

ROMAIN TIFFON

PARTNER AND HEAD
OF THE INTERNATIONAL
AND CORPORATE TAX
DEPARTMENT AT
BY ATOZ TAX ADVISERS
LUXEMBOURG

MARIE BENTLEY

KNOWLEDGE MANAGER
AT ATOZ TAX ADVISERS
LUXEMBOURG

Actualités

LA DIRECTIVE SUR LES INTERMÉDIAIRES FISCAUX : DE NOUVELLES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES POUR LES ASSURANCES-VIE LUXEMBOURGEOISES

I. INTRODUCTION

Le 25 mai 2018, le Conseil de l'Union européenne a adopté une nouvelle directive, modifiant la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (DAC), et ce, pour la cinquième fois. Cette dernière modification concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration par les intermédiaires fiscaux (« la Directive » ou « DAC 6 »)¹. Cette directive s'inspire des recommandations du rapport de l'OCDE rédigé dans le cadre de l'Action 12 du projet de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS)² ainsi que du projet de l'OCDE de communication obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la norme commune de déclaration (NCD) et aux structures extraterritoriales opaques.

La Directive est rédigée de telle manière, qu'*a priori*, elle semble avoir un champ d'application extrêmement large, de sorte que chaque dispositif transfrontière devrait faire l'objet d'un échange d'information automatique. Mais, en pratique, quelle est réellement sa portée et quels sont les montages spécifiques impliquant des assurances-vie qui sont visés ? Dans le cadre de cet article, nous analyserons ce qu'est un dispositif transfrontière devant faire

l'objet d'une déclaration en vertu de la Directive. Nous examinerons les informations qui, le cas échéant, devront être déclarées, les personnes soumises aux nouvelles obligations de déclaration et les délais dans lesquels la déclaration devra être effectuée. Nous étudierons enfin les prochaines étapes et les implications de la Directive.

II. NOTION DE « DISPOSITIF TRANSFRONTIÈRE » DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE DÉCLARATION

La Directive vise à imposer aux intermédiaires fiscaux de transmettre aux autorités fiscales certaines informations relatives à des dispositifs transfrontières, considérés comme étant susceptibles d'être utilisés à des fins de planification fiscale potentiellement agressive. Rentrent donc dans le champ d'application matériel de l'obligation de déclaration, les dispositifs (i) transfrontières; et (ii) de planification fiscale à caractère potentiellement agressif.

A. Dispositifs transfrontières

La notion de « dispositif » doit être comprise dans un sens large et inclut tout dispositif, plan ou accord, ainsi que toutes les étapes et opérations qui font partie de ce dispositif. Par exemple, dans le contexte des assurances-vie, le dispositif inclut la transaction initiale qui concerne la conclusion du contrat et toutes les étapes subséquentes telles que le rachat de l'assurance, l'apport de titres et toute restructuration du contrat qui interviendrait à la suite de la souscription de l'assurance.

Selon la Directive³, un dispositif est considéré comme « transfrontière » s'il concerne plusieurs États membres de l'Union européenne ou un État membre de l'Union européenne et un pays tiers, et pour autant que :

- a. tous les participants au dispositif ne sont pas résidents à des fins fiscales dans la même juridiction ; ou

1. Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (J.O. L 139, 5 juin 2018, p. 1).

2. OCDE (2016), *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Éditions OCDE, 2016.

3. Directive (UE) 2018/822, *op. cit.*, article 1, b).

- b. au moins un des participants au dispositif réside à des fins fiscales simultanément dans plus d'une juridiction ; ou
- c. au moins un des participants au dispositif exerce une activité dans une autre juridiction par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans cette juridiction et le dispositif constituant une partie ou la totalité de l'activité de cet établissement stable ; ou
- d. au moins un des participants au dispositif exerce une activité dans une autre juridiction sans être résident à des fins fiscales ni créer d'établissement dans cette juridiction ; ou
- e. le dispositif peut avoir des conséquences sur l'échange automatique d'informations ou sur l'identification des bénéficiaires effectifs⁴.

Les « participants au dispositif » sont toutes les personnes qui y sont parties ou qui sont touchées par celui-ci. Tous les contribuables qui prennent part à un dispositif, même s'ils ne sont pas directement associés ou touchés par les conséquences fiscales du dispositif aux résultats transfrontaliers, peuvent être considérés comme des participants⁵. Sont ainsi visés les actionnaires et les bénéficiaires économiques d'une structure, puisqu'ils sont intéressés ou impliqués par les dispositifs mis en place par leurs structures. Si la divulgation ne concernait que des contribuables directement touchés par les conséquences fiscales d'un dispositif, il suffirait d'utiliser des intermédiaires et des structures en cascades pour éviter de déclencher l'obligation déclarative. En conséquence, toute souscription d'un contrat d'assurance-vie luxembourgeois par, ou au bénéfice, d'un résident fiscal d'un autre État membre, constitue un dispositif transfrontière visé par la Directive.

