Bulletin for international taxation*, août 2014, p. 396.

⁸³ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 331 et 332.

⁸⁴ 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, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995.

⁸⁵ *Ibid.*

en exigeant des institutions financières étrangères de fournir leur rapport aux autorités fiscales de leur pays dans un premier temps plutôt qu'à l'IRS.⁸⁶

§ 2. Les deux principaux types d'accords intergouvernementaux

2.1. Le modèle 1

Le modèle 1 prévoit un échange automatique d'informations réciproque ou unilatéral et établit un mécanisme de rapport d'informations en deux temps.

Dans un premier temps, les institutions financières étrangères communiquent directement les informations concernant les titulaires de comptes américains à leur autorité locale. Dans un second temps, suite à la réception de ces informations, cette autorité locale est responsable de transmettre les informations requises par FATCA à l'IRS. L'autorité locale est autorisée à fournir ces informations à l'IRS par un programme d'échange d'informations autorisé par une disposition sur l'échange automatique d'informations figurant dans un traité en matière d'impôts sur les revenus, un accord d'échange d'informations fiscales ou dans la convention sur l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. Les informations sont échangées annuellement dans les neuf mois après la fin de l'année de laquelle relèvent les informations transmises.⁸⁷ Les institutions financières étrangères répondant de ce modèle ne sont pas responsables de la transmission des informations à l'IRS mais seulement du rapport de celles-ci à leur autorité locale responsable en la matière.⁸⁸

En application de la réciprocité prévue dans ce modèle, les banques américaines devront fournir les mêmes informations à l'IRS qui les transférera aux États avec lesquels ils ont conclu un accord basé sur le modèle 1.⁸⁹

2.2. Le modèle 2

Le modèle 2 n'exige pas que l'autorité locale des pays partenaires de FATCA collecte les informations afin de les transmettre à l'IRS. Les partenaires de FATCA permettent, par ce modèle, que les institutions financières qui sont résidentes dans leur pays ou qui sont organisées selon leurs lois s'enregistrent auprès de l'IRS et se conforment aux dispositions de FATCA incluant l'échange d'informations par un « FFI agreement ».⁹⁰

Afin d'être traitées comme « FATCA compliant », les institutions financières des pays ayant opté pour le modèle 2 doivent donc conclure un FFI agreement avec l'IRS mais doivent en outre demander à chaque détenteur d'un compte américain de consentir au rapport d'informations à l'IRS. Si le détenteur de compte américain ne donne pas son accord, l'institution financière devra simplement transmettre les informations agrégées sur ce compte.⁹¹

⁸⁶ *Ibid.*, p. 332.

⁸⁷ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 399.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ A. BRODZKA, *op. cit.*, p. 518.

⁹⁰ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 399.

⁹¹ *Ibid.*

Un échange d'informations entre les deux gouvernements habilités sera toutefois possible concernant les titulaires de comptes récalcitrants qui ne souhaitent pas coopérer avec les exigences de FATCA.⁹²

Ce modèle est généralement préféré par les pays ayant de fortes réglementations visant à protéger leur secret bancaire comme la Suisse bien que cette dernière a récemment introduit un projet afin d'adopter le modèle 1.

2.3. La comparaison entre le modèle 1 et le modèle 2

Les deux modèles d'accords intergouvernementaux ont, malgré leur structure similaire, de nombreuses différences. Il est, tout d'abord, important de préciser que le modèle d'accord 1 est un accord plus autonome que le modèle 2 qui est, quant à lui, plus basé sur les dispositions FATCA et les dispositions de l'IRC.⁹³

Par ailleurs, le but du modèle 1 est d'améliorer la conformité fiscale internationale alors que le modèle 2 a pour but d'améliorer la coopération entre les États-Unis et les pays partenaires de FATCA dans leur combat contre l'évasion fiscale. Par conséquent, le modèle 1 aura une portée plus globale, ce qui lui vaudra d'être préféré au modèle 2 par l'OCDE comme modèle pour ses travaux.⁹⁴

De nombreux pays optent également pour le modèle 1 car il est le seul modèle permettant la réciprocité de l'échange des informations à l'inverse du modèle 2 qui ne permet pas une telle possibilité.⁹⁵

Du point de vue de la procédure, le modèle 1 et le modèle 2 se distinguent. En effet, sous le modèle 1, les institutions financières ne doivent pas conclure un contrat FFI avec l'IRS étant donné que les informations transmises sont collectées par l'autorité compétente de l'État partenaire FATCA avant d'être envoyées à l'IRS. Malgré cela, les institutions financières seront, tout de même, tenues de s'enregistrer sur le site de l'IRS FATCA. Sous le modèle 2, les institutions financières étrangères doivent transmettre directement les renseignements à l'IRS et doivent donc conclure un contrat FFI avec l'IRS.⁹⁶

Enfin, il est important d'insister sur le fait que ni le modèle 1, ni le modèle 2 n'établissent un régime obligatoire d'échange automatique d'informations. Ils se basent tous deux sur des traités fiscaux existants, sur des accords d'échange d'informations fiscales ou encore sur des conventions multilatérales d'assistance mutuelle en matière fiscale.⁹⁷

§ 3. Les accords intergouvernementaux en rédaction libre (free-standing)

Les accords intergouvernementaux en rédaction libre sont des accords qui sont conclus par les États-Unis avec les pays avec lesquels ils n'ont pas de relations de partage d'informations fiscales.

⁹² C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 334.

⁹³ M. SOMARE et V. WÖHRER, *op. cit.*, p. 398.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*, p. 399.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 398.

Ces accords peuvent adopter la forme du modèle 1 ou du modèle 2. Cependant, en cas de choix du modèle 1, l'accord doit se limiter à un accord non-réciproque.⁹⁸

Ces accords contiennent les procédures et les autorisations légales requises pour qu'un échange d'informations soit possible. En effet, généralement, ces procédures et autorisations sont établies dans un traité sur les impôts sur les revenus, dans un accord d'échange d'informations ou encore dans un accord multilatéral.⁹⁹

L'existence de tels accords est primordiale spécialement pour des pays comme Singapour ou Hong-Kong avec lesquels aucune relation d'échange d'informations fiscales n'est convenue à ce jour.¹⁰⁰

CHAPITRE IV. NOUVELLE NORME OCDE D'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS

Suite à l'impulsion lancée par les Américains avec FATCA afin de lutter contre l'évasion fiscale, l'OCDE a publié le 13 février 2014 sa nouvelle norme d'échange automatique de renseignements. Cette norme commune a reçu l'assentiment de l'ensemble des ministres des finances ainsi que des gouverneurs de banque centrale des pays du G20. En juillet 2014, la version complète de la norme a été publiée. Celle-ci comprend trois éléments principaux : le Common Reporting Standard (ci-après CRS), le modèle d'accord entre les autorités compétentes (ci-après CAA) ainsi que les commentaires relatifs à ces deux premières composantes.¹⁰¹

Le CRS contient les différentes règles de déclaration et de due diligence imposées aux institutions financières. Il fournit, par conséquent, aux gouvernements des règles concernant les informations de comptes financiers qui doivent être collectées par les institutions financières, les différents types de comptes et de contribuables visés et les règles de due diligence permettant d'identifier les comptes déclarables.¹⁰²

Le CAA, quant à lui, contient les règles détaillées relatives à l'échange d'informations. En effet, il précise quelles informations doivent être échangées, la manière et les délais des échanges, les règles sur la confidentialité des informations transmises ainsi que l'obligation d'avoir une structure administrative permettant une relation d'échange d'informations efficace. Le CAA lie le CRS et les bases légales autorisant les informations des comptes financiers à échanger.¹⁰³

L'implémentation du nouveau standard réclame que le CRS soit transposé en droit national alors que le CAA peut s'appliquer sous un cadre juridique existant permettant l'échange automatique d'informations comme, par exemple, l'article 6 de la Convention multilatérale relative à l'assistance mutuelle dans des matières fiscales, l'équivalent de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, des directives européennes, etc. Les États devront donc, pour rendre le CRS applicable, le transposer en droit interne, sélectionner une base légale pour l'échange d'informations, conclure un

⁹⁸ C. P. TELLO et J. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 335 et 336.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ O. HERMAND, P. DELACROIX, S. MARTIN, « Le Common Reporting Standard de l'OCDE, partie intégrante du paysage européen (partie I) », *R.G.F.*, 2015, n° 2, p. 13.

¹⁰² V. URINOV, « Tax amnesties as a transitional bridge to automatic exchange of information », *Bulletin for international taxation*, mars 2015, p. 171.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 170 et 171.

CAA sur une base bilatérale ou multilatérale et mettre en place une certaine technologie pour pouvoir récolter les informations à moindre coût ainsi que prendre des mesures nécessaires pour s'assurer que l'État, recevant les informations, ait bien le cadre légal et la capacité administrative pour protéger la confidentialité des données échangées et pour vérifier que celles-ci seront bien utilisées dans les buts précisés dans les différents instruments.¹⁰⁴

SECTION I. COMMON REPORTING STANDARD (CRS)

§ 1. Le champ *ratione personae*

Les institutions financières déclarantes, selon les dispositions du CRS, sont aussi bien les banques de dépôt que les institutions conservatrices, les courtiers, certains véhicules de placement collectif, les trusts et certaines compagnies d'assurance.¹⁰⁵

Une série d'entités sont exclues du champ d'application du CRS dont notamment les entités publiques, les organisations internationales, les banques centrales, les fonds de pension, les émetteurs de cartes de crédit qualifiés, les véhicules de placements collectifs exemptés ou encore les trusts dont l'administrateur est une institution financière déclarante qui déclare toutes les informations nécessaires au nom du trust.¹⁰⁶ Les institutions présentant un faible risque d'être utilisées en vue d'une évasion fiscale sont également exclues de ce champ et ne devront pas transmettre les informations requises par les prescrits du CRS.¹⁰⁷

§ 2. Le champ *ratione materiae*

Les comptes déclarables sont ceux détenus par des personnes physiques, des entités, des fiducies, des fondations ainsi que ceux détenus par des entités passives dans le but de fournir des informations sur les personnes de contrôle.¹⁰⁸

Le CRS prévoit un échange automatique annuel, entre États, d'informations relatives aux comptes financiers de tous les types de revenus de placement incluant les intérêts, les dividendes, les revenus de certains contrats d'assurance, les rentes ainsi que les soldes des comptes et les produits de la cession de certains actifs financiers déclarés par les institutions financières à l'administration.¹⁰⁹

Certains comptes se verront exclus du champ d'application de la notion de compte déclarable dont, entre autres, les comptes de pension ou de retraite, certains contrats d'assurance-vie, les comptes de succession ou d'autres présentant un faible risque d'évasion fiscale qui seront définis par la loi interne.¹¹⁰

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 171.

¹⁰⁵ X., « Automatic exchange of information – The Common Reporting Standard », KPMG International, 2014, p. 15, disponible sur www.kpmg.com (20 avril 2015).

¹⁰⁶ X., « OECD Common Reporting Standard », EY, 18 février 2014, p. 4, disponible sur www.ey.com (1^{er} mai 2015).

¹⁰⁷ X., « OECD publishes long anticipated commentary on Common Reporting Standard », PWC, 28 juillet 2014, p. 2, disponible sur www.pwc.com (1^{er} mai 2015).

¹⁰⁸ F. FOGLI, « L'OCDE : une source de droit fiscal en plein essor », *R.G.F.*, octobre 2014, n° 10, p. 2.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ X., « OECD Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 4.

§ 3. Les obligations de diligence raisonnable

Malgré de nombreux points communs entre les règles de due diligence prévues par FATCA et celles prévues par la directive modifiée relative à la coopération administrative qui sera analysée en détail *infra*, le CRS a introduit quelques modifications à ces dernières.

Pour les comptes préexistants des personnes physiques, les institutions financières sont tenues de réviser les comptes en fonction de leur solde. Une distinction est à opérer entre les exigences pour les comptes de haute valeur, soit ceux de plus d'un million de dollars, et ceux de basse valeur.

Pour les comptes de faible valeur, si l'institution financière a une adresse de résidence actuelle, elle doit traiter le titulaire du compte comme un résident fiscal du pays que désigne cette adresse. Si aucune adresse n'est trouvée, une recherche dans les dossiers électroniques sera faite selon une liste de six indices qui sont considérés comme indiquant d'où le titulaire du compte est un résident fiscal. Parmi ces indices, on peut trouver une adresse e-mail actuelle ou une adresse de résidence, un ou plusieurs numéros de téléphone dans un pays déclarable et l'absence de numéro de téléphone dans le pays de l'institution financière déclarante, etc. Si aucun indice n'est trouvé, l'institution financière devra traiter le titulaire de compte comme un résident de chaque pays identifié à moins que ce dernier ne prouve par certains documents qu'il n'est pas résident de ces pays. La même procédure s'appliquera aux comptes de haute valeur mais une recherche dans les dossiers papiers devra être effectuée à moins que la recherche électronique ait révélé assez d'informations pour couvrir toute la liste d'indices. Une interrogation du chargé de clientèle sera aussi organisée pour ces comptes-là.¹¹¹

Pour les nouveaux comptes détenus par une personne physique, une auto-certification du titulaire du compte pour déterminer d'où il est résident fiscal est requise.¹¹² L'institution financière devra ensuite confirmer le caractère raisonnable de cette dernière en se basant sur des informations obtenues suite à l'ouverture du compte ou par les informations collectées dans les procédures relatives à l'anti-blanchiment d'argent. Il n'y a pas de seuil minimum prévu par le CRS contrairement à FATCA.¹¹³

Pour les comptes préexistants d'entités, l'institution financière devra déterminer si l'entité est elle-même une personne déclarable. En outre, les institutions financières devront déterminer si l'entité est une entité non financière passive et déterminer, si c'est le cas, la résidence de la personne de contrôle. Cela peut généralement être accompli sur base d'informations disponibles comme celles collectées pour les procédures anti-blanchiment ou les procédures de Know Your Customer (ci-après KYC). Cependant, dans le cas où ces informations ne seraient pas suffisantes, une auto-certification sera demandée pour établir si l'entité est une personne déclarable. Un État peut autoriser les institutions financières à appliquer un seuil pour rendre les comptes préexistants des entités en-

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 6 et 7.

¹¹² X., « OECD publishes long anticipated Commentary on Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 2.

¹¹³ X., « OECD Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 8.

dessous de 250 000 dollars non sujets à révision.¹¹⁴ Si le solde du compte augmente et dépasse ce seuil dans les années suivantes, une révision devra alors être réalisée.¹¹⁵

Pour les nouveaux comptes d'entités, ils sont sujets à la même évaluation que pour les comptes préexistants mais l'option de choix du seuil de 250 000 dollars ne s'applique pas car il est plus aisé d'obtenir une auto-certification pour les nouveaux comptes.¹¹⁶

SECTION II. MODÈLE DE CONVENTION D'AUTORITÉS COMPÉTENTES (CAA)

§ 1. Les différentes informations à échanger

La deuxième section du modèle de convention entre autorités compétentes prévoit quelles informations feront l'objet de l'échange automatique d'informations.

Pour l'ensemble des comptes à déclarer, il faudra transmettre le nom, l'adresse, le numéro d'identification fiscal ainsi que la date et le lieu de naissance de chaque personne déclarable qui est titulaire d'un compte à déclarer. Pour les entités titulaires d'un compte déclarable et qui ont une ou plusieurs personnes de contrôle qui sont des personnes déclarables, les renseignements de base à échanger seront le nom, l'adresse, le numéro d'identification fiscale de l'entité et le nom, l'adresse, le numéro d'identification fiscale, la date et lieu de naissance de chaque personne déclarable. En outre, le numéro de compte, le nom et le numéro d'identification de l'institution financière déclarante, le solde ou la valeur du compte à la fin de l'année ou à la fin de la clôture du compte seront à communiquer.¹¹⁷

Dans le cas des comptes conservateurs, des renseignements complémentaires devront être ajoutés à ceux de base cités *supra*. Ces informations sont le montant total brut des intérêts, des dividendes et des autres revenus générés dans le cadre des actifs détenus sur le compte, revenus payés ou crédités sur le compte dans l'année calendrier ou dans une autre période de déclaration convenue par les États ainsi que le total des produits bruts de la vente ou du rachat de propriété payés ou crédités sur le compte pendant l'année calendrier à condition que l'institution financière déclarante agisse comme un conservateur, courtier, mandaté ou un agent du titulaire du compte.¹¹⁸

Dans le cas des comptes dépositaires, il faudra ajouter aux renseignements de base le montant total brut des intérêts payés ou crédités sur le compte durant la période calendrier ou d'une autre période convenue par les États.¹¹⁹

Pour les autres comptes, il conviendra également de communiquer les montants totaux bruts payés ou crédités sur le compte durant l'année calendrier et, si l'institution financière est le créancier ou le débiteur, il faut inclure le montant agrégé des paiements de rachat faits par le titulaire du compte durant l'année de référence ou une autre période déterminée par les deux États.¹²⁰

¹¹⁴ X., « OECD publishes long anticipated Commentary on Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁵ X., « OECD Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁶ X., « OECD publishes long anticipated Commentary on Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁷ X., « Automatic exchange of information – The Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

§ 2. Les délais de transmission des différentes informations

Selon la troisième section du CAA, les informations échangées devront identifier la devise de chaque montant faisant l'objet d'une déclaration. Les données devront être échangées sur une base annuelle et dans les neuf mois qui suivent la fin de l'année (en septembre) de laquelle relèvent les informations. Les autorités compétentes se mettront d'accord sur la ou les méthodes pour transférer leurs données.¹²¹

§ 3. Les règles de confidentialité et de collaboration

Le modèle de convention entre les autorités compétentes exige que les autorités compétentes se notifient les déclarations incorrectes ou incomplètes ainsi que les institutions financières qui ne respectent pas les règles sur l'échange automatique des données. Chaque autorité est également censée assurer la bonne conformité des institutions financières aux règles ainsi qu'à aborder le problème de la non-conformité aux règles par leurs lois nationales.¹²²

Le modèle CAA prévoit à sa section 5, des exigences relatives à la confidentialité et à la sauvegarde des données transmises. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, les autorités doivent avoir, avant de conclure l'accord, une capacité administrative et des processus pour assurer la confidentialité des données dans leur droit national.¹²³

SECTION III. PRINCIPALES DIFFÉRENCES AVEC FATCA

Le nouveau modèle de norme commune relative à l'échange automatique d'informations de l'OCDE, qui est basé sur le modèle 1 des accords intergouvernementaux FATCA, présente de nombreuses ressemblances au FATCA américain. Cependant, nous nous efforcerons de démontrer *infra* qu'il existe de nombreuses petites différences entre les deux modèles comme, par exemple, le fait que le CRS s'adapte à un contexte multilatéral contrairement à FATCA.¹²⁴

Certaines différences ont trait au champ d'application *ratione personae*. Premièrement, FATCA est basé sur le critère de nationalité américaine des titulaires de comptes déclarables. Le CRS est, quant à lui, focalisé sur la résidence fiscale des titulaires de comptes. La recherche d'indices dans la procédure de due diligence varie donc selon qu'on cherche à établir la nationalité ou la résidence. Deuxièmement, le CRS a une notion plus large d'entité financière. En effet, contrairement à FATCA, celui-ci n'exclut pas les petites entités locales du champ d'application.¹²⁵

Des différences peuvent aussi être décelées dans la procédure de due diligence. Tout d'abord, FATCA suit des procédures différentes pour ses contrats FFI et pour son modèle 1A d'accord intergouvernemental, le CRS a opté pour la procédure du modèle IGA en se démarquant sur quelques

¹²¹ O.C.D.E., « Modèle d'accord entre autorités compétentes », in *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers – norme commune de déclaration et de diligence raisonnable*, Éditions OCDE, 13 février 2014, Section 3, disponible sur www.oecd.org (8 mai 2015).

¹²² X., « OECD publishes long anticipated Commentary on Common Reporting Standard », *op. cit.*, p. 3.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ A. KNOBEL et M. MEINZER, « "The end of bank secrecy" ? Bridging the gap to effective automatic information exchange », 10 novembre 2014, p. 10, disponible sur www.taxjustice.net (15 avril 2015).

¹²⁵ X., « OECD CRS Reporting », EY, février 2015, p. 14. (Inédit, slides d'une conférence donnée par EY, Luxembourg, février 2015)

points.¹²⁶ Ensuite, les dates sont différentes pour les deux instruments. En effet, dans le cadre du CRS, les comptes préexistants sont ceux ouverts avant le 31 décembre 2015 et les nouveaux comptes ceux ouverts à partir du 1^{er} janvier 2016. La procédure de due diligence doit être terminée pour le 31 décembre 2016 pour les comptes de personnes physiques de haute valeur et pour le 31 décembre 2017 pour les comptes de faible valeur détenus par des personnes physiques ou ceux détenus par des entités. Selon les dispositions de FATCA, les comptes préexistants sont ceux ouverts avant le 30 juin 2014 et les nouveaux sont ceux ouverts à partir du 1^{er} juillet 2014 et la due diligence doit être effectuée pour le 30 juin 2015 pour les comptes de personnes physiques de haute valeur et pour le 30 juin 2016 pour les autres comptes.¹²⁷

Ensuite, il faut préciser qu'il n'y a pas de seuil minimum dans le CRS excepté la possibilité de ne pas réviser les comptes préexistants de moins de 250 000 dollars détenus par une entité. FATCA prévoyait un seuil de révision à 50 000 dollars pour les comptes préexistants de personnes physiques et de 250 000 dollars pour les comptes préexistants d'une entité.¹²⁸

Du point de vue de la procédure, un enregistrement est requis pour FATCA à moins qu'on soit exempté ou certifié conforme. Le CRS ne réclame pas un tel enregistrement à moins qu'aucun enregistrement n'ait été passé avec les autorités fiscales de l'État concerné. En ce qui concerne les sanctions pour absence de conformité aux règles, le CRS ne prévoit pas une retenue à la source comme FATCA mais il considérera ces entités non conformes comme des entités non-financières passives qui devront donner des informations à propos de leurs personnes de contrôle. De plus, le CRS prévoit des sanctions selon le droit financier local alors que FATCA prévoit également des sanctions prévues par le droit financier interne pour les infractions mineures.¹²⁹

B. DISPOSITIONS EUROPÉENNES METTANT EN ŒUVRE L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS

CHAPITRE I. DIRECTIVE EN MATIÈRE DE FISCALITÉ DES REVENUS DE L'ÉPARGNE SOUS FORME DE PAIEMENTS D'INTÉRÊTS – LA DIRECTIVE ÉPARGNE

SECTION I. CONTEXTE

Afin de lutter contre la concurrence fiscale dommageable, l'Union européenne a pris, au début des années 2000, un arsenal de mesures sous le nom de paquet fiscal. L'une des mesures phare de ce paquet fut d'adopter, le 3 juin 2003, la directive européenne sur la fiscalité de l'épargne, suite au constat que de nombreuses personnes physiques échappaient fréquemment à toute forme d'imposition fiscale sur les revenus de l'épargne lorsque ces derniers étaient perçus dans un État étranger ne pratiquant pas un prélèvement à la source sur les intérêts attribués à des non-résidents grâce notamment à des montages fiscaux.¹³⁰

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ H. ISMAIL et M. SHAH, « Global FATCA – the OECD's Common Reporting Standard », *Aima journal*, 2014, pp. 4 et 5, disponible sur www.aima.org.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 2 et 3.

¹³⁰ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., p. 126.

