

KEITH O'DONNELL

MANAGING PARTNER,
ATOZ TAX ADVISERS
(TAXAND LUXEMBOURG)*

OLIVER R. HOOR

PARTNER (HEAD OF TRANSFER PRICING
AND THE GERMAN DESK),
ATOZ TAX ADVISERS
(TAXAND LUXEMBOURG)**

LES NOUVELLES OBLIGATIONS DE DÉCLARATION DES INTERMÉDIAIRES FISCAUX DANS L'UNION EUROPÉENNE (DAC 6) IMPACT SUR LES INVESTISSEMENTS ALTERNATIFS AU LUXEMBOURG

Luxembourg

INTRODUCTION.....	95
I. PRINCIPES RELATIFS À LA CONCEPTION ET OBJECTIFS PRINCIPAUX DES RÉGIMES DE DÉCLARATION OBLIGATOIRE	95
II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DU NOUVEAU RÉGIME DE DÉCLARATION	96
A. Observations préliminaires.....	96
B. Dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration	96
C. Informations à déclarer	96
D. Obligations déclaratives.....	97
E. Chevauchement des obligations de déclaration.....	97
F. Aspects temporels	98
G. Pénalités pour non-conformité	99
III. LES MARQUEURS DES DISPOSITIFS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE DÉCLARATION	99
A. Remarques préliminaires	99
B. Marqueurs généraux vs marqueurs spécifiques	99
C. Marqueurs soumis au test de l'avantage principal (TAP).....	99
D. Marqueurs qui ne sont pas soumis au TAP.....	101
IV. LE TEST DE L'AVANTAGE PRINCIPAL (TAP).....	103
A. Remarques préliminaires	103
B. Développer une approche raisonnable.....	103
C. Applications aux investissements internationaux	104
D. Considérations relatives à la règle générale anti-abus (RGAA).....	105
V. DÉTERMINATION DES DISPOSITIFS TRANSFRONTIÈRES DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE DÉCLARATION	106
CONCLUSION	111

Le 25 mai 2018, le conseil ECOFIN a adopté la sixième directive sur la coopération administrative (DAC 6¹) qui impose aux intermédiaires fiscaux de déclarer certains « dispositifs transfrontières » qui contiennent au moins un des marqueurs (c'est-à-dire certaines caractéristiques ou particu-

larités des dispositifs transfrontières) définis dans la Directive. Il est de notoriété publique que les investissements et les activités économiques des sociétés luxembourgeoises ont souvent une dimension internationale. Dans tous ces cas, il convient de se demander si un conseil particulier ou

* Pour contacter l'auteur : keith.odonnell@atoz.lu

** Pour contacter l'auteur : oliver.hoor@atoz.lu

1. Directive du Conseil 2018/822 du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique obligatoire d'information dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

l'implication dans sa mise en œuvre doit faire l'objet d'une déclaration. Cet article analyse les caractéristiques du nouveau régime de déclaration obligatoire, fournit des lignes directrices claires afin de déterminer si un dispositif spécifique doit ou non faire l'objet d'une déclaration et considère en particulier l'impact du nouveau régime de déclaration sur les investissements alternatifs réalisés depuis le Luxembourg. DAC 6 introduit une déclaration obligatoire des transactions mises en place à partir du 25 juin 2018. Ainsi, bien que la législation transposant la Directive ne soit pas encore disponible, celle-ci produit déjà ses effets.

INTRODUCTION

Le Luxembourg est un éminent centre financier et un pôle majeur pour la structuration des investissements alternatifs tels que les investissements en *private equity*, en immobilier et en infrastructure. Les investissements alternatifs sont souvent structurés par le biais de fonds luxembourgeois et/ou de sociétés luxembourgeoises qui investissent directement ou indirectement dans les différents actifs (entreprises commerciales, propriétés immobilières, etc.).

L'attractivité du Luxembourg est liée à une série de facteurs qui en font une part essentielle de l'architecture financière mondiale. Ces facteurs incluent la diversité et la flexibilité des cadres légaux, réglementaires et fiscaux, la familiarité des investisseurs et créanciers avec la juridiction, la présence d'une main-d'œuvre qualifiée et multilingue et de conseillers et prestataires de services expérimentés, un vaste réseau de conventions fiscales, un environnement juridique et économique favorable aux investisseurs et une stabilité politique, pour ne citer que quelques raisons. De plus, le Luxembourg, État membre fondateur de l'Union européenne et siège des institutions européennes au même titre que Bruxelles et Strasbourg, constitue l'une des plus grandes sources d'opportunités d'investissement et de capitaux au niveau mondial.

DAC 6 exige que les États membres introduisent dans leur législation nationale des règles d'échange automatique et obligatoire des dispositifs transfrontières. La nouvelle directive a été inspirée par le rapport final sur l'action 12 du projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) qui contient des recommandations relatives à l'établissement de normes déclaratives obligatoires applicables aux transactions, structures ou dispositifs considérés comme agressifs ou abusifs. Cependant, les régimes de déclaration obligatoire ne sont pas un phénomène nouveau. Un certain nombre de pays dont le Royaume-Uni, l'Irlande, le Portugal, les États-Unis, le Canada, la Corée du Sud, Israël ou encore l'Afrique du Sud ont mis en place par le passé des règles de *reporting* de portée différente.

I. PRINCIPES RELATIFS À LA CONCEPTION ET OBJECTIFS PRINCIPAUX DES RÉGIMES DE DÉCLARATION OBLIGATOIRE

Conformément au rapport final sur l'action 12 du projet BEPS, les règles de déclaration obligatoire doivent être conçues sur la base des principes suivants :

- de tels régimes doivent être clairs et faciles à comprendre (un défaut de clarté peut engendrer la réception, par les autorités fiscales, d'informations de mauvaise qualité ou non pertinentes) ;
- ils doivent assurer un équilibre entre les coûts additionnels engendrés pour le contribuable et les bénéfices obtenus par l'administration fiscale (des exigences inutiles ou additionnelles augmenteraient en effet les coûts pour les contribuables et pourraient diminuer la capacité de l'administration fiscale à utiliser efficacement les données fournies) ;
- ils doivent être efficaces dans la réalisation de leurs objectifs et identifier avec précision les dispositifs à déclarer (il serait impraticable pour un régime de déclaration obligatoire de viser toutes les transactions qui soulèvent des préoccupations d'évitement fiscal et l'identification des « marqueurs » est un facteur clé pour définir le champ d'application des règles de déclaration) ;
- ils doivent être flexibles et suffisamment évolutifs pour permettre à l'administration fiscale d'ajuster le système afin de répondre à des risques nouveaux ou, au contraire, exclure les risques obsolètes ;
- ils doivent assurer que l'information collectée sera utilisée de manière efficace (requérant la mise en œuvre de procédures efficaces au niveau de l'administration fiscale).

Il est ensuite indiqué que les régimes de déclaration obligatoire complètent et diffèrent d'autres obligations de *reporting* et de déclaration en ce qu'ils sont spécialement conçus pour détecter les dispositifs de planification fiscale qui exploitent des vulnérabilités dans le système fiscal, tout en offrant aux autorités fiscales la flexibilité de déterminer des seuils, des marqueurs et des filtres afin de cibler les transactions qui présentent un intérêt particulier ou les zones perçues comme à risque.

L'objectif principal des régimes de déclaration obligatoire est d'augmenter la transparence en transmettant en temps utile aux autorités fiscales des informations relatives à des dispositifs de planification fiscale agressive ou abusive et d'identifier les promoteurs ou utilisateurs de ces dispositifs.

Un autre objectif des régimes de déclaration obligatoire est la dissuasion, puisque les contribuables pourront être enclins à éviter les dispositifs qui engendrent des obligations de *reporting*. De même, une certaine pression est exercée sur les

intermédiaires fiscaux qui, dans tous les cas, doivent désormais analyser si leur conseil doit faire l'objet d'une déclaration ou non. Étant donné que les régimes de déclaration obligatoire visent les montages nouveaux et innovants, on estime qu'avec des informations déclarées en temps utile, il n'y aura que des possibilités limitées de mettre en place de tels montages avant qu'il n'y soit mis un terme.

II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DU NOUVEAU RÉGIME DE DÉCLARATION

A. Observations préliminaires

Les dispositifs qui comportent au moins l'un des marqueurs définis à l'annexe IV de la Directive peuvent être soumis à déclaration sur la base du régime de déclaration obligatoire. Cependant, les obligations déclaratives se limitent aux situations « transfrontières », à savoir celles impliquant soit plusieurs États membres de l'Union européenne, soit un État membre et un pays tiers.