B. Dispositif de planification fiscale à caractère potentiellement agressif

Si la définition des dispositifs transfrontières est très large, tous les dispositifs transfrontières ne doivent cependant pas faire l'objet d'une déclaration. Ceux-ci ne feront en effet l'objet d'une déclaration que s'il s'agit de dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif, c'est-à-dire s'ils témoignent d'une des caractéristiques, appelées « marqueurs », listées par la Directive. La Directive ne donne pas de définition de la notion de « planification fiscale à caractère potentiellement agressif » ou de la « planification fiscale agressive ». Elle tente de cerner les dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif, le plus largement possible, en constituant une liste des caractéristiques et éléments des opérations présentant des signes manifestes d'évasion fiscale ou de pratiques fiscales abusives.

Ce n'est que lors d'un examen *a posteriori* des informations reçues par les autorités fiscales que celles-ci pourront juger, le cas échéant, qu'un dispositif est effectivement abusif ou constitutif d'évasion fiscale.

III. QUELS SONT LES MARQUEURS UTILISÉS POUR DÉTERMINER LES DISPOSITIFS TRANSFRONTIÈRES DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE DÉCLARATION DANS LE CADRE DE LA DIRECTIVE ?

Les marqueurs utilisés pour recenser les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration sont classés en cinq catégories par la Directive :

- a. marqueurs généraux liés au critère de l'avantage principal ;
- b. marqueurs spécifiques liés au critère de l'avantage principal ;
- c. marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières ;
- d. marqueurs spécifiques concernant l'échange automatique d'informations et les bénéficiaires effectifs ; et
- e. marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert.

Ils appartiennent à ces différents groupes selon leur nature générale ou spécifique et selon qu'ils sont ou non liés au critère de l'avantage principal. Le régime de déclaration introduit par la Directive est en effet conditionné, dans certains cas, au respect d'un critère formel : le test de l'avantage principal. Ce critère sera satisfait « *s'il peut être établi que l'avantage principal ou l'un des avantages principaux qu'une personne peut raisonnablement s'attendre à retirer d'un dispositif, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, est l'obtention d'un avantage fiscal* »⁶. Il s'agit alors de déterminer si l'avantage principal ou l'un des avantages principaux attendus de la mise en place du dispositif est, ou pourrait être, de nature fiscale.

A. Marqueurs liés au critère de l'avantage principal

1) Marqueurs généraux liés au critère de l'avantage principal : marqueurs de la « catégorie A »

Les critères généraux sur base desquels les dispositifs transfrontières feront l'objet d'une déclaration, s'ils remplissent le critère de l'avantage principal, sont les suivants : – « *Lorsque le contribuable concerné ou un participant au dispositif s'engage à respecter une clause de*

4. Sont visés ici les dispositifs de contournement de la norme commune de déclaration et les structures extraterritoriales opaques.

5. OCDE (2016), *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015, op.cit.*, point 242.

6. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie I, § 2.

confidentialité selon laquelle il peut être tenu de ne pas divulguer à d'autres intermédiaires ou à l'administration fiscale, comment le dispositif pourrait procurer un avantage fiscal »⁷.

Le marqueur de « confidentialité » vise les montages proposés par les intermédiaires à leurs clients, assortis de conditions de confidentialité en vertu desquelles ces derniers doivent garder le régime fiscal conseillé confidentiel⁸.

- « Lorsque l'intermédiaire est en droit de percevoir des honoraires (ou intérêts, rémunération pour financer les coûts et autres frais) pour le dispositif et ces honoraires sont fixés par référence : (a) au montant de l'avantage fiscal découlant du dispositif ou, (b) au fait qu'un avantage fiscal découle effectivement du dispositif »⁹.

Le marqueur « prime de résultat » vise la situation où le montant de la prestation de conseil payé par le client peut être corrélé au montant de l'avantage fiscal obtenu par l'intermédiaire du montage¹⁰.

- « Lorsque le dispositif dont la documentation et/ou la structure sont en grande partie normalisées et qui est à la disposition de plus d'un contribuable concerné sans avoir besoin d'être adapté de façon importante pour être mis en œuvre »¹¹.