L'entrée en vigueur de la directive avait été prévue initialement pour le 1^{er} janvier 2005 sous réserve que deux conditions soient remplies. Premièrement, la Suisse, le Liechtenstein, Saint-Marin, Monaco et Andorre devaient, à partir de cette même date, prévoir des mesures similaires à celles prescrites par la directive. Deuxièmement, les territoires dépendants ou associés comme les îles anglo-normandes, l'île de Man et les territoires dépendants ou associés des Caraïbes se devaient d'appliquer, à compter de cette date, l'échange automatique d'informations ou d'appliquer pendant une période transitoire une retenue à la source comme tel est le cas pour trois pays européens.¹³¹ La Suisse et Monaco ont également profité de cette possibilité et ont appliqué une retenue à la source notamment pour protéger leur secret bancaire institutionnel à cette époque.¹³²

L'objectif final de la directive épargne était de permettre que les intérêts de l'épargne payés dans un État membre à des personnes physiques résidentes d'un autre État membre soient effectivement imposés conformément aux dispositions nationales de l'État de résidence du bénéficiaire des revenus de l'épargne. Afin que cet objectif soit réalisé, la Commission européenne avait opté pour un système d'échange automatique de renseignements entre les autorités compétentes des différents États membres. Chaque État a, dès lors, pu disposer des renseignements nécessaires à l'imposition des intérêts de l'épargne perçus à l'étranger par ses propres résidents.¹³³

Si l'échange automatique a été accepté par une grande majorité des pays de l'Union européenne, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg se sont opposés à cet échange automatique car ce mécanisme impliquait une levée de leur secret bancaire que leur législation nationale protégeait. Une autre raison principale du refus du système de l'échange automatique d'informations était le risque de ne plus être suffisamment compétitif par rapport à d'autres pays comme la Suisse ou les États-Unis tant que ces derniers ne marquaient pas leur accord pour l'échange d'informations sur demande comme le modèle de l'OCDE.¹³⁴

Suite à cette opposition, la directive a poursuivi pendant une période transitoire un objectif subsidiaire qui consistait à garantir un minimum d'imposition effective des intérêts de l'épargne payés à des résidents d'un autre État membre. Pour répondre à cet objectif, un système de retenue fiscale a été appliqué en Belgique, en Autriche et au Luxembourg en contrepartie de l'absence de transfert d'informations sur leurs clients. Le taux de cette retenue a été fixé à 15% durant les trois premières années, à 20% durant les trois années suivantes et ensuite à 35%. Ces trois pays, malgré leur système de retenue, ont été en droit de recevoir des renseignements des autres États membres. Au terme de cette période, la directive visait à mettre en place un système d'échange automatique d'informations par les autorités fiscales de tous les États membres de l'Union européenne.¹³⁵

Malgré ce système de prélèvement, les bénéficiaires effectifs pouvaient éviter ce prélèvement à la source ou précompte européen en autorisant leur agent payeur à communiquer à leur État de

¹³¹ S. SCARNA, « Le secret bancaire : chronique d'une mort annoncée ? », *R.G.F.*, février 2004, n° 2, p. 7.

¹³² P. BOLLEN, « La directive européenne sur l'épargne : après 6 ans de négociations, enfin une approbation du changement et de l'élargissement du champ d'application », *Actualité patrimoniale*, 7 mai 2014, p. 1, disponible sur www.bnpparibasfortis.be (5 avril 2015).

¹³³ T. A. KAYE, « Innovation in the war of tax evasion », *B.Y.U.L.*, 2014, n° 363, pp. 397 et 398.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 399.

¹³⁵ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., pp. 128 et 129.

résidence les informations visées par la directive ou en leur remettant un certificat délivré par l'autorité compétente de l'État membre. Ce choix pouvait conférer un avantage fiscal car le prélèvement d'une retenue à la source par l'État membre de l'agent payeur n'empêche pas l'État membre de résidence fiscale du bénéficiaire effectif d'imposer les intérêts perçus conformément à son droit national. Le précompte n'était donc pas libératoire.¹³⁶

Le 1^{er} janvier 2010, la Belgique a décidé de quitter le régime dérogatoire et de passer au régime de droit commun. Le Luxembourg a également décidé de participer à l'échange automatique d'informations avec l'Union européenne à partir du 1^{er} janvier 2015.¹³⁷

SECTION II. RÉGIME JURIDIQUE DE LA DIRECTIVE ÉPARGNE

§ 1. Le champ d'application ratione personae

L'agent payeur que vise la directive est défini comme « *tout opérateur économique qui paie des intérêts ou attribue le paiement d'intérêts au profit immédiat du bénéficiaire effectif, que cet opérateur soit le débiteur de la créance produisant les intérêts ou l'opérateur chargé par le débiteur ou le bénéficiaire effectif de payer les intérêts ou d'en attribuer le paiement* »¹³⁸. En cas de chaîne d'intermédiaires, l'agent payeur sera le dernier intermédiaire qui paie les intérêts directement au bénéficiaire final ou les attribuent à son profit. L'agent payeur pourra, par conséquent, être une institution financière, une entreprise ou une personne morale qui est débitrice d'intérêts ainsi qu'une personne physique agissant dans un cadre professionnel comme par exemple un agent de fortune ou encore un agent fiduciaire.¹³⁹

La directive identifie également l'entité à laquelle des intérêts sont payés au profit du bénéficiaire effectif comme un agent payeur à la réception. Pour être considéré de la sorte par la directive, différentes conditions doivent être remplies cumulativement. En effet, l'entité ne doit pas être une personne morale, ses bénéfices ne doivent pas être imposés en application des principes relatifs à la fiscalité des entreprises et l'entité ne peut pas non plus être un organisme de placement collectif de valeurs mobilières.¹⁴⁰

La directive épargne s'applique exclusivement aux personnes physiques qui résident dans un autre État membre de l'Union européenne que celui où l'agent payeur est établi. Aucune distinction n'est faite en fonction de ce que les paiements d'intérêts soient des revenus professionnels ou des revenus privés. Les personnes morales sont exclues du champ d'application de la directive.¹⁴¹ Celle-ci qualifie de bénéficiaire effectif « *toute personne physique qui reçoit un paiement d'intérêts ou toute personne physique à laquelle un tel paiement est attribué, sauf si elle fournit la preuve que ce paiement n'a pas été reçu ou attribué pour son propre compte* »¹⁴².

¹³⁶ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., p. 129.

¹³⁷ O. HERMAND et P. DELACROIX, « La nouvelle "directive épargne" resserre les mailles du filet », *R.G.F.*, 2014, n° 6, p. 6.

¹³⁸ Directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *J.O.U.E.*, L 157, 26 juin 2003, article 4.1.

¹³⁹ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., pp. 131 à 133.

¹⁴⁰ *Ibid.* pp. 133 et 134.

¹⁴¹ J. WELLENS, « Directive épargne européenne », p. 2, disponible sur www.monKey.be (14 février 2015).

¹⁴² Directive 2003/48/CE, op. cit., article 2.

§2. Le champ d'application ratione materiae

La directive s'applique si on se retrouve en présence d'intérêts de produits financiers émis à partir du 1^{er} mars 2001. La notion de paiement d'intérêts est interprétée très largement et comprend les intérêts de créances dont les lots et les primes, qu'il s'agisse d'intérêts sur dépôt bancaire, bons de caisse ou encore d'obligations. Il peut également s'agir d'intérêts capitalisés de zéros bons ou de bons de capitalisation. En outre, sont visés les dividendes des organismes de placement collectif en valeurs mobilières comme des SICAV de distribution d'actions à condition que ces organismes investissent leur patrimoine pour plus de 15% dans les créances et les plus values de ces organismes de capitalisation comme les SICAV avec capitalisation en actions s'ils investissent leur patrimoine pour plus de 25% dans des créances et si la plus-value est le résultat des intérêts perçus par ces organismes collectifs.¹⁴³

§3. Le contenu de l'information à transmettre

Afin que l'échange automatique soit exécuté comme le prévoit la directive épargne, les renseignements fournis dans ce cadre doivent contenir un minimum d'informations. En effet, il est requis que l'échange automatique d'informations contienne des données relatives aux revenus mobiliers dont au minimum le nom et l'adresse de l'agent payeur, le montant total des intérêts payés ou attribués à ce dernier, les valeurs, le numéro de compte ou la description de la créance et l'année auquel le paiement a été effectué. Des informations relatives à la personne physique qui bénéficie des revenus contenant obligatoirement le nom, l'adresse et le numéro d'identification fiscal et, en cas d'absence de celui-ci, le lieu et la date de naissance du bénéficiaire effectif devront également être transmis.¹⁴⁴

Les renseignements sont transmis de manière automatique par l'autorité compétente de l'État de l'agent payeur à celle de l'État de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts. Ce dernier pourra ainsi être imposé selon son droit national.¹⁴⁵ Les informations relatives aux paiements d'intérêts devront être transmises au moins une fois sur l'année et dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice fiscal de l'État de l'agent payeur.¹⁴⁶

SECTION III. EXTENSION DE LA DIRECTIVE ÉPARGNE PAR LA DIRECTIVE 2014/48/UE EN MATIÈRE DE FISCALITÉ DES REVENUS DE L'ÉPARGNE SOUS FORME DE PAIEMENTS D'INTÉRÊTS

Le 24 mars 2014, une modification de la directive fut approuvée à l'unanimité par le Conseil européen. Les modifications apportées par cette directive concernent l'élargissement important du champ d'application de la directive épargne initiale ainsi qu'une précision des modalités à suivre quant à l'obtention des informations soumises à l'échange d'informations. En effet, certaines structures juridiques, établies en dehors de l'Union européenne, échappaient encore au champ d'application de la directive épargne initiale. Tel était le cas, par exemple, des fondations de droit du Liechtenstein ou encore des trusts panaméens. Suite à sa récente modification, la nouvelle directive sera applicable à

¹⁴³ J. WELLENS, *op. cit.*, pp. 2 et 3.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴⁵ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴⁶ C. LENOIR, « Coopération administrative en matière d'impôts directs – Impact sur le secret bancaire – Evolution en droit européen (partie I) », *R.G.C.F.*, Novembre/ décembre 2014, n° 6, p. 401.

ces constructions à moins qu'il ne soit prouvé que la structure ait déjà été imposée au préalable.¹⁴⁷ La directive révisée devant être rendue applicable à partir du 1^{er} janvier 2017, les États membres devront prendre les mesures d'exécution nécessaires pour le 1^{er} janvier 2016.¹⁴⁸

La directive telle qu'on la connaissait avant sa modification interprétait largement la notion d'intérêts. Cette notion couvrait notamment les coupons des obligations, les bons d'État, les fonds de placement collectif situés à l'intérieur de l'union européenne à condition que ces derniers aient un passeport européen ou que ceux situés en dehors de l'Union européenne investissant pour plus de 25% en créances.¹⁴⁹

Suite à l'élargissement de la directive épargne par la directive 2014/48/UE, tout opérateur économique européen est désormais considéré comme un agent payeur qui effectue des paiements au profit immédiat du bénéficiaire effectif dès que deux conditions sont remplies. Tout d'abord, il est requis que « *l'opérateur européen effectue un paiement d'intérêts au profit d'un autre opérateur économique (...), établi en dehors de l'union européenne (et en dehors des territoires couverts par des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive)* »¹⁵⁰. En outre, afin que la deuxième condition soit remplie, il faut que le premier opérateur économique ait des raisons de penser, suite à des informations qu'il détient, que l'autre opérateur économique effectuera le paiement des revenus ou attribuera ce paiement au profit immédiat d'une personne physique considérée comme un bénéficiaire effectif dont l'opérateur économique européen sait qu'il est résident d'un autre État membre.¹⁵¹

En ce qui concerne les intérêts générés par des produits financiers, la directive de 2014 a étendu la notion d'intérêt afin qu'elle puisse couvrir les revenus payés ou inscrits en compte qui se rapportent à des titres de toute nature. Afin que la notion d'intérêt soit élargie à cette catégorie, il faut que « *les conditions d'un rendement définies à la date d'émission comportent l'engagement à l'égard de l'investisseur qu'il percevra, à l'échéance, au moins 95 % du capital investi* »¹⁵² ou que « *les conditions définies à la date d'émission prévoient que le revenu du titre est lié à au moins 95 % des intérêts ou revenus* »¹⁵³ visés par la directive.¹⁵⁴

Quant aux intérêts générés par des investissements en produits collectifs, l'ensemble des organismes de placements collectifs enregistrés dans un État membre ou dans un pays faisant partie de l'espace économique européen et ceux dont les règlements ou documents constitutifs sont gouvernés par la législation interne relative aux organismes de placement d'un de ces pays seront visés par la directive. Les restrictions liées aux organismes de placement collectif ayant un passeport européen n'ont désormais plus de fondement notamment en ce qui concerne la nature des

¹⁴⁷ P. BOLLEN, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁸ G. VERACHTERT, « La modification et l'élargissement de la directive épargne sont approuvés », *Fiscologue*, n° 1381, 11 avril 2014, p. 7.

¹⁴⁹ P. BOLLEN, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁰ O. HERMAND et P. DELACROIX, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵¹ Article 4, §1, alinéa 3 (nouveau) introduit par la directive 2014/ 48/ UE du Conseil du 24 mars 2014 modifiant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *J.O.U.E.*, L 111, 15 avril 2014; O. HERMAND et P. DELACROIX, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵² Article 6, §1, b) (nouveau) introduit par la directive 2014/ 48/ UE.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ C. LENOIR, *op. cit.*, p. 383.

investissements et les investisseurs visés par les organismes de placement collectifs.¹⁵⁵ La nouvelle directive épargne prévoit une règle du minimis en donnant la possibilité aux États membres d'exclure « *les intérêts en provenance de fonds lorsque les investissements qu'ils réalisent directement ou indirectement en créances ne dépassent pas 15% de leurs actifs* »¹⁵⁶. Le seuil de 40 % d'investissement minimum d'actifs dans des créances ou des titres qui s'y apparentent, initialement prévu par la directive, sera abaissé à 25% à partir du 1^{er} janvier 2016.¹⁵⁷

La directive de 2014 a opéré un énorme changement dans le cadre législatif existant en intégrant les intérêts générés par des contrats d'assurance-vie dans le champ d'application de la directive. Deux conditions devront cependant être remplies afin que les capitaux versés en application d'un contrat d'assurance-vie tombent sous la coupe de la directive. Dans un premier temps, le contrat doit comporter une garantie de revenus (souvent les contrats de branche 21 en Belgique) et la performance effective du contrat doit dans un second temps être liée pour plus de 40% à intérêts ou à des revenus qui y sont apparentés.¹⁵⁸

Une clause « de grand-père » a également été prévue par la révision de la directive. En effet, les nouveaux produits ne rentreront dans le champ de la directive que dans la mesure où ces derniers aient été souscrits ou émis après le 1^{er} juillet 2014 pour la première fois. Les produits préexistants à cette date ne tomberont pas sous le couvert de la directive.¹⁵⁹

Enfin, la directive de 2014 a fixé des normes minimales pour déterminer les modalités qui doivent permettre à l'agent payeur d'obtenir des informations sur l'identité, le lieu de résidence des bénéficiaires effectifs et leur propre lieu de résidence. Ainsi, l'agent payeur devra veiller à ce qu'il dispose du nom, de l'adresse, de la date et lieu de naissance du bénéficiaire effectif ainsi que du numéro d'identification fiscale qui a été attribué par son État de résidence pour l'identifier. La récolte de ces données se fera grâce au passeport ou à la carte d'identité officielle de ce bénéficiaire effectif. Afin de déterminer le lieu de résidence du bénéficiaire, l'agent payeur devra se baser sur un certificat de résidence présenté par le bénéficiaire effectif ou, à défaut d'un tel certificat, sur base des informations contenues sur la carte d'identité. Dans le cas où un bénéficiaire effectif prétend ne pas être résident d'un État membre mais n'est pas en mesure de produire un certificat de résidence délivré par les autorités compétentes du pays en question, il est considéré comme un résident de l'État qui lui a délivré son passeport ou sa carte d'identité.¹⁶⁰

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 392 et 393.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 394.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ G. VERACHTERT, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁹ X., « Extension de la directive sur l'épargne », Patrimonia Finance & Family Office, 21 août 2014, p. 2, disponible sur www.patrimonia.be (5 avril 2015).

¹⁶⁰ C. LENOIR, *op. cit.*, pp. 398 et 399.

CHAPITRE II. DIRECTIVE EUROPÉENNE RELATIVE À LA COOPÉRATION ADMINISTRATIVE DANS LE DOMAINE FISCAL ET SA MODIFICATION

SECTION I. DIRECTIVE EUROPÉENNE 2011/16/UE DU 15 FÉVRIER 2011 RELATIVE À LA COOPÉRATION ADMINISTRATIVE DANS LE DOMAINE FISCAL

§1. Le champ d'application *ratione materiae*

La directive prévoit des règles et des procédures permettant aux États membres de collaborer afin d'échanger des renseignements vraisemblablement pertinents pour leur administration fiscale ainsi que pour l'application de leur législation nationale relatifs à l'établissement des taxes et des impôts prélevés par l'État membre, en son nom ou encore par ses entités territoriales ou administratives.¹⁶¹

La directive relative à la coopération administrative, s'appliquant à tous les types de taxes et impôts prélevés par un État membre, exclut de son champ d'application la taxe sur la valeur ajoutée, les droits de douane, les droits d'accises ainsi que les cotisations sociales obligatoires dues à l'État ou à une de ses entités.¹⁶²

§ 2. Le champ d'application *ratione personae*

La directive a un champ d'application très large. En effet, les « *personnes* »¹⁶³ visées par la directive sont les personnes physiques, les personnes morales, les associations de personnes ayant la capacité de poser des actes juridiques mais ne bénéficiant pas du statut de personne morale, les constructions juridiques, quelles que soient leur nature et leur forme ayant ou non la personnalité juridique, qui possèdent ou gèrent des actifs soumis à l'un des impôts tombant dans le champ de la présente directive ainsi que les trusts et les véhicules similaires.¹⁶⁴

§ 3. Les différents types d'échange de renseignements

3.1. Les échanges de renseignements sur demande

Les échanges de renseignements sur demande sont les échanges d'informations réalisés suite à une demande introduite par un autre État membre. L'État membre requis obtiendra les renseignements demandés par le biais d'une enquête administrative si ce dernier n'a pas les renseignements en sa possession et ce, indépendamment du fait que ceux-ci soient nécessaires pour les besoins de sa propre administration.¹⁶⁵

Les informations demandées devront être transmises le plus rapidement possible et au plus tard dans les six mois de la réception de la demande. Si l'administration se trouve déjà en possession des renseignements et qu'aucune investigation n'est nécessaire, le délai sera de deux mois. En cas de refus de délivrer l'information ou si l'État requis ne dispose pas des informations demandées ou

¹⁶¹ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., pp. 115 et 116; 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/CEE, J.O.U.E., L 64, 11 mars 2011, article 1, §§ 1 et 2.

¹⁶² Directive 2011/16/UE, op. cit., article 2.

¹⁶³ *Ibid.*, article 3, 11).

¹⁶⁴ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., pp. 116; Directive 2011/16/UE, op. cit., article 3, 11), a. b. c. d.

¹⁶⁵ T. AFSCHRIFT, *ibid.*, pp. 117.

n'est pas en mesure de répondre à la demande, il devra informer immédiatement ou au plus tard dans un délai d'un mois l'autorité requérante.¹⁶⁶

La pêche aux renseignements est interdite. Afin de satisfaire à cette condition, l'État requérant doit mentionner « l'identité de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête »¹⁶⁷ ainsi que « la finalité fiscale des renseignements demandés »^{168 169}.

3.2. Les échanges de renseignements automatiques

L'échange automatique d'informations est « la communication systématique, sans demande préalable, d'informations prédéfinies, à intervalles réguliers préalablement fixés, à un autre État membre »¹⁷⁰. La directive prévoit un échange automatique de renseignements pour toutes les informations disponibles concernant les périodes imposables à partir du 1^{er} janvier 2014.¹⁷¹

Les informations faisant l'objet d'un échange automatique d'informations selon la directive de 2011 sont les revenus professionnels, les jetons de présences, les produits d'assurance-vie, les pensions ainsi les propriétés et les revenus de biens immobiliers. Chaque État membre devra pour le 1^{er} janvier 2017, fournir de manière automatique les informations concernant les résidents d'un autre État membre relatives à au moins trois des cinq catégories précitées.¹⁷²

L'échange de renseignements s'effectuera une fois par an et au plus tard dans les six mois suivant la fin de l'exercice fiscal de l'État membre au terme duquel les renseignements sont devenus disponibles.¹⁷³ Cet échange sera obligatoire sous peine de se voir refuser le transfert d'informations d'autres États membres. Cependant, un État membre peut refuser de recevoir des informations concernant certaines catégories ou des informations relatives à des revenus ou capitaux qui ne dépassent pas un certain montant.¹⁷⁴

3.3. Les échanges de renseignements spontanés

Les autorités compétentes d'un État membre peuvent communiquer ponctuellement, à n'importe quel moment et sans qu'une demande n'ait été faite préalablement, des informations à un autre État membre dans un certain nombre de cas concrets. L'article 9 de la directive prévoit les différents cas dans lesquelles un échange spontané d'informations aura lieu comme par exemple si un État membre a des raisons de penser qu'il pourrait exister une perte d'impôt dans un autre État membre ou si un État membre a des raisons de croire qu'il existe une diminution de taxe ou d'impôt résultant d'un transfert de bénéfices fictifs à l'intérieur d'un groupe d'entreprises, etc.¹⁷⁵

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 118.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Directive 2011/16/UE, *op. cit.*, article 3, 9).

¹⁷¹ O. HERMAND et P. DELACROIX, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷² R. ANDERSEN, « Secrets et transparence en matière fiscale (1) », *J.D.F.*, 2014, pp. 264 et 265.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 265.

¹⁷⁴ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁵ Directive 2011/16/UE, *op. cit.*, article 9.

§ 4. L'étendue de la coopération administrative

Les informations échangées entre les différents États membres sont confidentielles et jouissent de la protection accordée à ce type d'informations par les dispositions nationales de l'État requérant. En principe, les informations transmises ne peuvent être utilisées que pour l'établissement de l'impôt, le contentieux fiscal, le recouvrement fiscal et pour les poursuites pénales relatives à la fraude fiscale. Cependant, les informations reçues pourront être utilisées à d'autres fins que fiscales si l'État requis l'autorise et si cette possibilité est offerte par la législation interne de l'État requérant. Les informations peuvent également être transmises à un État tiers membre tant que les règles et procédures imposées par la directive sont respectées.¹⁷⁶

Différentes limites sont prévues aux échanges de renseignements. Tout d'abord, il faut que l'État requérant ait exploité toutes ses sources habituelles d'informations pour obtenir les renseignements qu'il désire. Ensuite, malgré le fait que la directive n'impose pas de transmettre des informations si la collecte est contraire à sa législation, un État ne peut refuser de transmettre les renseignements pour la seule raison que les données sont détenues par une banque ou un autre établissement similaire. En outre, comme le prévoit l'article 26 du modèle de convention OCDE, la directive impose un principe de réciprocité qui permet à un État membre requis de refuser de transmettre les informations si l'État membre requérant n'est pas en mesure de fournir de telles informations pour des raisons juridiques. Enfin, un État peut refuser de transférer des informations si celles-ci permettent de dévoiler un secret ou procédé commercial, un secret industriel, un secret professionnel ou encore un renseignement dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.¹⁷⁷

La directive contient également une clause de la nation la plus favorisée qui prévoit que « *lorsqu'un État membre offre une coopération plus étendue à un pays tiers, il ne peut pas refuser cette coopération étendue à d'autres États membres souhaitant prendre part à une telle forme de coopération mutuelle plus étendue* »¹⁷⁸. Cette clause étend de manière considérable l'échange de renseignements notamment suite aux nombreux accords intergouvernementaux conclus, basés sur les dispositions du FATCA américain.

SECTION II. DIRECTIVE 2014/07/UE DU 9 DÉCEMBRE 2014 MODIFIANT LA DIRECTIVE 2011/16/UE EN CE QUI CONCERNE L'ÉCHANGE AUTOMATIQUE ET OBLIGATOIRE D'INFORMATIONS DANS LE DOMAINE FISCAL

La directive du 9 décembre 2014 a considérablement étendu le champ d'application de la directive relative à la coopération administrative de 2011. Cette dernière a élargi les catégories de revenus et avoirs, soumis à l'échange automatique d'informations, en y intégrant les dispositions du Common Reporting Standard de l'OCDE.

Suite à l'adoption de cette directive, l'échange automatique de renseignements a gagné du terrain en ne se limitant plus aux cinq catégories de revenus et avoirs principalement non-financiers

¹⁷⁶ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., p. 121.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 122 et 123.

¹⁷⁸ Directive 2011/16/UE, op. cit., article 19; M. DASSESE, « Convention Belgique-USA + arrêt Passenheim : tous bientôt mangés à la sauce américaine? » *Act. fisc.*, 7 septembre 2011, n° 32, p. 2, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).

