

Projet de loi

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. de l'échange de notes y relatives, signées le ...

Avis du Conseil d'État

(5 mai 2015)

Par dépêche du 11 mars 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances.

Le texte du projet était accompagné du texte 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 (ci-après l'« Accord »), d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles du projet de loi et de l'Accord, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que du projet de l'échange de notes entre les deux États qui font partie intégrante de l'Accord à approuver.

Par dépêche du 22 avril 2015, l'échange de notes signées a été communiqué au Conseil d'État.

Aucun des avis des chambres professionnelles demandés n'est encore parvenu au Conseil d'État.

Considérations générales

Le « *Foreign Account Tax Compliance Act* » (FATCA)¹ de 2010 a été adopté par les États-Unis dans l'optique de mettre fin à ce qui est considéré côté américain comme une évasion mondiale de capitaux qui seraient en principe imposables aux États-Unis et, partant, ce qui mène à un déchet

¹ FATCA constitue une partie d'une législation plus large connue comme HIRE Act (*Hiring Incentives to Restore Employment*).

fiscal considérable dans le chef du « *Internal Revenue Service* » (IRS) du fait de ces capitaux.

Les États-Unis d'Amérique sont un des rares pays dans le monde à imposer leurs contribuables sur base de leur revenu mondial (« *worldwide income* »). Il en découle que toute personne considérée comme « *US person* » au sens du IRS – notion qui va pour le surcroît beaucoup plus loin que le fait d'être « *US citizen* » au sens des lois sur la nationalité – doit déclarer ses revenus générés n'importe où dans le monde auprès du IRS, quitte à bénéficier, le cas échéant, par la suite d'un crédit d'impôt total ou partiel sur les impôts éventuellement déjà payés dans un autre pays dans le monde, pour autant qu'il existe un traité de non-double imposition entre les États-Unis et le pays en question.

FATCA est la généralisation à tous types de revenus placés dans des comptes bancaires d'un système en place depuis 2001 connu sous la désignation de « *Qualified Intermediary* » et qui ne visait que certains types de revenus dits « de source américaine ».

Ainsi, FATCA est une généralisation, en ce sens que, désormais, tous les capitaux déposés hors des États-Unis dans un compte bancaire (« *offshore account* ») sont visés, sous réserve de quelques exceptions *de minimis*. La législation FATCA se caractérise ainsi, entre autres, par son caractère extraterritorial.

Depuis son adoption en 2010, la loi FATCA a déclenché de vives polémiques à travers le monde, tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue économique. Les pays qui ont choisi d'accepter de se conformer aux nouvelles exigences américaines, dont notamment les pays européens, y compris la Suisse, ont depuis entamé des négociations complexes avec les autorités américaines afin de désamorcer les aspects irréalisables d'après leurs systèmes juridiques nationaux. Conscientes de certaines déficiences du texte initial, les autorités américaines ont dès lors accepté des aménagements qui ont mené au système qui est actuellement en cours de mise en place.

Auprès des institutions financières (FFI – *foreign financial institutions*) tanguées par le système, la mise en œuvre pratique a été préparée dès 2011/2012 et est largement achevée depuis mi-2014, alors que les premières informations à échanger auront trait à l'année 2014. En effet, la date-clé concernant les soldes des comptes à déclarer est le 30 juin 2014, et les systèmes informatiques des institutions financières concernées ont dû être en mesure à cette date-là d'enregistrer les données requises en vue du futur échange d'informations, qui aura lieu dès mi-2015.

Quant aux modalités d'application de FATCA dans les différents pays, il y avait le choix entre « IGA 1 » et « IGA 2 » (*Intergovernmental Agreement 1* ou *2*). Le Luxembourg a fait le choix du IGA 1, plus avantageux pour les institutions financières concernées dans la mesure où elles communiquent avec les autorités fiscales locales, qui continuent les informations requises au IRS. Les FFI n'ont dès lors pas besoin de conclure chacune un accord avec l'IRS ni de transmettre directement les données requises au IRS. C'est une différence notable avec le système QI (*Qualified Intermediary*), dans lequel chaque institution financière coopérante conclut un accord avec l'IRS.

Par conséquent, les FFI qui ont en même temps le statut de QI ont tout avantage à continuer ce statut parallèlement à celui de FFI sous FATCA, alors que les champs d'application *ratione materiae* et *ratione personae* des deux réglementations ne sont pas identiques.

Enfin, si FATCA est en soi une réglementation américaine, c'est aussi elle qui a servi de référence pour CRS (*Common reporting standards*). Il s'agit de l'extension, au niveau européen, voire au niveau de l'OCDE, des obligations d'échange de renseignements sur revenus de capitaux en tous genres placés dans des comptes bancaires entre pays concernés, censée entrer en vigueur à partir de 2017. Voilà pourquoi on parle dans ce contexte parfois de « FATCA européen ».

Observation préliminaire sur le texte en projet

L'intitulé de la loi en projet est à compléter par la date de la signature des notes échangées entre les deux États qui font partie intégrante de l'Accord à approuver.

Examen des articles

Article 1^{er}

Tout en renvoyant à l'observation préliminaire qui précède, le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen est à compléter au point 2 par la date de la signature des notes échangées.

