



CONFERENCE

18 OCTOBRE 2011

Tiers détenteur d'informations **(avocat domiciliataire, notaire)**

***Quels sont vos droits et devoirs en matière
d'échange d'information fiscale***

Par Maître Alain LORANG, avocat Luxembourg



A. L'AVOCAT

L'avocat peut-il participer activement à l'échange d'informations fiscales concernant son client à la requête de l'administration luxembourgeoise ?

1. Le secret professionnel légalement sanctionné (article 458 du code pénal) reste le principe central.

La communication d'informations à l'administration fiscale luxembourgeoise sans l'accord du client heurte frontalement ce principe.

Il ne s'agit ni d'un ordre de la loi, ni d'une situation similaire à un témoignage en justice.

- ❑ Pas de partage avec les autorités publiques (finalités professionnelles ou institutionnelles, autres).
- ❑ Au Luxembourg, la procédure de dénonciation applicable au blanchiment d'argent reste une exception et ne peut être étendue aux infractions fiscales.

En conséquence, la communication d'information expose à l'avocat un :

- ❑ Risque de poursuite pénale,
- ❑ Risque de poursuite disciplinaire.

2. Les demandes des autorités fiscales étrangères

- Signature des conventions OCDE prévoyant l'échange d'informations entre administrations fiscales. (ex. loi du 31 mars 2010).
 - Les administrations fiscales sont autorisées à requérir les renseignements demandés pour l'application de l'échange de renseignement.
- Le détenteur des renseignements est obligé de les fournir endéans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision portant injonction de fournir les renseignements demandés.
- L'avocat est-il détenteur de renseignements au sens de la convention?
- L'exception du secret professionnel.

Une partie contractante peut rejeter la demande si les renseignements requis sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Ce secret concerne les renseignements qui constituent :

- des communications confidentielles entre un client et un avocat ou un autre représentant juridique agréé si ces communications ont pour but de demander ou fournir un avis juridique ou sont destinés à être utilisés dans une action en justice en cours ou envisagée.
- Notion « d'information confidentielle ».

Les communications sont « confidentielles » si le client peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient tenues secrètes.

Par exemple, les communications faites en la présence de tiers autres que le personnel de l'avocat ou des personnes mandatées par l'avocat ne sont pas des communications confidentielles.

Les communications faites à l'avocat par le client avec instruction de les divulguer à des tiers ne sont pas des communications confidentielles.

Les limites de l'exception tirée du secret professionnel :

- L'avocat doit agir ès qualités.

Un avocat agissant en qualité d'actionnaire mandataire, de fiduciaire, de constituant d'une fiducie ou d'administrateur d'une société ou ayant reçu procuration d'une société pour la représenter dans ses affaires industrielles ou commerciales, ne peut invoquer le secret professionnel pour les renseignements qui résultent d'une telle activité ou s'y rapportent.

- Les renseignements concernant l'identité d'une personne, notamment un administrateur ou le bénéficiaire effectif d'une société ne bénéficient généralement pas de ce droit au secret.

Le secret ne vaut pas pour les documents remis à un avocat pour essayer de les préserver d'une divulgation (communication non destinée à demander ou fournir un avis juridique).

3. L'influence des droits étrangers sur la situation luxembourgeoise

La solution luxembourgeoise n'est pas univoque.

Ex.: cas de la France, traitement particulier pour la fraude fiscale (décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009).

Le professionnel, dont l'avocat, peut être amené à faire une déclaration de soupçon à Tracfin en présence de soupçons sur une opération suspecte provenant d'une fraude fiscale (ordonnance n° 2009-104 du 30.01.2009).

La fraude fiscale est constituée par la soustraction et la tentative de soustraction à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts dus.

La déclaration Tracfin est faite en présence d'un des seize critères définis par le décret.

Les avocats ne sont pas tenus à une déclaration de soupçon en matière de fraude fiscale lorsque leurs activités se rattachent :

- à une procédure juridictionnelle,
- aux informations recueillies à l'occasion d'une consultation juridique.

Hors de ces cas et notamment lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire, les avocats doivent directement faire leur déclaration à Tracfin.

Dans les autres cas, la déclaration écrite est faite au Bâtonnier de l'Ordre qui devra vérifier que les conditions d'une telle déclaration sont remplies.

Si tel est le cas, le Bâtonnier transmet la déclaration à Tracfin.

La législation française consacre la dissuasion du client par l'avocat de prendre part à une activité illégale ainsi que l'immunité pénale, civile, disciplinaire de l'avocat ou de son préposé en cas de déclaration de soupçons faite de bonne foi (art.L 561-22 CMF).

Affiliation à plusieurs barreaux

Cas de l'exercice de la profession d'avocat sous titre d'origine (directive 98/5/CE).

L'avocat exerçant sous son titre d'origine exerce les mêmes activités qu'un avocat luxembourgeois mais en utilisant toujours son titre Professionnel originaire.

Pour ses activités au Grand-Duché, l'avocat « européen » est soumis aux règles déontologiques luxembourgeoises.

Cependant, cette application s'applique « indépendamment des règles professionnelles et déontologiques auxquelles il est soumis dans son Etat membre d'origine ».

Conflit entre plusieurs règles ordinales. Laquelle faut-il appliquer?

Ex.: L'avocat X est inscrit au Barreau de Lyon et de Luxembourg.

Lors d'une consultation à Luxembourg d'un client français, il s'aperçoit que son client a mis en place des mécanismes susceptibles de constituer une fraude fiscale au sens du droit français.

Comment doit-il réagir?

La solution serait-elle la même si la consultation était donnée à Lyon ?

Application de la loi territoriale de la loi pénale

Simple connaissance de faits pouvant être qualifié de fraude fiscale.
L'avocat prêle son concours à un montage juridique et fiscal pouvant constituer une fraude fiscale par rapport à une législation étrangère.

Cas de l'acceptation de fonds non fiscalisés.

- pour l'avocat
- pour son compte de tiers

Attention à la constitution d'un délit par rapport à une norme étrangère.
(Ex. complicité de recel de fraude fiscale).

B. LE DOMICILIATAIRE

Le domiciliataire est un tiers auprès duquel une société établit son siège et qui preste des services liés à cette activité (loi du 31.05.1999).

Le domiciliataire ne peut être considéré comme conseiller fiscal ou juridique de la société.

Il n'est pas couvert par un secret professionnel. Application des conventions OCDE (tiers détenteur d'informations, possibilité de dénonciation du contrat en cas de violation des règles légales).

Connaissance de l'identité réelle des membres des organes de la société et de l'identité réelle des personnes pour les comptes desquelles elles agissent.

Le notaire

- Notaire est tenu par le secret professionnel (situation similaire à celle de l'avocat)
- Amené à recevoir des confidences lors de la rédaction d'actes authentiques ou comme mandataire de son client
- Communication à l'administration fiscale (Enregistrement)