(revenus professionnels, jetons de présence, produits d'assurance-vie, pensions, propriété et revenus de biens immobiliers) actuellement en vigueur. En effet, l'échange automatique d'informations couvrira désormais, en plus des revenus non-financiers, des revenus et avoirs financiers de résidents d'autres États membres.¹⁷⁹ En outre, l'obligation d'échange automatique portera sur l'ensemble des cinq catégories de revenus visés par la directive de 2011 et non plus sur un minimum de trois de ces catégories à partir du 1er janvier 2017.¹⁸⁰

Le régime des revenus et avoirs non-financiers n'ayant pas été modifié, seule une analyse des nouveaux revenus visés sera effectuée bien que le Conseil européen entende réexaminer avant le 1^{er} juillet 2017 l'application de la condition de disponibilité pour les revenus non-financiers ainsi qu'une possible extension de la liste de ces revenus.¹⁸¹

§ 1. Le champ d'application *ratione personae*

1.1. Les institutions financières déclarantes

Une institution financière est considérée comme déclarante quand elle se situe dans une catégorie d'institutions financières et qu'elle est établie au sein d'un État membre. La définition de chacune de ces catégories repose sur un descriptif des activités des entreprises concernées et ne fait pas partie d'un règlement particulier. La notion d'institution financière déclarable est interprétée largement et comprend les établissements gérant des dépôts de titres, les établissements de dépôt, les entités d'investissement et les organismes d'assurance particuliers. Ces institutions sont chargées d'identifier les personnes et les comptes dits déclarables ainsi que de collecter les différents renseignements à transmettre.¹⁸²

Les entités publiques et certaines institutions comparables ainsi que certaines caisses de retraite, fonds de pension, organismes de placement collectifs dispensés et émetteurs de cartes de crédit homologués sont exclus de la notion d'institution financière déclarante.¹⁸³

1.2. Les personnes faisant l'objet d'une déclaration

Selon la définition extensive de la première annexe de la directive, les personnes faisant l'objet d'une déclaration sont toutes les personnes physiques ou entités établies dans un autre État membre en vertu du droit fiscal de cet autre État membre ainsi que la succession d'un défunt qui résidait dans un autre État membre. La définition ajoute également que les sociétés cotées sur un marché boursier réglementé, les sociétés liées à une société cotée, les entités publiques, les organisations internationales, les banques centrales et les institutions financières ne sont pas comprises comme personne faisant l'objet d'une déclaration.¹⁸⁴

¹⁷⁹ F. SMET, « Échange automatique de données : le "FATCA européen" approuvé », *Fiscologue international*, 31 décembre 2014, n° 372, p. 5.

¹⁸⁰ N. DIEPVENS et S. DIEPVENS, « De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik in de toekomst », *T.F.R.*, février 2015, n° 476, p. 153.

¹⁸¹ O. HERMAND, P. DELACROIX et S. MARTIN, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*, p. 16.

¹⁸⁴ Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *J.O.U.E.*, L 359, 16 décembre 2014, Annexe 1, section VIII, D, 2) et 3).

1.3. Les entités non-financières contrôlées par des personnes déclarables

Une entité non-financière (ci-après ENF) est une entité qui a été exclue de la catégorie des institutions financières.¹⁸⁵ Celle-ci peut être active ou passive. Les ENF actives¹⁸⁶ sont celles qui répondent à un des critères énumérés au point D, 8) de la section VIII de l'annexe 1 de la directive et les passives¹⁸⁷ sont celles qui ne sont pas actives ou qui sont une entité d'investissement qui n'est pas une institution financière d'une juridiction partenaire.¹⁸⁸

§ 2. Le champ d'application ratione materiae

Les comptes devant faire l'objet d'une déclaration par les institutions financières déclarantes sont « *les comptes financiers qui sont ouverts auprès d'une institution financière déclarante d'un État membre et détenu par une ou plusieurs Personnes devant faire l'objet d'une déclaration ou par une ENF passive dont une ou plusieurs Personnes qui en détiennent le contrôle sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration, à condition d'être identifiées comme telles selon les procédures de diligence raisonnable énoncées aux sections II à VII.* »¹⁸⁹.

Certains comptes sont exclus du champ d'application de la directive comme, par exemple, certains comptes de retraite ou de pension, des contrats d'assurance-vie spécifiques, des comptes bloqués, etc. Ces comptes exclus doivent répondre à des conditions strictes afin de limiter le risque d'utilisation de ces derniers en vue d'éviter l'impôt.¹⁹⁰

Comme nous l'avons souligné *supra*, un compte peut être déclarable si celui-ci est détenu par une entité non-financière passive dont une ou plusieurs personnes qui en détiennent le contrôle sont des personnes devant faire l'objet d'une déclaration. La notion de personne de contrôle pose problème car aucun seuil ou aucune indication sur celui-ci n'est donnée par la directive qui prescrit d'interpréter cette notion conformément aux recommandations du GAFI. Cependant, la notion de personne de contrôle ne fait pas l'objet d'une définition expresse dans ces recommandations. Seule la définition de bénéficiaire effectif de ces recommandations désigne comme des personnes de contrôle les personnes qui exercent en dernier ressort un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique.¹⁹¹

La définition donnée par le GAFI ne résolvant pas le problème d'interprétation de cette notion, il serait peut-être utile de se référer à la définition donnée par la proposition de la 4^e directive anti-blanchiment du 5 février 2013, dont l'article 3 (5) définit la personne de contrôle comme une personne qui a une détention suffisante en actions et en droit de vote. Un seuil de 25% + une action est donné et est une indication de détention directe ou indirecte bien que chaque État membre peut définir un

¹⁸⁵ *Ibid.*, section VIII, D), 6).

¹⁸⁶ *Ibid.*, section VIII, D), 8).

¹⁸⁷ *Ibid.*, section VIII, D), 7).

¹⁸⁸ *Ibid.*, section VIII, D), 6), 7) et 8).

¹⁸⁹ *Ibid.*, section VIII, D), 1).

¹⁹⁰ O. HERMAND, P. DELACROIX et S. MARTIN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹¹ GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, février 2012, p. 120, disponible sur www.fatf-gafi.org (5 avril 2015).

seuil inférieur.¹⁹² Ensuite, un contrôle peut être fait suivant les critères définis par la directive 2013/34/UE relative à la consolidation des états financiers qui, en son article 22, caractérise la personne de contrôle comme celle ayant la majorité des droits de vote, celle qui a le droit de nommer ou de révoquer la majorité de l'organe d'administration, celle qui a le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou encore celle qui a des possibilités d'exercice ou un exercice effectif d'une influence dominante.¹⁹³

§ 3. Les obligations de diligence raisonnable

La directive de 2014 impose des obligations de diligence raisonnable aux institutions financières déclarantes. L'annexe 1 contient donc un ensemble de règles détaillées que les institutions financières déclarantes doivent utiliser afin de permettre aux États de communiquer les informations à échanger de manière efficace.

3.1. Les comptes des personnes physiques

Une double distinction est à opérer entre les comptes préexistants dont la date d'ouverture est antérieure au 1^{er} janvier 2016 et les comptes nouveaux ouverts après cette date ainsi qu'entre les comptes de faible valeur dont le solde ou la valeur agrégée est inférieur à un million de dollars et les comptes de valeur élevée dont la valeur est supérieure à ce montant.¹⁹⁴

Pour les comptes préexistants de faible valeur, si une adresse de résidence actuelle est reprise dans le dossier de l'institution financière et que cette dernière repose sur des pièces justificatives, la personne physique détentrice du compte sera considérée comme résidente fiscale de l'État membre dans lequel se trouve l'adresse. Cependant, si le dossier ne contient pas de telles informations, une recherche électronique sera requise dans le but de trouver un ou plusieurs indices tels que l'identification du titulaire comme résident d'un État membre, une adresse postale, un ordre de virement permanent sur un compte géré dans un État membre. Si de tels indices ont été identifiés, la personne physique sera considérée comme un résident fiscal d'un État membre. Si la personne physique souhaite ne pas être traitée comme un titulaire de compte d'un autre État membre, elle peut fournir des pièces justificatives et une auto-certification. Cet examen devra être clôturé le 31 décembre 2017. Pour les comptes préexistants à valeur élevée, l'institution financière se verra contrainte d'effectuer des recherches supplémentaires dans des dossiers papier ainsi que de recueillir certains renseignements auprès du chargé de clientèle ayant une connaissance réelle du compte.¹⁹⁵

Pour les nouveaux comptes, l'institution financière veillera à obtenir une auto-certification sur base de laquelle elle pourra déterminer la résidence fiscale du détenteur du compte.¹⁹⁶

¹⁹² Proposition de directive du parlement européen et du conseil du 5 février 2013 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, article 3 (5), disponible sur <http://eur-lex.europa.eu> (22 mars 2015).

¹⁹³ Directive 2013/34/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 182, 29 juin 2013, article 22.

¹⁹⁴ O. HERMAND, P. DELACROIX, S. MARTIN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 17 et 18.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 18.

3.2. Les comptes d'entités

Pour les comptes détenus par des entités, si le solde du compte n'excède pas 250 000 dollars en date du 31 décembre 2015, l'institution financière ne sera pas tenue d'identifier ou de déclarer le compte à l'autorité compétente. Par contre, si la valeur du compte est supérieure à ce montant, elle devra suivre des procédures pour déterminer si l'entité est une personne déclarable ou une ENF passive. Elle devra, pour se faire, identifier les personnes détenant le contrôle et déterminer si ces personnes doivent faire l'objet d'une déclaration.¹⁹⁷

Pour les nouveaux comptes d'entités, aucune exemption de déclaration n'est prévue pour les comptes dont le solde est inférieur à un certain montant. L'institution financière devra déterminer si le compte est déclarable en obtenant une auto-certification quant à la résidence fiscale du titulaire du compte et une vérification sera effectuée sur base des informations obtenues à l'ouverture du compte.¹⁹⁸

§ 4. Les renseignements faisant l'objet de l'échange automatique

Un flux d'informations sera transmis par les institutions financières déclarantes aux autorités nationales compétentes qui les transféreront ensuite vers les autres États membres. Les informations de base à transmettre, se rapportant aux périodes d'imposition à partir du 1^{er} janvier 2016, sont le nom, l'adresse, la date et le lieu de naissance de la personne déclarable, le numéro de compte, le nom et le numéro d'identification de l'institution financière déclarante, le solde des comptes à la fin de la période de déclaration ou le solde à la clôture du compte. Pour les comptes conservateurs, il convient d'y ajouter le montant des intérêts, des dividendes, des autres produits liés aux actifs et le produit brut total des ventes ou rachats d'actifs financiers. Pour les comptes de dépôt, le montant brut des intérêts versés ou crédités sera également à transférer. Enfin pour les autres comptes, le montant brut total versé dont la banque est débitrice, y compris les sommes reversées devra être ajouté.¹⁹⁹

Sous la directive 2011/16/UE, les États membres avaient la possibilité d'instaurer un seuil minimal sous lequel ils ne souhaitaient pas recevoir d'informations. Cette possibilité a été supprimée par la directive 2014/107/UE. Cependant, une possibilité de choisir de ne pas recevoir d'informations concernant une catégorie de revenus déterminée pour les catégories actuellement en vigueur (pas pour les données financières) est toujours offerte aux États.²⁰⁰

Les informations seront transmises de manière annuelle entre les autorités compétentes au plus tard six mois après l'expiration de la période imposable au cours de laquelle les renseignements sont devenus disponibles. En ce qui concerne l'échange des données financières complémentaires, un délai de neuf mois après la période imposable à laquelle les informations se rapportent a été prévu.²⁰¹

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 18 et 19.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹⁹ Directive 2014/107/UE, *op. cit.*, article 1, § 2 modifiant l'article 8, § 3 *bis* de la directive 2011/16/UE.

²⁰⁰ F. SMET, « Échange automatique de données : le "FATCA européen" approuvé », *op. cit.*, p. 6.

²⁰¹ *Ibid.*

C. CONFORMITÉ DE L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS AVEC LES DROITS FONDAMENTAUX

Au cours de ces cinq dernières années, une énorme avancée a été effectuée dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale. En effet, de nombreux instruments juridiques, dont notamment ceux que nous avons analysés *supra*, ont renforcé le besoin de transparence de nombreux États. Ce besoin des États ou de leurs subdivisions locales a amorcé un réel conflit de valeur entre, d'une part, les défenseurs de la transparence et, d'autre part, les contribuables et citoyens, défenseurs de la confidentialité et du respect de la vie privée.

Le respect de la vie privée est un droit de l'homme consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 7 et 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux. La notion de vie privée n'a jamais fait l'objet d'une définition précise par la Cour européenne des droits de l'homme mais les juges de Strasbourg sont unanimes sur le fait que cette notion est très large et dépasse la notion d'intimité couvrant la sphère dans laquelle les personnes peuvent construire leur personnalité et s'épanouir dans leurs relations avec les autres et le monde extérieur. Les juges ne se prêtent, par conséquent, pas à une définition exhaustive mais identifient cette notion dans des cas concrets.²⁰² La collecte d'informations sur les revenus des contribuables et l'échange d'informations font partie de la sphère de la vie privée car il ressort d'une déclaration de la Cour européenne des droits de l'homme que « *la collecte et l'archivage par l'État d'informations et de données relatives à un individu, avec ou sans son consentement, ainsi que l'accès à ces données, concernent toujours la vie privée de l'intéressé et relèvent par conséquent du champ de l'article, peu importe l'utilisation qu'il pourrait en être faite par la suite* »²⁰³. Une ingérence dans la vie privée est interdite sauf si celle-ci résulte d'une loi ou peut être justifiée par certaines valeurs essentielles comme par exemple la recherche du bien-être économique du pays.²⁰⁴ La Cour vérifiera donc si l'ingérence est prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et, enfin, si elle est nécessaire dans une société démocratique.²⁰⁵

Dans un arrêt du 22 octobre 2013²⁰⁶, la Cour de justice de l'Union européenne a pris position sur la question de la conformité de la levée du secret bancaire et de l'échange d'informations par rapport au droit au respect de la vie privée et au respect des droits de la défense. Dans cet arrêt concernant l'affaire Sabou, la Cour a répondu à trois questions. Tout d'abord, elle a été questionnée sur l'existence d'un droit du contribuable d'être informé de la décision de l'administration fiscale de demander des informations en vertu de l'ancienne directive relative à l'assistance mutuelle administrative remplacée par la directive relative à la coopération administrative de 2011 ainsi que sur la possibilité pour le contribuable de participer à l'audition des témoins dans l'état membre requis au cours du traitement d'une demande d'informations en application de la directive. Enfin, la Cour a été interrogée sur l'obligation pour l'administration d'un état requis de respecter un contenu minimal dans ses réponses pour que le contribuable visé puisse établir à partir de quelles sources et selon quelles

²⁰² I. ROAGNA, *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, Collection Série des précés sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 14.

²⁰³ *Ibid.*, p. 22.

²⁰⁴ T. AFSCHRIFT, « La chute du secret bancaire, le déclin des libertés », *Agefi*, 12 avril 2013, n° 04/267, pp. 1 et 2.

²⁰⁵ I. ROAGNA, *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁶ C.J.U.E., 22 octobre 2013, Jiri Sabou, C- 276/12.

modalités elle a pu obtenir les informations communiquées ainsi que sur le droit du contribuable de contester l'exactitude des renseignements transférés.²⁰⁷

La Cour de justice a estimé que la directive ne confère pas de droit spécifique au contribuable et ne prévoit aucune obligation pour les autorités compétentes des États membres de consulter ce dernier. La Cour a ensuite précisé que les droits de la défense du contribuable ne s'appliquaient pas lors de la phase d'enquête dans laquelle s'inscrit la demande d'informations mais uniquement lors de la phase contradictoire et qu'il n'est, dès lors, pas requis d'obtenir le point de vue du contribuable. Enfin, elle répond à la troisième question que la directive ne traite pas du droit du contribuable de contester l'exactitude des informations transmises et qu'elle n'impose aucune exigence particulière quant au contenu de l'information requise, de sorte que le contribuable, s'il veut contester les informations transmises, doit se référer à la procédure prévue dans son droit interne.²⁰⁸

Cette affaire met en lumière un renversement du principe de transparence. À l'origine, ce principe s'appliquait afin de protéger les citoyens de l'État tandis qu'à l'heure actuelle, il est, à l'inverse, exigé des citoyens pour le bon fonctionnement de l'État. Une rupture d'équilibre apparaît ainsi entre les droits de l'homme, les droits fondamentaux du contribuable et le besoin de transparence de l'État.²⁰⁹ Ce retour à la conception ancienne et minimaliste des libertés civiles a été opéré lorsque l'intérêt de l'État a pris le pas sur la protection de la vie privée.

L'affaire Sabou a également permis de pointer les nombreuses atteintes aux droits fondamentaux des contribuables et la nécessité que les États membres prévoient des procédures protectrices. De nombreux États ont déjà introduit dans leur législation ou dans les traités qu'ils concluent, des droits de participation permettant de protéger les intérêts légitimes des contribuables qui font l'objet d'une demande de renseignements. Ces droits de participation sont par exemple, la notification de la demande d'informations au contribuable, le droit d'être entendu avant le transfert des informations à l'État requérant, le droit d'introduire un recours contre la décision de l'État requis concernant la transmission des informations à transmettre. Malgré cela, de nombreuses disparités existent toujours dans la culture et les traditions légales des États et ont pour conséquence que les contribuables ne sont pas protégés de manière égale en fonction du pays dans lequel ils résident. C'est pourquoi, on pourrait souhaiter qu'un travail soit réalisé conjointement par l'OCDE et les États membres pour assurer la protection des données transmises et le respect des droits des contribuables de manière similaire au sein des différents États ayant adhéré aux procédures d'échange d'informations.²¹⁰

L'échange automatique d'informations pose également problème par rapport au respect des libertés constitutives du marché intérieur consacrées par le TFUE. Les principes de libre prestation des services et de libre circulation des capitaux sont ébranlés par les nouveaux instruments prévoyant

²⁰⁷ G. ZEYEN, « Affaire Sabou : en route vers un "droit à l'information" garanti à l'échelle européenne du contribuable ? », *R.G.C.F.*, mai/août, 2014, n° 3 et 4, pp. 235 et 236.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 236 et 237.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 239.

²¹⁰ J. M. CALDERÓN CARRERO et A. QUINTAS SEARA, « The taxpayer's right of defence in cross-border exchange-of-information procedures », *Bulletin of international taxation*, septembre 2014, pp. 503 à 507.

un échange automatique d'informations. En effet, comme l'a rappelé l'arrêt Passenheim²¹¹ de la Cour de justice de l'Union européenne, le principe de la libre prestation des services s'oppose à ce qu'une prestation de service au sein d'un État membre, qui n'est pas l'État de résidence, soit rendue plus difficile que cette même prestation dans le cadre purement interne d'un État membre. De plus, cet arrêt considère comme restrictions prohibées à la libre circulation des capitaux, « *les mesures imposées par un État membre qui sont de nature à dissuader ses résidents de contracter des prêts ou de faire des investissements dans d'autres États membres* »²¹².²¹³ La Cour de justice de l'Union européenne a validé une discrimination au regard de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale en estimant que ces restrictions peuvent toutefois être justifiées par la nécessité de garantir des contrôles fiscaux ainsi que par la nécessité de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.²¹⁴ Malgré cet arrêt, il est utile de garder à l'esprit que l'application de règles différentes dans le traitement des avoirs détenus en dehors de l'État de résidence que ceux déposés dans une banque locale restent une entrave à ces libertés fondamentales car il serait moins attrayant pour les contribuables de transférer leurs avoirs dans un autre État membre.²¹⁵

PARTIE II: ANALYSE DE LA LEVÉE DU SECRET BANCAIRE FISCAL BELGE ET LUXEMBOURGEOIS

CHAPITRE I : LEVÉE DU SECRET BANCAIRE FISCAL BELGE

SECTION I. FONDEMENTS DU SECRET BANCAIRE BELGE

§1. Le secret bancaire avant l'introduction de l'article 318 du CIR

Avant l'introduction de l'article 318 du CIR, le secret bancaire n'était pas protégé par la loi belge. Le secret professionnel sanctionné par l'article 458 du Code pénal, promulgué au 19^{ème} siècle, imposait aux médecins, chirurgiens, et autres dépositaires, par état ou par profession de conserver les secrets qu'on leur confie sous peine de sanctions pénales; mais cette disposition ne fut pas étendue aux banquiers.²¹⁶ En effet, la Cour de cassation a toujours décidé, notamment dans un arrêt de principe du 25 octobre 1978, que cette obligation au secret professionnel ne pouvait s'étendre aux personnes soumises à un simple devoir de discrétion et que ni la nature des fonctions bancaires, ni aucune disposition légale n'imposaient aux banquiers d'être tenus au secret sanctionné par l'article 458 du Code pénal.²¹⁷ Les banquiers restaient seulement tenus d'un devoir de discrétion sauf lorsque

²¹¹ C.J.C.E. (4^e chambre), 11 juin 2009, X et E.H.A Passenheim-van Schoot, C-155/08 et C-157/08.

²¹² M. DASSESE, « L'arrêt Passenheim : mise en cause du régime discriminatoire des comptes étrangers », *R.G.C.F.*, juillet/août 2011, n°4, p. 287.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ X., « La CJCE valide une discrimination au nom de la lutte contre la fraude fiscale », Paris, 16 juin 2009, disponible sur www.pwcavocats.com (1^{er} mai 2015).

²¹⁵ T. BAUMS, T. BONNEAU et A. PRÜM, « L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, au secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur », *R.T.D.F.*, 2010, n° 1, pp. 37 et 38.

²¹⁶ Code pénal, article 458; P. MALHERBE et E. TRAVERSA, « Du secret en droit fiscal », in *L'entreprise et le secret*, Collection Crides Jean-Renaud, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 277 et 278.

²¹⁷ Cass., 25 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 237.

la loi s'y opposait. Si ce devoir n'était pas respecté, cela n'engageait que leur responsabilité civile.²¹⁸ Cependant, la pratique administrative établissait déjà un secret bancaire de fait.²¹⁹

§2. Le secret bancaire organisé par l'article 318 du CIR

Suite à l'arrêt du 25 octobre 1978 précité, le législateur s'est saisi du problème de la protection du secret bancaire en insérant, par une loi du 8 août 1980, l'actuel article 318 du CIR 92 (ancien article 224 CIR 64). L'alinéa 1^{er} de cet article institue le secret bancaire belge en disposant que « *Par dérogation aux dispositions de l'article 317, et sans préjudice de l'application des articles 315, 315bis et 316, l'administration n'est pas autorisée à recueillir, dans les comptes, livres et documents des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, des renseignements en vue de l'imposition de leurs clients.* »²²⁰.

2.1. Le champ d'application ratione personae

2.1.1. La notion de client

La notion de client couvre les personnes physiques ou morales qui confient des biens ou utilisent des services proposés par un organisme financier en rapport avec l'objet social de celui-ci à titre gratuit ou onéreux, à l'exclusion du personnel ou des fournisseurs de la banque.²²¹

2.1.2. La notion d'établissement de banque, de change, de crédit et d'épargne

La protection concerne le client dans son rapport avec les organismes financiers. Sont visés, « *les personnes et institutions qui recueillent ou attirent publiquement des moyens financiers, qu'ils soient publics ou privés. Cela comprend les établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne* »²²² mais également « *les caisses de dépôts et consignations, l'Office des chèques postaux, les établissements belges de sociétés étrangères qui exercent des activités similaires à celles des entreprises visées, les sociétés émettrices de cartes de crédit, les sociétés de leasing, etc.* »²²³.

Les sociétés de leasing ont alimenté de longs débats en doctrine et en jurisprudence afin de savoir si elles rentraient ou non dans le champ d'application de l'article 318 du CIR. La Cour de cassation²²⁴ a été saisie du problème et a considéré que cet article s'applique aux établissements financiers en général et pas uniquement aux établissements dont les activités consistent à recevoir des dépôts d'argent ou à accorder des crédits pour leur propre compte.²²⁵ Toutefois, la Cour de cassation²²⁶ a précisé que le secret bancaire n'était pas d'application pour une vente par une société de leasing d'un véhicule ayant, auparavant, fait l'objet d'un contrat de leasing à une personne autre

²¹⁸ Y. BOCQUET, « Le secret bancaire dans le cadre de l'établissement de l'impôt sur le revenu : situation en droit interne après les lois du 14 avril et du 7 novembre 2011 », *J.D.F.*, 2011, p. 332.