Le marqueur « produit fiscal standardisé » vise les montages largement répandus et commercialisés ainsi que l'utilisation de documents standardisés, y compris les formulaires types. Cela vise, par exemple, certains schémas successoraux tels que certaines donations devant des notaires étrangers, pour les résidents belges. Les contrats d'assurance-vie type branche 21 ou branche 23 peuvent également être considérés comme des « produits fiscaux standardisés ». Selon le *Rapport BEPS*, ce marqueur devrait viser les « montages vendus en masse » et désigner un dispositif auquel plusieurs personnes peuvent avoir accès et assorti d'une documentation standardisée qui n'a pas été adaptée de manière significative pour tenir compte de circonstances propres au client. La principale caractéristique de ces montages est la facilité avec laquelle on peut les reproduire, ce qui leur vaut d'être parfois décrits comme étant « sur étagère » ou « prêts à l'emploi ». Typiquement, le client achète un produit fiscal « préfabriqué » pouvant être utilisé tel quel, ou après des modifications limitées. Le client n'a pas besoin, pour mettre en place le montage, d'un accompagnement important sous la forme de services de conseil professionnels.¹²

2) Marqueurs spécifiques liés au critère de l'avantage principal : marqueurs de la « catégorie B »

L'annexe IV de la Directive fournit des exemples spécifiques de dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, s'ils respectent le critère de l'avantage principal. Les marqueurs spécifiques sont le reflet des préoccupations particulières ou ponctuelles et visent des cas de figure où les risques sont perçus comme étant élevés, tel que, par exemple l'utilisation de montages s'appuyant sur des pertes, des contrats de crédit-bail, l'utilisation d'instruments hybrides et les systèmes de conversion de revenus. Ils couvrent ainsi les dispositifs :

- « dans lequel un participant au dispositif prend artificiellement des mesures qui consistent à acquérir une société réalisant des pertes, à mettre fin à l'activité principale de cette société et à utiliser les pertes de celle-ci pour réduire sa charge fiscale, y compris par le transfert de ces pertes à une autre juridiction ou par l'accélération de l'utilisation de ces pertes ; »¹³

Ce marqueur vise plus particulièrement le commerce des sociétés en perte. Toutefois, afin d'être visé, il faut que le dispositif en cause consiste à acquérir « artificiellement » une société réalisant des pertes. De telles acquisitions doivent donc être évaluées sur base de l'existence ou non de raisons économiques valables.

- « qui ont pour effet de convertir des revenus en capital, en dons ou en d'autres catégories de recettes qui sont taxées à un niveau inférieur ou ne sont pas taxées ; »¹⁴

Ce marqueur couvre, par exemple, les contrats d'assurance ou les opérations financières pouvant donner lieu à une requalification des bénéficiaires ou à un changement de bénéficiaire, et cible particulièrement les opérations de crédit-bail, les opérations portant sur des instruments hybrides, des produits dérivés ou des contrats sur des instruments financiers¹⁵.

- « qui incluent des transactions circulaires ayant pour résultat un "carrousel" de fonds, à savoir au moyen d'entités interposées sans fonction commerciale primaire ou d'opérations qui se compensent ou s'annulent mutuellement ou qui ont d'autres caractéristiques similaires »¹⁶.

Le dernier marqueur de cette catégorie vise les mouvements circulaires de fonds tels que les « sale and lease back ».

7. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point A, alinéa 1^{er}.

8. OCDE (2016), *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015, op.cit.*, point 92

9. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point A, alinéa 2.

10. *Ibid.*

11. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point A, alinéa 3.

12. OCDE (2016), *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015, op.cit.*, points 103 - 104.

13. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point B, alinéa 1^{er}.

14. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point B, alinéa 2.

15. OCDE (2016), *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015, op.cit.*, point 125.

16. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point B, alinéa 3.

3) Marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières : marqueurs de « catégorie C » liés au critère de l'avantage principal

Les dispositifs de la catégorie C sont divisés en deux groupes : ceux qui sont liés au critère de l'avantage principal et ceux qui ne le sont pas. Sous cette catégorie de marqueurs, et pour autant qu'ils remplissent le « critère de l'avantage principal », un dispositif « qui prévoit la déduction des paiements transfrontières effectués entre deux ou plusieurs entreprises associées » doit faire l'objet d'une déclaration si au moins l'une des conditions suivantes est remplie :

– « le bénéficiaire réside à des fins fiscales dans une juridiction qui ne lève pas d'impôt sur les sociétés ou qui lève un impôt sur les sociétés au taux zéro ou presque nul »¹⁷.

