

Les nouvelles obligations de déclarations des intermédiaires fiscaux (DAC 6) au Luxembourg

Par Oliver R. HOOR, Atoz Tax Advisers

Le 8 août 2019, un projet de loi mettant en œuvre la Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 concernant l'échange obligatoire d'informations dans le domaine de la fiscalité en matière de dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration («DAC 6») a été déposé par le gouvernement au parlement luxembourgeois.

Comme anticipé, le libellé du projet de loi ressemble au libellé de DAC 6 et les commentaires du projet de loi ne fournissent que peu d'explications sur la manière dont il sera interprété et appliqué en pratique. Par conséquent, certains des termes et concepts plutôt vagues utilisés dans DAC 6 continuent de susciter des incertitudes et de requérir une interprétation. Il est de notoriété publique que les investissements et les activités des entreprises luxembourgeoises ont souvent une dimension transfrontalière. Dans tous ces cas, il est nécessaire de répondre à la question de savoir si un conseil donné, ou la participation à sa mise en œuvre, doit faire l'objet d'une déclaration. Cet article fournit un aperçu clair et concis du nouveau régime d'obligation de déclaration et du mécanisme qui entraîne les obligations de déclaration.

Quels types de dispositifs doivent faire l'objet d'une déclaration ?

En vertu du projet de loi, les intermédiaires fiscaux de l'UE tels que les conseillers fiscaux, les comptables et les avocats qui conçoivent et/ou promeuvent un schéma de planification fiscale devront déclarer aux autorités fiscales les dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif. Le terme «dispositif» peut aussi inclure une série de dispositifs et un dispositif peut comprendre plus d'une étape. Par conséquent, l'interprétation du terme «dispositif» au sens du projet de loi est très large. Un dispositif est considéré comme transfrontière s'il concerne soit (i) plus d'un Etat Membre de l'UE ou (ii) un Etat Membre de l'UE et un pays tiers. Les dispositifs transfrontières peuvent devoir faire l'objet d'une déclaration s'ils contiennent au moins un des marqueurs listés dans l'annexe du projet de loi. Ces marqueurs décrivent des caractéristiques ou particularités des dispositifs transfrontières susceptibles de présenter une indication d'un risque potentiel d'évasion fiscale.

Afin d'être pris en compte, certains marqueurs doivent remplir le critère de l'avantage principal ou CAP (*main benefit test* ou *MBT*). Le projet de loi prévoit que ce critère sera satisfait s'«il peut être établi que l'avantage principal ou l'un des avantages principaux, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, est l'obtention d'un avantage fiscal».

Le projet de loi s'applique à tous les impôts «directs» de quelque nature que ce soit prélevés par, ou au nom de, un Etat Membre ou ses subdivisions territoriales ou administratives incluant les autorités locales mais aussi par un pays tiers. Toutefois, le projet de loi ne s'applique pas à la taxe sur la valeur ajoutée et aux droits de douane, ni aux droits d'accise couverts par d'autres législations de l'Union Européenne en matière de coopération administrative entre les Etats Membres. Ce projet de loi ne s'applique également pas aux cotisations de sécurité sociale obligatoires.

Quels sont les marqueurs utilisés pour déterminer les dispositifs transfrontières à déclarer ?

Les marqueurs sont divisés en deux catégories : les marqueurs généraux et les marqueurs spécifiques. Les marqueurs généraux ciblent les caractéristiques communes aux schémas promus, telles que l'exigence de confidentialité ou le paiement d'une prime de résultat. Les marqueurs génériques peuvent être utilisés pour cerner aussi bien les nouveaux dispositifs de planification fiscale à caractère innovant que des transactions largement répandues que les promoteurs peuvent facilement reproduire et vendre à divers contribuables. Les marqueurs spécifiques sont utilisés pour cibler les vulnérabilités dans le régime fiscal et les techniques généralement utilisées dans les dispositifs d'évitement de l'impôt tels que l'utilisation de montages s'appuyant sur la génération de pertes, un crédit-bail et la conversion de revenus.