²¹⁹ E.-J. NAVEZ, « Quelle est encore la portée du secret bancaire fiscal en matière d'impôts sur les revenus ? », *Rec.gén.enr.not.*, 2008, n° 25 941, p. 202.

²²⁰ Code des impôts sur le revenu, article 318 al. 1.

²²¹ E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 206.

²²² *Ibid.*, p.205.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Cass., 16 mars 2007, R.G. n° F.05.0049.N.; Cass., 24 avril 2008, R.G. n° F.07. 0032.N.

²²⁵ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal, op. cit.*, p. 44.

²²⁶ Cass., 16 octobre 2009, R.G. n° F.08.0070.N.

que le preneur en leasing.²²⁷ En effet, le tiers qui reprend l'option d'achat ne devient pas preneur de leasing, ne bénéficie pas d'un financement de la société de leasing et n'est donc pas considéré comme client d'un organisme financier.²²⁸

La société Banksys (Atos wordline) a également fait l'objet de nombreux débats²²⁹, la Cour d'appel de Bruxelles²³⁰ a décidé « *que dès le moment où la société ATOS exerce des tâches qui ressortissent des activités bancaires des établissements financiers, ne serait-ce qu'en qualité de sous-traitant des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, elle tombe sous l'application du secret bancaire pour les activités de nature bancaire exercées par elle.* »²³¹.

2.2. Le champ d'application ratione materiae

L'article 318 alinéa 1^{er} interdit toutes demandes d'informations concernant les opérations financières qui entrent dans le champ normal de l'activité bancaire lorsque cette demande ne vise pas à vérifier la situation fiscale de la banque mais celle de ses clients.²³² Les informations confidentielles qui leur sont confiées, qu'ils découvrent ou qui viennent à leur connaissance à l'occasion des opérations ou sur les opérations elles-mêmes ainsi que sur la situation des comptes sont visées par cette interdiction de divulgation.²³³ De plus, les renseignements protégés doivent présenter « *un caractère de précision suffisant et être de nature à porter atteinte au secret des affaires ou au secret de la vie privée ou des fortunes.* »²³⁴.

2.3. Les exceptions au secret bancaire prévues par l'article 318 du CIR

La première exception au secret bancaire prévoit que celui-ci peut être levé lorsqu'une enquête effectuée auprès d'un établissement bancaire fait apparaître des éléments concrets, que devra établir l'administration fiscale, qui permettent de présumer qu'un mécanisme de fraude fiscale existe ou est en préparation. Une preuve par présomption doit être apportée sur l'existence ou sur la préparation d'un mécanisme ainsi que sur le caractère frauduleux de celui-ci.²³⁵ La simple conviction que la préparation d'un mécanisme frauduleux existe est suffisante. Si ces éléments sont trouvés, un inspecteur peut être autorisé, par un fonctionnaire désigné par le Ministre des Finances, à relever, dans les données de l'établissement financier, les informations permettant de compléter l'enquête et de fixer les impôts dus par ce client.²³⁶

Une seconde hypothèse de levée du secret bancaire peut trouver à s'appliquer en cas de contrôle de la situation fiscale de la banque elle-même. Les contrôleurs ne pourront pas demander, dans le cadre de ce contrôle, des informations relatives à des clients déterminés de même qu'ils ne pourront pas utiliser les informations dont ils ont eu connaissance au sujet d'un client. En principe, ils

²²⁷ F. SMET, « Nouveau commentaire administratif en matière de secret bancaire », *Fiscologue*, 20 avril 2012, n° 1292, p. 12; Comm. IR 1992 n° 318/7.

²²⁸ M. ELOY, « La réforme du secret bancaire clôt-elle le débat sur l'application de ce dernier aux organismes de leasing financier ? », *R.G.F.*, 2011, n° 9, pp. 2 et 3.

²²⁹ Anvers, 23 octobre 2001, R.G. n° 1998/FR/162; Cass., 7 octobre 2004, R.G. n° F.02.0016.N.

²³⁰ Bruxelles, 14 octobre 2010, R.G. n°2004/FR/12.

²³¹ E. BOIGELOT et A. BLAFFART, « La Cour d'appel de Bruxelles couvre "Banksys" du secret bancaire », 19 janvier 2011, disponible sur www.droitbelge.net (8 avril 2015).

²³² E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 203.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ S. SCARNA, *op. cit.*, pp. 5 et 6.

²³⁶ E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 206.

ne peuvent pas non plus prendre connaissance d'informations relatives aux clients même s'ils n'ont pas l'intention d'en faire usage. Cependant, dans le cas où un renseignement relatif à un client est indispensable afin d'évaluer la situation fiscale propre de la banque, ce renseignement ne pourra être utilisé qu'à l'encontre de la banque et nullement afin d'imposer le client de celle-ci ou des tiers.²³⁷

Le secret bancaire n'est pas d'application en cas d'introduction d'une réclamation contre une taxation. L'inspecteur procédant à l'instruction de celle-ci pourra interroger les banques auxquelles recourt le contribuable pour obtenir des renseignements. En effet, le contribuable en introduisant une réclamation est censé renoncer à la protection de son secret bancaire mais seulement pour les opérations faisant l'objet de la réclamation.²³⁸ Toutefois, l'inspecteur devra limiter ses investigations à l'objet de la réclamation et ne pourra, en aucun cas, procéder à une nouvelle imposition.²³⁹ Une banque pourra également se voir questionnée par un fonctionnaire chargé d'assurer le recouvrement de l'impôt ou chargé d'une demande de surséance indéfinie au recouvrement.²⁴⁰

Le secret bancaire n'est également jamais opposable en cas d'investigations judiciaires. Si une autorité judiciaire découvre, au cours d'une investigation qui ne porte pas nécessairement sur des questions fiscales, des éléments de preuve pouvant intéresser l'administration fiscale, elle peut les communiquer à celle-ci qui pourra alors utiliser ces différentes informations transmises sans que le secret bancaire ne puisse être opposé.²⁴¹

Le secret bancaire ne s'applique pas davantage lorsque le fisc applique d'autres codes fiscaux comme ceux qui régissent la taxe sur la valeur ajoutée, les droits de successions, les droits d'enregistrement, etc. En effet, l'obligation de la banque vis-à-vis du client d'invoquer le secret bancaire est écartée par des dispositions spécifiques de ces codes, notamment l'article 62 du Code TVA, l'article 183 du Code des droits d'enregistrement, de l'article 100 du Code des droits de succession qui obligent même la banque à communiquer les informations qu'elle possède dans certaines circonstances.²⁴²

SECTION II. LEVÉE DU SECRET BANCAIRE BELGE PAR LA LOI DU 14 AVRIL ET L'AJOUT DE L'ARTICLE 322 DU CIR

En application stricte du secret bancaire fiscal de l'article 318 du CIR, la Belgique se voyait contrainte de refuser de communiquer des renseignements bancaires aux autorités étrangères compétentes qui en faisaient la demande. En conséquence de cela, la Belgique fut placée sur la liste grise des pays non-coopérants par le G20 en 2009. Le gouvernement belge, voulant réagir au plus vite afin de sortir de cette liste grise, a conclu de nombreux traités et accords bilatéraux avec d'autres pays afin de permettre un échange d'informations entre les États concernés. Le processus de ratification étant très long, dû aux nombreuses procédures imposées par le droit belge, un projet de loi

²³⁷ T. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire fiscal*, op. cit., pp. 57 et 58.

²³⁸ *Ibid.*, p. 59.

²³⁹ S. SCARNA, op. cit., p. 6.

²⁴⁰ C. DOCCLO, « L'esquisse du secret bancaire belge sur la vague des accords internationaux d'échange de renseignements », *J.D.F.*, 2010, pp. 11 et 12.

²⁴¹ S. SCARNA, op. cit., p. 6.

²⁴² Y. BOCQUET, op. cit., pp. 328 et 329; F. COLLON et S. VANHAELST, « Partie II État des lieux de l'échange de renseignements entre la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg », in *Le droit patrimonial luxembourgeois aspects civils et fiscaux* (sous la dir. de F. DÉRÈME, V. CORNILLEAU et J.-L. DASCOTTE), Waterloo, Kluwer, 2012, p. 229.

visant à autoriser l'échange d'informations en cas de demande étrangère fut introduit. Ce projet ne vit jamais le jour mais le législateur a promulgué la loi du 14 avril 2011 afin de pallier ce problème majeur. Un article 322 fut ainsi introduit au Code des impôts sur le revenu et a permis une levée du secret bancaire belge sous certaines conditions.²⁴³ Cet article précise notamment sous quelles conditions un établissement de banque, de change, d'épargne ou de crédit sera considéré comme tiers vis-à-vis du fisc belge et devra par conséquent fournir des informations relatives à l'un de ses clients et instaurera un point de contact central géré par la banque nationale belge (ci-après BNB).²⁴⁴

§1. Les cas dans lesquels peuvent s'opérer une levée du secret bancaire

L'article 322 du CIR permet à l'administration fiscale de questionner les banques ou autres organismes financiers visés par l'article 318 du CIR à propos d'un contribuable déterminé si le fisc détient des indices de fraude fiscale par rapport au contribuable, s'il entend établir une taxation indiciaire ou encore suite à la demande d'un État étranger rendue possible par les divers accords internationaux ou européens détaillés dans la partie I.²⁴⁵

La première possibilité de lever le secret bancaire concerne la situation dans laquelle un ou plusieurs indices de fraude fiscale ont été découverts. La Cour de cassation interprète la notion d'indice de fraude de manière très large. En effet, selon son arrêt du 8 mai 2009, « *L'obligation de notifier préalablement et de manière précise au contribuable les indices de fraude fiscale qui existent à son égard (...) n'implique pas que le fisc devrait disposer de faits connus ou de constatations qui peuvent entraîner la preuve de la fraude* »²⁴⁶. La Cour mentionne également une liste non-exhaustive d'exemples positifs ou négatifs d'indices fiscaux. Ainsi, seront considérés comme indices de fraude, l'usage de fausses factures, l'existence de comptes bancaires non-mentionnés dans la déclaration fiscale, etc.²⁴⁷

Le secret bancaire peut également être levé s'il y a un projet de taxation indiciaire. Cette possibilité a entraîné de vives réactions car elle pouvait donner lieu à de nombreux abus étant donné, qu'en cas d'absence d'indice de fraude fiscale, l'administration pouvait se tourner vers une taxation indiciaire pour contourner les conditions relatives à la levée du secret bancaire. Si la simple intention de procéder à une taxation indiciaire était acceptée, cela aurait mené à une atteinte disproportionnée aux dispositions protégeant le respect de la vie privée. Pour prévenir de tels abus, la notification adressée au contribuable doit, par conséquent, contenir la raison précise pour laquelle l'administration souhaite recourir à la méthode de taxation indiciaire sur base de l'enquête en cours qui justifie sa demande de renseignements auprès d'un organisme financier.²⁴⁸

La troisième possibilité permettant de neutraliser le secret bancaire trouve place lorsqu'une demande d'assistance venant d'un État étranger est reçue en application d'une convention préventive

²⁴³ C. DOCCLO et S. KNAEPEN, « L'échange international de renseignements à des fins fiscales », *J.D.F.*, 2012, p. 328.

²⁴⁴ F. SMET, « Secret bancaire: compromis sur une procédure échelonnée », *Fiscologue*, 10 mars 2011, n° 1241, p. 3, disponible sur www.fiscologue.be (8 avril 2015).

²⁴⁵ C. DOCCLO et S. KNAEPEN, « L'échange international de renseignements à des fins fiscales », *op. cit.*, p. 328.

²⁴⁶ Cass., 8 mai 2009, R.G. n° F. 07.0113.N.

²⁴⁷ F. SMET, « Secret bancaire: compromis sur une procédure échelonnée », *op. cit.*, pp. 3 et s.

²⁴⁸ J. VAN DYCK, « Secret bancaire : communiquer les éléments d'une taxation indiciaire », *Fiscologue*, 30 septembre 2011, n° 1265, pp. 4 et 5.

de double imposition, d'une directive européenne, d'accords multilatéraux ou bilatéraux, etc.²⁴⁹ Les conditions de la levée du secret seront présumées remplies lorsqu'une telle demande est envoyée.²⁵⁰

§2. La procédure de la levée du secret bancaire

Pour lever le secret bancaire conformément à l'article 322 du CIR et afin de garantir la protection de la vie privée, une procédure par paliers doit être suivie.²⁵¹ Au cours de cette procédure, la banque ou autres organismes financiers sont considérés comme des tiers et peuvent ainsi délivrer des informations relatives à leurs clients à l'administration fiscale. Il est également requis que l'enquête porte sur un contribuable déterminé car la pêche aux informations est interdite.²⁵²

La première étape de la levée du secret bancaire consiste en l'envoi d'une demande de renseignements au contribuable lui-même. Avant toute demande aux organismes financiers ou avant même la consultation du point de contact central, l'administration doit s'adresser au contribuable afin qu'il ait l'occasion de fournir lui-même les informations requises afin d'établir l'impôt le concernant. Cette notification est impérative et doit être respectée lorsque plusieurs indices de fraude sont trouvés et lorsque l'administration envisage de procéder à une taxation indiciaire.²⁵³ La demande de renseignements est soumise aux limitations classiques des pouvoirs d'investigation du fisc et ne peut concerner que les données utiles pour déterminer la base imposable du contribuable mais, en aucun cas, des informations protégées par la loi relative à la protection de la vie privée comme, par exemple, des cotisations politiques ou les paiements de primes syndicales, etc.²⁵⁴ Cette demande doit également clairement préciser que l'administration pourra demander des informations auprès des organismes financiers si le contribuable ne coopère pas ou dissimule les informations demandées. Le contribuable a un délai d'un mois pour répondre à cette demande. Avant l'expiration de ce délai, l'administration fiscale ne peut pas introduire une demande auprès d'un organisme financier, ni consulter le point de contact central.²⁵⁵

Dans un second temps, si le contribuable n'a pas répondu à la demande de renseignements ou y a répondu de manière incomplète, la procédure se poursuivra. Une demande de renseignements peut alors être envoyée à la banque uniquement dans les trois cas précis vu *supra*: présence d'un ou plusieurs indices de fraude fiscale, lorsqu'une taxation indiciaire est envisagée ou en cas de réception d'une demande de renseignements d'un pays étranger.²⁵⁶ Dans ces trois cas, un fonctionnaire désigné par le Ministre des finances, ayant au minimum un grade de directeur, doit vérifier si les conditions sont remplies et, ensuite, autoriser un fonctionnaire, détenant au moins le grade d'inspecteur, de mener l'enquête bancaire afin d'obtenir les renseignements utiles pour fixer la base

²⁴⁹ F. SMET, « Secret bancaire: compromis sur une procédure échelonnée », *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁰ F. COLLON et S. VANHAELST, *op. cit.*, p. 233.

²⁵¹ A. GEENS et C. VAN ANTWERPEN, « België en de internationale strijd tegen het bankgeheim in fiscale aangelegenheden : een overzicht van recente ontwikkelingen », *Documentatieblad*, 1^{er} trimestre 2013, n° 1, p. 108, disponible sur financien.belgium.be (5 avril 2015).

²⁵² S. CHATZIGIANNIS, « La loi du 14 avril 2011 "portant des dispositions diverses" instaurant une certaine levée du secret bancaire en matière d'impôts sur les revenus », *Act. fisc.*, 9 juin 2011, n° 24, p. 2, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).

²⁵³ *Ibid.*, pp. 3 à 5.

²⁵⁴ F. SMET, « Nouveau commentaire administratif en matière de secret bancaire », *op. cit.*, p. 12.

²⁵⁵ S. CHATZIGIANNIS, « La loi du 14 avril 2011 "portant des dispositions diverses" instaurant une certaine levée du secret bancaire en matière d'impôts sur les revenus », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 5 et 6.

imposable du contribuable.²⁵⁷ Il est préférable d'éviter que le directeur régional donnant l'autorisation d'interroger la banque, soit le supérieur hiérarchique direct de l'inspecteur qui mène l'enquête.²⁵⁸

C'est seulement lors de la dernière étape que le directeur peut accéder au point de contact central sans obligation d'avertir le contribuable. Une fois en possession des coordonnées bancaires du contribuable visé, une demande d'informations peut être envoyée à la banque. L'envoi de cette demande à la banque doit être faite simultanément à l'envoi par lettre recommandée de la notification des indices de fraudes décelés à l'encontre du contribuable.²⁵⁹ La notification devra contenir les indices de fraude fiscale qui justifient la demande d'informations à la banque ou « *les éléments sur base desquels l'administration estime que les investigations menées peuvent également conduire à une taxation indiciaire et qui justifient une demande de renseignements auprès d'un établissement financier* »²⁶⁰.²⁶¹ Ces formalités sont essentielles afin de protéger le contribuable.

Jusqu'il y a peu, il n'y avait pas d'obligation d'informer le contribuable faisant l'objet d'une demande de renseignements provenant de l'étranger. La Cour constitutionnelle, saisie de la question, a annulé la disposition prévoyant cette possibilité. Cette annulation a été limitée dans le temps et ne sera applicable qu'après sa publication au Moniteur belge afin qu'elle n'entraîne pas d'importantes difficultés pour l'administration fiscale.²⁶² Cet arrêt²⁶³ vise à éviter une discrimination entre les contribuables faisant l'objet d'une demande interne et ceux faisant l'objet d'une demande d'un pays étranger, ainsi qu'une ingérence dans la vie privée du contribuable par le fisc.²⁶⁴ Cependant, une exception légale à la notification simultanée subsiste lorsque le trésor est en péril. En effet, dans ce cas précis, l'inspecteur bénéficie d'un délai de 30 jours après l'envoi de la demande aux établissements financiers pour notifier les indices de fraude au contribuable. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 16 mai 2013, a cependant estimé que la notion de trésor en péril devait être interprétée de manière limitative.²⁶⁵

§3. La création du point de contact central

La loi du 14 avril 2011 instaure la création d'un point de contact central auprès de la BNB auquel les établissements financiers tels que définis par l'article 318 devront communiquer une série d'informations notamment l'identité du client et les numéros de ses comptes et contrats.²⁶⁶ La création de ce point de contact central a pour but de faciliter les investigations fiscales en permettant à l'administration de savoir à quel établissement financier elle doit adresser sa demande si le

²⁵⁷ C. BUYSSE, « Levée du secret bancaire : rejet du recours en annulation », *Fiscologue*, 22 février 2013, n° 1329, p. 9.

²⁵⁸ F. SMET, « Nouveau commentaire administratif en matière de secret bancaire », *op. cit.*, p. 12.

²⁵⁹ S. CHATZIGIANNIS, « La loi du 14 avril 2011 "portant des dispositions diverses" instaurant une certaine levée du secret bancaire en matière d'impôts sur les revenus », *op. cit.*, pp. 6 et 7.

²⁶⁰ F. SMET, « Nouveau commentaire administratif en matière de secret bancaire », *op. cit.*, p. 12.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² F. SMET, « Enquête bancaire à la demande du fisc étranger : notification au contribuable », *Fiscologue*, 24 mai 2013, n° 1341, pp. 1 et 2, disponible sur www.fiscologue.be (16 mars 2015).

²⁶³ C.C., 16 mai 2013, n° 66/2013.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ P. MALHERBE et E. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 296; F. SMET, « Enquête bancaire à la demande du fisc étranger : notification au contribuable », *op. cit.*, p. 1.

²⁶⁶ P. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « Les nouvelles limites du secret bancaire en droit fiscal belge », *R.G.C.F.*, 2012, n° 2, p. 54.

contribuable refuse de collaborer. Suite à un avis²⁶⁷ de la Commission de la protection de la vie privée laissant entendre que la création de cette banque de donnée était une mesure excessive, le roi – en charge de l'organisation de ce point de contact afin de maintenir une certaine indépendance et neutralité - et le législateur ont mis en place une procédure à suivre afin de pouvoir bénéficier de ces informations.²⁶⁸

Les institutions devant fournir des informations au point de contact central sont « *toutes les institutions financières pouvant se prévaloir du secret bancaire dans leur relation avec le fisc belge* »²⁶⁹. Sont ainsi visés, les établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, les entreprises de leasing, les sociétés boursières, les établissements de paiement, etc. La notion de clients de ces institutions couvre, quant à elle, les titulaires ou co-titulaires des comptes et les contractants ou co-contractants de contrats ainsi que certaines associations sans personnalité juridique ayant la possibilité d'ouvrir un compte bancaire.²⁷⁰ Une circulaire²⁷¹ du 4 septembre 2014 précise explicitement que les entreprises d'affacturage octroyant des prêts sous forme d'affacturage, les succursales étrangères des institutions financières belges et les compagnies d'assurance dans la mesure où elles n'exercent pas d'activités étrangères à l'activité d'assurance ne doivent pas communiquer les informations au point de contact central. Cependant, ces dernières ne pourront pas non plus se prévaloir du secret bancaire et devront, par conséquent, fournir les renseignements relatifs à leurs clients lorsque l'administration fiscale en fera la demande.²⁷²

Les informations à transmettre annuellement par les établissements précités sont l'identité par leur numéro de registre national, les numéros de compte IBAN et les numéros de contrats de leurs clients.²⁷³ Par compte, il convient d'entendre les comptes bancaires ouverts en Belgique qui permettent de recevoir des revenus, d'effectuer des retraits etc. Les contrats visés seront ceux qui sont indissociablement liés à un compte en banque comme, par exemple, les contrats de leasing, les transferts de dons, etc. Une règle de minimis a été prévue pour les contrats d'un montant inférieur à 200 euros. Des informations relatives au passé, soit à partir de l'année 2010 doivent également être transmises afin d'accroître l'utilité de cette base de donnée.²⁷⁴

Les redevables de l'information doivent informer leurs clients au moyen d'un support durable, des informations qu'ils ont transférées au point de contact central ainsi que de leurs droits de consultation, de correction ou suppression de données inexactes.²⁷⁵ Ils ont aussi pu bénéficier d'un

²⁶⁷ Avis n° 13/ 2010 de la Commission de la protection de la vie privée, 31 mars 2010, disponible sur www.privacycommission.be (25 avril 2015) ; Avis n° 36/ 2011 de la Commission de la protection de la vie privée, 21 décembre 2011, disponible sur www.privacycommission.be (25 avril 2015).

²⁶⁸ F. SMET, « Secret bancaire: compromis sur une procédure échelonnée », *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁹ F. SMET, « Le point de contact central des données bancaires prend forme », *Fiscologue*, 30 août 2013, n° 1350, p. 3.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Circ. AG Fisc n° 35/2014, n° Ci.RH. 81/634.718, disponible sur <http://cfff02.minfin.fgov.be> (27 avril 2015).

²⁷² F. SMET, « Le fisc publie une circulaire relative au "point de contact central" », *Fiscologue*, 26 septembre 2014, n° 1399, p. 10.

²⁷³ F. SMET, « Le point de contact central des données bancaires prend forme », *op. cit.*, p. 4.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 3

²⁷⁵ *Ibid.*

accès temporaire au registre national s'ils n'avaient pas le numéro de registre national de leur client à la condition qu'ils puissent fournir le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance du client.²⁷⁶

Afin d'avoir accès à ce point de contact central, une demande préalable de renseignements devra impérativement avoir été envoyée par l'administration fiscale au contribuable. Le contribuable aura alors un mois pour répondre à la demande et passé ce délai, si le contribuable n'y a pas donné suite, l'administration pourra avoir accès au point de contact central.²⁷⁷ D'après le secrétaire d'État compétent, il n'y a pas d'obligation de notifier au contribuable qu'on s'adresse au point de contact central, vu le caractère général²⁷⁸ de ce type de demande.²⁷⁹ Cette position a été confirmée par la circulaire de 2014.²⁸⁰ La demande de renseignements doit désigner le contribuable et les années pour lesquelles l'information est demandée. La consultation effective du point de contact est réservée au personnel de la BNB étant donné que celle-ci est responsable de la protection des données de ce point de contact.²⁸¹

SECTION III. ÉTAT DE LA LÉGISLATION BELGE EN MATIÈRE D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

Avant d'être inscrite sur la liste grise des pays non-coopératifs établie par le G20, la Belgique montrait peu d'intérêt pour le modèle d'accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale (ci-après TIEA pour Tax Information Exchange Agreement) publié par l'OCDE en 2012.²⁸² Ces TIEA's sont sensiblement identiques aux conventions préventives de double imposition quant à leurs adoptions mais ils se limitent à l'échange de renseignements fiscaux et ne contiennent pas d'autres dispositions préventives de double imposition ou d'autres dispositions fiscales. Leur finalité principale est d'encourager l'échange international d'informations fiscales sur une base réciproque. De tels accords sont généralement conclus avec des paradis fiscaux refusant de conclure des conventions préventives de double imposition.²⁸³

En outre, la Belgique avait introduit une réserve en 2004 à l'article 26 § 5 du modèle OCDE qui ne permettait plus aux banques de se cacher derrière le secret bancaire pour refuser de répondre à une demande de renseignements d'un État étranger. La Belgique avait également opté pour le régime transitoire de la directive épargne et pratiquait ainsi, en dernier lieu, une retenue à la source de 35% afin d'éviter l'échange automatique d'informations.²⁸⁴ Dans une loi du 17 mai 2004²⁸⁵, le législateur belge a, en effet, transposé la directive épargne et son système de retenue à la source en trois volets. Tout d'abord, un nouvel impôt sur les revenus de l'épargne recueillis en Belgique a été créé. Ensuite, la loi a instauré l'obligation de communication des informations qui devra remplacer le

²⁷⁶ F. SMET, « Point de contact central pour les données bancaires: 2^e arrêté d'exécution », *Fiscologue*, 28 février 2014, n° 1375, pp. 5 et 6.

²⁷⁷ J. VAN DYCK, « Point de contact central : également pour les contrats de leasing », *Fiscologue*, 22 avril 2011, n° 1247, p. 4.

²⁷⁸ G. DE STEXHE, « Clarification concernant la levée du secret bancaire (article 3 à 9 LDFD) », *Actualités*, 10 novembre 2011, disponible sur www.jura.be (25 avril 2014).

²⁷⁹ Rapport commission des finances du sénat, n° 5-869/3, p. 20, disponible sur www.senate.be (15 avril 2015).

²⁸⁰ F. SMET, « Le fisc publie une circulaire relative au "point de contact central" », *op. cit.*, p. 11.

²⁸¹ F. SMET, « Le point de contact central des données bancaires prend forme », *op. cit.*, pp. 4 et 5.

²⁸² OCDE, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale*, 2002, disponible sur www.oecd.org (25 avril 2015).

²⁸³ S. SEGIER, « Coopération fiscale internationale en Belgique et demandes internationales de renseignements », *Act. fisc.*, 6 octobre 2011, n° 36, pp. 1 et 2, disponible sur www.monKey.com (20 mars 2015).

²⁸⁴ C. DOCCLO et S. KNAEPEN, « Summary and conclusions », IFA, 2013, pp. 133 et 134, disponible sur www.ibfd.org. (5 avril 2015).

²⁸⁵ Loi du 17 mai 2004 transposant en droit belge la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et modifiant le Code des impôts sur le revenu 1992 en matière de précompte mobilier, *M.B.*, 27 mai 2004.

système dérogatoire au terme de la période transitoire. Enfin, la loi traitait également les nouvelles règles applicables en matière d'impôt sur les revenus pour tenir compte de la retenue fiscale européenne appliquée à l'étranger à charge des contribuables belges.²⁸⁶

Suite à une énorme pression internationale, la Belgique a changé d'attitude et, en mars 2009, a annoncé qu'elle retirait sa réserve au § 5 de l'article 26 du modèle de convention OCDE. Cependant, cela ne fut pas une avancée assez satisfaisante pour éviter à la Belgique de figurer sur la liste grise des pays non-coopératifs. Compte tenu des conséquences économiques de son inscription sur cette liste, la Belgique signa de nombreuses conventions préventives de double imposition ainsi que de nombreux traités d'échange d'informations. Le 1^{er} janvier 2010, la Belgique a également abandonné son régime de retenue à la source en application de la directive épargne et s'est soumise à l'échange automatique d'informations.²⁸⁷ Pour montrer sa bonne volonté, la Belgique fut particulièrement active dans la négociation du protocole de 2010 modifiant la Convention relative à l'assistance mutuelle administrative en matière fiscale de 1988. La Belgique a, par ailleurs, signé ce protocole le 4 avril 2011.²⁸⁸ Enfin, afin de ne pas pâtir de la lenteur de la procédure de ratification pour les traités fiscaux, la Belgique a adopté la loi du 14 avril 2011 qui a permis une levée du secret bancaire interne dès lors que certaines conditions détaillées *supra* sont remplies.²⁸⁹

La Belgique continue ainsi d'avancer dans la lutte contre l'évasion fiscale en concluant de plus en plus d'accords et en prenant part à de nombreuses conventions ou directives prévoyant un échange d'informations et plus récemment un échange automatique d'informations très étendu.

La directive européenne sur l'épargne 2003/48/CE du 3 juin 2003, transposée à l'article 338*bis* du CIR par la loi du 17 mai 2004²⁹⁰ est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 en Belgique. Comme brièvement expliqué ci-dessus, la Belgique a appliqué jusqu'au 31 décembre 2009, un prélèvement pour l'État de résidence. Depuis le 1^{er} janvier 2010, la Belgique a abandonné ce système pour se soumettre à l'échange automatique de renseignements.²⁹¹ Une révision de cette directive fut opérée par la directive de 2014/48/UE, dont les dispositions devront être transposées en droit belge pour le 1^{er} janvier 2016. La Belgique aura, ensuite, jusqu'au 1^{er} janvier 2017 pour se conformer aux règles de transfert automatique d'informations.²⁹²

La directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative prévoit également une forme d'échange automatique de renseignements et concerne les revenus de l'emploi, tantièmes et jetons de présence, revenus d'assurance-vie, pensions et revenus immobiliers. Cette directive a été transposée à l'article 338 du CIR par une loi du 17 août 2013²⁹³, malgré le fait qu'elle aurait dû l'être pour le 1^{er} janvier 2013. Suite à ce retard de transposition dû au très large champ d'application de la

²⁸⁶ B. P. ORBAN, « La loi belge transposant la directive européenne sur la fiscalité de l'épargne », *D.B.F.*, 2004, n° 3, pp. 128 et 129.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ A. GEENS et C. VAN ANTWERPEN, *op. cit.*, p. 100.

²⁸⁹ C. DOCCLO et S. KNAEPEN, « Summary and conclusions », *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁰ Loi du 17 mai 2004 transposant la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme d'intérêts, *op. cit.*

²⁹¹ X., « Aspect fiscaux », disponible sur <https://www.ing.be> (12 avril 2015).

²⁹² F. SMET, « Echange automatique de données: le FATCA européen approuvé », *op. cit.*, p. 7.

²⁹³ Loi du 17 août 2013 transposant 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, *M.B.*, 5 septembre 2013.

directive, un effet rétroactif fut donné à la loi de transposition afin que le nouveau régime produise ses effets à partir du 1^{er} janvier 2013.²⁹⁴ En ce qui concerne l'échange automatique d'informations, la Belgique a dû transposer les dispositions relatives à cet échange pour le 1^{er} janvier 2015. Toutes les informations disponibles relatives aux périodes imposables à partir du 1^{er} janvier 2014 qui concernent les catégories susmentionnées doivent être communiquées en 2015.²⁹⁵ La directive prévoit également que pour le 1^{er} janvier 2017, un échange automatique d'au moins trois de ces catégories devra avoir lieu sans condition de disponibilité.²⁹⁶ Cependant, une révision de cette directive, qui sera détaillée *infra*, a été adoptée le 9 décembre 2014

Dans le cadre du FATCA américain, la Belgique a signé le 23 avril 2014 un accord intergouvernemental avec les États-Unis. Un avant-projet de loi visant l'insertion d'un article 338^{ter} dans le CIR a déjà été approuvé par le Conseil des ministres afin de permettre l'application de cet accord. Le prélèvement à la source de 30% sur les paiements d'origine américaine ne doit plus être appliqué par les institutions financières à moins que celles-ci ne respectent pas l'accord conclu et ne prennent pas les mesures imposées par celui-ci à partir du 1^{er} juillet 2014. La première déclaration est prévue en septembre 2015 sur les informations de l'année 2014. Le modèle d'accord intergouvernemental choisi par la Belgique est le modèle 1A permettant un échange réciproque d'informations contrairement au modèle 2 choisi par la Suisse qui ne permet pas la réciprocité.²⁹⁷ Dans l'accord intergouvernemental, la Belgique a tenu à ce qu'une « clause de nation la plus favorisée » soit prévue. Cette clause impose aux États-Unis d'informer la Belgique si une clause plus favorable est accordée à un autre état et de l'appliquer de manière automatique à la Belgique.²⁹⁸ Cet accord trouve sa base légale dans la convention relative à l'assistance mutuelle administrative du 25 janvier 1988. La convention préventive de double imposition conclue avec les États-Unis du 27 novembre 2006 n'a pas pu être choisie comme base légale car, contrairement à la France, elle ne prévoyait qu'un système d'échange de renseignements à la demande et ne permettait pas un échange d'informations automatique.²⁹⁹

Sous l'impulsion donnée par les États-Unis et FATCA, l'OCDE a suivi le mouvement avec son modèle de norme commune de référence (CRS). En effet, le 29 octobre 2014, la Belgique et d'autres pays ont signé un accord multilatéral entre autorités compétentes permettant la mise en œuvre de la nouvelle norme commune d'échange automatique d'informations. Les pays signataires de cette convention comptent rendre ce système opérationnel pour l'année 2017.³⁰⁰

Suite à cette avancée majeure grâce à FATCA et l'OCDE, l'Union européenne a adapté le 9 décembre 2014, par la directive 2014/107/UE, le régime prévu par la directive relative à la coopération administrative de 2011. Cette adaptation étend l'échange automatique d'informations pour 2017 aux cinq catégories au lieu des trois initialement prévues. De plus, le champ d'application de cette

²⁹⁴ G. VERACHTERT et F. SMET, « Echange d'informations élargi au sein de l'UE: loi de transposition publiée », *Fiscologue*, 11 octobre 2013, n° 1356, p. 10.

²⁹⁵ F. SMET, « Echange automatique de données: le FATCA européen approuvé », *op. cit.*, p. 5.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ G. VERACHTERT et F. SMET, « L'échange international de données progresse à grand pas », *Fiscologue*, 27 juin 2014, n° 1391, pp. 3 et 4.

²⁹⁸ G. COLOT, O. HERMAND et P. DELACROIX, *op. cit.*, p. 1.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ F. SMET, « Echange automatique de données: le FATCA européen approuvé », *op. cit.*, p. 5.

directive, qui est parfaite symbiose avec le CRS de l'OCDE, est étendu à de nombreuses informations financières comme les dividendes, plus-values, etc.³⁰¹ La Belgique doit ainsi prendre les mesures nécessaires pour transposer les modifications de la directive sur la coopération administrative pour le 31 décembre 2015. Grâce aux nombreux moyens ayant du être mis en œuvre dans le cadre de FATCA et du CRS, cela ne semble pas être une tâche ardue pour la Belgique. Grâce à cette directive qui sera applicable aux soldes et aux revenus des comptes à partir du 1^{er} janvier 2016, l'État belge disposera bientôt d'informations financières importantes concernant les comptes financiers et contrats d'assurances étrangers des résidents belges.³⁰²

SECTION IV. POSITION BELGE QUANT AUX ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX PAR LA LEVÉE DU SECRET BANCAIRE

§1. Le droit au respect de la vie privée

Le droit au respect de la vie privée des habitants du Royaume est consacré par l'article 22 de la Constitution belge ainsi que par l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la lecture couplée de ces deux dispositions, une ingérence dans ce droit à la vie privée n'est admissible que dans la mesure où cette ingérence est prévue par un règlement adopté par une assemblée délibérante démocratiquement élue et pour autant que ce règlement soit assez précis. De plus, cette ingérence doit répondre « à un besoin social impérieux et doit être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi »^{303 304}.

La vie privée des contribuables subit régulièrement une intrusion de la part de l'administration fiscale, notamment lorsque celle-ci dispose d'un ou plusieurs indices de fraude fiscale ou lorsque, suite à l'analyse d'éléments factuels, elle peut présumer une aisance du contribuable, supérieure à celle qu'attestent ses revenus déclarés, et envisage d'établir une taxation indiciaire.³⁰⁵ Dans un arrêt du 14 mars 2013³⁰⁶, la Cour constitutionnelle belge a estimé que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale justifiait l'ingérence de l'administration dans la vie fiscale des contribuables et que cette atteinte à la vie privée n'était pas disproportionnée à cet objectif de lutte. En effet, l'intrusion dans la vie privée ne peut être réalisée que dans des hypothèses précises, notamment celles expliquées *supra*, et sont subordonnées à un certain nombre de garanties d'ordre procédural comme, par exemple, l'obligation de s'adresser au préalable au contribuable pour obtenir les informations requises ou le fait qu'il faille un accord d'un fonctionnaire de grade de directeur pour autoriser une levée du secret bancaire.³⁰⁷ De plus, les dispositions en cause doivent servir un but d'intérêt général et il a été observé par la Cour, à cet égard, que le secret bancaire avait été aboli car celui-ci représentait une atteinte à la bonne collecte des taxes.³⁰⁸ La Cour a, par conséquent, décidé que cette atteinte au droit au respect de la vie privée était compatible avec le principe de légalité dès lors qu'il est basé sur une loi raisonnable

³⁰¹ *Ibid.*, p. 6.

³⁰² *Ibid.*, pp. 6 et 7.

³⁰³ P. MAUFORT, « Levée du secret bancaire : l'histoire continue », *Act. fisc.*, février 2015, n° 4, p. 2.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 262.

³⁰⁶ C.C., 14 mars 2013, n° 39/2013.

³⁰⁷ R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 262.

³⁰⁸ R. OFFERMANS et B. MICHEL, « Abolition of Belgian secrecy compatible with belgian constitution », IBFD, 2013, p. 1, disponible sur www.ibfd.org (15 avril 2015).

spécifiant qu'une atteinte au droit ne peut s'effectuer qu'en cas de fraude fiscale. En outre, les nouvelles dispositions sont conformes à la jurisprudence³⁰⁹ de la Cour européenne des droits de l'homme définie par son arrêt « Maestri V. Italy » car la formulation de la loi est suffisamment précise et permet aux individus de prévoir les conséquences de leurs actes.³¹⁰

La question de savoir si la notification au contribuable est une procédure suffisante pour garantir la protection de la vie privée ou pour établir que l'ingérence est proportionnée pose quelques problèmes. En effet, de nombreux auteurs pensent que cette procédure est insuffisante et déplorent l'absence d'une instance de contrôle quand bien même celle-ci ne statuerait qu'en voie d'avis et ne permettrait qu'à faire un premier tri pour séparer les demandes d'enquête conformes au cadre légal et aux conditions requises par la loi et celles qui ne le sont pas. L'administration fiscale, quant à elle, juge que la procédure par paliers prévue par la loi du 14 avril 2011 est une mesure suffisamment protectrice car des renseignements ne peuvent être récoltés qu'au terme d'une enquête suffisamment large et que la taxation indiciaire n'est permise que s'il existe une présomption indéniable que des informations utiles ont été dissimulées. Malgré cela, il est difficile de concevoir qu'un contribuable de bonne foi puisse avoir décidé de cacher des revenus et donc compliqué d'admettre que cet argument puisse justifier une levée du secret bancaire en l'absence d'indice de fraude.³¹¹

En ce qui concerne la conformité du point de contact central avec le respect de la vie privée, la Commission de la vie privée estime que la création de ce dernier est une mesure excessive.³¹² En effet, la création de ce point de contact entraîne une ingérence dans la vie privée des contribuables par l'administration fiscale. Le législateur en créant celui-ci a outrepassé le simple exercice des droits de l'administration et la simple mise en place d'une enquête raisonnable.³¹³

§2. Le principe d'égalité

Dans un arrêt du 14 février 2013³¹⁴, la Cour constitutionnelle belge a déclaré que la notification au contribuable était une des garanties qui lui étaient accordées et qui justifiaient qu'une demande de renseignements soit compatible avec le droit au respect de la vie privée. Dans un arrêt du 16 mai 2013³¹⁵, la Cour pointa une différence de traitement non justifiable en matière de notification lorsqu'une demande était faite par l'administration fiscale belge ou par un État étranger. En effet, la notification au contribuable en cas de demande d'informations venant de l'étranger n'était pas requise à la base alors qu'elle l'était pour toute demande venant de l'administration fiscale belge où il fallait suivre la procédure par palier. Des alinéas 3 et 4 ont donc été insérés à l'article 333/1 du CIR par une loi 21 décembre 2013 afin d'obliger dans tous les cas cette notification et de garantir un certain droit à l'information du contribuable.³¹⁶

³⁰⁹ C.E.D.H., 17 février 2004, n° 00039748/98.

³¹⁰ R. OFFERMANS et B. MICHEL, *op. cit.*, pp. 1 et 2.

³¹¹ S. CHATZIGIANNIS, « La loi du 10 novembre 2011 réparant les dispositions de la loi du 14 avril 2011 relatives à la levée du secret bancaire fiscal n'aura pas fait taire les critiques », *Act. fisc.*, 26 janvier 2012, n° 5, p. 5, disponible sur www.monKey.com (15 avril 2015).

³¹² Avis n° 13/2010 de la Commission de la protection de la vie privée, *op. cit.*, n° 33, p. 12.

³¹³ P. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, *op. cit.*, p. 68.

³¹⁴ C.C., 14 février 2013, n° 7/2013.

³¹⁵ C.C., 16 mai 2013, n° 66/2013.

³¹⁶ P. MAUFORT, *op. cit.*, pp. 5 et 6.

Avant les améliorations faites par la loi réparatrice du 10 novembre 2011, le principe d'égalité entre les citoyens était mis à mal. En effet, lors de la procédure de taxation indiciaire, un déficit indiciaire important et non justifié de manière adéquate pouvait constituer un indice de fraude. Or, le projet de loi prescrivait comme unique condition à la levée bancaire l'intention d'effectuer une telle taxation. Selon la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 avril 2002³¹⁷, un déficit indiciaire démontrait que la déclaration était inexacte mais ne constituait pas une preuve de fraude fiscale. Une différence de traitement pouvait donc être constatée entre les contribuables ayant un déficit indiciaire où aucun autre indice ne démontrait une fraude fiscale et les contribuables dans le chef desquels il n'existait ni indices de fraude, ni déficit indiciaire et qui ne subissaient pas une taxation indiciaire. Dans le premier cas, le secret bancaire pouvait être levé et dans le deuxième il ne pouvait l'être. On peut dès lors s'interroger sur la conformité de cette levée du secret bancaire avec le principe d'égalité consacré dans la Constitution belge.³¹⁸

La loi de 2011 a mis fin au risque d'abus arbitraire de l'administration fiscale car il était requis que cette dernière soit en possession d'un élément susceptible d'être qualifié de signe ou indice et non pas d'une simple intention de taxation indiciaire. Cependant, un manque de proportionnalité peut toujours être observé car un simple signe de valeur insignifiante indiquant une aisance supérieure aussi faible soit elle, pourrait justifier une levée du secret.³¹⁹

§3. Le droit de ne pas s'auto-incriminer

La question de savoir dans quelle mesure un contribuable a le droit de ne pas s'auto-incriminer a fait couler beaucoup d'encre. En effet, on peut se demander si un contribuable, harcelé par le fisc et risquant de se voir infliger des sanctions pénales, peut éluder les demandes d'informations qui lui sont adressées en invoquant son droit de ne pas s'auto-incriminer prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et d'ainsi se murer dans le silence.³²⁰

La Cour européenne des droits de l'homme et les différentes juridictions nationales sont d'accord pour affirmer que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique aux matières fiscales. Cet article s'applique lorsque l'administration fiscale fait part à son contribuable de son intention de lui appliquer des sanctions pénales ainsi que lorsque le contribuable peut raisonnablement supposer, qu'en répondant à la demande de renseignements émanant du fisc, il risquera de faire l'objet de telles sanctions. Comme la portée et l'application pratique de cette exigence restent cependant aléatoires, il faudra vérifier, dans chaque cas d'espèce, si la contrainte exercée par le fisc s'avère ou non disproportionnée.³²¹ Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme plus connu sous le nom d'arrêt *Chambaz C. Suisse*³²² confirme que le contribuable a le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer en refusant de transmettre des documents à l'administration fiscale. La Cour insiste également sur le fait que ces normes internationales sont

³¹⁷ Cass., 26 avril 2002, R.G. n° P. 02.0708.F.

³¹⁸ F. SMET, « Secret bancaire: compromis sur une procédure échelonnée », *op. cit.*, pp. 4 et 5.

³¹⁹ S. CHATZIGIANNIS, « la loi du 10 novembre 2011 réparant les dispositions de la loi du 14 avril 2011 relatives à la levée du secret bancaire fiscal n'aura pas fait taire les critiques », *op. cit.*, p. 3.

³²⁰ R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 260.

³²¹ *Ibid.*

³²² C.E.D.H., 5 avril 2012, n° 11663/04.

reconnues et font partie de la notion de procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.³²³

La doctrine se montre toutefois hésitante quant à l'invocation de l'article 6 dans la pratique et encourage à ne faire usage au droit au silence qu'en pesant sagement le pour et le contre. En effet, il est indéniable que le fisc aura tendance à voir dans chaque contribuable se retranchant derrière son droit au silence, un fraudeur qui souhaite rendre ses missions de contrôle plus compliquées et aura tendance à durcir son attitude vis-à-vis de ce dernier.³²⁴

§4. Le droit à l'information et le processus de notification

La Cour de justice de l'Union européenne a attiré l'attention suite à l'affaire Sabou³²⁵ sur le manque de procédures protectrices des contribuables. En effet, à la question de savoir dans quelle mesure un contribuable avait le droit de vérifier l'exactitude des informations transmises par l'administration fiscale, la Cour avait répondu qu'il fallait se référer aux procédures prévues par le droit national.³²⁶

Un droit à l'information du contribuable en ce qui concerne sa propre situation fiscale est nécessaire afin d'éviter de nombreuses erreurs ou abus de la part de l'administration. Si un tel droit était institué, on pourrait notamment y voir le pendant de l'article 32 de la Constitution belge accordant aux citoyens un droit de consultation des documents administratifs ainsi que le droit de s'en faire remettre une copie. Pour un pays qui se veut démocratique, un tel droit serait une avancée considérable vers un État de droit.³²⁷

Comme expliqué ci-dessus, la Cour constitutionnelle³²⁸ a jugé le 16 mai 2013 que l'absence de notification au contribuable lorsqu'une demande venait de l'étranger n'était pas justifiée car la procédure de notification au préalable est une garantie primordiale contre toute ingérence dans la vie privée car elle permet aux contribuables visés par la demande d'informations de s'opposer aux demandes de renseignements qui ne leur sembleraient pas justifiées par la voie d'une action judiciaire en référé.³²⁹ Suite à cet arrêt, le législateur belge a réagi en insérant deux alinéas à l'article 333/1 du CIR en 2013. Ces nouvelles dispositions prévoient l'obligation de notification et permet ainsi une avancée vers un droit à l'information. Malgré cette insertion, on peut s'interroger sur le fait de savoir si une notification simultanée est suffisante. Comme le souligne des avis de la Commission de la protection de la vie privée, une notification préalable s'avèrerait plus appropriée.³³⁰

Dans le même arrêt, la Cour constitutionnelle a estimé que l'absence de notification au contribuable dans la phase de recouvrement de l'impôt était justifiable dans le sens où cette phase nécessitait moins de recherches que lors de la phase de détermination de l'impôt et que par

³²³ V. SEPULCHRE, « La jurisprudence récente de Cour européenne des Droits de l'homme en matière fiscale », *Act. fisc.*, 10 octobre 2012, n° 36, pp. 2 et 3, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ C.J.U.E., 22 octobre 2013, Jiri Sabou, C-276/12.

³²⁶ G. ZEYEN, *op. cit.*, p. 236.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 240 et 241.

³²⁸ C.C., 16 mai 2013, n° 66/2013.

³²⁹ P. MAUFORT, *op. cit.*, p. 4.

³³⁰ P. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, *op. cit.*, p. 68.

conséquent, l'ingérence dans la vie privée était moins importante. Cette décision est étonnante car une différence de traitement entre des situations comparables est observée.³³¹

CHAPITRE II : LEVÉE DU SECRET BANCAIRE FISCAL LUXEMBOURGEOIS

SECTION I. FONDEMENTS DU SECRET BANCAIRE LUXEMBOURGEOIS

§1. Le secret bancaire avant la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier

Avant les années 1980, l'existence d'un secret bancaire luxembourgeois était controversée. Malgré une première opposition à ce que s'applique aux banquiers l'article 458 du Code pénal prévoyant que les médecins, chirurgiens, doivent garder secrètes les informations qui leur sont confiées sous peine de sanctions pénales, la doctrine a opéré un revirement dans sa pensée et le législateur l'a suivie en consacrant le secret bancaire par la loi bancaire du 23 avril 1981.³³²

Le secret bancaire a tout d'abord été consacré par une référence à l'article 458 du Code pénal au sein de l'article 16 § 1 de la loi du 23 avril 1981 qui énumérait les différentes personnes tenues au secret et renvoyait à l'article 458 pour les peines à appliquer. Le champ d'application de cet article fut ainsi étendu à tous les établissements bancaires constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg.³³³

§2. La loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier

Le secret bancaire a été renforcé suite à l'adoption de la loi relative au secteur financier du 5 avril 1993. L'article 41 de cette loi a élargi le cercle des professionnels visés par le secret à tous les professionnels du secteur financier et non plus aux seuls établissements bancaires. La raison pour laquelle un tel secret a été institué tenait tant aux obligations contractuelles qu'à la protection de la vie privée.³³⁴

2.1. Le champ d'application ratione personae

L'article 41 impose un secret bancaire aux institutions financières ainsi qu'à tout professionnel du secteur financier au Luxembourg. Sont également soumis à ce secret, les administrateurs, membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service des établissements de crédit, des autres professionnels du secteur financier, des organes de règlement, des contreparties centrales, des chambres de compensation et des opérateurs étrangers de systèmes agréés au Luxembourg.³³⁵ En plus des professionnels de droit luxembourgeois, l'article vise également les professionnels de droit étranger opérant au Luxembourg, ceux dont l'activité est exercée au sein de l'Union européenne par des professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois. Le large champ d'application du secret bancaire explique

³³¹ F. SMET, « Enquête bancaire à la demande du fisc étranger : notification au contribuable », *op. cit.*, pp. 1 et s.,

³³² D. SPIELMANN, *Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, pp. 18 et 19.

³³³ *Ibid.*, pp. 19 à 23.

³³⁴ *Ibid.*, p. 23.

³³⁵ *Ibid.*, pp. 23 à 25.

l'engouement de nombreuses personnes à avoir un lien avec le Luxembourg lorsqu'ils touchent au domaine financier ainsi que la réputation actuelle du Luxembourg.³³⁶

Les personnes bénéficiant de la protection du secret bancaire sont tant les clients actuels et les anciens clients que les potentiels futurs clients donnant des informations à l'institution financière ou les tiers à propos de qui l'institution reçoit des informations de manière incidente.³³⁷ Les anciens clients resteront protégés car les banquiers doivent respecter le secret bancaire après la cessation des relations bancaires.³³⁸

2.2. Le champ d'application ratione materiae

Le secret bancaire couvre les informations confiées par les clients, ou personnes protégées, aux personnes visées dans le point précédent. Ces personnes devront garder secrètes les informations qui leur sont confiées directement par leurs clients, dans le cadre de leur activité personnelle, ainsi que les renseignements relatifs à leurs clients qui viendraient à leur connaissance dans l'exercice de leur profession à condition que ceux-ci aient un caractère confidentiel et soient suffisamment précis.³³⁹ Les informations relatives à une personne protégée qui sont présumées par une institution financière ou déjà connue par elle mais confirmées ou expliquées par d'autres informations ainsi que les informations reçues par celle-ci par des tiers sont protégées.³⁴⁰

Le champ d'application de la protection accordée par l'article 41 doit être interprété largement. En effet, les informations couvertes par le secret bancaire sont les informations concernant les clients relatives à leur patrimoine ou leur situation financière, les montants de leurs avoirs au sein de l'entité, les types d'opérations bancaires qu'ils ont effectuées et les revenus ou charges relatifs à ces dernières.³⁴¹ L'existence même d'une relation entre la banque et le client ne peut pas non plus être révélée ainsi que les renseignements négatifs.³⁴²

2.3. Le caractère d'ordre public du secret bancaire luxembourgeois

Le caractère d'ordre public du secret bancaire a été sujet à de nombreuses controverses. Selon l'institut monétaire luxembourgeois et les travaux préparatoires de la loi bancaire, le secret bancaire serait d'ordre public et par conséquent ne souffrirait que des limitations prévues par le texte. Une autre approche défendait, toutefois, qu'on puisse librement disposer de son droit et que le client puisse, par conséquent, imposer à son banquier de révéler des informations qu'il juge utiles et soit le seul maître du secret bancaire.³⁴³

La Cour d'appel de Luxembourg a mis fin au débat en affirmant dans son arrêt du 2 avril 2003 que le secret bancaire est d'ordre public et que le respect de celui-ci est une obligation de résultat.³⁴⁴

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ H. WAGNER, J. SCHAFFNER, J. CHARTRAIN-HECKLEN et C. IGOT, « The past, present and future of Luxembourg banking secrecy », Allen & Overy, 26 février 2015, p. 10. (Inédit, slides d'une conférence donnée par Allen&Overy, Luxembourg, 26 février 2015)

³³⁸ Trib. Arr. Luxembourg, 24 avril 1991, *Pas. Lux.* t. 28, p. 173.

³³⁹ D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 25.

³⁴⁰ H. WAGNER, J. SCHAFFNER, J. CHARTRAIN-HECKLEN et C. IGOT, *op. cit.*, p. 12.

³⁴¹ X., *Bulletin 2004/3 de la Banque centrale du Luxembourg*, Luxembourg, Banque centrale du Luxembourg – Eurosysteme, 2004, n° 3, p. 70., disponible sur www.bcl.lu (18 avril 2015).

³⁴² D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 25.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 27 et 28.

³⁴⁴ A. SCHMITT et E. OMES, « Chronique de droit bancaire et financier 2003 (Luxembourg) », *B.F.R.*, 2004, n° 3, p. 69.

Dans un autre arrêt du 30 mars 2004, la Cour d'appel confirme qu'elle considère le secret bancaire comme d'ordre public. On peut également déduire que la Cour de cassation luxembourgeoise maintient cette position du fait que l'arrêt de 2003 n'a pas été cassé lors du pourvoi en cassation.³⁴⁵ Malgré ces consécutions jurisprudentielles, certains auteurs maintiendront qu'aucune décision de principe n'a été prise et que le caractère d'ordre public du secret bancaire qui peut être considéré comme l'antithèse de la liberté contractuelle ne peut être affirmé.³⁴⁶

2.4. Les limites du secret bancaire luxembourgeois

De nombreuses limites et tempéraments au secret bancaire sont prévus par loi et permettent de divulguer certaines informations sous certaines conditions dans des situations précises.

Le secret bancaire pourra être levé lorsqu'une loi luxembourgeoise l'autorise, tandis qu'une loi étrangère ne pourra en aucun cas lever ce secret. Cette dérogation s'explique notamment par le fait que l'autorisation ou l'ordre de la loi est une cause de justification prévue par l'article 70 du Code pénal.³⁴⁷

Les autorités nationales ou étrangères chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier ne pourront pas se voir opposer le secret bancaire. En effet, des informations relatives aux clients d'une institution financière pourront être transmises à condition que l'organe de surveillance agisse dans le cadre de ses compétences et dans le but de cette surveillance et que les informations transmises soient bien protégées par le secret professionnel de cet organe de supervision. La transmission des informations à une autorité étrangère devra se faire par l'intermédiaire de la maison mère ou de l'actionnaire ou associé compris dans cette surveillance.³⁴⁸

En outre, le secret bancaire n'est pas opposable aux actionnaires majoritaires si les informations transmises sont nécessaires pour une gestion saine et prudente de l'institution financière et si ces informations ne révèlent pas les engagements de la banque envers un de ses clients, autre qu'un professionnel du secteur financier.³⁴⁹

Certains professionnels du secteur financier comme les agents de communication à la clientèle ou les agents administratifs et les opérateurs de systèmes informatiques ou de réseaux de communication du secteur financier ne doivent pas respecter l'obligation au secret dans le cas où les informations sont communiquées à ces derniers dans le cadre d'un contrat de service et à condition que celles-ci soient indispensables pour l'exécution du contrat de service.³⁵⁰

La coopération dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent tenant une grande place au sein de notre société, une obligation de secret ne pouvait faire obstacle au bon déroulement des procédures permettant d'identifier le ou les auteurs du blanchiment d'argent. La loi bancaire de 1993 a donc prévu une collaboration entre les institutions financières et les autres professionnels du secteur financier ainsi que leurs directeurs et employés et les autorités luxembourgeoises

³⁴⁵ D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 28.

³⁴⁶ X., *Bulletin 2004/3 de la Banque centrale du Luxembourg, op. cit.*, p. 70.

³⁴⁷ D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁸ H. WAGNER, J. SCHAFFNER, J. CHARTRAIN-HECKLEN et C. IGOT, *op. cit.*, p. 18.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 19.

³⁵⁰ X., *Bulletin 2004/3 de la Banque centrale du Luxembourg, op. cit.*, p. 72.

responsables de la lutte contre le blanchiment d'argent. L'obligation pesant sur les banques ou autres professionnels est à la fois passive, dans le sens où ces derniers doivent fournir aux autorités les informations demandées, et active dans le sens où ils doivent prendre eux-mêmes l'initiative en faisant part au Ministère public de leur suspicion à l'égard d'un client ou d'une transaction, avec les informations utiles. Pour éviter qu'un trop grand nombre d'employés de banque ne respecte pas le secret bancaire et minimise le risque d'excès de transfert de renseignements, les informations doivent être transmises par la ou les personnes désignées par l'institution financière ou un autre secteur financier. De plus, il est requis que l'usage de ces renseignements soit strictement réservé à la lutte contre le blanchiment d'argent et non pour d'autres buts.³⁵¹

Enfin, lorsqu'une banque ou un autre professionnel du secteur financier se retrouve témoin ou partie à un procès, certaines atteintes au secret bancaire peuvent être justifiées. Dans le cas où la banque est témoin à un procès devant une Cour civile, commerciale ou devant une juridiction du travail, elle pourra décider de garder le silence ou de révéler les renseignements sans qu'une sanction ne lui soit appliquée.³⁵² Dans le cas d'un témoignage devant une Cour pénale, une controverse existe car certains auteurs plaident en faveur du même choix tandis que d'autres arguent qu'il y aurait une obligation de témoigner. Dans le cas où la banque ou un banquier est partie à un procès, un équilibre doit être trouvé entre l'invitation à témoigner et les droits de la défense. Pour qu'il puisse se défendre, le banquier ne sera donc pas sanctionné par l'article 458 du Code pénal s'il dévoile des informations sur son client dans un litige qui l'oppose à ce client. Cependant, la levée du secret bancaire doit être interprétée de manière stricte et il faut que la révélation des informations confidentielles soit nécessaire pour la défense des intérêts de la banque. En outre, la stricte interprétation implique qu'un engagement caractérisé des intérêts patrimoniaux de la banque soit en jeu et qu'on ne soit pas en présence d'une simple possibilité de dommage moral. Le principe de proportionnalité doit également être respecté car, seules les informations indispensables pour la défense des intérêts de la banque pourront être révélées.³⁵³

Enfin, le voile sur le secret bancaire peut être levé en cas de commission rogatoire internationale comme le prescrit l'article 5 de la loi du 27 octobre 2010 portant approbation de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne. Une décision préalable par le Ministre de la Justice est requise « *lorsque la demande d'entraide émane d'un pays lié ou non au Luxembourg par un traité ou une convention est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays. Le Luxembourg estime que toute commission rogatoire tendant à faire opérer des perquisitions et saisies dans une banque ou auprès d'un professionnel du secteur bancaire doit être soumise à l'intervention au préalable du Ministre de la Justice* »^{354 355}.

³⁵¹ M. ZWICK, *Banking secrecy and money laundering*, Luxembourg, Promoculture, 2003, pp. 19 et 20.

³⁵² C.A. Luxembourg, 30 mars 2004, n° 105/04; G. VOGEL, *Encyclopédie judiciaire de droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 91.

³⁵³ M. ZWICK, *op. cit.*, p. 23 ; D. SPIELMANN, *op. cit.*, pp. 53 à 58.

³⁵⁴ X., « Rapport d'évaluation du Luxembourg concernant l'entraide judiciaire et les demandes urgentes de dépistage et saisie/gel des biens », p. 7, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu> (6 mai 2015).

³⁵⁵ *Ibid.*

Jean Guill, directeur de la Commission de surveillance du secteur financier, dans son rapport d'activité de 2014, semble insinuer que le secret bancaire, instauré par la loi sur le secteur financier, ne répondrait plus au nouveau modèle d'affaires et qu'il faudrait par conséquent adapter la loi de 1993 sur le secteur financier afin d'assortir ce secret de nouvelles limites.³⁵⁶

SECTION II. ÉTAT DE LA LÉGISLATION LUXEMBOURGEOISE EN MATIÈRE D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

Afin d'accroître la transparence fiscale et de lutter contre l'évasion et la fraude fiscale, le Luxembourg a adopté un grand nombre de lois permettant de se conformer aux dispositions européennes et internationales prévoyant des échanges d'informations entre pays et par conséquent une levée du secret bancaire.

Le premier pas du Luxembourg vers les instruments permettant un échange d'informations fut l'adoption, le 21 juin 2005, d'une loi³⁵⁷ transposant la directive épargne 2003/48/CE du 3 juin 2003 prévoyant un échange automatique d'informations. Cependant, à l'instar de la Belgique et de l'Autriche, le Luxembourg, soucieux de préserver son secret bancaire et une certaine confidentialité, a opté pour un système dérogatoire permettant une retenue à la source de 35% dont il reversait, par la suite, 75% de ce prélèvement de manière anonyme à l'État de résidence. Les titulaires de comptes luxembourgeois pouvaient cependant toujours choisir de se soumettre à l'échange automatique d'informations prévu par la directive afin d'échapper à ce prélèvement à la source. Par une loi du 25 novembre 2014 modifiant la loi de 2005 précitée, le Luxembourg a abandonné son système de retenue à la source pour les intérêts versés par des agents payeurs à des non-résidents européens afin de se soumettre à l'échange automatique d'informations à partir du 1^{er} janvier 2015. Les établissements financiers doivent communiquer les renseignements visés par la loi au fisc luxembourgeois avant le 20 mars 2016. Le fisc devra ensuite délivrer ces informations au plus tard le 30 juin 2016 aux administrations fiscales étrangères.³⁵⁸ Comme expliqué *supra*, la directive épargne a été modifiée et élargie par la directive 2014/48/UE. Celle-ci n'a pas encore été transposée en droit luxembourgeois. Cette version révisée de la directive épargne sera applicable à partir du 1^{er} janvier 2017.³⁵⁹ Malgré sa récente modification, le futur de la directive épargne est compromis et il semblerait que l'abrogation de cette dernière soit prévue en 2016 car le champ de celle-ci sera couvert par l'échange automatique d'informations prévu par la directive de 2014 modifiant la directive de 2011 relative à la coopération administrative en matière fiscale.³⁶⁰

Le Luxembourg, fermement attaché à son précieux secret bancaire, avait également introduit, en 2005, une réserve relative à l'article 26 § 4 et § 5 du modèle OCDE qui instaurait qu'on ne pouvait invoquer le secret bancaire pour refuser de transférer les informations à un État qui en faisait la

³⁵⁶ J. GUILL, « Préface », in *Rapport d'activité 2014*, Luxembourg, Commission de surveillance du secteur financier, 2014, p. 3, disponible sur www.cssf.lu (6 mai 2015).

³⁵⁷ 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, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 86, 22 juin 2005, pp. 1540 et s., disponible sur www.mf.public.lu (20 avril 2015).

³⁵⁸ B. SPRINGAEL, « Luxembourg: nouvelle législation fiscale sous les signes de la transparence », *Fiscologie internationale*, 30 novembre 2014, n° 371, p. 3.

³⁵⁹ H. WAGNER, J. SCHAFFNER, J. CHARTRAIN-HECKLEN et C. IGOT, *op. cit.*, p. 10.

³⁶⁰ X., « Foreseeable timeline of the Automatic Exchange of information within the EU for Luxembourg », ABBL, 15 octobre 2014, disponible sur www.abbl.lu (5 avril 2015).

demande. Après avoir été placé sur la liste grise des pays non-coopératifs en 2009, le Luxembourg a retiré sa réserve à l'article 26 § 4 et § 5 et a adopté la loi du 31 mars 2010 autorisant l'introduction des paragraphes 4 et 5 dans ses conventions préventives de double imposition.³⁶¹ La procédure imposée par cette loi prévoyait qu'une analyse de la demande devait être effectuée afin de vérifier si les conditions légales de l'octroi des informations étaient remplies. Si ce premier test s'avérait positif, une notification de la demande était envoyée par l'administration aux détenteurs des renseignements. L'information devait, ensuite, être transférée dans un délai d'un mois sous peine d'une amende de plus 250 000 euros. Un recours ayant un effet suspensif pouvait cependant être introduit contre ces décisions dans un délai d'un mois à partir de la notification devant les juridictions administratives. De plus, cette loi a affirmé que la pêche aux informations était interdite et que les informations demandées devaient être conformes au critère de pertinence vraisemblable qui fut précisé par une circulaire du 31 décembre 2013 et par de nombreux arrêts des juridictions administratives.³⁶² La loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, constitue la base légale pour les échanges d'informations bilatéraux prévus par l'article 26 du modèle OCDE. Cette loi avait permis un réel changement et de nombreuses conventions préventives de double imposition conforme au modèle de l'OCDE ont ainsi pu être conclues, ce qui a permis au Luxembourg d'être remis sur la liste blanche en 2011. Contrairement à de nombreux pays dont la Belgique, le Luxembourg n'a conclu aucun accord d'échange d'informations fiscales (TIEA'S).³⁶³

Une modification de la loi du 31 mars 2010 a été effectuée par une loi du 25 novembre 2014³⁶⁴. Cette loi a particulièrement modifié la procédure entourant l'échange d'informations prévu dans la loi de 2010. En effet, la nouvelle loi de 2014 prévoit que l'information demandée peut renvoyer à l'année fiscale précédent la conclusion du traité fiscal si l'information est pertinente pour déterminer les revenus, ce qui n'était pas prévu dans la loi antérieure. Ensuite, un contrôle formel de la régularité de la demande a lieu. Des informations à propos des parties tierces peuvent être révélées et les autorités fiscales du Luxembourg ont les mêmes pouvoirs d'investigation que pour les taxes luxembourgeoises. La possibilité d'introduire un recours de la décision devant les autorités compétentes luxembourgeoises a également été supprimée par la nouvelle loi.³⁶⁵

Continuant sur sa lancée, le Luxembourg a transposé la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative en matière fiscale en deux temps. Dans un premier temps, une loi du 29 mars 2013 concernant les échanges de renseignements sur demande et spontanés a été prise. Ensuite, le 26 mars 2014, une deuxième loi a été adoptée afin de transposer la partie relative à l'échange automatique d'informations de la directive. Sur les cinq catégories de revenus faisant l'objet

³⁶¹ C. JAGER, « De l'échange d'informations à ... l'organisation de la transparence », *JurisNews*, vol. 3, 2014, n° 1, p. 37.

³⁶² A. STEICHEN, « Information exchange in tax matters : Luxembourg's new tax policy », in *Exchange of information and bank secrecy* (sous la dir. de A. RUST et E. FORT), the Netherlands, Kluwer Law International, 2012, p. 28.

³⁶³ E. FORT, R. JUNG et A. RUST, « Summary and conclusions », IFA, 2013, pp. 475 et 476, disponible sur www.ibfd.org (5 avril 2015).

³⁶⁴ Loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale et modifiant la loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 214, 27 novembre 2014, pp. 4170 et 4171, disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015).

³⁶⁵ B. SPRINGAEL, *op. cit.*, pp. 2 et 3.

de l'échange de renseignements, le Luxembourg s'est engagé à transmettre les informations non-couvertes par son secret bancaire et celles dont l'administration fiscale possédait déjà les données grâce aux déclarations fiscales, c'est à dire les revenus de l'emploi, les tantièmes et jetons de présences et les pensions. Cette directive est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 malgré une exception pour les dispositions relatives à l'échange automatique qui ont été d'application le 1^{er} janvier 2015.

Récemment, la directive 2011/16/UE a été modifiée par la directive 2014/107/UE du 9 décembre 2014, plus connue sous le nom de FATCA européen. Cette directive est en harmonie avec le CRS et impose un échange automatique d'informations pour huit catégories de revenus, vues en détail *supra*. Celle-ci n'est pas encore transposée en droit luxembourgeois mais la transposition est prévue au plus tard pour le 31 décembre 2015 et sera applicable aux revenus et soldes à partir du 1^{er} janvier 2016 pour un premier reporting prévu pour le 30 septembre 2017.³⁶⁶

Le Luxembourg se voyant obligé d'introduire, au niveau de la place financière dans son ensemble un échange d'informations généralisé avec les États-Unis, a signé le 28 mars 2014 un accord intergouvernemental FATCA de modèle 1A avec les États-Unis.³⁶⁷ Celui-ci devra être ratifié par une loi nationale, qui en reprendra le contenu, qui devra être complété par la suite par une circulaire du directeur de l'administration des contributions directes.³⁶⁸ Sans la signature d'un tel accord, les fonds luxembourgeois auraient difficilement pu investir dans des avoirs et valeurs américains.³⁶⁹ Les institutions financières luxembourgeoises devront communiquer, pour le 30 juin 2015 au plus tard, les informations à l'administration des contributions directes. Ces données financières dont les intérêts, les dividendes, les revenus de la vente et solde du compte feront ensuite l'objet d'un échange d'informations réciproque entre le Luxembourg et les États-Unis pour le 30 septembre 2015 au plus tard.³⁷⁰ Le 27 mars 2015, un projet de loi portant approbation de l'accord intergouvernemental FATCA entre les gouvernements des États-Unis et le Luxembourg a été déposé. Ce projet de loi prévoit que les institutions financières déclarantes luxembourgeoises doivent respecter les règles de diligence raisonnable et mettre au point des mécanismes en vue du transfert des informations sous peine d'encourir une amende administrative fiscale de maximum 250 000 euros. De plus, en cas de défaut de communication ou de communication tardive ou incomplète des données, une sanction administrative d'un maximum de 0.5% des montants qui auraient dû être communiqués et avec un minimum de 1500 euros a été prévue.³⁷¹

³⁶⁶ X., « Significant developments in the global automatic exchange of information », EY, 31 octobre 2014, disponible sur www.ey.com (25 avril 2015).

³⁶⁷ F. VAN KUIJK, M. HAARSMA, M. STAES, « FATCA, the Luxembourg IGA and the impact on Luxembourg Funds », *Revue générale de fiscalité luxembourgeoise*, 2015, n° 1, p. 8.

³⁶⁸ E. LEBAS, « FATCA », décembre 2014, p. 15. (Inédit, slides d'une conférence donnée par Academy & Finance, Luxembourg, 2 décembre 2014)

³⁶⁹ J. SCHAFFNER, *Droit fiscal international*, 3 éd., Windhof, Promoculture – Larcier, p. 468.

³⁷⁰ Projet de la circulaire du directeur des contributions ECHA - n° 2 ayant comme objet FATCA – Échange automatique d'informations entre le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 6 janvier 2015, p. 5, disponible sur www.impotsdirects.public.lu (3 mai 2015).

³⁷¹ Projet de loi n° 6798 du 27 mars 2015 portant approbation 1. De l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations communément appelées le « Foreign Account Tax Compliance Act », y compris ses deux annexes ainsi que le « Memorandum of Understanding » y relatif, signés à Luxembourg le 28 mars 2014; 2. L'échange de notes y relatives, article 2 (5), disponible sur www.chd.lu (12 mai 2015).