Le régime déclaratif limite en outre, par le biais d'une condition de seuil, le nombre de dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration. Cela signifie qu'un grand nombre de marqueurs ne déclenchent une obligation de déclaration que dans la mesure où le dispositif remplit le test de l'avantage principal (TAP), réduisant ainsi le risque de déclarations excessives ou préventives. Cela devrait renforcer l'utilité de l'information collectée, puisque l'attention sera portée sur les dispositifs qui ont une probabilité plus élevée de servir l'objectif du régime de déclaration.

En termes d'impôts visés, la Directive s'applique à tous les types d'impôts, prélevés par ou pour le compte d'un État membre ou de ses subdivisions territoriales ou administratives, y compris les autorités locales. Cependant, la Directive ne s'applique ni à la TVA, ni aux droits de douane, ni aux droits d'accise couverts par d'autres législations de l'Union relatives à la coopération administrative entre États membres.

B. Dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration

La Directive exige des intermédiaires fiscaux qu'ils déclarent les dispositifs transfrontières qui sont des dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif. Le terme dispositif peut également inclure une série de dispositifs et un dispositif peut comporter plus d'une étape. Par conséquent, l'interprétation du terme « dispositif » au sens de la Directive est plutôt large.

Un dispositif est considéré comme transfrontière s'il concerne (i) plus d'un État membre ou (ii) un État membre

et un pays tiers. De plus, une des conditions suivantes doit être remplie :

- tous les participants au dispositif ne sont pas résidents à des fins fiscales dans la même juridiction ; ou
- un ou plusieurs des participants au dispositif sont résidents à des fins fiscales dans plusieurs juridictions simultanément ; ou
- un ou plusieurs des participants au dispositif exercent une activité dans une autre juridiction par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans cette juridiction, le dispositif constituant une partie ou la totalité de l'activité de cet établissement stable ; ou
- un ou plusieurs des participants au dispositif exercent une activité dans une autre juridiction sans être résidents à des fins fiscales ni avec l'intention de créer d'établissement stable dans cette juridiction ; ou
- un tel dispositif peut avoir des conséquences sur l'échange automatique d'information ou sur l'identification des bénéficiaires effectifs.

Les dispositifs transfrontières peuvent faire l'objet d'une déclaration obligatoire s'ils contiennent au moins un des marqueurs figurant à l'annexe IV de la Directive. Ces marqueurs définissent les caractéristiques ou éléments d'un dispositif transfrontière qui peuvent présenter un indice de risque potentiel d'évasion fiscale.

C. Informations à déclarer

Lorsqu'un dispositif transfrontière est soumis à déclaration, les informations suivantes doivent être fournies :

- a) l'identification des intermédiaires et des contribuables concernés ;
- b) les détails des marqueurs qui font que le dispositif transfrontière est soumis à déclaration ;
- c) un résumé du contenu du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration
- d) 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 ;
- e) des informations détaillées sur les dispositions nationales sur lesquelles se fonde le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ;
- f) la valeur du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ;
- g) 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 ;
- h) 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.

La Commission européenne développera des formulaires standards pour la déclaration des dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration.

D. Obligations déclaratives

L'obligation de déclarer les dispositifs transfrontières tombant dans le champ d'application de la Directive repose sur les intermédiaires fiscaux, à moins qu'une telle déclaration ne viole le secret professionnel auquel l'intermédiaire est soumis. Dans ce dernier cas, l'intermédiaire est tenu de notifier sans retard à tout autre intermédiaire ou, en l'absence d'un tel intermédiaire, au contribuable concerné, les obligations de déclaration qui leur incombent.

Les avocats luxembourgeois, conseillers fiscaux, comptables et autres prestataires de services sont tous tenus par le secret professionnel. Le non-respect du secret professionnel peut, conformément à l'article 458 du Code pénal luxembourgeois, être sanctionné par de l'emprisonnement (jusqu'à six mois) et une amende (jusqu'à 5000 euros). Par conséquent, lorsqu'un dispositif transfrontière est soumis à déclaration, l'obligation de déclaration devrait être transmise au contribuable, sauf si celui-ci a renoncé de façon expresse à son droit à la confidentialité. Cet aspect devra être clarifié par le législateur luxembourgeois lors de la transposition de la Directive en droit interne.

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. Cela peut inclure en particulier les conseillers fiscaux, avocats et comptables. La Directive étend en plus le cercle des intermédiaires à « 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 ». Par conséquent, l'interprétation du terme d'intermédiaire fiscal est très large et inclut toute personne qui fournit des services de conseil fiscal.

Les obligations déclaratives de la Directive sont limitées aux intermédiaires qui ont un lien avec l'Union européenne fondé sur la résidence fiscale, le lieu de constitution, etc. Ainsi, les intermédiaires non européens n'ont aucune obligation de déclaration en vertu de la Directive. Dans un tel cas, l'obligation potentielle de déclaration sera repor-

tée sur le contribuable bénéficiant du dispositif transfrontière.

De même, lorsqu'il n'y a pas d'intermédiaire, par exemple parce que le contribuable conçoit et met en place un dispositif en interne, l'obligation de déclaration incombe au contribuable qui bénéficie du dispositif.

E. Chevauchement des obligations de déclaration

La définition large de la notion d'intermédiaire peut avoir pour effet de créer une multiplication des obligations déclaratives. Conformément à la Directive, en présence de plusieurs intermédiaires, l'obligation de déclarer l'information relative au dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration repose sur chaque intermédiaire impliqué. Les intermédiaires ne pourront être exonérés de leur obligation de déclaration que dans la mesure où ils peuvent prouver que le même dispositif a déjà été déclaré par un autre intermédiaire.

Ainsi, il ne suffit pas de démontrer qu'un autre intermédiaire s'est engagé à faire la déclaration ; il est nécessaire de prouver que la déclaration a été effectuée par un autre intermédiaire. Bien évidemment, cela requiert un certain degré de coordination entre les conseillers afin de déterminer si un dispositif transfrontière doit ou non faire l'objet d'une déclaration, et le cas échéant, s'assurer qu'un seul intermédiaire remette une déclaration afin d'éviter des dépôts multiples en relation avec le même dispositif.

Lorsqu'un dispositif transfrontière n'est pas soumis à déclaration en vertu du régime de déclaration obligatoire, les contribuables devraient envisager comme bonne pratique de faire analyser et documenter ce point par un des intermédiaires impliqués. En effet, cela permettrait de prouver que le contribuable a analysé attentivement les potentielles obligations résultant de la Directive. De même, d'autres intermédiaires fiscaux pourraient alors se fonder sur cette analyse.

Lorsqu'un intermédiaire est responsable du dépôt des informations relatives à un dispositif transfrontière soumis à déclaration auprès des autorités compétentes de plus d'un État membre, la Directive prévoit des règles permettant d'identifier un seul État membre dans lequel le dépôt devra être fait.

Dans les cas où les obligations déclaratives incombent au contribuable parce que, dans le cas contraire, les intermédiaires violeraient leur secret professionnel, les contribuables peuvent également être soumis à de multiples obligations déclaratives dans différents États membres.

Là aussi, la Directive prévoit des règles pour déterminer l'État membre dans lequel la déclaration devra être établie. En présence de plusieurs contribuables, la Directive prévoit enfin des règles pour déterminer quel contribuable devra déclarer le dispositif.

F. Aspects temporels

Le tout premier événement qui peut engendrer de manière réaliste une obligation de déclaration est la mise à disposition d'un montage par un intermédiaire fiscal à un contribuable. Au regard du calendrier des déclarations, la Directive dispose que les intermédiaires fiscaux ont l'obligation de déclarer les informations dont ils ont connaissance, qu'ils possèdent ou qu'ils contrôlent concernant un dispositif transfrontière dans un délai de 30 jours, commençant :

- le 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 retenue.

Par ailleurs, les intermédiaires sont également tenus de transmettre des informations dans un délai de 30 jours commençant le lendemain du jour où ils ont fourni, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils.

Bien que le délai de 30 jours puisse paraître court à première vue étant donné qu'il pourrait y avoir des situations

dans lesquelles plusieurs conseillers situés dans différentes juridictions devront dans un premier temps analyser et s'accorder pour savoir si un dispositif doit ou non faire l'objet d'une déclaration, cette période est longue comparée à celle prévue par d'autres régimes de déclaration obligatoire. Par exemple, en Grande-Bretagne, les règles relatives à la déclaration des dispositifs d'évasion fiscale (*Disclosure of Tax Avoidance Schemes*) requièrent une déclaration dans un délai de 5 jours.