Ce marqueur concerne les montages s'appuyant sur des entités établies dans des pays à faible fiscalité, ce qui inclut les paradis fiscaux, les juridictions n'appliquant pas d'impôt sur les bénéfices ou pratiquant un taux « presque nul ». Ce dernier critère n'est pas précisé par la Directive et il appartiendra à chaque État membre de donner des instructions à ce sujet. Est ainsi visé ici, par exemple, le paiement de royalties à une société soumise, aux Caraïbes, à un taux d'imposition de 0 %.

– « le paiement bénéficie d'une exonération totale dans la juridiction où le bénéficiaire réside à des fins fiscales »¹⁸. Sont ici visés, par exemple, les situations hybrides induisant une déduction sans inclusion. Les paiements qui bénéficient d'une « exonération partielle de l'impôt » ne sont pas visés par ce marqueur. Cette option a été expressément supprimée de la version initiale de la proposition de Directive.

– « le paiement bénéficie d'un régime fiscal préférentiel dans la juridiction où le bénéficiaire réside à des fins fiscales »¹⁹. Le Forum sur les pratiques fiscales dommageables a présenté un rapport²⁰ d'étape sur les régimes préférentiels qui ont été portés à son attention. Pour le Luxembourg, seul le régime de propriété intellectuelle, qui exonère partiellement des revenus/des plus-values produits par certains droits de propriété intellectuelle est listé comme régime préférentiel.

Notons que la présence d'un des marqueurs de la catégorie C liés au critère de l'avantage principal ne peut à elle seule constituer une raison de conclure qu'un dispositif remplit le critère de l'avantage principal²¹.

Les différents marqueurs de la catégorie C, liés ou non au critère de l'avantage principal, visent uniquement les paiements effectués entre des entreprises associées. Une entreprise associée est une personne qui participe (i) à la gestion

d'une autre personne lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence notable sur l'autre personne, (ii) au contrôle d'une autre personne au moyen d'une participation qui dépasse 25 % des droits de vote, (iii) au capital d'une autre personne au moyen d'un droit de propriété qui, directement ou indirectement, dépasse 25 % du capital ou (iv) a droit à 25 % ou plus des bénéfices d'une autre personne²².

B. Marqueurs non liés au critère de l'avantage principal

Outre les marqueurs qui sont liés au critère de l'avantage principal, la Directive établit des marqueurs considérés comme présentant, en eux-mêmes, des signes manifestes d'évasion fiscale ou de pratiques fiscales abusives, sans que le critère de l'avantage principal doive être rempli.

1) Marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières : marqueurs de la catégorie C non liés au critère de l'avantage principal

Le deuxième groupe de marqueurs de la catégorie C n'est pas lié au critère de l'avantage principal. Sous cette catégorie de marqueurs, doivent faire l'objet d'une déclaration, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'avantage fiscal escompté est l'avantage principal ou l'un des avantages principaux attendus de la mise en place du dispositif :

– les dispositifs qui prévoient « la déduction des paiements transfrontières effectués entre deux ou plusieurs entreprises associées »²³ si au moins l'une des conditions suivantes est remplie :

- le bénéficiaire ne réside à des fins fiscales dans aucune juridiction fiscale ; ou
- même si le bénéficiaire réside à des fins fiscales dans une juridiction, cette juridiction figure sur une liste de juridictions de pays tiers qui ont été évaluées par les États membres collectivement ou dans le cadre de l'OCDE comme étant non coopératives.

Les juridictions *offshores* listées comme n'étant pas coopératives par l'Union européenne sont les Samoa américaines, les Bahamas, Guam, la Namibie, les Palaos, le Samoa, Saint-Christophe-et-Niévès, Trinité-et-Tobago et les îles Vierges américaines. En juillet 2017, Trinité-et-Tobago était la seule juridiction listée par le G20 comme étant non coopérative.

– « les dispositifs dans le cadre desquels des déductions pour le même amortissement d'un actif sont demandées dans plus d'une juridiction »²⁴ ;

17. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 1, a), i).

18. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 1, c).

19. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 1, d).

20. *Pratiques fiscales dommageables*, Rapport d'étape de 2017 sur les régimes préférentiels, OCDE 2017 - Mise à jour (9 mai 2018).

21. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie I, § 3.

22. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1, b), point 23.

23. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 1, a) et b), ii).

24. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 2.

- « les arrangements dans lesquels des allègements au titre de la double imposition pour le même élément de revenu ou de capital sont revendiqués dans plus d'une juridiction »²⁵ ;
- « les arrangements qui comprennent des transferts d'actifs et où il y a une différence importante dans le montant considéré comme étant payable en contrepartie des actifs dans ces juridictions concernées »²⁶.

