

La directive sur la coopération administrative et la fin du secret bancaire

Jean-Marie Cougnon
Conseil fiscal – Expert-comptable
Vice-président du groupe de travail FEE « Impôts directs »

En date du 7 décembre 2010, le Conseil de l'Union européenne a dégagé un accord politique sur la proposition de directive relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

Le texte de cette proposition, qui pourrait encore faire l'objet de « mises au point », a été publié sur le site du Conseil.¹ Le Conseil s'est engagé à ce que la proposition soit adoptée lors de l'une de ses prochaines réunions. Le moment nous paraît donc arrivé de nous intéresser de plus près à ce texte.

Il s'agit de remplacer par un nouvel instrument juridique la directive 77/799/CEE, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités des États membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurances, qui « se révèle dépassée par les exigences actuelles du marché intérieur et les effets négatifs de la mondialisation », et qui sera abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2013.

La directive établit les règles et procédures selon lesquelles les États membres coopèrent entre eux aux fins d'échanger les « informations vraisemblablement pertinentes » pour l'administration et l'application des législations internes relatives à « tous types de taxes et impôts prélevés par un État membre, ou en son nom, ou par ses entités territoriales ou administratives, ou en leur nom, y compris les autorités locales ». Selon le préambule de la directive, la norme dite de

la « pertinence vraisemblable » vise à permettre l'échange d'informations dans la mesure la plus large possible et, en même temps, à préciser que les États membres ne sont pas libres d'aller à la « pêche aux informations » ou de demander des informations dont il est peu probable qu'elles concernent la situation fiscale d'un contribuable donné. Dans la directive de 1977 (transposée à l'article 338 du CIR 92), la demande devait concerner « un cas précis » (article 338, §3, al. 1^{er}, du CIR 92).

Par exception, la directive ne s'appliquera pas :

- à la TVA, aux droits de douane, aux droits d'accises couverts par d'autres textes de législation communautaire relatifs à la coopération administrative ;
- aux cotisations sociales obligatoires dues à un État membre, à une de ses entités ou aux organismes de sécurité sociale de droit public ;
- aux droits perçus pour des certificats ou d'autres documents délivrés par les pouvoirs publics ;
- aux droits de nature contractuelle, tels que la contrepartie versée pour un service public.

¹ www.consilium.europa.eu.

Les informations qui seront communiquées en application de la directive pourront cependant être utilisées pour instaurer d'autres droits et taxes, notamment ceux relevant de la directive 2010/24/UE, adoptée le 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, ou pour établir et recouvrer des cotisations sociales obligatoires.

Dans la directive de 1977, les impôts belges visés étaient limités aux quatre impôts sur le revenu (impôt des personnes physiques, impôt des sociétés, impôt des personnes morales et impôt des non-résidents). La directive 2003/93/CE avait étendu le champ d'application de l'assistance mutuelle prévue par la directive 77/799/CEE aux taxes sur les primes d'assurances visées dans la directive 76/308/CEE.

Échange d'informations sur demande

L'autorité compétente d'un État membre peut demander à son homologue d'un autre État membre les informations dont elle dispose ou qu'elle obtient à la suite d'enquêtes administratives. L'autorité requise fait effectuer toute enquête administrative nécessaire à l'obtention de ces informations. Si elle estime qu'aucune enquête n'est nécessaire, elle informe immédiatement l'autorité requérante des raisons sur lesquelles elle se fonde.

Les délais suivants seront à respecter par l'autorité requise :

- immédiatement, si possible par voie électronique, et, en tout état de cause, au plus tard sept jours ouvrables après avoir reçu la demande : un accusé de réception de la demande ;
- immédiatement et, en tout état de cause, au plus tard un mois après avoir reçu la demande : la notification, le cas échéant, de la non-disposition des informations demandées, de l'impossibilité de répondre ou du refus motivé de répondre ;
- immédiatement et, en tout état de cause, au plus tard trois mois après avoir reçu la demande : l'information au sujet des motifs expliquant le non-respect du délai prévu pour la réponse, ainsi que de la date à laquelle celle-ci pourra être fournie ;
- dans le délai d'un mois suivant la réception de la demande : la notification des éventuelles lacunes constatées dans la demande, ainsi que, le cas échéant, de la nécessité de fournir d'autres renseignements de caractère général ;

- dans le délai de deux mois suivant la réception de la demande : la communication des informations déjà possédées ;
- le plus rapidement possible et, au plus tard, six mois à compter de la date de réception de la demande : la communication des informations requises.