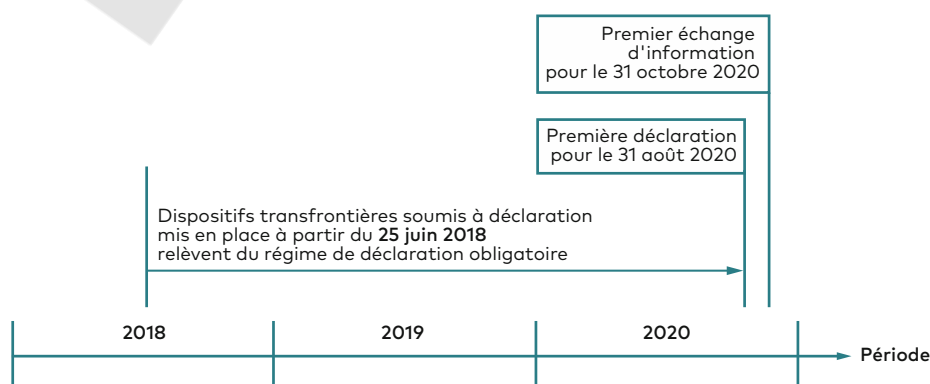
De plus, la Directive impose une obligation de déclaration périodique, trimestrielle, pour les dispositifs transfrontières qui sont répertoriés comme étant des dispositifs commercialisables. Ceux-ci sont définis comme des dispositifs conçus, commercialisés, prêts à être mis en œuvre, ou mis à disposition aux fins de leur mise en œuvre, sans avoir besoin d'être adaptés de façon importante.

La première déclaration doit être remise le 31 août 2020 au plus tard, couvrant les dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration depuis le 25 juin 2018 (date d'entrée en vigueur de la Directive). Il en résulte que les intermédiaires fiscaux doivent traquer les conseils rendus et devant potentiellement faire l'objet d'une déclaration depuis le 25 juin 2018.

De plus, il peut être exigé des contribuables qu'ils échangent des informations à propos de leur utilisation d'un dispositif, et ce, pour chacune des années durant lesquelles ils en font usage.

Les informations collectées par les autorités fiscales sont soumises à un échange automatique d'information avec les autorités fiscales de tous les États membres par le biais d'une base de données centralisée. L'échange d'information devra être effectué dans un délai d'un mois à compter de la fin du trimestre au cours duquel les informations ont été transmises. Par conséquent, les premières informations devront être communiquées au plus tard pour le 31 octobre 2020.

Début des obligations déclaratives



G. Pénalités pour non-conformité

La Directive exige des États membres qu'ils mettent en œuvre des sanctions en cas de violation des règles nationales adoptées conformément à la Directive. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Considérant les amendes introduites par le Luxembourg en matière de norme commune de déclaration, FATCA ou encore dans le cadre de l'échange d'information sur demande, on peut s'attendre à un montant maximum d'amende de 250 000 euros au Luxembourg.

Cependant, en pratique, les autorités fiscales luxembourgeoises infligeront probablement des amendes mesurées en fonction des méfaits commis et en tenant compte du niveau d'attention pris par les intermédiaires fiscaux et contribuables.

III. LES MARQUEURS DES DISPOSITIFS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE DÉCLARATION

A. Remarques préliminaires

L'annexe IV de la Directive définit un nombre de marqueurs qui, lorsqu'ils sont présents dans un dispositif transfrontière, peuvent engendrer des obligations de déclaration sous le régime de déclaration obligatoire. Ainsi, les marqueurs agissent comme des outils permettant d'identifier les caractéristiques des dispositifs qui intéressent les autorités fiscales.

La Directive dispose qu'il a été considéré comme plus efficace et pratique de compiler une liste de marqueurs plutôt que de définir le concept de planification fiscale agressive. En effet, il aurait été difficile de développer une définition claire et objective de ce concept. Par conséquent, on peut accueillir positivement le fait que le régime de déclaration obligatoire soit fondé sur des marqueurs objectifs.

B. Marqueurs généraux vs marqueurs spécifiques

Les marqueurs sont généralement divisés en deux catégories : les marqueurs généraux et les marqueurs spécifiques. Les marqueurs généraux visent les caractéristiques qui sont couramment utilisées pour promouvoir des montages telles que l'exigence de confidentialité ou le paiement d'honoraires liés au succès du montage. Les marqueurs généraux peuvent être utilisés pour saisir les dispositifs de planification fiscale nouveaux et innovant ainsi que les transactions commercialisées en masse que les promoteurs peuvent facilement reproduire et vendre à une multitude de contribuables.

Les marqueurs spécifiques sont utilisés pour cibler les vulnérabilités connues des techniques fiscales ou régimes fiscaux qui sont communément utilisés dans les dispositifs d'évasion fiscale tels que la création de pertes fiscales, les structures de *leasing* ou encore de conversion de revenus.

La Directive expose les cinq catégories suivantes de marqueurs :

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

Beaucoup de marqueurs ont été conçus pour fonctionner avec le concours d'une condition de seuil. Ces marqueurs n'engendrent d'obligation de déclaration que si un avantage principal du montage était d'obtenir un avantage fiscal. Ceci permet de réduire le risque de déclaration excessive et évite au contribuable d'être soumis à une charge excessive et injustifiée en matière de *reporting*.

C. Marqueurs soumis au test de l'avantage principal (TAP)

1) Marqueurs généraux liés au TAP

La Directive prévoit les marqueurs généraux suivants, qui engendrent une obligation de déclaration dans la mesure où le TAP est rempli :

- Le marqueur de « confidentialité » : un dispositif où le contribuable concerné ou un participant au dispositif s'engage à respecter une clause de confidentialité selon laquelle il peut lui être demandé de ne pas divulguer à d'autres intermédiaires ou aux autorités fiscales comment le dispositif pourrait procurer un avantage fiscal.

Un montage confidentiel est un montage qui est proposé à la clientèle du conseiller sous la condition de confidentialité. Ici, la confidentialité est due par le client au promoteur (et non par le promoteur au profit du client). Cette limitation de divulgation a pour objet de protéger la valeur du montage conçu par le promoteur.

Une condition de confidentialité indique qu'un promoteur souhaite garder les montages et dispositifs confidentiels vis-à-vis d'autres promoteurs ou des autorités fiscales,

ceci permettant au promoteur de vendre le même montage à un grand nombre de contribuables.

L'utilisation de la clause de confidentialité dans un contrat peut signifier que le marqueur est atteint. Cependant, selon le rapport final sur l'action 12 du projet BEPS, même si certains promoteurs utilisent une telle clause ou condition, les montages connus des administrations fiscales ne sont pas visés par le marqueur de confidentialité. Le fait que le montage soit connu peut être prouvé, par exemple, par des notes techniques explicatives, de la jurisprudence ou d'anciennes correspondances avec l'administration fiscale.

– Le marqueur « prime de résultat » ou « honoraires conditionnels » : un dispositif où 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 :

- au montant de l'avantage fiscal découlant du dispositif ; ou
- au fait qu'un avantage fiscal découle effectivement du dispositif. Cela inclurait une obligation pour l'intermédiaire de rembourser partiellement ou entièrement les honoraires si l'avantage fiscal escompté découlant du dispositif n'a pas été complètement ou partiellement généré.

Ce marqueur est conçu pour détecter les montages qui ont été vendus sur la base des avantages fiscaux qui en découlent. Notamment, ce marqueur cible les « primes de résultat » (primes qui sont dans une large mesure imputables à l'avantage fiscal ou, dans quelque mesure que ce soit, qui sont subordonnées à l'obtention de l'avantage fiscal) ainsi que les honoraires qui sont subordonnés aux avantages fiscaux qui découlent du montage (c'est-à-dire les honoraires conditionnels).

L'idée d'une prime de résultat est qu'il y a un montant payable attribuable tant à la valeur du conseil fiscal fourni qu'au fait que ce dernier n'est pas disponible ailleurs. En revanche, si les conséquences du montage étaient notoires et bien comprises, le client ne serait pas enclin à payer plus que le prix normal pour cela.

– Le marqueur « du produit fiscal standardisé » : un 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.

Ce marqueur est destiné à saisir ce qui est souvent désigné comme « montage vendu en masse » qui signifie qu'un montage est mis à disposition de plus d'une personne et qu'une documentation standardisée est utilisée

qui n'est pas adaptée de manière conséquente pour tenir compte de la situation spécifique du client.