Ces marqueurs visent en principe les dispositifs qui ont pour conséquence la double non-imposition d'un revenu ou d'un actif, soit par double déduction ou déduction sans inclusion. La portée du dernier marqueur est néanmoins incertaine, mais pourrait viser, par exemple, les distributions cachées de dividendes.

2) Marqueurs spécifiques concernant l'échange automatique d'informations et les bénéficiaires effectifs : marqueur de la catégorie D

La Directive institue également un ensemble de marqueurs spécifiques qui ciblent les accords conçus pour faciliter la fraude fiscale en rendant difficile l'identification du bénéficiaire effectif des revenus et des gains, en séparant les propriétaires légaux des bénéficiaires effectifs ou en les dissimulant par le biais :

- a. de l'utilisation de certains arrangements/entités juridiques (fiducies et similaires) dans des juridictions qui posent des difficultés pour identifier le bénéficiaire effectif ;
- b. de transactions conçues pour contourner la NCD pour l'échange automatique d'informations de compte financier ;
- c. de transactions qui ont pour effet de masquer ou de dissimuler la relation entre la propriété légale et la propriété économique.

Dans cette catégorie de marqueurs, il n'est pas requis que le critère de l'avantage principal soit rempli pour qu'un dispositif soit considéré comme devant faire l'objet d'une déclaration.

Anticipant les lignes directrices de l'OCDE sur les échanges d'informations obligatoires, cette catégorie concerne :

- Les dispositifs qui pourraient avoir pour effet de porter atteinte à l'obligation de déclaration en vertu des lois sur l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers telles que prévues par la DAC (telle que modifiée en 2014), la Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) ou la NCD. Elle présume que ce sera le cas notamment lorsqu'un dispositif aura au moins l'une des conséquences suivantes :

- « l'utilisation d'un compte, d'un produit ou d'un investissement qui n'est pas ou dont l'objectif est de ne pas être un compte financier, mais qui possède des caractéristiques substantiellement similaires à celles d'un compte financier ;
 - le transfert de comptes ou d'actifs financiers vers des juridictions qui ne sont pas liées par l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers avec l'État de résidence du contribuable concerné, ou le recours à de telles juridictions ;
 - la requalification de revenus et de capitaux en produits ou en paiements qui ne sont pas soumis à l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers ;
 - le transfert ou la conversion d'une institution financière, d'un compte financier ou des actifs qui s'y trouvent en institution financière, en compte financier ou en actifs qui ne sont pas à déclarer en vertu de l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers ;
 - le recours à des entités, constructions ou structures juridiques qui suppriment ou visent à supprimer la déclaration d'un ou plusieurs titulaires de compte ou personnes détenant le contrôle dans le cadre de l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers ;
 - les dispositifs qui portent atteinte aux procédures de diligence raisonnable utilisées par les institutions financières pour se conformer à leurs obligations de déclarer des informations sur les comptes financiers, ou qui exploitent les insuffisances de ces procédures, y compris le recours à des juridictions appliquant de manière inadéquate ou insuffisante la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, ou ayant des exigences insuffisantes en matière de transparence en ce qui concerne les personnes morales ou les constructions juridiques ;
 - des dispositions qui minent ou exploitent les faiblesses des procédures de diligence des institutions financières pour se conformer à leurs obligations de déclaration des comptes, y compris le recours à des juridictions dont les dispositions d'application de la législation anti-blanchiment sont inadéquates ou faibles ou avec une faible transparence des exigences pour les personnes morales ou les arrangements juridiques »²⁷.
- les dispositifs impliquant une chaîne de propriété formelle ou effective non transparente par le recours à des personnes, des constructions juridiques ou des structures :
- « qui n'exercent pas une activité économique substantielle s'appuyant sur des effectifs, des équipements, des ressources et des locaux suffisants ; et

25. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 3.

26. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point C, alinéa 4.

27. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point D, alinéa 1^{er}.

- qui sont constitués, gérés, contrôlés ou établis ou qui résident dans toute juridiction autre que la juridiction de résidence de l'un ou plusieurs des bénéficiaires effectifs des actifs détenus par ces personnes, constructions juridiques ou structures ; et
- lorsque les bénéficiaires effectifs de ces personnes, constructions juridiques ou structures, au sens de la directive 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme, sont rendus impossibles à identifier »²⁸.