Afin de se conformer aux standards internationaux, le Luxembourg a également adopté la Convention relative à l'assistance mutuelle administrative le 29 mai 2013 et l'a transposé par une loi du 26 mai 2014³⁷². Celle-ci sera applicable à partir de septembre 2017.³⁷³

Enfin, le Common Reporting Standard, présenté le 14 octobre 2014 par l'ECOFIN, qui entrera en vigueur pour le 1^{er} janvier 2016 et dont le premier échange aura lieu en 2017 sur les revenus de 2016, n'a pas encore été transposé en droit luxembourgeois.³⁷⁴ Afin que le CRS puisse s'appliquer également en dehors de l'Union européenne, le Luxembourg a adopté, le 29 octobre 2014, l'accord multilatéral d'autorités compétentes lié au CRS duquel il fait partie afin de répondre aux nouvelles normes de l'OCDE.³⁷⁵ Le premier échange d'informations aura lieu en 2017 sur la période rapportable de 2016 avec les pays tiers à l'Union européenne.³⁷⁶ Les banques luxembourgeoises devront s'adapter de manière pratique à l'échange d'informations. Le système CRS s'appuiera sur le schéma et les infrastructures techniques prévues pour le reporting FATCA en neutralisant toutefois les spécificités liées aux États-Unis afin que le système puisse être utilisé de manière multilatérale. Les plus petites banques seront plus touchées par ces nombreuses adaptations car elles n'ont pas toutes eu l'expérience de FATCA au préalable.³⁷⁷

SECTION III. POSITION LUXEMBOURGEOISE QUANT AUX ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX PAR LA LEVÉE DU SECRET BANCAIRE

§1. Le droit au respect de la vie privée

Au Luxembourg, la protection de la vie privée d'un contribuable est assurée par la loi³⁷⁸ du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée. En outre, le respect de la vie privée d'un contribuable est consacré par les règles du secret fiscal. Deux types de règles peuvent généralement être distinguées : le secret protégeant le contribuable de devoir révéler une information et le secret fiscal interdisant aux autorités fiscales de révéler les informations relatives au contribuable à des parties tierces. De plus, l'article 11 (3) de la Constitution luxembourgeoise institue un droit au respect de la vie privée.³⁷⁹

Le respect de la protection de la vie privée est également consacré dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu duquel seule une atteinte proportionnée à ce droit par une autorité publique peut être admise. Le contribuable pourra invoquer que le respect de ses droits n'a pas été respecté lors de la procédure d'échange d'informations. Dans ce cas, la charge de la preuve pèsera sur l'administration fiscale afin qu'il n'y ait pas d'atteinte à la présomption

³⁷² Loi du 26 mai 2014 portant approbation de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et de son protocole d'amendement, signés à Paris, le 29 mai 2013 et portant modification de la loi générale des impôts, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 96, 4 juin 2014, pp. 1434 à 1442, disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015).

³⁷³ C. PONCELET, « La nouvelle loi luxembourgeoise du 26 mai 2014 portant sur la transposition de Convention multilatérale de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle », décembre 2014, p. 1. (Inédit, slides d'une conférence organisée par Academy & Finance, Luxembourg, 2 décembre 2014)

³⁷⁴ X., « OECD CRS reporting », *op. cit.*, p. 10.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ X., « Summary of AEOI initiatives applicable in Luxembourg », ABBL, 24 novembre 2014, disponible sur www.abbl.lu (5 avril 2015).

³⁷⁷ M. FILIPUCCI, P. KIRSCH et O. DAL FARRA, « Échange automatique d'informations: les bonnes résolutions imposées aux banques dès 2015 », *Agefi*, janvier 2015, p. 4, disponible sur www.pwc.lu (6 mai 2015).

³⁷⁸ Loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 86, 12 octobre 1982, pp. 1840 et s., disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015).

³⁷⁹ E. FORT, R. JUNG et A. RUST, « Summary and conclusions », IFA, 2013, p. 486, disponible sur www.ibfd.org (5 avril 2015).

d'innocence octroyée à tous les citoyens. Outre cette protection, le respect du droit à un procès équitable s'appliquera s'il existe un risque de sanction à la fin de la procédure.³⁸⁰

Afin de protéger les droits des contribuables, une procédure a été mise en place en cas de demande de renseignements venant d'un État étranger. Cette procédure prévoit que les autorités fiscales luxembourgeoises devront vérifier si la demande d'informations a été faite conformément aux principes de proportionnalité, légalité et subsidiarité. Ce premier test étant franchi, l'administration fiscale notifie la demande au détenteur de l'information qui jugera s'il est bon d'avertir le contribuable au sujet de la demande. Un recours contre cette demande peut être introduit par le contribuable ou le détenteur de l'information mais en l'absence de recours, le détenteur de l'information devra transférer les renseignements sous peine d'amende.³⁸¹ On déplore un manque de procédure protectrice, surtout depuis qu'un État requérant peut interdire qu'une notification au contribuable soit effectuée ainsi que dans le cadre d'un échange automatique d'informations.

§2. Le principe d'égalité

Une certaine discrimination peut être déduite de la différence de traitement entre les résidents et les non-résidents du Luxembourg dans l'application du secret bancaire. En effet, les résidents luxembourgeois ne voient pas leurs informations transférées vu l'important secret bancaire prévu par l'article 41 de la loi relative au secteur financier et les conditions strictes de sa levée, alors que les détenteurs de comptes au Luxembourg ayant leur résidence fiscale dans un autre État verront leurs informations transférées.

Selon certains, cette discrimination entre résidents et non-résidents du pays pourrait être justifiée par le critère de la nationalité mais des doutes sont émis en raison de l'obligation de sauvegarder l'égalité de traitement entre citoyens européens et en raison de la bonne application du principe de libre prestation des services et de libre circulation des capitaux.

§3. La procédure de notification au contribuable

La loi luxembourgeoise de 2010 prévoyait une obligation de notification des demandes émises par un État étranger. Cependant, la loi du 25 novembre 2014 a introduit un changement important. En effet, cette dernière, en son article 4 (1), a interdit de manière explicite au détenteur des renseignements ainsi qu'aux dirigeants ou employés d'une institution bancaire de révéler au contribuable, sujet de la demande, ainsi qu'à des personnes tierces, l'existence et le contenu de la demande si l'autorité compétente de l'État requérant exige que le contribuable concerné par la demande d'échange de renseignements n'en soit pas informé.³⁸²

Cette absence de notification marque un déficit dans les procédures protectrices du contribuable pour lesquelles le Luxembourg avait opté à l'origine avant d'opérer un revirement

³⁸⁰ J.-P. WINANDY, « Legal protection against the transfer of information (Luxembourg), in *Exchange of information and bank secrecy* (sous la dir. de A. RUST et E. FORT), the Netherlands, Kluwer Law International, 2012, pp. 238 et 239.

³⁸¹ A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 28.

³⁸² Loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale et modifiant la loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 214, 27 novembre 2014, pp. 4170 et 4171, article 4 (1).

important dans sa récente loi de 2014. Une atteinte au droit du contribuable à se défendre pourrait toutefois être déduite de cette interdiction de notification bien qu'il ait été précisé par la Cour de Justice de l'Union européenne que les droits de la défense ne jouaient pas dans la phase d'enquête.³⁸³ Des recours seront sûrement intentés quant à cette nouvelle disposition réduisant à peau de chagrin les droits des contribuables.

SECTION IV. IMPACT DU SECRET BANCAIRE SUR L'ÉCONOMIE LUXEMBOURGEOISE

La place financière du Luxembourg, deuxième centre mondial de fonds d'investissements et premier centre de banque privée dans la zone euro, est le pilier principal de l'économie luxembourgeoise. Suite à la levée du secret bancaire et à la méfiance des différents investisseurs ou contribuables, des interrogations émergent quant à la pérennité de la place financière luxembourgeoise et de l'économie même du pays. Malgré la confiance du Ministre des Finances du Luxembourg ayant déclaré à la presse « *We are innovative and we could adapt* »³⁸⁴, la place financière luxembourgeoise se retrouve face à d'importants changements qu'elle devra assumer afin de conserver son premier rang des places financières mondiales.³⁸⁵

Selon l'opinion d'un grand nombre de praticiens, le Luxembourg gardera toujours sa place dans le monde financier malgré l'abolition du secret bancaire. En effet, le Luxembourg bénéficie d'un environnement politique et économique stable par rapport à de nombreux pays de l'Union européenne. De surcroît, malgré les difficultés à faire une analyse concrète de la future situation des secteurs financiers en ces temps de crise économique, on peut penser que la confiance dans le secteur luxembourgeois augmentera au fur et à mesure qu'il perdra son étiquette de paradis fiscal.

Une enquête menée auprès des différentes institutions financières met en évidence les différents problèmes auxquels elles devront faire face ainsi que l'opinion du secteur financier quant aux changements à venir suite au renforcement de la transparence fiscale mise en place par l'OCDE et l'Union européenne. Les récents changements à adopter par les institutions financières induisent de nombreux coûts. On parlerait, en effet, de près de 790 000 euros de moyenne par institution pour la mise en œuvre des dispositions de FATCA et de plus de 1,4 millions d'euros pour l'implémentation des nouvelles normes de transparence fiscale mises en place par l'Union européenne et l'OCDE. L'importance des montants en jeu porte préjudice aux nombreuses institutions financières plus petites qui ne peuvent faire face à de telles dépenses pour se conformer aux nouveaux standards. La principale critique émise par les institutions financières est sans conteste l'important coût lié à l'implémentation mais aussi sa répercussion indirecte sur les honoraires payés pour un bénéfice encore difficile à estimer.³⁸⁶

Suite à ces récents changements, une mutation du secteur du private banking est observée au Luxembourg. En effet, un nombre important de banques déclare transformer leur business model

³⁸³ J. M. CALDERÓN CARRERO et A. QUINTAS SEARA, *op. cit.*, p. 499.

³⁸⁴ V. HOULDER et F. GIUGLIANO, « Luxembourg unshaken after tax regime overhaul », 22 avril 2015, disponible sur www.ft.com (12 avril 2015).

³⁸⁵ T. WIWINIUS, « Le secret bancaire en droit luxembourgeois a-t-il un avenir ? », 14 avril 2015, disponible sur www.legitech.lu (27 avril 2015).

³⁸⁶ S. DE CILLIA, O. MARECHAL, B. SAUVAGE et D. COSTERMANS, « Etude sur le coût de la réglementation et son impact sur la place financière à Luxembourg », EY et ABBL, septembre 2014, pp. 21 à 23, disponible sur www.abbl.lu (27 avril 2015).

afin de s'adapter au nouvel environnement notamment en privilégiant de plus en plus l'on-shore à l'offshore qui avait une place prépondérante jusqu'alors. L'enquête mentionnée *supra* met en évidence que la majorité des banques voit un possible affaiblissement de la place financière dans le secteur du private banking à l'avenir. Seul un tiers de celles-ci voient dans les changements mis en œuvre une opportunité pour le Luxembourg. Cependant, le départ des banques du Luxembourg n'est pas au programme car 77% des banques affirment leur volonté de rester au Luxembourg.³⁸⁷ Comme le souligne l'enquête, une grosse diminution dans le secteur du private banking est anticipée. Par conséquent, les banques prévoient un ralentissement de leurs recettes et de leur chiffre d'affaires, ce qui a un impact sur le marché de l'emploi car, même si elles ne licencient pour l'instant, elles ne remplacent pas les départs à la retraite. Il y aura également une répercussion sur les recettes fiscales de l'État comme l'impôt sur le salaire, la TVA, etc., ce qui pourrait porter préjudice d'une certaine manière à l'économie luxembourgeoise.

CONCLUSION

Au cours des cinq dernières années, la levée du secret bancaire fiscal a été organisée en ordre dispersé tant sous l'impulsion de l'OCDE qu'au niveau de l'Union européenne et des États soucieux d'adapter leur législation interne pour se conformer aux standards européens et internationaux relatifs à l'échange d'informations impliquant la levée du secret bancaire. L'ensemble de ces instruments touche des matières qui se regroupent et s'entrechoquent. De plus, les lois sont parfois votées de manière précipitée et ne sont, par conséquent, pas des modèles de clarté, raison pour laquelle elles sont souvent sujettes à des modifications.

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons analysé l'échange d'informations et les instruments l'organisant qui s'inscrivent dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale et la recherche d'une transparence fiscale de plus en plus accrue. Cette recherche d'une transparence absolue va à l'encontre des droits des contribuables qui subissent de plus en plus d'atteintes au respect de leur vie privée. Malgré le besoin d'une grande transparence fiscale afin de lutter contre le blanchiment d'argent, le terrorisme et le crime organisé, d'autres motifs, moins honorables, ont poussé les États à lever leur secret bancaire fiscal. En effet, on ne peut ignorer le fait que cette spirale de transparence a commencé, dans un contexte de crise économique, à cause du lourd endettement des États qui souhaitent rapatrier des capitaux.

Désormais, le fraudeur fiscal semble plus recherché que d'autres criminels et est moins bien perçu par la société. Cela pose une réflexion sur les valeurs véhiculées par notre société où l'argent devient la pierre angulaire des relations et où il passe avant le bien-être des citoyens. Ne devrions-nous pas nous focaliser comme certains économistes l'ont évoqué sur le bonheur national brut au lieu d'utiliser comme référence le produit intérieur brut ? On peut également se poser la question de savoir si nous ne nous rapprochons pas des États collectivistes et totalitaires comme l'URSS, qui ont toujours prôné la plus grande transparence fiscale, dont leur seule volonté réelle était la jouissance de

³⁸⁷ *Ibid.*

l'État au détriment des droits des citoyens. L'Europe ne s'est-elle pas battue pour le respect de ces droits et n'est-elle pas considérée comme pionnière des droits de l'homme?

À l'heure actuelle, l'OCDE et l'Union européenne ont pour but ultime d'arriver à un échange d'informations couvrant l'ensemble des revenus des contribuables. L'avenir semble aller dans ce sens, notamment avec la proposition de la quatrième directive anti-blanchiment émise par le Conseil européen le 5 février 2013, qui fait un pas de plus vers une plus grande transparence et une nouvelle atteinte au secret bancaire. En effet, cette directive a notamment pour but de mettre en place un registre central public, accessible aux personnes ayant un intérêt légitime, qui contiendrait des informations sur les bénéficiaires effectifs de sociétés, entités légales, fiducies et trusts. Ce registre va plus loin que le point de contact central belge car celui-ci sera accessible à toute personne ayant un intérêt légitime et non pas seulement par l'administration fiscale. Cela relance le débat de savoir si un véritable cadastre des fortunes sera ou non créé au niveau européen dans un futur proche.³⁸⁸

L'examen comparatif de la levée du secret bancaire au Luxembourg et en Belgique et l'état de la législation de ces deux pays ayant adopté les mêmes instruments internationaux et européens suscite de nombreuses questions. En effet, la Belgique et le Luxembourg étant relativement semblables, même si le Luxembourg protège son secret bancaire pénalement contrairement à la Belgique et n'a pas prévu de levée du secret bancaire interne. On peut légitimement s'interroger sur ce qui peut encore pousser de nombreuses personnes à placer leur argent au Luxembourg plutôt qu'en Belgique. Selon certains, la réputation d'excellence des banquiers luxembourgeois y suffit. Cependant, on ne peut oublier qu'il y a des avantages à avoir une diversification géographique dans ses placements. En outre, il n'y a pas de taxe sur les opérations boursières au Luxembourg et le secret bancaire reste toujours en place sur un plan privé, même envers une banque belge. De plus, le Luxembourg offre une palette de solutions et produits plus développée en ce qui concerne le secteur de l'assurance-vie. Suite à cela, les personnes, désirant une plus grande confidentialité, préféreront garder leurs avoirs dans un pays comme le Luxembourg. De plus, l'expertise des banquiers luxembourgeois est généralement d'excellence dans des situations à caractère international.³⁸⁹

Pour conclure, on pourrait rappeler Georges Orwell et sa vision futuriste de la société où le citoyen n'échappe ni aux yeux ni aux oreilles du pouvoir mis en place. L'avertissement de Georges Orwell semble ne pas avoir été pris en compte car, dans notre société actuelle, « *Big Brother is watching you* ». ³⁹⁰ Malgré cela, on ne peut qu'encourager des initiatives comme le Code européen du contribuable qui fait partie du plan d'action du 6 décembre 2012 de la Commission européenne. Ce plan permettrait d'exposer de meilleures pratiques susceptibles de renforcer la coopération et la confiance entre les administrations fiscales et les contribuables de manière à assurer davantage de

³⁸⁸ Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, COM (2013) 45 final, 5 février 2013, n° 2013/0025, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu> (22 mars 2015).

³⁸⁹ Interview téléphonique de Monsieur S. Cammaert et ses collaborateurs de la banque DELEN au Luxembourg le 21 avril 2015 (inédit).

³⁹⁰ G. ORWELL, 1984, Coll. Folio, Paris, Gallimard, 1972.

transparence en ce qui concerne les droits et obligations des contribuables et à favoriser une approche axée sur les services.³⁹¹

³⁹¹ G. ZEYEN, *op. cit.*, p. 241.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

1. LÉGISLATION EUROPÉENNE

- 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, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995, pp. 31 et s.
- Directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *J.O.U.E.*, L 157, 26 juin 2003, pp. 31 et s.
- 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/CEE, *J.O.U.E.*, L 64, 11 mars 2011, pp. 1 et s.
- Directive 2013/34/UE du parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 182, 29 juin 2013, pp. 19 et s.
- Directive 2014/48/UE du Conseil du 24 mars 2014 modifiant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *J.O.U.E.*, L 111, 15 avril 2014, pp. 50 et s.
- Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, *J.O.U.E.*, L 359, 6 décembre 2014, pp. 1 et s.

2. LÉGISLATION BELGE

- Code pénal, *M.B.*, 9 juin 1867, art. 458.
- Code des impôts sur le revenu 1992, *M.B.*, 30 juillet 1992, art. 318, 318*bis*, 322.
- Loi du 17 mai 2004 transposant en droit belge la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et modifiant le Code des impôts sur le revenu 1992 en matière de précompte mobilier, *M.B.*, 27 mai 2004.
- Loi du 17 août 2013 transposant 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, *M.B.*, 5 septembre 2013.

3. LÉGISLATION LUXEMBOURGEOISE

- Loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 86, 12 octobre 1982, pp. 1840 et s., disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015).
- 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, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 86, 22 juin 2005, pp. 1540 et s., disponible sur www.mf.public.lu (20 avril 2015).
- Loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 51, 6 avril 2010, pp. 830 et s., disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015),
- Loi du 26 mars 2014 portant transposition de l'article 8 de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et portant modification 1. de la loi du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal; 2. de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 44, 31 mars 2014, pp. 510 et 511, disponible sur www.mf.public.lu (20 avril 2015).
- Loi du 26 mai 2014 portant approbation de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale et de son protocole d'amendement, signés à Paris, le 29 mai 2013 et portant modification de la loi générale des impôts, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 96, 4 juin 2014, pp. 1434 à 1442, disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015).
- Loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale et modifiant la loi du 31 mars 2010 portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 214, 27 novembre 2014, pp. 4170 et 4171, disponible sur www.mf.public.lu (13 avril 2015).

4. LÉGISLATION AMÉRICAINE

- U.S. Internal Revenue Code, §§ 1471 à 1474.

PROJETS DE LOIS, DE DIRECTIVES ET DE CIRCULAIRES

- Proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, COM (2013) 45 final, 5 février 2013, n° 2013/0025, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu> (22 mars 2015).
- Projet de la circulaire du directeur des contributions ECHA - n° 2 ayant comme objet FATCA – Échange automatique d'informations entre le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 6 janvier 2015, disponible sur www.impotsdirects.public.lu (3 mai 2015).
- Projet de loi n° 6798 du 27 mars 2015 portant approbation 1. De l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et relatif aux dispositions des États-Unis d'Amérique concernant l'échange d'informations communément appelées le « Foreign Account Tax Compliance Act », y compris ses deux annexes ainsi que le « Memorandum of Understanding » y relatif, signés à Luxembourg le 28 mars 2014; 2. L'échange de notes y relatives, disponible sur www.chd.lu (12 mai 2015).

JURISPRUDENCE

1. JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE ET DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- C.E.D.H., 17 février 2004, n° 00039748/98.
- C.J.C.E. (4^e chambre), 11 juin 2009, X et E.H.A Passenheim-van Schoot, C-155/08 et C-157/08.
- C.E.D.H., 5 avril 2012, n° 11663/04.
- C.J.U.E., 22 octobre 2013, Jiri Sabou, C-276/12.

2. JURISPRUDENCE BELGE

- Cass., 25 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 237.
- Anvers, 23 octobre 2001, R.G. n° 1998/FR/162
- Cass., 26 avril 2002, R.G. n° P. 02.0708.F.
- Cass., 7 octobre 2004, R.G. n° F.02.0016.N.
- Cass., 16 mars 2007, R.G. n° F.05.0049.N.
- Cass., 24 avril 2008, R.G. n° F.07. 0032.N.
- Cass., 8 mai 2009, R.G. n° F. 07.0113.N.

- Cass., 16 octobre 2009, R.G. n° F.08.0070.N.
- Bruxelles, 14 octobre 2010, R.G. n° 2004/FR/12.
- C.C., 14 février 2013, n° 7/2013.
- C.C., 14 mars 2013, n° 39/2013.
- C.C., 16 mai 2013, n° 66/2013.

3. JURISPRUDENCE LUXEMBOURGEOISE

- Trib. Arr. Luxembourg, 24 avril 1991, *Pas. Lux.* t. 28, p. 173.
- C.A. Luxembourg, 30 mars 2004, n° 105/04.

DOCTRINE

- AFSCHRIFT T., *La levée du secret bancaire fiscal*, collection Cahiers de fiscalité pratique, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 1 à 252.
- AFSCHRIFT T., « La chute du secret bancaire, le déclin des libertés », *Agefi*, 12 avril 2013, n° 04/267, disponible sur www.afschrift.com (16 mars 2015).
- ANDERSEN R., « Secrets et transparence en matière fiscale (1) », *J.D.F.*, 2014, pp. 257 à 273.
- BARRET E., « The changes introduced by the 2014 update to the OECD model tax convention », *Bulletin for international taxation*, octobre 2014, pp. 529 à 535.
- BAUMS T., BONNEAU T. et PRÜM A., « L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, au secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur », *R.T.D.F.*, 2010, n° 1, pp. 30 à 40.
- BLANK J. D. et MASON R., « United States National Report on Exchange of Information », *Annual Congress of the European Association of Tax Law Professors*, 2014, pp. 1 à 24.
- BOCQUET Y., « Le secret bancaire dans le cadre de l'établissement de l'impôt sur le revenu : situation en droit interne après les lois du 14 avril et du 7 novembre 2011 », *J.D.F.*, 2011, pp. 328 à 369.
- BOIGELOT E. et BLAFFART A., « La Cour d'appel de Bruxelles couvre "Banksys" » du secret bancaire », 19 janvier 2011, disponible sur www.droitbelge.net (8 avril 2015).
- BOLLEN P., « La directive européenne sur l'épargne : après 6 ans de négociations, enfin une approbation du changement et de l'élargissement du champ d'application », *Actualité patrimoniale*, 7 mai 2014, pp. 1 et 2, disponible sur www.bnpparibasfortis.be (15 mars 2015).
- BRODZKA A., « The road to FATCA in the European Union », *European Taxation*, octobre 2013, pp. 517 à 520.

- BUYSSE C., « Levée du secret bancaire : rejet du recours en annulation », *Fiscologue*, 22 février 2013, n° 1329, pp. 9 à 11.
- CALDERÓN CARRERO J. M. et QUINTAS SEARA A., « The taxpayer's right of defence in cross-border exchange-of-information procedures », *Bulletin for international taxation*, septembre 2014, pp. 498 à 507.
- CHATZIGIANNIS S., « La loi du 14 avril 2011 "portant des dispositions diverses" instaurant une certaine levée du secret bancaire en matière d'impôts sur les revenus », *Act. fisc.*, 9 juin 2011, n° 24, pp. 1 à 8, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).
- CHATZIGIANNIS S., « La loi du 10 novembre 2011 réparant les dispositions de la loi du 14 avril 2011 relatives à la levée du secret bancaire fiscal n'aura pas fait taire les critiques », *Act. fisc.*, 26 janvier 2012, n° 5, pp. 1 à 6, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).
- COLLON F. et VANHAELST S., « Partie II Etat des lieux de l'échange de renseignements entre la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg », in *Le droit patrimonial luxembourgeois aspects civils et fiscaux* (sous la dir. de DERÈME F., CORNILLEAU V. et DASCOTTE J.-L.), Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 221 à 233.
- COLOT G., HERMAND O., DELACROIX P., « FATCA : l'accord intergouvernemental belgo-américain a enfin été signé », *Fiscologue internationale*, 31 mai 2014, n° 365, pp. 1 à 8, disponible sur www.fiscologue.be (20 mars 2015).
- DASSESSE M., « L'arrêt Passenheim : mise en cause du régime discriminatoire des comptes étrangers », *R.G.C.F.*, juillet/août 2011, n° 4, pp. 286 à 292.
- DASSESSE M., « Convention Belgique-USA + arrêt Passenheim : tous bientôt mangés à la sauce américaine? » *Act. fisc.*, 7 septembre 2011, n° 32, pp. 1 à 4, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).
- DE CILLIA S., MARECHAL O., SAUVAGE B. et COSTERMANS D., « Etude sur le coût de la réglementation et son impact sur la place financière à Luxembourg », EY et ABBL, septembre 2014, pp. 21 à 23, disponible sur www.abbl.lu (23 avril 2015).
- DE STEXHE G., « Clarification concernant la levée du secret bancaire (article 3 à 9 LDFD), *Actualités*, Kluwer, 10 novembre 2011, disponible sur www.jura.be (25 avril 2014).
- DIEPVEN N. et DIEPVEN S., « De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik in de toekomst », *T.F.R.*, février 2015, n° 476, pp. 146 à 162.
- DOCCLO C., « L'esquif du secret bancaire belge sur la vague des accords internationaux d'échange de renseignements », *J.D.F.*, 2010, pp. 5 à 33.

- DOCCLO C. et KNAEPEN S., « L'échange international de renseignements à des fins fiscales (1) », *J.D.F.*, 2012, pp. 326 à 354.
- DOCCLO C. et KNAEPEN S., « Summary and conclusions », IFA, 2013, pp. 133 à 153, disponible sur www.ibdf.org (5 avril 2015).
- ELOY M., « La réforme du secret bancaire clôt-elle le débat sur l'application de ce dernier aux organismes de leasing financier ? », *R.G.F.*, 2011, n° 9, pp. 1 à 24.
- FILIPUCCI M., KIRSCH P. et DAL FARRA O., « Echange automatique d'informations: les bonnes résolutions imposées aux banques dès 2015 », *Agefi*, janvier 2015, disponible sur www.pwc.lu (6 mai 2015).
- FOGLI F., « L'OCDE : une source de droit fiscal en plein essor », *R.G.F.*, octobre 2014, n° 10, pp. 2 et 3.
- FORT E., JUNG R. et RUST A., « Summary and conclusions », IFA, 2013, pp. 473 à 494, disponible sur www.ibfd.org (5 avril 2015).
- GEENS A. et VAN ANTWERPEN C., « België en de internationale strijd tegen het bankgeheim in fiscale aangelegenheden : een overzicht van recente ontwikkelingen », *Documentatieblad*, n° 1, 1^{er} quadrimestre 2013, pp. 79 à 108, disponible sur financien.belgium.be (5 avril 2015).
- GRINBERG I., « The battle Over Taxing offshore Accounts », *UCLA Law Review.*, n° 304, décembre 2012, pp. 304 à 383.
- GUILL J., « Préface », in *Rapport d'activité 2014*, Luxembourg, Commission de surveillance du secteur financier, 2014, pp. 2 et 3, disponible sur www.cssf.lu (6 mai 2015).
- HERMAND O. et DELACROIX P., « La nouvelle "directive épargne" resserre les mailles du filet », *R.G.F.*, 2014, n° 6, pp. 4 à 13.
- HERMAND O., DELACROIX P., MARTIN S., « Le Common Reporting Standard de l'OCDE, partie intégrante du paysage européen (Partie I) », *R.G.F.*, 2015, n° 2, pp. 11 à 20.
- HERMAND O., DELACROIX P., PASSAGEZ B. et BOURMANNE J.-F., « FATCA ou le nouvel impérialisme fiscal américain », *R.G.F.*, 2011, n° 1, pp. 5 à 26.
- ISMAIL H. et SHAH M., « Global FATCA – the OECD's Common Reporting Standard », *Aima journal*, 2014, pp. 1 à 6, disponible sur www.aima.org.
- JAGER C., « De l'échange d'informations à ... l'organisation de la transparence », *JurisNews*, vol. 3, 2014, n° 1, pp. 37 à 40.
- KAYE T. A., « Innovation in the war of tax evasion », *B.Y.U.L.*, 2014, n° 363, pp. 363 à 413.

- KNOBEL A. et MEINZER M., « “The end of bank secrecy” ? Bridging the gap to effective automatic information exchange », 10 novembre 2014, pp. 1 à 63, disponible sur www.taxjustice.net (15 avril 2015).
- LEBAS E., « FATCA », décembre 2014, pp. 1 à 32. (Inédit, slides d’une conférence donnée par Academy & Finance, Luxembourg, 2 décembre 2014).
- LENOIR C., « Coopération administrative en matière d’impôts directs – Impact sur le secret bancaire – Evolution en droit européen (partie I), *R.G.C.F.*, novembre/décembre 2014, n° 6, pp. 383 à 411.
- MALHERBE P. et BEYNSBERGER M., « Les nouvelles limites du secret bancaire en droit fiscal belge », *R.G.C.F.*, 2012, n° 2, pp. 51 à 71.
- MALHERBE P. et TRAVERSA E., « Du secret en droit fiscal », in *L’entreprise et le secret*, 1ère éd., Collection Crides Jean- Renault, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 265 à 301.
- MAUFORT P., « Levée du secret bancaire : l’histoire continue », *Act. fisc.*, février 2015, n° 4, pp. 1 à 6.
- NAVEZ E.-J., « Quelle est encore la portée du secret bancaire fiscal en matière d’impôts sur les revenus ? », *Rec.gén.enr.not.*, 2008, n° 25 941, pp. 201 à 210.
- OBERSON X., « Modèle de Convention OCDE Article 26 : Echange de renseignements », in *Modèle de convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune. Commentaires*, Collection Helbing Lichtenhahn, Bâle, Editions Francis Lefebvre, 2014, pp. 800 à 840.
- OFFERMANS R. et MICHEL B., « Abolition of Belgian secrecy compatible with belgian constitution », IBFD, 2013, pp. 1 et 2, disponible sur www.ibfd.org (15 avril 2015).
- ORBAN B. P., « La loi belge transposant la directive européenne sur la fiscalité de l’épargne », *D.B.F.*, 2004, n° 3, pp. 127 à 143.
- ORWELL G., *1984*, Coll. Folio, Paris, Gallimard, 1972.
- PONCELET C., « La nouvelle loi luxembourgeoise du 26 mai 2014 portant sur la transposition de Convention multilatérale de l’OCDE concernant l’assistance administrative mutuelle », décembre 2014, p. 1. (Inédit, slides d’une conférence donnée par Academy & Finance, Luxembourg, 2 décembre 2014)
- PROSS A. et RUSSO R., « The amended convention on mutual administrative assistance in tax matters : a powerful tool to counter tax avoidance and evasion », *Bulletin for international taxation*, juillet 2012, pp. 361 à 365.
- ROAGNA I., « La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l’homme », *Série des précis sur les droits de l’homme du Conseil de l’Europe*, Strasbourg, Conseil de l’Europe, 2012, pp. 1 à 115.

- SCARNA S., « Le secret bancaire : chronique d'une mort annoncée ? », *R.G.F.*, février 2004, n° 2, pp. 4 à 9.
- SCHAFFNER J., *Droit fiscal international*, 3 éd., Windhof, Promoculture – Larcier, pp. 466 à 481.
- SCHMITT A. et OMES E., « Chronique de droit bancaire et financier 2003 (Luxembourg) », *B.F.R.*, 2004, n° 3, pp. 154 à 174.
- SEGIER S., « Coopération fiscale internationale en Belgique et demandes internationales de renseignements », *Act. fisc.*, 6 octobre 2011, n° 36, pp. 1 et 4, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).
- SEPULCHRE V., « La jurisprudence récente de Cour européenne des Droits de l'homme en matière fiscale », *Act. fisc.*, 10 octobre 2012, n° 36, pp. 1 à 9, disponible sur www.monKey.be (20 mars 2015).
- SMET F., « Secret bancaire: compromis sur une procédure échelonnée », *Fiscologue*, 10 mars 2011, n° 1241, pp. 3 et s., disponible sur www.fiscologue.be (8 avril 2015).
- SMET F., « Nouveau commentaire administratif en matière de secret bancaire », *Fiscologue*, 20 avril 2012, n° 1292, pp. 11 à 14.
- SMET F., « Enquête bancaire à la demande du fisc étranger : notification au contribuable », *Fiscologue*, 24 mai 2013, n° 1341, pp. 1 et 2, disponible sur www.fiscologue.be (16 mars 2015).
- SMET F., « Le point de contact central des données bancaires prend forme », *Fiscologue*, 30 août 2013, n° 1350, pp. 2 à 5.
- SMET F., « Point de contact central pour les données bancaires: 2^e arrêté d'exécution », *Fiscologue*, 28 février 2014, n° 1375, pp. 5 à 6.
- SMET F., « Le fisc publie une circulaire relative au "point de contact central" », *Fiscologue*, 26 septembre 2014, n° 1399, pp. 10 et 11.
- SMET F., « Echange automatique de données : le ' FATCA européen' approuvé », *Fiscologue internationale*, 31 décembre 2014, n° 372, pp. 5 à 8.
- SOMARE M. et WÖHRER V., « Two different FATCA model intergovernmental agreements: which is preferable ? », *Bulletin for international taxation*, août 2014, pp. 295 à 403.
- SPIELMANN D., *Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, pp. 17 à 86.
- SPRINGAEL B., « Luxembourg: nouvelle législation fiscale sous les signes de la transparence », *Fiscologue internationale*, 30 novembre 2014, n° 371, pp. 1 à 5.

- STEICHEN A., « Information exchange in tax matters : Luxembourg's new tax policy », in *Exchange of information and bank secrecy* (sous la dir. de RUST A. et FORT E.), the Netherlands, Kluwer Law International, 2012, pp. 28 à 35.
- TELLO C. P. et MALHERBE J., « Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans l'échange d'informations fiscales », *D.B.F.*, 2013, n° 6, pp. 323 à 347.
- URINOV V., « Tax amnesties as a transnational bridge to automatic exchange of information », *Bulletin for international taxation*, mars 2015, pp. 168 à 176.
- VAN DYCK J., « Point de contact central : également pour les contrats de leasing », *Fiscologue*, 22 avril 2011, n° 1247, pp. 4 à 7.
- VAN DYCK J., « Secret bancaire : communiquer les éléments d'une taxation indiciaire », 30 septembre 2011, n° 1265, pp. 4 à 6.
- VAN KUIJK F., HAARSMA M. et STAES M., « FATCA, the Luxembourg IGA and the impact on Luxembourg Funds », *Revue générale de fiscalité luxembourgeoise*, 2015, n° 1, pp. 8 à 16.
- VERACHTERT G., « La modification et l'élargissement de la directive épargne sont approuvés », *Fiscologue*, 11 avril 2014, n° 1381, pp. 4 à 7.
- VERACHTERT G. et SMET F., « Echange d'informations élargi au sein de l'UE: loi de transposition publiée », *Fiscologue*, 11 octobre 2013, n° 1356, pp. 10 à 13.
- VERACHTERT G. et SMET F., « L'échange international de données progresse à grand pas », *Fiscologue*, 27 juin 2014, n° 1391, pp. 3 à 6.
- VOGEL G., *Encyclopédie judiciaire de droit Luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 87 à 100.
- WAGNER H., SCHAFFNER J., CHARTRAIN-HECKLEN J. et IGOT C., « The past, present and future of Luxembourg banking secrecy », Allen & Overy, 26 février 2015, pp. 1 à 40. (Inédit, slides d'une conférence donnée par Allen & Overy, Luxembourg, 26 février 2015)
- WINANDY J.-P., « Legal protection against the transfer of information (Luxembourg), in *Exchange of information and bank secrecy* (sous la dir. de RUST A. et FORT E.), the Netherlands, Kluwer Law International, 2012, pp. 221 à 239.
- WELLENS J., « Directive épargne Européenne », pp. 1 à 8, disponible sur www.monKey.be (14 février 2015).
- X., *Bulletin 2004/3 de la Banque centrale du Luxembourg*, Luxembourg, Banque centrale du Luxembourg, 2004, n° 3, pp. 66 à 81, disponible sur www.bcl.lu (18 avril 2015).

- X., « La CJCE valide une discrimination au nom de la lutte contre la fraude fiscale », Paris, 16 juin 2009, disponible sur www.pwcavocats.com (1^{er} mai 2015).
- X., « The OECD Common Reporting Standard (CRS) in detail », KPMG International, 2014, pp. 15 à 23, disponible sur le site www.kpmg.com (20 avril 2015).
- X., « OECD Common Reporting Standard », EY, 18 février 2014, pp. 1 à 12, disponible sur www.ey.com (1^{er} mai 2015).
- X., « OECD publishes long anticipated Commentary on Common Reporting Standard », PWC, 28 juillet 2014, pp. 1 à 6, disponible www.pwc.com (1^{er} mai 2015).
- X., « Extension de la directive sur l'épargne », Patrimonia Finance & Family Office, 21 août 2014, pp. 1 et 2, disponible sur www.patrimonia.be (5 avril 2015).
- X., « Foreseeable timeline of the Automatic Exchange of information within the EU for Luxembourg », ABBL, 15 octobre 2014, p. 1, disponible sur www.abbl.lu (5 avril 2015).
- X., « Significant developments in the global automatic exchange of information », EY, 31 octobre 2014, disponible sur www.ey.com (25 avril 2015).
- X., « *Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale* », octobre 2014, disponible sur www.oecd.org (1^{er} mai 2015).
- X., « Summary of AEOI initiatives applicable in Luxembourg », ABBL, 24 novembre 2014, pp. 1 et 2, disponible sur www.abbl.lu (5 avril 2015).
- X., « OECD CRS Reporting », EY, février 2015, pp. 1 à 31. (Inédit, slides d'une conférence donnée par EY à Luxembourg en février 2015)
- X., « Aspect fiscaux », disponible sur <https://www.ing.be> (12 avril 2015).
- X., « Sujet : Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) – Procédure », ERGO life, pp. 1 à 18, disponible sur www.ergolife.be (20 avril 2015).
- X., « The Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) », DLA PIPER, pp. 1 à 11, disponible sur <https://files.dlapiper.com> (1^{er} mai 2015).
- X., « Rapport d'évaluation du Luxembourg concernant l'entraide judiciaire et les demandes urgentes de dépistage et saisie/gel des biens », pp. 1 à 38, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu> (6 mai 2015).
- ZEYEN G., « Affaire Sabou : en route vers un « droit à l'information » garanti à l'échelle européenne du contribuable ? », *R.G.C.F.*, mai/août 2014, n° 3 et 4, pp. 234 à 241.
- ZWICK M., *Banking secrecy and money laundering*, Luxembourg, Promoculture, 2003, pp. 18 à 27.

AUTRES DOCUMENTS OFFICIELS

1. DOCUMENTS INTERNATIONAUX

- OCDE, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale*, 2002, disponible sur www.oecd.org (25 avril 2015).
- OCDE et Conseil de l'Europe, *La convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le protocole de 2010*, Éditions OCDE, 2011, disponible sur www.oecd.org (8 mai 2015).
- OCDE, « Texte du rapport explicatif révisé relative à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le protocole », in *La convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale amendée par le protocole de 2010*, Éditions OCDE, 2011, disponible sur www.oecd.org (8 mai 2015).
- GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, février 2012, disponible sur www.fatf-gafi.org (5 avril 2015).
- OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers – norme commune de déclaration et de diligence raisonnable*, Éditions OCDE, 13 février 2014, disponible sur www.oecd.org (8 mai 2015).
- OCDE, *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune*, article 26, tel que modifié le 15 juillet 2014, disponible sur www.oecd.org (6 mai 2015).
- OCDE, *La mise à jour 2014 du modèle de convention fiscale de l'OCDE*, Éditions OCDE, 15 juillet 2014, disponible sur www.oecd.org (6 mai 2015).

2. DOCUMENTS BELGES

- Comm. IR 1992, n° 318/7, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be> (14 avril 2015).
- Avis n° 13/ 2010 de la Commission de la protection de la vie privée, 31 mars 2010, disponible sur www.privacycommission.be (25 avril 2015).
- Rapport commission des finances du sénat, 23 mars 2011, n° 5-869/3, disponible sur www.senate.be (15 avril 2015).
- Avis n° 36/ 2011 de la Commission de la protection de la vie privée, 21 décembre 2011, disponible sur www.privacycommission.be (25 avril 2015).
- Circ. AG Fisc n° 35/2014, 4 septembre 2014, n° Ci.RH. 81/634.718, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be> (27 avril 2015).

4. DOCUMENTS AMÉRICAINS

- Internal Revenue Service, Notice 2010-60, « Notice Requests For Comments Regarding Implementation of Information Reporting and Withholding Under Chapter 4 of the Code », 27 août 2010, disponible sur www.irs.gov (25 avril 2015).

ARTICLES DE PRESSE

- HOULDER V. et GIUGLIANO F., « Luxembourg unshaken after tax regime overhaul », 22 avril 2015, disponible sur www.ft.com (12 avril 2015).
- WIWINIUS T., « Le secret bancaire en droit luxembourgeois a-t-il un avenir ? », 14 avril 2015, disponible sur www.legitech.lu (27 avril 2015).

Introduction	5
Partie I : Échange d'informations à la lueur des dispositions européennes et internationales	7
A. Dispositions internationales mettant en œuvre l'échange automatique de renseignements	7
Chapitre I. Article 26 du modèle de la convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune	7
Section I. Règles générales en matière d'échange de renseignements	7
§ 1. Le champ d'application razione personae	7
§ 2. Le champ d'application razione materiae	7
§ 3. La condition de pertinence vraisemblable et l'interdiction de pêche aux renseignements	7
§ 4. Les différents types d'échange de renseignements	8
Section II. Devoir de confidentialité des renseignements transmis	9
Section III. Limites prévues à l'échange d'informations	9
Section IV. Collecte des informations à transmettre	10
Section V. Renseignements détenus par les banques ou autres organismes financiers	11
Chapitre II. Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale	11
Section I. Objet de la Convention	11
Section II. Champs d'application razione personae et materiae	12
Section III. Types de procédures d'échange de renseignements	13
§ 1. Les échanges d'informations détaillés à l'article 26 du modèle OCDE : les échanges sur demande, automatiques et spontanés	13
§ 2. Le contrôle fiscal simultané	13
§ 3. Le contrôle fiscal à l'étranger	14
Chapitre III. Foreign account tax compliance act – FATCA	14
Section I. Contexte	14
Section II. Régime juridique de FATCA classique	16
§ 1. Le champ d'application razione personae	16
1.1. Les institutions financières étrangères (FFI's)	16
1.2. Les entités financières étrangères présumées participantes (Deemed Compliant FFI's)	17
1.3. Les entités non-financières étrangères	17
§ 2. Le champ d'application razione materiae	17
§ 3. Les obligations de diligence raisonnable	18
§ 4. Les titulaires de comptes récalcitrants	19
Section III. Accords intergouvernementaux	19
§ 1. L'origine et les notions	19
§ 2. Les deux principaux types d'accords intergouvernementaux	20

2.1. Le modèle 1.....	20
2.2. Le modèle 2.....	20
2.3. La comparaison entre le modèle 1 et le modèle 2	21
§ 3. Les accords intergouvernementaux en rédaction libre (free-standing).....	21
Chapitre IV. Nouvelle norme OCDE d'échange automatique de renseignements.....	22
Section I. Common Reporting Standard (CRS)	23
§ 1. Le champ razione personae	23
§ 2. Le champ razione materiae	23
§ 3. Les obligations de diligence raisonnable	24
Section II. Modèle de convention d'autorités compétentes (CAA).....	25
§ 1. Les différentes informations à échanger.....	25
§ 2. Les délais de transmission des différentes informations	26
§ 3. Les règles de confidentialité et de collaboration.....	26
Section III. Principales différences avec FATCA.....	26
B. Dispositions européennes mettant en œuvre l'échange automatique de renseignements.....	27
Chapitre I. Directive en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts – la directive épargne.....	27
Section I. Contexte.....	27
Section II. Régime juridique de la directive épargne	29
§ 1. Le champ d'application razione personae	29
§ 2. Le champ d'application razione materiae	30
§ 3. Le contenu de l'information à transmettre	30
Section III. Extension de la directive épargne par la directive 2014/48/UE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts	30
Chapitre II. Directive européenne relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et sa modification.....	33
Section I. Directive européenne 2011/16/UE du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.....	33
§ 1. Le champ d'application razione materiae	33
§ 2. Le champ d'application razione personae	33
§ 3. Les différents types d'échange de renseignements.....	33
3.1. Les échanges de renseignements sur demande.....	33
3.2. Les échanges de renseignements automatiques	34
3.3. Les échanges de renseignements spontanés.....	34
§ 4. L'étendue de la coopération administrative.....	35
Section II. Directive 2014/07/UE du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal	35
§ 1. Le champ d'application razione personae	36

1.1. Les institutions financières déclarantes.....	36
1.2. Les personnes faisant l'objet d'une déclaration.....	36
1.3. Les entités non-financières contrôlées par des personnes déclarables.....	37
§ 2. Le champ d'application razione materiae.....	37
§ 3. Les obligations de diligence raisonnable	38
3.1. Les comptes des personnes physiques.....	38
3.2. Les comptes d'entités	39
§ 4. Les renseignements faisant l'objet de l'échange automatique.....	39
C. Conformité de l'échange d'informations avec les droits fondamentaux.....	40
Partie II: Analyse de la levée du secret bancaire fiscal belge et luxembourgeois ..	42
Chapitre I : Levée du secret bancaire fiscal belge.....	42
Section I. Fondements du secret bancaire belge.....	42
§1. Le secret bancaire avant l'introduction de l'article 318 du CIR.....	42
§2. Le secret bancaire organisé par l'article 318 du CIR	43
2.1. Le champ d'application razione personae	43
2.2. Le champ d'application razione materiae.....	44
2.3. Les exceptions au secret bancaire prévues par l'article 318 du CIR.....	44
Section II. Levée du secret bancaire belge par la loi du 14 avril et l'ajout de l'article 322 du CIR.....	45
§1. Les cas dans lesquels peuvent s'opérer une levée du secret bancaire.....	46
§2. La procédure de la levée du secret bancaire	47
§3. La création du point de contact central.....	48
Section III. État de la législation belge en matière d'échange de renseignements.....	50
Section IV. Position belge quant aux atteintes aux droits fondamentaux par la levée du secret bancaire	53
§1. Le droit au respect de la vie privée.....	53
§2. Le principe d'égalité.....	54
§3. Le droit de ne pas s'auto-incriminer.....	55
§4. Le droit à l'information et le processus de notification.....	56
Chapitre II : Levée du secret bancaire fiscal luxembourgeois.....	57
Section I. Fondements du secret bancaire Luxembourgeois.....	57
§1. Le secret bancaire avant la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.....	57
§2. La loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.....	57
2.1. Le champ d'application razione personae	57
2.2. Le champ d'application razione materiae.....	58
2.3. Le caractère d'ordre public du secret bancaire luxembourgeois.....	58
2.4. Les limites du secret bancaire luxembourgeois.....	59
Section II. État de la législation luxembourgeoise en matière d'échange de renseignements	61
Section III. Position luxembourgeoise quant aux atteintes aux droits fondamentaux par la levée du secret bancaire	64

§1. Le droit au respect de la vie privée.....	64
§2. Le principe d'égalité.....	65
§3. La procédure de notification au contribuable	65
Section IV. Impact du secret bancaire sur l'économie luxembourgeoise.....	66
Conclusion.....	67
Bibliographie	70
Législation.....	70
1. Législation européenne.....	70
2. Législation belge	70
3. Législation luxembourgeoise.....	71
4. Législation américaine	71
Projets de lois, de directives et de circulaires	72
Jurisprudence	72
1. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme.....	72
2. Jurisprudence belge.....	72
3. Jurisprudence luxembourgeoise	73
Doctrine	73
Autres documents officiels	80
1. Documents internationaux.....	80
2. Documents belges.....	80
4. Documents américains	81
Articles de presse	81

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