La caractéristique essentielle de tels montages est leur facilité de reproduction. En substance, tout ce qu'achète le client est un produit fiscal préparé qui requiert peu de modifications – voire aucune – pour être adapté à la situation particulière du client. En outre, l'adoption du montage ne nécessite pas que le contribuable reçoive des conseils ou services fiscaux professionnels additionnels.

2) Marqueurs spécifiques liés au TAP

La Directive contient également les marqueurs spécifiques suivants, qui n'engendrent d'obligation de déclaration que si le TAP est rempli :

– Le marqueur « société en perte » : un dispositif 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.

Ce marqueur cible les situations dans lesquelles un contribuable acquiert une société écran/coquille vide qui a d'importantes pertes fiscales dans le but de transférer de nouvelles activités commerciales à cette société en perte. Ici, l'idée serait de compenser les revenus des nouvelles activités commerciales avec les pertes existantes.

– Le marqueur de « conversion de revenus » : un dispositif qui a 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.

Ce marqueur répond aux montages ayant pour objet de convertir des revenus en capital, en dons ou en d'autres catégories de revenus avec l'intention de bénéficier d'un niveau d'imposition plus faible.

– Le marqueur de « transaction circulaire » : un dispositif qui inclut 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.

Ce marqueur cible les dispositifs qui incluent des transactions circulaires impliquant des entités interposées (sans aucune autre activité économique que celle de parti-

ciper à ces transactions) ou des opérations qui s'annulent mutuellement.

3) Marqueurs spécifiques relatifs aux transactions transfrontières

Les marqueurs spécifiques suivants relatifs aux transactions transfrontières engendrent des obligations de déclaration dans la mesure où le TAP est rempli :

– Le marqueur « imposition zéro ou imposition faible » : un dispositif qui prévoit la déduction des paiements transfrontières effectués entre deux ou plusieurs entreprises associées lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- même si le bénéficiaire réside à des fins fiscales dans une juridiction, cette juridiction ne lève pas d'impôt sur les sociétés ou lève un impôt sur les sociétés à taux zéro ou presque nul ;
- le paiement bénéficie d'une exonération fiscale totale dans la juridiction où le bénéficiaire réside à des fins fiscales ;
- le paiement bénéficie d'un régime fiscal préférentiel dans la juridiction où le bénéficiaire réside à des fins fiscales.

Ces marqueurs spécifiques se concentrent sur le traitement fiscal du bénéficiaire d'un paiement transfrontière déductible. Les paiements non déductibles ne tombent pas dans le champ de ce marqueur.

Il est intéressant de noter que la Directive prévoit explicitement que la simple présence d'un de ces marqueurs ne peut à elle seule constituer une raison de conclure qu'un dispositif remplit le TAP.

D. Marqueurs qui ne sont pas soumis au TAP

1) Marqueurs spécifiques relatifs aux transactions transfrontières

Les marqueurs spécifiques suivants relatifs aux transactions transfrontières ne sont pas soumis à une condition de seuil :

– Le marqueur « société apatride » ou « pays sur liste noire » : un dispositif qui prévoit la déduction des paiements transfrontières effectués entre deux ou plusieurs entreprises associées lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- le bénéficiaire ne réside à des fins fiscales dans aucune juridiction fiscale ;
- 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.

Ce marqueur cible deux types de situations : d'une part, les situations dans lesquelles le bénéficiaire du paiement transfrontière déductible n'est résident à des fins fiscales dans aucune juridiction, de sorte que le revenu ne sera soumis à aucune imposition ; d'autre part, les situations impliquant des bénéficiaires de paiements transfrontières déductibles qui sont résidents à des fins fiscales dans un État tiers repris sur une liste noire émise par l'Union européenne ou l'OCDE. Les juridictions qui sont actuellement sur cette liste sont les Samoa américaines, Guam, la Namibie, Samoa, Trinité-et-Tobago et les îles Vierges des États-Unis.

– Le marqueur « double déduction » : des déductions pour le même amortissement d'un actif sont demandées dans plus d'une juridiction.

Ce marqueur cible les situations dans lesquelles un contribuable revendique des déductions pour la dépréciation d'un actif dans plus d'une juridiction, avec pour conséquence une double déduction (c'est-à-dire que les mêmes dépenses sont déduites deux fois).

– Le marqueur du « double allègement » : un allègement au titre de la double imposition pour le même élément de revenu ou de capital est demandé dans plusieurs juridictions.

Ce marqueur vise des situations dans lesquelles un contribuable revendique dans plusieurs juridictions une élimination de la double imposition pour le même élément de revenu ou de capital.

– Le marqueur « majoration de valeur » : il existe un dispositif qui inclut 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.

Ce marqueur s'applique à des transactions par lesquelles un actif est transféré entre entreprises associées et où le prix de vente au niveau de l'entité cédante est significativement plus bas que le prix d'acquisition reconnu au niveau de l'entité acquéreuse dans une autre juridiction. Une telle majoration de valeur peut avoir pour conséquence des dépréciations plus importantes au niveau de la société acquéreuse sans la reconnaissance des plus-values latentes dans la juridiction de l'entité qui cède les actifs.

2) Marqueurs spécifiques concernant l'échange automatique d'information

La Directive prévoit les marqueurs spécifiques suivants concernant l'échange automatique d'information sur les comptes financiers.

– Le marqueur « absence de norme commune de déclaration » : un dispositif susceptible d'avoir pour effet de porter atteinte à l'obligation de déclaration en vertu du droit mettant en œuvre la législation de l'Union ou tout accord équivalent concernant l'échange automatique d'information sur les comptes financiers, y compris des accords avec des pays tiers, ou qui tire parti de l'absence de telles dispositions ou de tels accords. De tels dispositifs incluent au moins ce qui suit :

- 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'information 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 de plusieurs titulaires de compte ou personnes détenant le contrôle dans le cadre de l'échange automatique d'information 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.

Ce marqueur spécifique vise les situations dans lesquelles des contribuables s'engagent dans des transactions qui ébranlent les obligations de déclaration en relation avec l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers (norme commune de déclaration ou NCD), que cela soit intentionnel ou non.

3) Marqueurs spécifiques concernant les bénéficiaires effectifs

La Directive conçoit également un marqueur spécifique relatif au bénéficiaire effectif qui n'est pas soumis à une exigence de seuil :

– Le marqueur « bénéficiaires effectifs déguisés » : Un dispositif faisant intervenir 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
- qui sont constituées, gérées, contrôlées ou établies 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 (UE) 2015/849, sont rendus impossibles à identifier.

Ce marqueur cible des situations dans lesquelles un contribuable envisage de dissimuler son bénéficiaire effectif à travers une structure d'investissement transfrontière qui manque de substance. Ici, les obligations de déclaration sont déclenchées lorsque les trois conditions sont cumulativement remplies.

La première condition exige une analyse de la substance des entités impliquées. Lors de l'analyse de la pertinence de la substance dans un contexte européen, la doctrine du montage purement artificiel développée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) doit être considérée. Cette doctrine devrait restreindre de manière significative les obligations de déclaration applicables en vertu de ce marqueur.

4) Marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert

Enfin, la Directive prévoit les marqueurs spécifiques suivants relatifs aux prix de transfert qui ne sont pas soumis à une condition de seuil :

– Le marqueur « protection unilatérale » : un dispositif qui prévoit l'utilisation de régimes de protection unilatéraux.

Ce marqueur saisit les transactions qui reposent sur des règles de protection unilatérale adoptées à des fins de prix de transfert. Étant donné que ces protections ont par définition un niveau assez bas en vue de limiter la lourdeur administrative pour les petites transactions qui ne devraient pas donner lieu à des préoccupations particulières de la part des administrations fiscales, il est difficile d'appréhender la pertinence de ce marqueur en pratique.

– Le marqueur « actifs incorporels difficiles à évaluer » : un dispositif prévoyant le transfert d'actifs incorporels difficiles à évaluer. Le terme « actifs incorporels difficiles à évaluer » englobe des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels pour lesquels, au moment de leur transfert entre des entreprises associées :

- il n'existe pas d'élément de comparaison fiable ; et
- au moment où l'opération a été conclue, les projections concernant les futurs flux de trésorerie ou revenus attendus de l'actif incorporel transféré, ou les hypothèses utilisées pour évaluer cet actif incorporel sont hautement incertaines, et il est donc difficile de prévoir dans quelle mesure l'actif incorporel débouchera finalement sur un succès au moment du transfert.

Les actifs incorporels difficiles à évaluer ont reçu une attention toute particulière dans le cadre du projet BEPS de l'OCDE. Le rapport final sur les actions 8-10 du projet BEPS (aligner les résultats des prix de transfert calculés sur la création de valeur) et la mise à jour de 2017 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert incluent des lignes directrices spécifiques sur les aspects de prix de transfert liés aux actifs incorporels difficiles à évaluer.