Dans ce contexte, la notion de « bénéficiaire effectif » devrait en principe être interprétée conformément aux dernières recommandations du Groupe d'Action Financière (GAFI)²⁹ et recouvre toute personne physique qui exerce un contrôle sur une personne morale ou une construction juridique. Cette expression désigne, dans le cas d'une fiducie, tout constituant, tout administrateur, tout protecteur (le cas échéant), tout bénéficiaire ou toute catégorie de bénéficiaires, ainsi que toute autre personne physique exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur la fiducie, et, dans le cas d'une construction juridique autre qu'une fiducie, les personnes qui exercent des fonctions équivalentes ou similaires.

3) Marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert : marqueurs de la catégorie E

D'autres exemples de dispositifs transfrontières devant être déclarés sont liés aux prix de transfert et comprennent :

- « Un dispositif qui prévoit l'utilisation de régimes de protection unilatéraux »³⁰
Un régime de protection peut se traduire, par exemple, par un allègement ou une exonération de l'obligation documentaire en matière de prix de transfert. Un tel régime peut conduire à une détermination de prix de transfert et à une déclaration de revenus imposables non conformes au principe de pleine concurrence.
- « Un dispositif prévoyant le transfert d'actifs incorporels difficiles à évaluer, entre entreprises associées »³¹.
- « Un dispositif mettant en jeu un transfert transfrontière de fonctions et/ou de risques et/ou d'actifs au sein du groupe, si le bénéfice avant intérêts et impôts (BAII) annuel prévu, dans les trois ans suivant le transfert, du ou des cédants, est inférieur à 50 % du BAII annuel prévu de ce cédant ou de ces cédants si le transfert n'avait pas été effectué »³².

IV. QUELLES SERONT LES INFORMATIONS DÉCLARÉES?

Si un dispositif transfrontière est considéré comme devant faire l'objet d'une déclaration, en vertu de la Directive, les informations à communiquer à l'administration fiscale doivent contenir les éléments suivants³³, le cas échéant :

- l'identification des intermédiaires et des contribuables concernés ;
- des informations détaillées sur les marqueurs recensés à l'annexe IV de la Directive selon lesquels le dispositif transfrontière doit faire l'objet d'une déclaration ;
- un résumé du contenu du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ;
- la date à laquelle la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration a été accomplie ou sera accomplie ;
- des informations détaillées sur les dispositions nationales sur lesquelles se fonde le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ;
- la valeur du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ;
- l'identification de l'État membre du ou des contribuable(s) concerné(s) ainsi que de tout autre État membre susceptible d'être concerné par le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ; et
- l'identification, dans les États membres, de toute autre personne susceptible d'être concernée par le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration en indiquant à quels États membres cette personne est liée.

Les contribuables sont tenus de ne communiquer que les informations dont ils ont connaissance, qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle, mais on peut attendre d'eux qu'ils demandent des informations sur le fonctionnement et sur l'effet d'un montage intragroupe auprès d'autres membres de ce groupe.

Lorsqu'une administration fiscale reçoit une déclaration initiale, elle pourra toutefois être amenée à demander des renseignements supplémentaires, par exemple pour obtenir des précisions sur un montage et son fonctionnement ou pour clarifier des informations incomplètes ou peu claires. En outre, des pouvoirs de contrôle peuvent être nécessaires même si aucune déclaration n'a été faite, afin de s'assurer que le contribuable et le fiscaliste respectent leurs obligations déclaratives.

28. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point D, alinéa 2.

29. Projet pour commentaires, *Communication obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la NCD et aux structures extraterritoriales opaques*, (OCDE 2017), p. 16.

30. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point E, alinéa 1^{er}.

31. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point E, alinéa 2.

32. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, annexe IV, partie II, point E, alinéa 3.

33. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 14.

V. QUI SERA SOUMIS AUX OBLIGATIONS DE DÉCLARATION EN VERTU DE LA DIRECTIVE?

A. Principe

Les dispositifs transfrontières entrant dans le champ d'application de la Directive doivent être déclarés par les intermédiaires, à moins qu'ils ne soient soumis au secret professionnel, auquel cas la responsabilité incombe au contribuable concerné. Un intermédiaire est défini comme toute personne qui conçoit, commercialise ou organise un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, le met à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou en gère la mise en œuvre, tels qu'un conseiller fiscal, un comptable ou un avocat, qui conçoit et/ou met en œuvre des mécanismes de planification fiscale³⁴.

Pourrait également être considéré comme intermédiaire, « toute personne qui sait ou pourrait raisonnablement être censée savoir qu'elle s'est engagée à fournir, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils concernant la conception, la commercialisation ou l'organisation d'un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, ou concernant sa mise à disposition aux fins de mise en œuvre ou la gestion de sa mise en œuvre »³⁵. En conséquence, tout professionnel, tel un assureur, qui a connaissance d'un arrangement transfrontalier (planifié) et qui s'est engagé à fournir une assistance, même s'il n'a pas effectivement donné de conseil en ce qui concerne le dispositif transfrontière, relève du champ d'application de la Directive. Cette définition est si large que tous les conseillers devraient vérifier en permanence s'ils « assistent », directement ou indirectement, un « accord transfrontalier à déclaration obligatoire » et, dans l'affirmative, le notifier à leur client.