Le projet de loi suit la logique de DAC 6 et définit les cinq catégories suivantes de marqueurs :

- Les marqueurs généraux liés au CAP ;
- Les marqueurs spécifiques liés au CAP ;
- Les marqueurs spécifiques liés aux transactions transfrontières ;
- Les marqueurs spécifiques concernant l'échange au-

tomatique d'informations ou le bénéficiaire effectif ; et

- Les marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert.

Ni le projet de loi, ni les commentaires du projet de loi ne fournissent d'explications sur l'interprétation de ces marqueurs. Toutefois, étant donné que le régime de communication obligatoire (RCO) de DAC 6 est inspiré du rapport final sur l'Action 12 du projet BEPS (les règles de communication obligatoires) qui est également mentionné dans les commentaires du projet de loi, les directives fournies dans ce rapport peuvent être une source utile d'interprétation.

Qu'est-ce que le Critère de l'Avantage Principal («CAP») ?

Bon nombre de marqueurs énumérés dans l'annexe du projet de loi sont soumis à un test de seuil supplémentaire. Cela signifie que plusieurs marqueurs ne déclenchent l'obligation de déclaration que lorsqu'un dispositif satisfait au critère de l'avantage principal («CAP»), réduisant le risque de déclarations excessives ou préventives. Cela devrait améliorer l'utilité des informations collectées car l'accent sera mis sur les dispositifs qui ont une plus grande probabilité de présenter réellement un risque d'évasion fiscale. Comme indiqué ci-dessus, le CAP est 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». Par conséquent, ce test compare la valeur de l'avantage fiscal attendu à tout autre avantage susceptible d'être obtenu de la transaction.

Selon le rapport final sur l'Action 12 du projet BEPS, le CAP fixe un seuil relativement élevé pour la communication. En pratique, de tels dispositifs peuvent ne pas remplir le CAP si le contribuable peut démontrer que la valeur de tout avantage fiscal était accessoire, au regard des avantages commerciaux de la transaction dans son ensemble. De plus, les dispositifs transfrontières sont généralement spécifiques aux contribuables et aux transactions et ne sont pas largement promus comme montages commercialisés sur le marché local. Il est intéressant de noter que le projet de loi (en accord avec DAC 6) stipule explicitement que le traitement fiscal d'un paiement transfrontière au niveau du destinataire ne peut être l'unique raison de conclure qu'un dispositif satisfait au CAP. Ainsi, peu importe en soi (i) si la juridiction du destinataire d'un paiement ne lève aucun impôt sur les sociétés ou lève un impôt sur les sociétés à taux zéro ou presque nul ou (ii) si le paiement bénéficie d'une exonération totale ou (iii) d'un régime fiscal préférentiel.

Comment déterminer quels sont les dispositifs transfrontières à déclarer ?

Lorsqu'il s'agit de déterminer si un avis concernant un dispositif particulier doit faire l'objet d'une déclaration en vertu du régime de communication obligatoire, il faut d'abord vérifier si le dispositif a une dimension transfrontière. Ensuite, il faut vérifier si l'un des marqueurs est présent. Lorsqu'au moins un des marqueurs est rempli, il faut vérifier si le marqueur est soumis au CAP. Si ce n'est pas le cas, le régime de communication obligatoire prévoit une obligation de déclaration automatique. Quand le marqueur est soumis au CAP, il est nécessaire d'effectuer une analyse complète de tous les faits et circonstances pertinents afin de déterminer si l'avantage principal ou l'un des avantages principaux était l'obtention d'un avantage fiscal. Etant donné que bon nombre de marqueurs et l'application du CAP requièrent une bonne compréhension du droit fiscal international et un certain discernement, l'analyse des potentielles obligations de déclaration en vertu du régime de communication obligatoire ne peut généralement pas être le rôle d'une personne ayant un profil de gestion des risques mais requiert l'implication d'une personne ayant de l'expérience dans le domaine fiscal.

Quelle information devra faire l'objet d'une déclaration ?

Si un dispositif transfrontière est considéré comme devant faire l'objet d'une déclaration en vertu du projet de loi, les informations à communiquer aux autorités fiscales luxembourgeoises doivent contenir, le cas échéant :

- l'identification des intermédiaires et des contribuables concernés ;
- les détails sur les marqueurs qui rendent le dispositif transfrontière à déclarer ;
- 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 faite ou sera faite ;
- les détails des dispositions nationales qui constituent

la base du 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'Etat Membre du (des) contribuable(s) concerné(s) et de tout autre Etat Membre susceptible d'être concerné par le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ; et
- l'identification de toute autre personne dans l'Etat Membre, le cas échéant, susceptible d'être affectée par le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

Les informations communiquées aux autorités fiscales luxembourgeoises en vertu du projet de loi peuvent être utilisées à des fins d'imposition, à des fins de perception de l'impôt et pour la vérification des obligations de déclaration de la Norme Commune de Déclaration (NCD).

Qui sera soumis à l'obligation de déclaration ?

Les responsabilités en matière de dispositifs transfrontières qui relèvent du projet de loi incombent généralement à l'intermédiaire fiscal, à moins qu'une telle déclaration ne constitue une atteinte au secret professionnel de l'intermédiaire, applicable en vertu du droit. Dans ce dernier cas, l'intermédiaire doit notifier à tout autre intermédiaire, ou, en l'absence d'un tel intermédiaire, au contribuable concerné, les obligations de déclaration qui leur incombent alors.

Un intermédiaire est défini comme toute personne qui conçoit, commercialise, organise, met à disposition ou gère la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration. Cela inclut, en particulier, les conseillers fiscaux, les avocats et les comptables. Le projet de loi élargit encore 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, ou concernant sa mise à disposition aux fins de mise en œuvre ou la gestion de sa mise en œuvre». Par conséquent, l'interprétation du terme intermédiaire fiscal est très large et inclut tout professionnel fournissant des services de conseil fiscal.

Cette définition large du terme «intermédiaire» est susceptible d'entraîner un chevauchement des obligations de déclaration. Selon le projet de loi, quand il y a plus d'un intermédiaire, l'obligation de transmettre des informations sur le dispositif transfrontière faisant l'objet d'une déclaration incombe à l'ensemble des intermédiaires impliqués. Les intermédiaires ne devraient être dispensés de leur obligation de déclaration que dans la mesure où ils peuvent prouver que le même dispositif a déjà fait l'objet d'une déclaration par un autre intermédiaire. De plus, les intermédiaires fiscaux luxembourgeois sont dispensés de leur obligation de déclaration s'ils peuvent prouver que le même dispositif transfrontière a déjà été déclaré dans un autre Etat Membre.

Ainsi, il ne suffit pas de prouver qu'un autre intermédiaire s'est engagé à effectuer la déclaration. Il est nécessaire de prouver la déclaration effective par un autre intermédiaire. Cela requiert évidemment un certain degré de coordination entre les conseillers afin de déterminer si un dispositif transfrontière doit faire l'objet d'une déclaration ou non et, le cas échéant, de s'assurer qu'un seul intermédiaire dépose une déclaration dans le but d'éviter les dépôts multiples relatifs au même dispositif. Les obligations de déclaration en vertu du projet de loi sont limitées aux intermédiaires qui sont liés à l'UE en raison de leur résidence fiscale, de leur constitution, etc. Par conséquent, les intermédiaires non européens n'ont aucune obligation de déclaration en vertu du projet de loi. Dans ces circonstances, une potentielle obligation de déclaration serait transférée au contribuable bénéficiant du dispositif transfrontière. De même, lorsqu'il n'y a pas d'intermédiaire fiscal parce que, par exemple, le contribuable conçoit et met en œuvre un montage en interne, l'obligation de déclaration incombe au contribuable qui bénéficie du dispositif.

Qui aura le droit de bénéficier d'une dispense en raison de son secret professionnel ?

Selon le projet de loi, les avocats soumis à la loi du 10 août 1991 peuvent se prévaloir de leur secret professionnel et peuvent être dispensés de transmettre les informations relatives à un dispositif transfrontière. En pareilles circonstances, les avocats agissant en tant qu'intermédiaires au sens du projet de loi doivent notifier, dans un délai de 10 jours, leur dispense à tout autre intermédiaire ou, à défaut, au contribuable concerné. Dans ce cas, l'obligation de transmettre l'information concernant un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration incombera à l'intermédiaire notifié ou à défaut, au contribuable concerné. Cependant, le projet de loi limite la portée de ce droit au strict minimum. Ainsi, même si le secret professionnel est applicable, le projet de loi prévoit que les avocats sont néanmoins tenus de fournir des informations générales sur les dispositifs transfrontières de manière d'une manière telle que l'anonymat des contribuables concernés soit préservée.