Le Conseil d'État considère que le paragraphe 2 de l'article sous examen est superfétatoire, étant donné que les termes visés résultent des définitions figurant dans l'Accord à approuver qui se situe dans la hiérarchie des normes à un rang supérieur à la loi. Les paragraphes subséquents seront dès lors à renuméroter.

Article 2

Le paragraphe 1^{er} de l'article 2 est la disposition qui dispense expressément les institutions financières concernées par FATCA du respect du secret professionnel pour ce qui est de la transmission des données requises à l'Administration des contributions directes. Ce paragraphe constitue une application de l'article 41, paragraphe 2, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, qui dispose que « l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative ». Vu que l'échange effectif des données est prévu dès 2015, il échet de faire entrer en vigueur cette dérogation au secret bancaire dans les délais requis.

Quant au paragraphe 2, il permet aux FFI de se reporter aux procédures américaines pour la mise en œuvre pratique des obligations qui leur incombent. Le système est le suivant : en principe, tout compte tenu auprès d'un FFI est susceptible d'être un « *reportable account* », et cela sur base d'une série d'« indices d'américanité » (*US indicia*), dont non seulement le fait d'être « *US citizen* », mais aussi des éléments comme p.ex.

le fait d'être né aux États-Unis, d'avoir une adresse aux États-Unis ou un numéro de téléphone américain, pour déterminer si un compte est considéré comme un compte américain ou non. Les institutions financières concernées sont dès lors tenues de vérifier l'ensemble de leur base de comptes envers ces indices pour déterminer les « comptes américains ». Dans ce contexte, on peut relever que, dans une relation de compte jointe ou collective, dès qu'un seul des co-titulaires est « *US person* » au sens fiscal, le compte est affecté. De même, une personne ayant plusieurs nationalités est « *US person* » fiscale dès qu'elle est, entre autres, américaine. Il en est de même des comptes ayant au moins un bénéficiaire effectif américain, y compris quand il s'agit du compte d'une personne morale. D'une manière générale, des règles très complexes font qu'une « *US person* » ne peut pas échapper à FATCA du fait d'une structure sociétaire, qu'elle soit simple ou complexe.

Quant à l'expression « diligence raisonnable », le Conseil d'État observe que les auteurs du projet de loi ont traduit les termes anglais « *diligence obligations* » par « obligations de vigilance » dans la version française du texte de l'Accord. Or, les termes « vigilance » et « *diligence* » ont des significations différentes, de sorte qu'il convient de rectifier la traduction française de l'Accord sur ce point, surtout que les auteurs utilisent dans le libellé des articles le terme « diligence ». Une cohérence des textes s'impose. Le Conseil d'État demande ainsi de remplacer dans la traduction française de l'Accord le terme « vigilance » par « diligence ».

Le paragraphe 3 permet la délégation entre FFI des obligations découlant du projet de loi. Le cas typique est celui d'un fonds d'investissement qui est en principe lui-même une entité concernée, mais qui pourrait choisir de donner délégation de ses obligations sous FATCA à un « *sponsor* », dont notamment à sa banque dépositaire, elle-même FFI. Quant au texte, le Conseil d'État demande la suppression de la partie de phrase « sous réserve des dispositions légales, réglementaires ou autres qui lui sont applicables » et d'écrire « ..., l'Institution financière déclarante luxembourgeoise est autorisée à déléguer l'exécution ... ». En effet, et d'une manière générale, s'agissant d'une législation dérogatoire et spéciale, toutes les dispositions de la loi en projet vont s'appliquer de manière restrictive et laisser en place tous les autres éléments de législation applicables par ailleurs.

Au paragraphe 5, le Conseil d'État demande, pour des raisons de cohérence rédactionnelle, de ne retenir que le seul terme « amende(s) » pour désigner tant l'« amende administrative fiscale » à l'alinéa 1^{er} que la/les « sanction(s) administrative(s) » aux alinéas 2 et 3. Le terme « sanction » ne figurera ainsi pas dans le texte de la loi.

Les autres dispositions de l'article 2 n'appellent pas d'observation.

Article 3

L'article sous examen détermine le calendrier et la manière dont les informations seront échangées automatiquement. Étant donné que sont visées des données à caractère personnel, l'article 32, paragraphe 3, lettre (e) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dispose que la Commission nationale pour la protection des données a notamment pour mission d'aviser « tous les projets ou propositions de loi portant création

d'un traitement de même que [...] toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi ». En l'occurrence, il ne ressort pas de la lettre de saisine que l'avis de cette commission a été demandé, et que cette obligation légale se trouve dès lors remplie.

Pour le surplus, le Conseil d'État se demande quelle est la plus-value du paragraphe 1^{er} par rapport aux paragraphes qui suivent. Il propose de supprimer celui-ci tout en renumérotant les paragraphes subséquents.

Article 4

Le Conseil d'État considère que le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen est superfétatoire car sans portée normative. Le paragraphe 2 serait par contre à intégrer parmi les dispositions de l'article 2, paragraphe 5.

Articles 5 et 6

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Article 1^{er}

Sans observation.

Article 2

Au paragraphe 5, alinéa 2, le symbole « % » est à remplacer par l'écriture en toutes lettres « pour cent ».

Articles 3 à 6

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 5 mai 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker