

La mise en œuvre de DAC 6 (régime de déclaration obligatoire) dans toute l'Europe : un appel à la raison (partie 2)

Par Oliver R. HOOR, Atoz Tax Advisers*

Cet article est le second de deux articles qui analysent les questions d'interprétation concernant DAC 6 et appellent à une interprétation raisonnable qui serve les objectifs du régime de déclaration obligatoire.

La Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (DAC 6) prévoit un régime de déclaration obligatoire (RDO) relatif aux dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif, devait, en principe, être mise en œuvre par les États membres de l'UE avant le 31 décembre 2019. Bien qu'un certain nombre d'États membres de l'UE - dont le Luxembourg - n'aient pas réussi à respecter ce délai de transposition, on peut s'attendre à ce que DAC 6 soit transposé dans les lois nationales des États membres de l'UE dans le courant des prochains mois.⁽¹⁾ Le 21 mars 2020, le parlement luxembourgeois a adopté une loi mettant en œuvre DAC 6. Elle entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2020.

En vertu du RDO, les intermédiaires tels que les conseillers fiscaux, les avocats et les comptables qui conçoivent, promeuvent ou fournissent une assistance en ce qui concerne certains dispositifs transfrontières devront les déclarer aux autorités fiscales luxembourgeoises. Lorsque les intermédiaires sont tenus au secret professionnel, ou en l'absence d'intermédiaires, les obligations de déclaration sont généralement transférées au contribuable.

L'objectif du RDO est de fournir aux autorités fiscales des informations complètes et pertinentes sur les stratégies de planification fiscale à caractère potentiellement agressif. Ces informations devraient permettre aux autorités fiscales de réagir rapidement contre les pratiques fiscales dommageables (combler les failles en adoptant une législation, procéder à des évaluations de risques adéquates, effectuer des contrôles fiscaux, etc.) (voir DAC 6, considérant n° 2).

Cet article analyse les questions d'interprétation en rapport avec le RDO et préconise une approche raisonnable qui soit conforme à la finalité et aux objectifs de DAC 6.

Quelques marqueurs ambigus

Les dispositifs transfrontières peuvent devoir faire l'objet d'une déclaration s'ils contiennent au moins un des «marqueurs» figurant à l'annexe de DAC 6. Ces marqueurs décrivent les caractéristiques ou les particularités des dispositifs transfrontières qui pourraient présenter un risque potentiel d'évasion fiscale.

Toutefois, plusieurs marqueurs laissent une marge d'interprétation, notamment :

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 vise à capturer ce que l'on appelle souvent les «montages vendus en masse», c'est-à-dire un dispositif auquel plusieurs personnes peuvent avoir accès et assorti d'une documentation standardisée qui n'a pas été adaptée de manière significative pour tenir compte de circonstances propres au client.

La principale caractéristique de ces montages est la facilité avec laquelle on peut les reproduire. Pour l'essentiel, tout ce que le client achète est un produit fiscal «préfabriqué» qui ne nécessite pas ou peu de modifications pour s'adapter à la situation et aux circonstances particulières du client. En outre, la mise en place du montage n'exige pas que le contribuable reçoive des conseils ou des services professionnels supplémentaires importants.

Le marqueur du «produit fiscal standardisé» ne devrait cependant pas être rempli dans le cas de documents tels que les contrats de prêt, les contrats de service et les documents relatifs aux fonds, car ce type de documents doit être adapté à chaque cas individuel. Les fonds d'investissement, les contrats de prêt, etc., qui sont généralement utilisés dans les structures de fonds luxembourgeoises sont des véhicules d'investissement légitimes et des transactions commerciales qui ne peuvent être interprétés comme des «produits fiscaux standardisés». Le fait qu'un prestataire de services dispose ou non de modèles pouvant servir de base à l'élaboration de tels contrats et documents ne change rien à cette conclusion.

Si certains conseillers semblent considérer que des opérations telles que les distributions de dividendes ou l'augmentation et la réduction des contrats de prêt peuvent satisfaire au marqueur du «produit fiscal standardisé», on peut même se demander pourquoi une opération étroitement liée à un dispositif transfrontière (qui a été analysé lors de sa mise en œuvre) devrait être traitée comme un dispositif à part entière.

Le marqueur du «montage s'appuyant sur la conversion de bénéfices» : un dispositif qui a pour effet de convertir des bénéfices en capital, en dons ou en d'autres catégories de revenus qui sont imposés à un taux plus faible ou exonérés d'impôt. Ce marqueur concerne les montages visant à convertir des bénéfices en capital, en dons ou en d'autres catégories de revenus dans l'intention de bénéficier d'un niveau d'imposition plus faible.

Ici, la question se pose de savoir si une opération aussi banale que le financement de participations par l'emprunt et le paiement des intérêts y relatifs avec les dividendes et les plus-values réalisés en relation avec la participation est un montage s'appuyant sur la conversion de bénéfices.

Néanmoins, le marqueur du «montage s'appuyant sur la conversion de bénéfices» n'est respecté que si les revenus convertis sont soumis à un niveau d'imposition inférieur ou bénéficient d'une exonération fiscale au niveau du ou des investisseur(s). La conversion de bénéfices devrait généralement nécessiter l'intervention d'une société. Ainsi, il convient de comparer le traitement fiscal (hypothétique) du bénéfice réalisé par la société (s'il avait été réalisé par l'investisseur) avec le traitement fiscal du bénéfice réel (capital ou don) réalisé par l'investisseur. Cela nécessite évidemment des informations sur le traitement fiscal étranger des investisseurs qui, souvent, ne sont pas disponibles.

Le marqueur des «transactions circulaires» : 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 vise les dispositifs qui comprennent des transactions circulaires impliquant des entités interposées (sans aucune activité économique autre que la participation à ces transactions) ou des transactions qui se compensent globalement.

Ainsi, ce marqueur vise les montages non authentiques et les montages qui se caractérisent par une certaine artificialité (c'est-à-dire qui se compensent) et l'absence de véritables raisons économiques. Au contraire, un montage ne devrait pas remplir ce marqueur lorsque des raisons économiques réelles peuvent être établies pour justifier son existence.

Le marqueur de la «transaction circulaire» ne devrait pas être rempli dans le cas de transactions standards au sein d'un groupe de sociétés, telles que le paiement en nature d'une dette avec une créance ou la compensation d'une dette avec une créance (comme paiement en nature) entre deux entités qui sont effectuées pour des raisons commerciales légitimes.

Il est intéressant de noter que les marqueurs susmentionnés sont soumis au critère de l'avantage principal (CAP) en tant qu'exigence de seuil, ne déclenchant pas d'obligations de déclaration automatique.

Un autre marqueur qui peut donner lieu à des problèmes d'interprétation est le marqueur des régimes de protection unilatéraux.

Le marqueur des «régimes de protection unilatéraux» : Un dispositif qui prévoit l'utilisation de régimes de protection unilatéraux. Ce marqueur englobe les transactions qui reposent sur des régimes de protection unilatéraux adoptés à des fins de prix de transfert. Comme ce marqueur n'est pas soumis au CAP, il déclenche des obligations de déclaration automatique. Il est donc encore plus important de délimiter clairement la portée de ce marqueur.

Selon les Principes de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) applicables en matière de prix de transfert <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>, «dans le cadre d'un système de prix de transfert, un régime de protection est une disposition qui s'applique à une catégorie bien définie de contribuables ou de transactions et qui les exempte de certaines obligations normalement imposées par les règles générales en matière de prix de transfert d'un pays» (paragraphe 4.102 des Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert). Il est en outre indiqué que les «régimes de protection»

supposent d'établir un compromis entre le strict respect du principe de pleine concurrence et la facilité d'administration du régime (paragraphe 4.112).

Les Principes de l'OCDE fournissent deux exemples de «régime de protection» :

- Le régime de protection pourrait autoriser les contribuables à fixer leurs prix de transfert d'une certaine façon, notamment en appliquant une méthode simplifiée prescrite par l'administration fiscale ; ou
- Un régime de protection peut aussi exempter une catégorie précise de contribuables ou de transaction de l'application de tout ou partie des règles générales en matière de prix de transfert.

Les «régimes de protection» en matière de prix de transfert n'incluent toutefois pas les mesures de simplification administrative qui ne concernent pas directement la détermination des prix de pleine concurrence, telles que les obligations simplifiées ou les exemptions en matière de documentation (en l'absence de fixation des prix) ou la procédure par laquelle une administration fiscale et un contribuable s'entendent par avance sur la fixation des prix de transfert pour les transactions avec des entreprises associées («accords préalables en matière de prix de transfert») (paragraphe 4.103).

Les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert (paragraphe 4.105) énoncent trois objectifs fondamentaux des régimes de protection :

- Simplifier l'application des règles et réduire, pour les contribuables éligibles, les coûts de mise en conformité avec la réglementation aux fins de la détermination et de la documentation des conditions appropriées pour les transactions contrôlées éligibles ;
- Donner aux contribuables éligibles l'assurance que le prix imputé ou perçu au titre de transactions contrôlées sera accepté par l'administration fiscale qui a adopté le «régime de protection», après un contrôle allégé, ou après simple vérification que le contribuable remplit les conditions d'éligibilité aux dispositions du «régime de protection» et en applique les règles ;
- Permettre aux administrations fiscales de redéployer leurs ressources administratives vers l'examen de transactions et de contribuables plus complexes ou assortis de risques plus élevés.

Compte tenu des objectifs des régimes de protection en matière de prix de transfert (en particulier le troisième objectif), il est difficile de comprendre les objectifs de ce marqueur (et les obligations de déclaration qui y sont liées) qui iraient directement à l'encontre de ces objectifs (c'est-à-dire la création de déclarations sur les transactions contrôlées qui sont considérées comme mineures).

Les règles des régimes de protection qui s'appliquent en ce qui concerne les dispositions anti-abus spécifiques telles que les règles de limitation des intérêts (par exemple, le régime de protection du seuil de 3 millions d'euros applicable en vertu du droit fiscal luxembourgeois), ou la pratique administrative consistant à autoriser un ratio dettes/fonds propres de (maximum) 85:15 en ce qui concerne les activités de holding exercées par des sociétés luxembourgeoises, qui est conçue pour empêcher un financement excessif au moyen de dettes, ne peuvent pas être considérées comme des «régimes de protection» en matière de prix de transfert.

Le marqueur des «réorganisations d'entreprise» : Un dispositif mettant en jeu un transfert transfrontière de fonctions et/ou de risques et/ou d'actifs au sein du groupe, si le bénéfice avant intérêts et impôts (EBIT) annuel prévu, dans les trois ans suivant le transfert, du ou des cédants, est inférieur à 50 % de l'EBIT annuel prévu de ce cédant ou de ces cédants si le transfert n'avait pas été effectué.

Ce marqueur vise les réorganisations d'entreprises qui entraînent une réduction significative de la rentabilité d'une entité à la suite de la réorganisation d'entreprises transfrontière. Il peut s'agir, par exemple, de la transformation d'un fabricant de plein exercice en un fabricant à façon qui ne fait que rendre des services à d'autres sociétés du groupe ou de la transformation d'un distributeur de plein exercice en distributeur limité. Dans ces cas, on peut s'attendre à une baisse significative de la rentabilité dans des conditions de pleine concurrence. Il convient de mentionner que les réorganisations d'entreprises doivent également être décrites dans le fichier principal d'une multinationale.

Le simple transfert d'actifs par une société (par exemple, des participations ou des créances de prêt) ou la liquidation d'une société ne devrait pas être une réorganisation d'entreprise qui rentre dans le champ d'application de ce marqueur même si, dans le cas d'une liquidation, les activités de la société liquidée sont ensuite exercées par une autre société. Au contraire, il est évident que ce marqueur vise les réorganisations d'entreprises au sens du chapitre IX des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. L'application d'une approche différente pour ces marqueurs concernant les prix de transfert signifierait que pratiquement toutes les structures d'investissement transfrontière devraient être déclarées, ce qui abouti-

rait à un cimetière de données qui ne serviraient pas l'objectif du RDO.

Quand le critère de l'avantage principal est-il rempli ?

Le RDO fonctionne grâce à un système de marqueurs qui peuvent déclencher des obligations de déclaration, et au CAP qui fonctionne comme une exigence de seuil pour beaucoup de ces marqueurs. En tant que tel, le CAP devrait filtrer les déclarations non pertinentes et renforcer l'utilité des informations recueillies, car l'accent sera mis sur les dispositifs qui ont une plus grande probabilité de présenter réellement un risque d'évasion fiscale.

Le CAP est rempli si «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». Ce test compare donc la valeur du ou des avantages fiscaux escomptés avec tout autre avantage susceptible d'être obtenu de la transaction. Cela nécessite une analyse objective de tous les avantages obtenus d'un dispositif. Selon le Rapport Final sur l'Action 12 du projet BEPS, le CAP fixe un seuil de déclaration relativement élevé.

Il est intéressant de noter que DAC 6 stipule explicitement que le traitement fiscal d'un paiement transfrontalier au niveau du bénéficiaire ne peut pas constituer à lui seul une raison de conclure qu'un dispositif remplit le CAP. Ainsi, il importe peu en soi (i) que la juridiction du bénéficiaire d'un paiement ne prélève pas d'impôt sur les sociétés ou qu'elle prélève un impôt à un taux zéro ou presque nul, ou (ii) que le paiement bénéficie d'une exonération fiscale totale ou (iii) d'un régime fiscal préférentiel. De même, le marqueur «montage s'appuyant sur la conversion de bénéfices» est soumis au CAP malgré le fait que les investisseurs peuvent bénéficier d'une exonération fiscale totale (ce qui laisse entendre qu'une exonération fiscale ne suffit pas, à elle seule, pour que le CAP soit rempli).