Les informations se rapportant aux périodes imposables à compter du 1^{er} janvier 2014, et concernant des catégories spécifiques de revenu et de capital, seront communiquées

Dans la directive de 1977, l'échange automatique d'informations n'était pas réglementé de manière aussi précise. Ainsi, quant aux délais, il était seulement précisé que l'information devait être communiquée « le plus rapidement possible ».

Échange automatique et obligatoire d'informations

Les informations se rapportant aux périodes imposables à compter du 1^{er} janvier 2014 dont l'autorité compétente de chaque État membre disposerait au sujet des personnes résidant dans un autre État membre et qui concernent des catégories spécifiques de revenu et de capital au sens de la législation nationale de l'État membre qui communique ces informations seront transmises par cette autorité à son homologue de l'autre État membre, à savoir les informations portant sur : les revenus professionnels, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie non couverts par d'autres actes communautaires concernant l'échange d'informations et d'autres mesures similaires, les pensions, la propriété et les revenus de biens immobiliers.

Le système suppose, pour fonctionner, que les États membres indiquent à la Commission, avant le 1^{er} janvier 2014, les catégories énoncées ci-dessus pour lesquelles ils disposent d'informations. En cas d'omission portant sur ne serait-ce qu'une seule des catégories pour lesquelles un État membre dispose d'informations, cet État peut être considéré comme ne souhaitant pas recevoir d'informa-

tions. La Commission doit, du reste, être mise au courant si un État membre indique à un autre État membre qu'il ne souhaite pas recevoir d'informations concernant les catégories de revenus ou capitaux visées ci-dessus ou sur des revenus ou capitaux dont le montant ne dépasse pas un seuil déterminé.

La directive comporte une déclaration d'intention visant à obtenir, d'ici le 1^{er} janvier 2017, de chaque État membre, un engagement d'échange automatique d'informations pour au moins trois des catégories particulières de revenus et de capitaux visées ci-dessus, et à étendre la liste des catégories pour couvrir les dividendes, les plus-values et les redevances.

Des accords bilatéraux ou multilatéraux portant sur des catégories supplémentaires de revenus ou de capitaux pourront toujours être conclus avec d'autres États membres.

Dans la directive de 1977, l'échange d'informations n'avait pas de caractère obligatoire, mais il était prévu « d'une manière régulière, pour des catégories de cas que les autorités compétentes déterminent dans le cadre d'une procédure de consultation » (article 338, §§4 et 12, du CIR 92).

Échange spontané d'informations

Les informations visées au début du présent article² devront être communiquées par un État membre à un autre État membre le plus rapidement possible et, au plus tard, un mois après que lesdites informations sont disponibles, dans les cas suivants :

- l'autorité compétente d'un État membre a des raisons de présumer qu'il existe une réduction ou une exonération anormales de taxes ou d'impôts dans l'autre État membre, ou une diminution de taxe ou d'impôt résultant de transferts fictifs de bénéficiaires à l'intérieur de groupes d'entreprises;
- un contribuable obtient, dans un État membre, une réduction ou une exonération de taxe ou d'impôt qui devrait entraîner pour lui une augmentation de taxe ou d'impôt ou un assujettissement à une taxe ou à un impôt dans l'autre État membre;
- des affaires entre contribuables de deux États membres différents sont traitées dans un ou plusieurs pays, de manière à entraîner une diminution de taxe ou d'impôt dans l'un ou l'autre État membre ou dans les deux;

- dans un État membre, des informations sont recueillies à la suite des informations communiquées par un autre État membre et peuvent être utiles à l'établissement d'une taxe ou d'un impôt dans cet autre État membre.

Des informations potentiellement utiles aux autorités compétentes d'un État membre *pourront* toujours être communiquées spontanément, dans les cas ne correspondant pas à la situation du dernier tiret du paragraphe précédent (situation dans laquelle elles *devront* être communiquées).

On constate que les cas entraînant une obligation d'échange spontané sont repris tels quels (étendus, toutefois, aux « taxes et impôts » et non plus seulement aux « impôts ») de la directive de 1977, à l'exception de l'hypothèse de l'avant-dernier tiret du paragraphe ci-dessus : la formulation précédente exigeait en outre, comme condition, l'intervention « d'un établissement stable [d'un des deux contribuables] ou d'un ou de plusieurs tiers se trouvant dans un ou plusieurs autres pays » (article 338, §5, du CIR 92).

Autres formes de coopération administrative

Des fonctionnaires habilités par l'autorité requérante pourront, aux fins de l'échange d'informations, être présents dans les bureaux où les autorités administratives de l'État membre de l'autorité requise exécutent leurs tâches et assister aux enquêtes administratives réalisées sur l'autre territoire. Les fonctionnaires de l'autre État membre pourront interroger des personnes et examiner des documents.

La présence dans un État membre d'agents de l'administration fiscale d'un autre État membre était déjà prévue dans la directive de 1977.

Tout refus d'une personne faisant l'objet d'une enquête de se conformer aux mesures d'inspection des fonctionnaires de l'autorité requérante sera considéré par l'autorité requise comme un refus opposé à ses propres fonctionnaires.

Des contrôles simultanés, en ce qui concerne une ou plusieurs personnes présentant un intérêt commun ou complémentaire pour deux ou plusieurs États membres, pourront être exécutés par ceux-ci, chacun sur son propre territoire.

L'ensemble des actes et décisions émanant des autorités administratives d'un État membre et qui concernent l'application sur son territoire de la législation relative aux taxes et impôts relevant du champ d'application de la directive

² Voir le 3^e alinéa de cet article.

Un État membre ne pourra pas refuser de fournir des informations au seul motif que celles-ci seraient détenues par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire

pourront, à la demande de cet État membre, être notifiés par l'autorité compétente d'un autre État membre au destinataire, conformément aux règles qui régissent la notification des actes correspondants dans l'État membre requis.

Une autorité compétente n'adresse une pareille demande de notification que lorsqu'elle n'est pas en mesure de notifier conformément aux règles régissant la notification des actes concernés dans l'État membre requérant ou lorsqu'une telle notification entraînerait des difficultés disproportionnées.

La directive 2004/56/CE, actualisant celle de 1977, avait permis aux États membres de coordonner leurs enquêtes en matière de fraude fiscale transfrontalière et de prendre en charge davantage de procédures pour le compte des uns et des autres. Sa transposition se retrouve à l'article 338, §§ 10 et 11, du CIR 92.

Conditions régissant la coopération administrative

Les informations qui seront communiquées en application de la directive seront couvertes par le secret officiel et bénéficieront de la protection accordée à des informations de même nature par la législation nationale de l'État membre qui les a reçues.

Les informations, rapports, attestations et tous autres documents obtenus par l'autorité requise et transmis à l'autorité requérante pourront être invoqués comme éléments de preuve par les instances compétentes de l'État membre requérant, au même titre que les informations, rapports, attestations et tous autres documents équivalents fournis par une autre autorité dudit État.

L'autorité compétente de l'État membre d'où proviennent les informations peut autoriser que les informations transmises soient utilisées à des fins autres que celles d'administration et d'application des législations fiscales internes (seulement dans la mesure où cela est autorisé par la législation de l'État membre qui reçoit les informations) ou que ces informations soient communiquées à l'autorité compétente d'un troisième État membre, si elles sont susceptibles de lui être utiles. La formulation diffère des dispositions de la directive de 1977 relatives au secret (article 7), mais dans l'ensemble, les principes restent les mêmes.

L'autorité requérante devra déjà avoir exploité les sources habituelles d'information auxquelles elle peut avoir recours pour obtenir les informations demandées (sans, cependant, risquer de nuire à la réalisation du but recherché). Une formulation analogue se retrouvait déjà à l'article 2.1 de la directive de 1977 (article 338, § 3, al. 2, du CIR 92).

Par ailleurs, la transmission d'informations peut être refusée si leur collecte aux propres fins de l'État membre requis est contraire à sa législation, si l'État membre requérant n'est pas en mesure, pour des raisons juridiques, de fournir des informations similaires ou dans le cas où elle conduirait à divulguer un secret commercial, industriel ou professionnel, un procédé commercial ou une information dont la divulgation serait contraire à l'ordre public. Pour autant, un État membre n'est pas autorisé à refuser de fournir des informations au seul motif que ces dernières ne présentent pour lui aucun intérêt.

Dans la directive de 1977 (articles 8.1 et 8.3), les deux premiers cas de refus étaient plus larges³:

- la législation ou la *pratique administrative* de l'État membre qui devait fournir les informations pouvaient n'autoriser ni à effectuer ces recherches, ni à recueillir ou à utiliser ces informations pour les propres besoins de cet État;
- l'État membre requis pouvait ne pas être en mesure de fournir des informations équivalentes pour des raisons de *fait* ou de droit.