Ceci est dû au fait que les actifs incorporels constituent des générateurs de valeur de plus en plus importants pour les entreprises multinationales, et l'absence de données fiables lorsque les actifs incorporels sont transférés à un stade précoce (alors qu'il règne encore une incertitude sur le caractère prospère ou non de l'actif incorporel) a créé de nombreuses préoccupations dans le chef des autorités fiscales.

– Le marqueur « réorganisation des affaires » : un dispositif mettant en jeu un transfert transfrontière de fonctions et/ou de risques et/ou d'actifs au sein du groupe, si le bénéficiaire 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.

Ce marqueur cible les réorganisations d'affaires qui ont pour conséquence de réduire significativement la profitabilité d'une entité à la suite de la restructuration transfrontière d'entreprises. Cela pourrait, par exemple, impliquer la conversion d'un véritable fabricant en un sous-traitant qui rend uniquement des services à d'autres sociétés du groupe ou encore la conversion d'un véritable distributeur en un revendeur exposé à des risques limités. Dans ces cas, une forte chute de la profitabilité peut être attendue dans des conditions de pleine concurrence.

IV. LE TEST DE L'AVANTAGE PRINCIPAL (TAP)

A. Remarques préliminaires

Comme indiqué précédemment, beaucoup des marqueurs exposés à l'annexe IV de la Directive sont soumis à un test additionnel de seuil. Ici, l'Union européenne a opté pour le TAP qui est la condition de seuil la plus répandue. Le but du TAP est de filtrer les déclarations non pertinentes et de réduire par la même la charge administrative liée au régime de déclaration en retenant uniquement les transactions qui sont motivées par des raisons fiscales et qui présentent probablement le risque le plus élevé au niveau de la politique et des recettes fiscales.

Le TAP est rempli « 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 ». Ainsi ce test compare la valeur de l'avantage fiscal attendu avec d'autres avantages qui découleront probablement de la transaction. Selon le rapport final sur l'action 12 du projet BEPS, le TAP met en place un seuil relativement élevé pour la déclaration.

Il est de même intéressant de relever que la Directive dispose expressément que le traitement fiscal d'un paiement transfrontière au niveau du bénéficiaire ne peut à lui seul constituer une raison de conclure qu'un dispositif remplit le TAP. Par conséquent, peu importe en soi si (i) la juridiction du bénéficiaire du paiement n'applique pas d'impôt sur les sociétés ou applique un impôt sur les sociétés à un taux zéro ou proche de zéro ou (ii) le paiement bénéficie d'une exonération totale ou (iii) d'un régime fiscal privilégié.

B. Développer une approche raisonnable

Selon le rapport final sur l'action 12 du projet BEPS, le TAP est rempli si le revenu avant impôt attendu est insignifiant en comparaison avec le montant de l'avantage fis-

cal attendu. Cela suggère que l'avantage fiscal doit être significativement plus important que le profit avant impôt d'un montage pour que le TAP soit rempli. En d'autres termes, les contribuables s'engagent dans des opérations ou montages dans le but d'obtenir des avantages fiscaux plutôt que d'optimiser la situation fiscale d'un montage dont il est prévu qu'il génère des revenus.

Lors de l'analyse du TAP, il peut être utile de se référer à la situation au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni a introduit en 2004 des règles de déclaration des *Disclosure of Tax Avoidance Schemes* (DOTAS) qui ont été élaborées, tout comme le régime de déclaration obligatoire de la Directive, autour d'un ensemble de marqueurs qui ont pour objet de déterminer si un dispositif doit ou non être déclaré. Le Royaume-Uni a également adopté le TAP comme condition de seuil.

Les directives fournies par le HMRC sur le TAP disposent expressément que « l'avantage est considéré comme un

des bénéfices des montages s'il constitue un élément significatif ou important des bénéfices et non pas un simple élément accessoire ou insignifiant ». Par conséquent, le test est objectif et prend en compte la valeur de l'avantage fiscal attendu en le comparant à la valeur de tous les autres bénéfices probables. Les directives disposent également que le lien entre l'avantage fiscal et tous les autres bénéfices financiers découlant du produit devrait être évident pour tout client potentiel qui achèterait le produit.

Le HMRC publie annuellement des statistiques relatives aux montages déclarés. Les dernières statistiques disponibles couvrent la période 2006 à 2014. Il est intéressant de noter que, pendant les années 2012 à 2014, le nombre de montages déclarés a diminué considérablement. Au cours de la période allant du 1^{er} avril 2014 au 30 septembre 2014, il y a eu moins de 5 déclarations sous le régime de déclaration obligatoire pour les sociétés (qui est le régime principal) au Royaume-Uni.

Période		Déclaration sur la base du régime principal
1 ^{er} avril 2006	31 mars 2007	125
1 ^{er} avril 2007	31 mars 2008	205
1 ^{er} avril 2008	31 mars 2009	102
1 ^{er} avril 2009	31 mars 2010	116
1 ^{er} avril 2010	31 mars 2011	97
1 ^{er} avril 2011	31 mars 2012	116
1 ^{er} avril 2012	31 mars 2013	59
1 ^{er} avril 2013	31 mars 2014	28
1 ^{er} avril 2014	30 septembre 2014	Moins de 5

Le nombre de dispositifs déclarés semble, de façon générale, être très bas comparé au nombre d'opérations réalisées par les sociétés du Royaume-Uni et des investissements internationaux réalisés au Royaume-Uni, ce qui suggère que le TAP est efficace pour filtrer les activités d'investissement légitimes et ne met l'accent que sur les types de montages abusifs pour lesquels l'avantage fiscal constitue le bénéfice principal du montage.

Ainsi, à titre d'exemple, tout investissement au Royaume-Uni pourrait bénéficier d'un avantage fiscal si cet investissement est structuré adéquatement, ce qui fut généralement le cas des investissements réalisés par des non-résidents dans l'immobilier commercial au Royaume-Uni durant cette période de référence, où l'utilisation de véhicules d'investissement étrangers appropriés permettait d'aboutir à une non-imposition des plus-values. Dans une telle situation, l'existence d'un avantage fiscal ne

devrait pas en soi satisfaire le TAP, puisque cet avantage fiscal est accessoire et non le bénéfice principal de l'opération d'investissement.

De plus, on peut supposer que la baisse remarquée du nombre de montages déclarés depuis 2012 est une conséquence directe du projet BEPS de l'OCDE, la couverture médiatique et l'anticipation des changements dans le paysage fiscal international amenant les contribuables et leurs conseillers à éviter les montages agressifs.

C. Applications aux investissements internationaux

Quant à l'application des règles de déclaration aux structures d'investissement internationales, le rapport final de l'action 12 du projet BEPS dispose que plusieurs pays qui ont des régimes de déclaration obligatoire ont indiqué

qu'en pratique, ils reçoivent comparativement moins de déclarations de dispositifs transfrontières. On peut supposer que le nombre réduit de déclarations est une conséquence partielle de la manière dont sont structurés les montages internationaux et de l'approche prise dans ces régimes de déclaration obligatoire dans la formulation des conditions dans lesquelles un dispositif est soumis à déclaration.

Ici, le rapport final de l'action 12 mentionne que les dispositifs transfrontières génèrent traditionnellement de multiples avantages fiscaux pour différentes parties dans différentes juridictions, et les avantages fiscaux domestiques qui surviennent en vertu d'un dispositif transfrontière peuvent sembler insignifiants lorsqu'ils sont pris isolément par rapport au montage dans sa globalité.

Pour ceux des marqueurs qui nécessitent comme condition de seuil de remplir le TAP pour la déclaration, il est indiqué que le régime de déclaration obligatoire peut s'avérer difficile à appliquer dans un contexte de montages transfrontières qui engendrent des conséquences fiscales dans plusieurs juridictions différentes. En pratique, de tels montages pourraient ne pas remplir le TAP si les contribuables peuvent démontrer que la valeur de tous les avantages fiscaux (domestiques) est accessoire à la lumière des bénéfices commerciaux de l'opération prise dans sa totalité.

Le rapport final sur l'action 12 reconnaît que les investissements transfrontières impliquent souvent une opération commerciale plus étendue telle qu'une acquisition, un refinancement ou une restructuration. De tels montages sont adaptés de manière à ce qu'ils soient spécifiques au contribuable et à la transaction et ne puissent être diffusés aussi largement qu'un montage commercialisé sur le marché local. Il est stipulé que, pour ces raisons, il peut s'avérer difficile de cibler ces montages à l'aide de marqueurs génériques qui visent les montages diffusés qui peuvent être facilement répliqués et vendus à plusieurs contribuables.