Pour être soumis à l'obligation de déclaration dans le cadre de la Directive, l'intermédiaire doit avoir un lien avec l'Union européenne, basé soit sur la résidence fiscale, soit sur un établissement stable par le biais duquel sont fournis les services concernant le dispositif, soit sur son lieu de constitution, soit encore sur le lieu où il est enregistré auprès d'une association professionnelle en rapport avec des services juridiques, fiscaux ou de conseil³⁶.

Lorsqu'un dispositif n'a donné lieu à l'intervention d'aucun intermédiaire visé par la Directive, le contribuable concerné est investi de l'obligation déclarative. C'est notamment le cas de montages conçus « en interne » par une entreprise. Il convient cependant de souligner que, dans

ce cas, l'obligation déclarative s'applique uniquement aux montages effectivement mis en place.

Une fois que les autorités fiscales locales auront collecté les informations auprès de l'intermédiaire ou du contribuable, elles seront tenues d'échanger automatiquement ces informations avec les autorités fiscales de tous les autres États membres de l'Union européenne via une base de données centralisée.

B. Exceptions

1) Le secret professionnel

L'obligation de déclaration n'est pas applicable à un intermédiaire en raison du secret professionnel s'il est applicable en vertu du droit national qui le concerne. Dans ce cas, l'obligation déclarative est reportée sur le contribuable concerné par le dispositif ou sur un autre intermédiaire. Si le client renonce, comme il en a la possibilité, à bénéficier du secret professionnel, l'intermédiaire reste soumis à l'obligation déclarative. Celui qui se prévaut du secret professionnel doit informer ses clients des obligations déclaratives qui leur incombent en conséquence et doit également informer l'administration fiscale du fait qu'il ne s'acquitte pas en raison de ce secret, des obligations déclaratives qui lui reviennent. Les intermédiaires soumis au secret professionnel doivent en outre notifier sans retard à tout autre intermédiaire les obligations de déclaration qui leur incombent³⁷.

2) La multitude d'intermédiaires

Si de nombreux intermédiaires sont impliqués dans le même dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, ils ont tous l'obligation de déposer une déclaration relative au dispositif transfrontière en question³⁸. Un intermédiaire n'est dispensé de l'obligation de transmettre des informations que dans la mesure où il peut prouver, conformément au droit national, que ces mêmes informations ont déjà été transmises par un autre intermédiaire³⁹. À cet égard, il ne suffit pas de prouver qu'un autre intermédiaire s'est engagé à rendre compte d'un dispositif spécifique, mais une preuve de l'effectivité du rapport est requise. En pratique, l'obtention de cette preuve risque d'être difficile à obtenir. Cette condition ajoute une certaine complexité au processus de déclaration, avec le résultat potentiel que de nombreux rapports, hypothétiquement avec des informations légèrement différentes, seraient déposés pour le même dispositif.

34. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 1, point 21, alinéa 1^{er}.

35. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 1, point 21, alinéa 2.

36. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 1, point 21, alinéa 3.

37. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 5.

38. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 9, alinéa 1^{er}.

C. Problématique des déclarations multiples

Lorsque l'intermédiaire a l'obligation de transmettre des informations concernant des dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration aux autorités compétentes de plusieurs États membres, ces informations ne sont transmises qu'à l'État membre qui occupe la première place dans la liste ci-après⁴⁰ :

- a. l'État membre dans lequel l'intermédiaire est résident à des fins fiscales ;
- b. l'État membre dans lequel l'intermédiaire possède un établissement stable par lequel l'intermédiaire duquel les services concernant le dispositif sont fournis ;
- c. l'État membre dans lequel l'intermédiaire est constitué ou par le droit duquel il est régi ;
- d. l'État membre dans lequel l'intermédiaire est enregistré auprès d'une association professionnelle en rapport avec des services juridiques, fiscaux ou de conseil.

Par ailleurs, lorsqu'il existe une obligation de déclaration multiple, l'intermédiaire est dispensé de la transmission des informations s'il peut prouver, conformément au droit national, que ces mêmes informations ont été transmises dans un autre État membre⁴¹. La Directive traite de la problématique de la déclaration multiple en vertu des règles qu'elle institue. Elle ne semble toutefois pas traiter des déclarations multiples qui résulteraient de l'application combinée de la Directive et d'autres règles relatives à l'échange d'informations.

VI. QUAND LE RAPPORT DOIT-IL ÊTRE EFFECTUÉ ?

Les intermédiaires devront présenter leurs déclarations aux autorités fiscales locales dans les délais suivants :

- a. Trimestriellement lorsque les dispositifs transfrontières sont conçus, commercialisés, prêts à être mis en œuvre, ou mis à disposition aux fins de sa mise en œuvre, sans avoir besoin d'être adaptés de façon importante⁴² ;
- b. Dans un délai de 30 jours à compter du lendemain de la mise à disposition aux fins de mise en œuvre du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, ou le lendemain du jour où le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration est prêt à être mis en œuvre ; ou lorsque la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration a été accomplie, la date intervenant le plus tôt étant retenue⁴³ ;
- c. Dans un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où ils ont fourni, directement ou par l'intermé-

diaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils⁴⁴ ;

- d. Au plus tard le 31 août 2020 pour les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration dont la première étape a été mise en œuvre entre la date d'entrée en vigueur, soit le 25 juin 2018, et la date d'application de la Directive⁴⁵.

En outre, lors de la transposition de la Directive en droit national, chaque État membre peut prendre les mesures nécessaires pour que chaque contribuable concerné doive transmettre à l'administration fiscale des informations concernant l'utilisation qu'il fait d'un dispositif, pour chacune des années où il l'utilise.

Les autorités fiscales locales devront échanger automatiquement les informations reçues dans un délai d'un mois à compter de la fin du trimestre au cours duquel l'information a été déposée. Les premières informations devront être échangées avant le 31 octobre 2020.

VII. PROCHAINES ÉTAPES ET IMPLICATIONS

Les nouvelles mesures nécessaires pour se conformer à la Directive devront être transposées en droit national au plus tard le 31 décembre 2019 et les nouvelles obligations de déclaration s'appliqueront à compter du 1^{er} juillet 2020⁴⁶.

À cet égard, puisque la Directive sur les intermédiaires fiscaux est assez large et soulève de nombreuses questions, on peut s'attendre à ce que le Parlement luxembourgeois, dans la loi ou dans les documents parlementaires, ou les autorités fiscales luxembourgeoises, par le biais de circulaires, précisent comment les règles qu'elle édicte devront être effectivement appliquées. En effet, en l'état, les dispositions de la Directive peuvent recevoir une interprétation très large impliquant que certains intermédiaires de la place considèrent, *de facto*, que chaque dispositif mis en place sera soumis à l'obligation de déclaration.

Sur la base des principes dégagés par l'OCDE en la matière, une situation aussi extrême devrait toutefois pouvoir être évitée. L'objectif de la Directive n'est certainement pas de submerger les autorités fiscales d'informations inutiles et qu'elles auront du mal à analyser en raison de leur nombre et de nouveaux besoins en personnel. Un signalement précoce est en effet inefficace si un État est incapable de réagir rapidement ou de prendre

39. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 9, alinéa 2.

40. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 7, alinéa 2.

41. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 8.

42. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 2.

43. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, points 1 et 7.

44. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 1, alinéa 2.

45. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 1^{er}, § 2, point 12.

46. Directive (UE) 2018/822, *op.cit.*, article 2.

des mesures pour régler des arrangements qui sont effectivement fiscalement agressifs. Par ailleurs, il convient de tenir compte des contraintes administratives qui pèsent sur chacune des administrations fiscales. Or, sachant que les informations déjà échangées sur la base des réglementations européennes et internationales existantes (à savoir la NCD et DAC, par exemple) n'ont pas encore été déchiffrées et traitées par quelques États membres, la pertinence d'une interprétation extensive de cette Directive serait quelque peu insensée.

Ainsi, par exemple, en matière d'assurances-vie, les assureurs luxembourgeois devront potentiellement transmettre des informations relatives notamment aux assurances-vie des branches 21 et 23 souscrites par des résidents belges, d'une part, au point de contact central belge en vertu de la nouvelle loi belge du 8 juillet 2018⁴⁷ et, d'autre part, aux autorités luxembourgeoises ou belges en vertu de la Directive. Ces assurances sont en outre soumises à l'obligation de déclarations en vertu de la NCD. L'intérêt de cette multitude de déclarations est questionnable.

47. Loi du 8 juillet 2018 portant organisation d'un point de contact central des comptes et contrats financiers et portant extension de l'accès au fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession, de règlement collectif de dettes et de protêt, *MB*, 16 juillet 2018, n° 166, p. 56680.