Les informations communiquées au titre de la directive seront, dans la mesure du possible, fournies par voie électronique au moyen du réseau commun de communication (réseau CCN).

³ Voir également l'article 338, §§ 9 et 10, du CIR 92.

Les demandes de coopération, y compris les demandes de notification, et les pièces annexées pourront être rédigées dans toute langue choisie d'un commun accord par l'autorité requise et l'autorité requérante.

Fin du secret bancaire

Un État membre ne pourra pas non plus refuser de fournir des informations au seul motif que celles-ci seraient détenues par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou qu'elles se rapportent à une participation au capital d'une personne. Il s'agit ici d'une disposition (article 17.2) totalement neuve par rapport à la directive de 1977. Ainsi que l'indique le préambule, le Conseil de l'UE a mis en balance «les intérêts privés qu'il convient de protéger, et l'intérêt public» (considérant 18).

On sait que le secret bancaire fiscal, en Belgique, se cantonne à quelques mots figurant dans le premier alinéa de l'article 318 du CIR 92: «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». Ce devoir au secret n'est actuellement opposable qu'à la seule Administration des contributions directes, chargée de la perception de l'impôt sur les revenus.

Si ce texte de l'article 318 était maintenu, la Belgique risquerait, une fois la directive commentée entrée en vigueur, d'apparaître comme favorisant les placements dans des établissements financiers résidents, auprès desquels le fisc belge (au contraire des vingt-six autres administrations homologues dans l'UE) ne pourrait se prévaloir de l'article 17.2 de la directive...

Du reste, le mouvement paraît lancé: dans le courant de l'année 2009, la Belgique a envoyé un projet de «protocole» à presque tous les pays avec lesquels elle a conclu une convention préventive de la double imposition. Le protocole ajoute aux conventions une clause qui doit empêcher que le secret bancaire des États contractants fasse obstacle à l'échange mutuel de renseignements (par analogie avec l'article 26, §5, de la dernière version de la convention modèle de l'OCDE).

La convention avec les États-Unis prévoit déjà, à ce jour, la clause selon laquelle un État contractant ne peut refuser de communiquer les renseignements «demandés» par l'autre État contractant au motif que ceux-ci sont détenus par «une banque» ou «un autre établissement financier». Il s'agit, en effet, d'informations qui ne pourraient être communiquées en vertu de la législation belge (en raison du secret bancaire

figurant à l'article 318 du CIR 92). Il s'en déduit que le fisc américain est en mesure d'exiger la communication d'informations qui pourraient être refusées au fisc belge.

La Belgique ne pourra plus refuser l'échange d'informations bancaires en raison de son secret bancaire et pourra également demander des informations bancaires auprès des États partenaires

La France et la Belgique ont signé, le 7 juillet 2009, un nouvel avenant à la convention tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative et juridique réciproque en matière d'impôts sur les revenus. Cet avenant doit encore être soumis à approbation parlementaire dans les deux pays. Il prévoit que l'État requis pour la fourniture de renseignements doit utiliser les pouvoirs dont il dispose pour les obtenir, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. Un État ne peut refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par un établissement financier ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne. L'avenant s'appliquera aux revenus afférents à toute année civile ou à tout exercice commençant à compter à partir du 1^{er} janvier de l'année qui suit immédiatement la date de sa signature.

Notons encore, en ce qui concerne le «protocole» conclu avec les Pays-Bas, qu'il ressort d'un communiqué de presse du ministère néerlandais des Finances que l'échange «automatique» de données bancaires sera possible «à partir du 1^{er} janvier 2010» et que l'échange «sur demande» de données bancaires pourra être obtenu avec «effet rétroactif au 1^{er} janvier 2008».⁴

Le site www.minfin.fgov.be publie des listes, arrêtées au 7 février 2011, de nouvelles conventions contenant une disposition prévoyant l'échange d'informations bancaires, de pays auxquels a été envoyé un projet de protocole visant à insérer dans la convention existante une disposition prévoyant l'échange d'informations bancaires, de pays avec

lesquels la renégociation de la convention ou la négociation d'une nouvelle convention est prévue et de pays avec accords limités à l'échange d'informations fiscales.

Les textes vont tous dans le même sens et précisent qu'un État contractant ne peut refuser de fournir les renseignements au seul motif qu'ils seraient détenus par une banque, un autre établissement financier, un *trust*, une fondation, etc.

Grâce à ces nouvelles clauses prévoyant que le secret bancaire des États contractants n'est plus un motif pour refuser de fournir les informations bancaires demandées, la Belgique:

- ne pourra plus refuser l'échange d'informations bancaires en raison de son secret bancaire;
- pourra également demander des informations bancaires auprès des États partenaires (sans que ceux-ci puissent se dérober en raison du secret bancaire belge).

Le fait que les protocoles et accords soient signés ne signifie pas pour autant qu'ils seraient déjà entrés en vigueur. Il

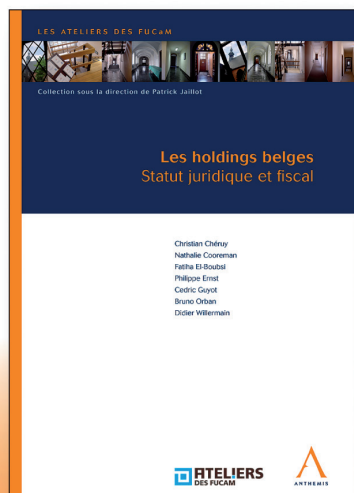
faut, pour ce faire, que les procédures d'approbation nationales (parlementaires) soient menées à bien dans les deux États contractants et que ceux-ci s'en informent officiellement.⁵

Disposition transitoire

Nonobstant l'article 17.2 qui vient d'être commenté, un État membre pourra refuser de transmettre les informations demandées par la nouvelle directive lorsque celles-ci porteront sur des périodes d'imposition antérieures au 1^{er} janvier 2011 et que la transmission de ces informations aurait pu être refusée sur la base de l'article 8.1 de la directive de 1977 si elle avait été demandée avant l'entrée en vigueur de la directive. Cette hypothèse vise le cas dans lequel la législation ou la pratique administrative de l'État membre qui devrait fournir les informations n'autorise l'autorité compétente ni à effectuer ces recherches, ni à recueillir ou à utiliser ces informations pour les propres besoins de cet État. ●

⁴ Communiqué de presse du 23 juin 2009.

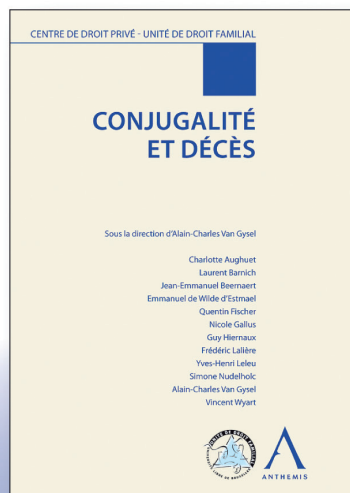
⁵ *Le Fiscologue*, n° 1170, 28 août 2009, p. 11.



Édition 2011 – 312 pages – 79 €

La gestion juridique et l'optimisation fiscale des holdings

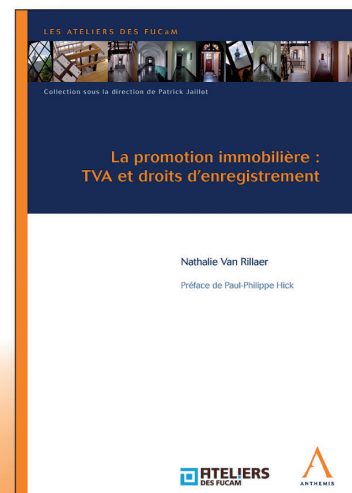
Chr. Chéruy, N. Cooreman, F. El-Boubsi, Ph. Ernst, C. Guyot, Br. Orban, D. Willermain



Édition 2011 – 344 pages – 83 €

Les droits successoraux du conjoint et du cohabitant

*Sous la direction de Alain-Charles Van Gysel
Ch. Aughuet, L. Barnich, J.-E. Beernaert, E. de Wilde d'Estmael, Q. Fischer, N. Gallus, G. Hiernaux, Fr. Lalière, Y.-H. Leleu, S. Nudelholc, A.-Ch. Van Gysel, Vincent Wyart*



Édition 2011 – 242 pages – 72 €

Le point sur la TVA et les droits d'enregistrement liés aux opérations immobilières courantes

Nathalie Van Rillaer

Découvrez l'intégralité de notre catalogue sur www.anthemis.be

Commandes/Informations:
Anthemis S.A. – Place Albert I, 9 – 1300 Limal
T +32 (0)10 42 02 90 – F +32 (0)10 40 21 84 – info@anthemis.be – www.anthemis.be