Au regard du niveau élevé du seuil requis par le TAP, le rapport final sur l'action 12 recommande même de ne pas l'inclure comme une condition de seuil. Il recommande plutôt d'inclure des marqueurs qui se concentrent sur les types de techniques d'érosion de base d'imposition et de transfert de bénéfices qui sont connus comme pouvant susciter des préoccupations relatives à la politique ou aux recettes fiscales, sans inclure de condition de seuil.

Néanmoins, comme indiqué dans la Directive, le principe de proportionnalité a été pris en compte lors de la détermination du champ d'application de la Directive. D'après le principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Ici, le TAP représente un élément clé pour limiter les obligations de déclaration aux montages conçus pour des raisons fiscales qui tirent avantage des lacunes législatives.

À cet effet, nous pourrions considérer que les investissements internationaux en immobilier, entreprises commerciales ou dette, même s'ils sont structurés de manière à tenir compte des coûts et avantages fiscaux, ne devraient pratiquement jamais être soumis à une déclaration obligatoire, à moins qu'un des marqueurs qui engendre l'obligation de déclaration ne soit rempli.

D. Considérations relatives à la règle générale anti-abus (RGAA)

Le rapport final sur l'action 12 du projet BEPS identifie quelques chevauchements inévitables entre le fonctionnement et les effets de la déclaration obligatoire et la RGAA qui procure aux autorités fiscales une capacité de répondre directement aux situations d'évitement fiscal qui ont fait l'objet d'un *reporting* en vertu d'un régime de déclaration obligatoire.

Il est cependant mentionné que l'objectif d'un régime de déclaration obligatoire est de fournir aux autorités fiscales des informations sur un large éventail de risques liés aux politiques et recettes fiscales autres que ceux soulevés par des opérations qui auraient été répertoriées comme relevant de l'évasion fiscale sur la base de la RGAA. Par conséquent, la définition d'un « dispositif devant faire l'objet d'une déclaration » à des fins d'échange d'information sera généralement plus large que la définition de montage d'évasion fiscale couvert par la RGAA. Dès lors, l'étendue des dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration sur la base de la Directive est plus large que sous la RGAA de la Directive dite ATAD². Cela devient évident lors de l'examen des marqueurs qui engendrent des obligations de déclaration sans l'exigence du seuil de TAP.

Le préambule de la Directive se réfère également au RGAA, disposant que les montages transfrontières de planification fiscale agressive tombent dans le champ de la RGAA. Bien que la RGAA ne soit pas la condition de seuil des dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration, il peut

2. Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, telle que modifiée par la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

toujours être pertinent de s'y référer lors de l'analyse révisée afin de savoir si un dispositif doit ou non être déclaré.

Par exemple, lorsqu'on est amené à analyser si le TAP est rempli dans le cas d'un fond d'investissement alternatif qui investit dans des actifs paneuropéens depuis une filiale luxembourgeoise, la question de savoir si la simple implication de la société luxembourgeoise est déterminante peut être analysée sur la base de la RGAA standard.

Dans un contexte européen, les législations nationales anti-abus telles que la RGAA doivent être limitées à la prévention de comportements impliquant la création « de montages purement artificiels » qui ne reflètent pas la réalité économique et dont le but est d'obtenir indûment des avantages fiscaux. Ce cadre pour les législations anti-abus découle du libellé de la RGAA prévue dans ATAD ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la liberté d'établissement³. Une situation abusive ne dépend pas seulement de l'intention du contribuable d'obtenir des avantages fiscaux (c'est-à-dire le test de motivation), mais requiert l'existence (ou l'absence) de certains facteurs objectifs, y compris un « véritable établissement » dans le pays hôte (par exemple, des bureaux, des employés, des équipements et du mobilier) et la réalisation d'une « véritable activité économique ». Notamment, en ce qui concerne l'existence d'un véritable établissement, la Cour de justice de l'Union européenne ne semble pas exiger un niveau de substance élevé.

Sur cette base, les conseillers fiscaux locaux ne devraient pas pouvoir aisément conclure que le TAP est satisfait. Ignorer la RGAA standard pour les entreprises européennes pourrait créer un risque de déclarations excessives qui n'aiderait pas les autorités fiscales à identifier les montages de planification fiscale agressive qui pourraient être combattus soit par le biais d'une modification de la législation fiscale soit par l'application des dispositions anti-abus existantes. Cela est dû au fait que les en-

treprises européennes peuvent se reposer sur leur liberté d'établissement et les États membres ne peuvent édicter des règles qui constituent des entraves à l'exercice de cette liberté.

V. DÉTERMINATION DES DISPOSITIFS TRANSFRONTIÈRES DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE DÉCLARATION

Pour déterminer si un conseil ou un montage particulier doit ou non faire l'objet d'une déclaration sur la base du régime de la déclaration obligatoire, il faut dans un premier temps analyser si le montage a une dimension transfrontière. Étant donné que les sociétés luxembourgeoises impliquées dans les structures de fonds alternatifs sont fréquemment parties à des investissements transfrontières, cela sera souvent le cas, bien que toute opération ne possède pas forcément d'élément transfrontière.

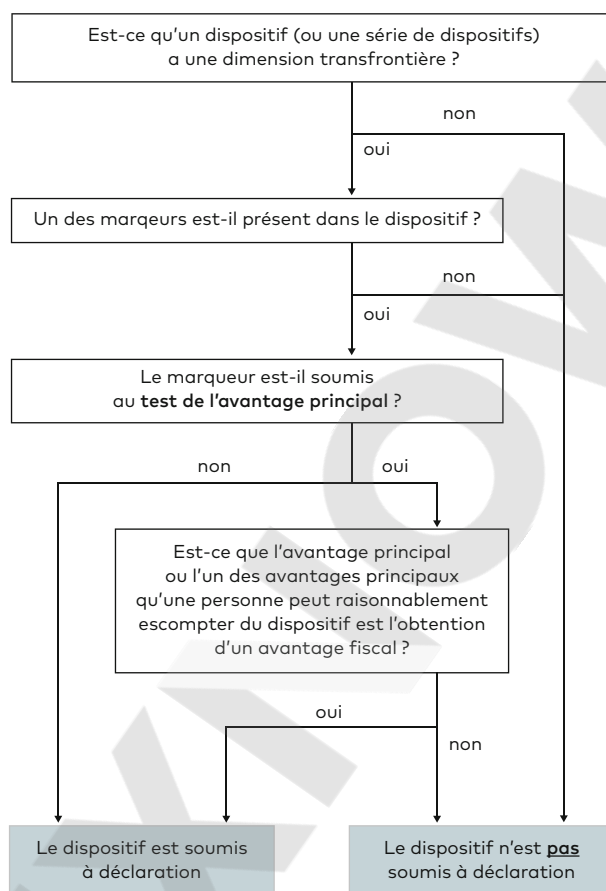
Dans un deuxième temps, il faut analyser si l'on se trouve en présence d'un des marqueurs de la Directive. Dans le cas des structures luxembourgeoises de fonds, il est probable qu'aucun des marqueurs ne sera rempli. Dans le cas des structures de fonds étrangers, en revanche, les relations transfrontières entre une société luxembourgeoise et un fonds étranger pourront probablement tomber dans le champ du marqueur « absence ou faible imposition » (et ce, en dépit du fait qu'un fonds luxembourgeois bénéficierait également d'une exonération d'impôt sur les sociétés).

Quand au moins un des marqueurs est rempli, on doit alors vérifier si le marqueur est soumis au TAP. Si tel n'est pas le cas, il y a une obligation automatique de déclaration sous le régime de déclaration obligatoire. Si le marqueur est soumis au TAP, il est alors nécessaire de réaliser une analyse complète de tous les faits et circonstances pertinents afin de déterminer si l'avantage principal ou un des avantages principaux était l'obtention d'un avantage fiscal.

3. Arrêt de la CJUE du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue* (affaire n° C-196/04) ; arrêt du 7 septembre 2017, *Ejion SAS, Enka SA c/ Ministre des Finances et des Comptes publics* (affaire n° C-6/16) ; arrêt du 20 décembre 2017, *Deister Holding AG* (affaire n° C-504/16) et *Juhler Holding A/S* (affaire n° C-613/16) c/*Bundeszentralamt für Steuern* ; arrêt du 14 juin 2018, *GS c/Bundeszentralamt für Steuern* (affaire n° C-440/17).

Cette analyse est décrite ci-dessous :

Liste de contrôle : obligations déclaratives en vertu de DAC 6



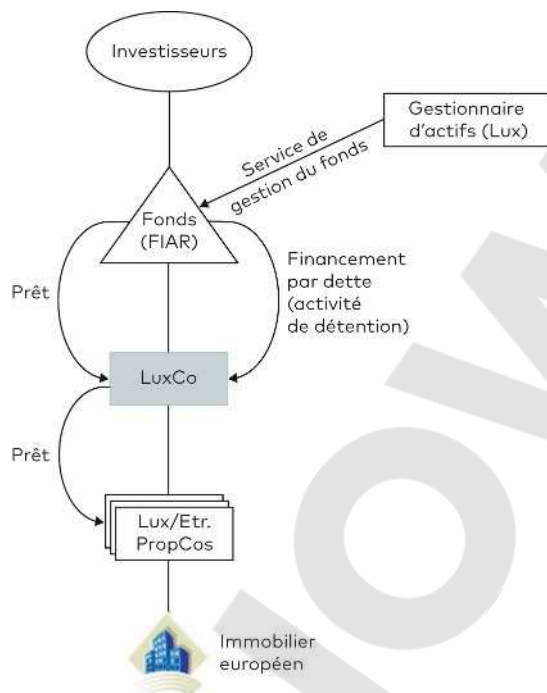
Étude de cas n° 1 : fonds d'investissement immobilier luxembourgeois

Le 1^{er} septembre 2018, un gestionnaire d'actifs luxembourgeois met en place un fonds luxembourgeois (fonds d'investissement alternatif réservé ou FIAR, sous la forme sociale d'une société en commandite spéciale) afin d'investir dans l'immobilier en Europe. Les investisseurs du fonds sont des investisseurs institutionnels tels que des fonds de pension et des sociétés d'assurance résidentes en Europe et en Amérique du Nord qui investissent les sommes perçues des personnes assurées afin de générer des revenus réguliers, leur permettant de remplir leurs obligations envers les personnes assurées. Le gestionnaire d'actifs emploie un certain nombre de salariés qualifiés au Luxembourg qui rendent des services de gestion au fonds.

Les investissements du fonds sont réalisés au travers d'une société luxembourgeoise (LuxCo) et de sociétés

immobilières luxembourgeoises ou étrangères (Lux/Etr. PropCo). Les investissements dans les propriétés immobilières étrangères sont financés par une combinaison de capital et de dette, conformément aux règles fiscales en vigueur dans l'État de situation des propriétés immobilières. Dans la mesure du possible, le recours au financement par dette est privilégié, puisqu'il est plus simple d'octroyer et de rembourser un prêt et que les intérêts courus sur un prêt facilitent de même le rapatriement des liquidités. À défaut, on pourrait facilement se retrouver dans une situation dans laquelle les liquidités ne peuvent pas être rapatriées sous forme de dividende du fait que la société immobilière ne dispose pas de réserves distribuables (situations dites de *cash trap*). Les sociétés immobilières sont soumises à imposition sur leurs revenus locatifs et sur les potentielles plus-values réalisées lors de la vente des propriétés immobilières dans les États respectifs de situation des immeubles.

La structure du fonds est décrite ci-dessous :



Les sociétés immobilières peuvent déduire l'amortissement de la propriété immobilière, les intérêts de pleine concurrence dus en vertu du prêt accordé par LuxCo (dans les limites des règles de sous-capitalisation et de dépouillement des bénéfices applicables dans la juridiction de l'investissement) et d'autres dépenses d'exploitation lors de la détermination de leurs résultats imposables dans l'État dans lequel les propriétés immobilières sont situées. Dans le cas des sociétés immobilières luxembourgeoises, le revenu (y compris la plus-value) réalisé en relation avec les propriétés immobilières localisées dans d'autres États membres est exonéré au Luxembourg en vertu de la convention fiscale applicable.

Les paiements de dividendes et intérêts effectués par les sociétés immobilières ne sont pas soumis à la retenue à la source. Dans le cas des sociétés immobilières luxembourgeoises, les paiements d'intérêts ne sont pas soumis à retenue à la source au Luxembourg et les distributions de dividendes au profit de LuxCo bénéficient d'une exonération en vertu de la législation luxembourgeoise transposant la directive mère-fille (article 147 de la loi luxembourgeoise sur l'impôt sur le revenu). De même, dans le cas de sociétés immobilières étrangères, les paiements d'intérêts et de dividendes devraient bénéficier des exonérations de retenue à la source prévues par les directives européennes (beaucoup de pays euro-

peens ne prélèvent même aucune retenue à la source sur les paiements d'intérêts).

Au niveau de LuxCo, les revenus d'intérêts sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités et l'impôt commercial communal luxembourgeois au taux combiné de 26,01% (pour 2018). LuxCo finance les prêts qu'elle accorde aux sociétés immobilières principalement par un prêt accordé par le fonds. À cet effet, LuxCo a déterminé une marge de financement de pleine concurrence pour la rémunération des fonctions réalisées, des risques assumés et des actifs utilisés. Conformément au nouveau régime luxembourgeois sur les prix de transfert, LuxCo supporte tous les risques en relation avec son activité de financement (risque de crédit, etc.) et a la capacité financière d'assumer ces risques s'ils se matérialisent (c'est-à-dire que LuxCo est financée avec suffisamment de capital pour couvrir les risques dans le cas où ils se matérialisent). Les dividendes reçus par LuxCo des sociétés immobilières bénéficient d'une exonération d'impôt sur la base du régime luxembourgeois d'exonération des participations (qui résulte de la transposition dans la loi luxembourgeoise de la directive mère-fille).

Les paiements d'intérêts effectués par LuxCo au profit du fonds ne sont pas soumis à la retenue à la source luxembourgeoise. En revanche, les dividendes versés par LuxCo au profit du fonds devront probablement être soumis à la retenue à la source luxembourgeoise au taux de 15%, sous réserve de tout allègement disponible en raison de la

nature des investisseurs du fonds. Le fonds est exonéré de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune, mais est soumis à une taxe d'abonnement de 0,01 % (applicable sur la valeur de son actif net).

Il existe un grand nombre de raisons commerciales justifiant un investissement dans des actifs immobiliers au travers de sociétés immobilières distinctes (ségrégation des investissements, gestion des garanties bancaires, flexibilité supplémentaire pour des cessions futures, etc.). De même, LuxCo a été constituée pour de nombreuses raisons commerciales et légales, telles que :

- la protection du fonds pour des questions de responsabilités et à l'encontre de potentielles réclamations contre les actifs immobiliers du fonds ;
- la facilitation du financement par dettes (y compris par des dettes obtenues de parties tierces) ;
- la gestion des investissements (y compris leurs acquisitions et cessions) ;
- la gestion des demandes d'exonération de retenue à la source en vertu de toute convention fiscale applicable.

LuxCo exerce diverses fonctions relatives à ses activités de financement, y compris :

- l'approbation et la surveillance des investissements ;
- la réalisation des fonctions de trésorerie ;
- la tenue des comptes de la société ;
- l'assurance de la mise en conformité avec les exigences réglementaires applicables dans la juridiction des investissements ;
- la prestation de services administratifs, ainsi que d'autres services aux filiales ;
- la surveillance des paiements de dividendes, d'intérêts et d'autres paiements ;
- la surveillance et la gestion des risques liés aux activités d'investissement ;
- le traitement de la comptabilité et des exigences relatives à la conservation des documents.

Toutes ces activités sont réalisées par les directeurs de LuxCo. LuxCo loue des locaux qui sont à la disposition de ses directeurs. Pour certaines fonctions, les directeurs luxembourgeois se reposent sur les informations fournies par le gestionnaire d'actifs (par exemple, la surveillance et l'approbation des investissements).

En outre, les directeurs de LuxCo supervisent les fonctions suivantes, qui sont externalisées/sous-traitées à des prestataires de services luxembourgeois qualifiés :

- la rédaction de la documentation juridique ;
- l'établissement des rapports financiers ;
- la préparation des déclarations fiscales (impôts directs et indirects).

Quant au choix du Luxembourg comme juridiction de localisation du fonds et de l'activité de détention, le gestionnaire d'actifs disposait d'un grand nombre d'arguments, notamment :

- la vaste expérience avec l'environnement réglementaire luxembourgeois et les régimes des fonds ;
- un environnement réglementaire et juridique varié et souple ;
- la familiarité des créanciers et des investisseurs avec le Luxembourg ;
- l'accès à du personnel qualifié ;
- l'existence de bonnes relations commerciales avec divers prestataires de services, banques dépositaires, etc. ;
- le vaste réseau de conventions fiscales ; et
- la stabilité politique.

La question est de savoir si les intermédiaires fiscaux impliqués dans le conseil du gestionnaire d'actifs sur la structuration du fonds devront déclarer la plateforme d'investissement luxembourgeoise pour le 31 août 2020.

• Dispositif transfrontière ?

Le fonds investit dans des actifs immobiliers paneuropéens, de sorte qu'on devrait être en présence d'un dispositif transfrontière.

• Un des marqueurs est-il rempli ?

Dans le cas présent, aucun des marqueurs ne devrait être rempli. Quant au marqueur « absence ou faible imposition » qui peut être considéré en ce qui concerne les paiements faits par LuxCo au fonds, l'élément transfrontière est manquant, puisque tant le fonds que LuxCo sont établis dans la même juridiction. Les paiements réalisés par les sociétés immobilières (locales) à LuxCo sont imposables au Luxembourg, de sorte que le marqueur « absence ou faible imposition » n'est pas rempli à cet égard.

Il en résulte que cette structure de fonds n'est pas un dispositif qui doit faire l'objet d'une déclaration sur la base du régime de déclaration obligatoire.

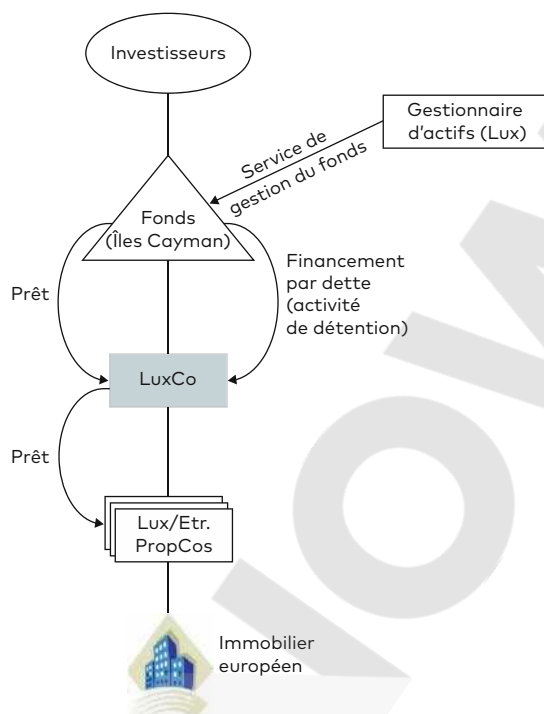
De plus, on ne pourrait prétendre que les paiements faits à LuxCo par les sociétés immobilières locales sont réputés faits directement au fonds, puisque LuxCo est le bénéficiaire effectif des revenus versés par ces sociétés.

Étude de cas n° 2 : fonds immobilier étranger

Sur la base des faits du cas précédent, il est présumé cette fois-ci que le fonds est établi aux îles Caïman et prend la forme d'une société en commandite (S.C.). Le fonds investit dans LuxCo qui réalise des investissements au Luxembourg ou dans les sociétés immobilières

investissant dans des propriétés immobilières situées en Europe.

La structure du fonds est décrite ci-dessous :



La question se pose de savoir si l'établissement d'un fonds étranger imposera aux intermédiaires fiscaux impliqués dans le conseil du gestionnaire d'actifs de déclarer la plateforme d'investissement pour le 31 août 2020.

• Dispositif transfrontière ?

Le fonds investit dans des actifs immobiliers paneuropéens, de sorte qu'on devrait se trouver en présence d'un dispositif transfrontière.

• Un des marqueurs est-il rempli ?

Dans le cas présent, le marqueur « absence ou faible imposition » devrait être rempli, puisque les paiements d'intérêts effectués et déduits dans le chef de LuxCo devraient être exonérés au niveau du fonds aux îles Caïman. Ici, le contexte transfrontière des paiements faits du Luxembourg à destination des îles Caïman devrait avoir pour conséquence que le marqueur est rempli, et ce, même si le fonds luxembourgeois avait également bénéficié d'une exonération d'imposition.

Cependant, le marqueur « absence ou faible imposition » n'engendre pas automatiquement une obligation de déclaration, mais est soumis au TAP comme condition de seuil.

• TAP

En vertu du TAP, on doit analyser si le profit avant impôt attendu était insignifiant en comparaison du montant du bénéfice fiscal attendu. Le fait que le marqueur « absence ou faible imposition » soit rempli ne peut pas à lui seul constituer une raison pour conclure qu'un dispositif satisfait le TAP.

Dans le cas présent, des investissements sont effectués dans l'immobilier paneuropéen en vue de générer des revenus réguliers, d'augmenter la valeur des propriétés immobilières et de réaliser des plus-values à l'issue de la période d'investissement. Il est incontesté que le regroupement des liquidités des investisseurs pour réaliser des investissements en commun constitue une activité légitime. Les investissements en immobilier ne sont généralement pas faits avec l'intention de générer des avantages fiscaux, bien que les aspects fiscaux ne puissent, bien entendu, pas être négligés, compte tenu des devoirs fiduciaires du gestionnaire d'actifs de gérer prudemment l'argent investi par les investisseurs, y compris de gérer les investissements de manière à ce que seuls les impôts légalement dus soient payés.

Quand les conseillers fiscaux locaux analysent le TAP dans le cas présent, l'implication de LuxCo peut potentiellement être perçue de manière critique. Alors qu'il peut être

argumenté qu'à la lumière de la liberté d'établissement, l'établissement d'une société au Luxembourg ne devrait pas, en soi, être vérifié lors de l'analyse TAP (à l'exception du fait que l'implication de sociétés mères européennes n'est pas un marqueur sous le régime de déclaration), si cela devait être considéré comme problématique, la doctrine du montage purement artificiel de la CJUE devrait être considérée. Ainsi, il faudrait déterminer si la substance de LuxCo est appropriée au regard des fonctions réalisées.

Sur la base des faits de l'espèce, LuxCo a un profil fonctionnel et de risque complet et une substance adéquate au regard des activités effectuées. Par conséquent, LuxCo ne peut pas être considérée comme un montage purement artificiel et le TAP ne devrait pas être rempli dans le cas présent.

CONCLUSION

DAC 6 impose aux États membres de l'Union européenne l'introduction de règles de déclaration obligatoire pour les dispositifs transfrontières qui remplissent certains marqueurs. DAC 6 s'inspire des recommandations fournies dans le rapport final sur l'action 12 du projet BEPS de l'OCDE concernant la conception de règles de déclaration pour les transactions, dispositifs ou structures agressives et abusives.

Alors que certains marqueurs, quand ils sont présents dans un dispositif transfrontière, engendrent automatiquement une obligation de déclaration, d'autres marqueurs sont soumis à une condition de seuil (c'est-à-dire

le TAP). Lorsqu'il est applicable, le TAP devrait établir un seuil relativement élevé pour la déclaration, filtrant les déclarations inutiles qui, autrement, affaibliraient la pertinence des informations reçues par les autorités fiscales et augmenteraient les coûts et la lourdeur administrative pour les contribuables, les administrations fiscales et les intermédiaires fiscaux.

Les investissements alternatifs ne devraient généralement pas être dans le viseur du nouveau régime de déclaration, puisqu'ils recherchent, par essence, des avantages autres que fiscaux. Ainsi, de l'avis des auteurs, ils ne devraient presque jamais être soumis à l'obligation de déclaration. Alors que, dans de nombreux cas, aucun des marqueurs ne devrait être rempli, il peut être anticipé que, dans l'hypothèse où un marqueur serait rempli, il serait probablement un marqueur n'engendrant l'obligation de déclaration que si le TAP était satisfait. Étant donné que les investissements internationaux sont faits pour des raisons commerciales légitimes (générer des revenus réguliers, maximiser les valeurs, etc.) et non pour obtenir des avantages fiscaux, le TAP ne devrait généralement pas être rempli dans ces cas.

Le régime de déclaration obligatoire s'applique aux dispositifs transfrontières à compter du 25 juin 2018 et requiert une première déclaration pour le 20 août 2020. Dès lors, les intermédiaires fiscaux et les contribuables doivent se tenir prêts et identifier les dispositifs devant potentiellement faire l'objet d'une déclaration. Finalement, cela force toutes les parties impliquées à constamment analyser les obligations de déclaration issues du nouveau régime de déclaration obligatoire, ce qui aura probablement l'effet de dissuasion désiré. ■