Quand la déclaration devra-t-elle être effectuée ?

Les intermédiaires, ou contribuables concernés, devront faire leur déclaration aux autorités fiscales luxembourgeoises dans les délais suivants :

- 1) Une déclaration périodique tous les 3 mois 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 adapté de façon importante.
- 2) Dans les 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 du 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.
- 3) Dans les 30 jours à compter du lendemain du jour où l'aide, l'assistance ou le conseil a été fourni par un intermédiaire, de manière directe ou par l'intermédiaire d'autres personnes.
- 4) 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 le 25 juin 2018 et le 30 juin 2020.
- 5) Pour chacune des années où les contribuables utilisent leurs dispositifs, chaque contribuable concerné est tenu de déclarer dans le cadre de sa déclaration annuelle pour l'impôt sur le revenu l'utilisation qu'il fait du dispositif.

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 elles ont été déposées. La première information doit être échangée pour le 31 octobre 2020 au plus tard.

Quelles sont les sanctions en cas d'omission ?

Le projet de loi prévoit des amendes d'un montant maximal de 250ribuables qui ne respectent pas leur obligation de déclaration au Luxembourg. Le montant maximum de l'amende correspond aux montants applicables en cas de non-respect de FATCA (loi modifiée du 18 décembre 2015), de la Norme Commune de Déclaration (NCD) et de la loi du 23 décembre 2016 sur la déclaration pays par pays (CbCR). Les autorités fiscales luxembourgeoises vérifieront si les intermédiaires fiscaux et les contribuables adoptent un processus garantissant le respect du RCO. Un tel processus RCO devrait idéalement être formalisé dans une politique qui puisse guider les employés, définir les responsabilités et prendre en compte les aspects pratiques tels que la manière dont la déclaration est gérée d'un point de vue opérationnel. D'expérience, on peut supposer que les autorités fiscales luxembourgeoises imposeront des sanctions mesurées en cas d'actes répréhensibles (par exemple, en cas de déclaration CRS ou FATCA), tenu compte du niveau de diligence pris par les intermédiaires et les contribuables. Ainsi, lorsque les intermédiaires fiscaux et les contribuables déploient tous leurs efforts et consacrent un montant suffisant de ressources à la mise en œuvre d'un processus de RCO (y compris la formation du personnel) et à son application systématique, le risque de pénalité devrait être limité. Au contraire, en l'absence de tout effort pour se conformer au RCO, on peut s'attendre à ce que les autorités fiscales imposent des pénalités. Un recours contre l'amende est possible pour l'intermédiaire ou le contribuable concerné.

Conclusion

Les mesures introduites par le projet de loi devront désormais suivre le processus législatif (i.e. les commentaires des différentes Chambres professionnelles et du Conseil d'Etat, les amendements potentiels, le rapport de la commission du budget et des finances). Le projet de loi devrait être voté le 31 décembre 2019 au plus tard et les nouvelles exigences en matière de déclaration devraient s'appliquer à partir du 1^{er} juillet 2020. L'analyse des potentielles obligations de déclaration en vertu du nouveau régime de communication obligatoire va nécessairement devenir partie intégrante de chaque analyse fiscale. En soi, cela aura l'effet de dissuasion souhaité puisque tant les intermédiaires fiscaux que les contribuables devront considérer attentivement les potentielles obligations de déclaration.

Avec la publication du projet de loi, les intermédiaires fiscaux et les contribuables sont désormais en mesure de se préparer aux nouvelles obligations de déclaration. A cet égard, il serait judicieux d'affecter à cette tâche une personne connaissant bien la fiscalité (internationale), de développer des directives et des processus internes, de former le personnel concerné et d'analyser les potentiels dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration à partir du 28 juin 2018 pour couvrir l'arriéré. En fin de compte, le régime de communication obligatoire peut aussi être perçu comme une opportunité d'examiner et de souligner les raisons commerciales et les arguments commerciaux motivant les investissements et les activités commerciales internationales.

* Oliver R. Hoor, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German Desk, Atoz Tax Advisers (Taxand Luxembourg).

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