En ce qui concerne l'application des règles de déclaration aux structures d'investissement internationales, le Rapport Final sur l'Action 12 du projet BEPS mentionne que les montages transfrontaliers génèrent généralement de multiples avantages fiscaux pour différentes parties dans différentes juridictions et que les avantages fiscaux nationaux qui découlent d'un montage transfrontalier peuvent sembler insignifiants lorsqu'ils sont considérés séparément du reste du dispositif dans son ensemble. Pour les marqueurs qui doivent satisfaire au CAP comme exigence de seuil pour la déclaration, il est indiqué que le CAP peut être difficile à appliquer dans le contexte de dispositifs transfrontières qui déclenchent des conséquences fiscales dans un certain nombre de juridictions différentes. Dans la pratique, de tels dispositifs peuvent ne pas remplir le CAP si le contribuable peut démontrer que la valeur de tout avantage fiscal (national) était accessoire par rapport aux avantages commerciaux de la transaction dans son ensemble.

En effet, chaque dispositif entraîne des conséquences fiscales et plusieurs options s'offrent généralement aux contribuables. Toutefois, on ne peut s'attendre à ce que les contribuables choisissent une solution qui entraîne un charge d'impôts plus élevée. Au contraire, les gestionnaires d'investissement et les multinationales ont une obligation fiduciaire envers leurs investisseurs de ne pas payer plus d'impôts que ce qui est légalement dû (compte tenu de toutes les lois fiscales applicables).

Les contribuables sont libres de choisir l'option qui leur permet d'avoir la charge fiscale la plus faible, y compris, entre autres, le choix des instruments de financement (qu'il s'agisse de fonds propres ou de dettes) et, dans un contexte européen, le choix de l'État membre de l'UE dans lequel une entité est établie et gérée (également appelé liberté d'établissement). Ainsi, le fait même qu'il existe une alternative qui donne lieu à un taux d'imposition effectif plus élevé ne peut pas éclairer l'analyse du CAP (à moins qu'il ne puisse être établi que l'avantage fiscal va à l'encontre de l'objet ou du but de la législation fiscale applicable).

Lorsqu'il existe une série de dispositifs, le CAP doit être appliqué à l'égard de la série de dispositifs plutôt que d'isoler un dispositif spécifique. En outre, lorsqu'un nouveau dispositif est inclus dans une série de dispositifs, c'est la série de dispositifs qui doit être testée aux fins du CAP. Globalement, le CAP se résume à déterminer si un dispositif ou une série de dispositifs est motivé(e) par des considérations fiscales (c'est-à-dire si l'avantage fiscal n'est pas accessoire par rapport à l'avantage commercial) ou si l'avantage fiscal est accessoire par rapport à l'avantage principal consistant à générer un bénéfice continu et à bénéficier d'une plus-value à la fin de l'investissement (ce dernier cas peut être appelé «optimisation de la situation fiscale» en accord avec toutes les lois fiscales applicables).

Suite en page de droite

[Suite page de gauche](#)

Enfin et surtout, les directives européennes contre les pratiques d’évasion fiscale («ATAD 1 & 2») ont exigé des États membres de l’UE qu’ils mettent en œuvre, à partir de 2019, un certain nombre de règles anti-abus dans leur législation fiscale nationale, notamment des règles relatives aux dispositifs hybrides, des règles de limitation à la déductibilité des intérêts, des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées («CFC»), une règle générale anti-abus («GAAR» ou «General Anti-Abuse Rule») et des règles relatives à l’imposition à la sortie. Ainsi, il existe des règles explicites dans tous les domaines qui ont été identifiés comme essentiels et les contribuables peuvent simplement se conformer aux règles applicables plutôt que de profiter des lacunes qui pourraient autrement remplir le CAP.

En résumé

Les obligations de déclaration prévues par le RDO deviendront bientôt une réalité dans l’UE et obligeront les intermédiaires et les contribuables à traiter un arriéré relatif aux dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre depuis le 25 juin 2018, puisque DAC 6 s’applique avec effet rétroactif. On peut s’attendre à ce que les obligations de déclaration prévues par le RDO deviennent une partie intégrante

de chaque analyse fiscale et soient omniprésentes dans les discussions entre les contribuables et leurs prestataires de services. Ainsi, les nouvelles obligations de déclaration auront un impact non seulement sur les conseillers fiscaux, mais aussi sur les avocats, les conseillers financiers, les comptables, les banques, etc. et sur les contribuables eux-mêmes qui doivent, au minimum, remplir un rôle de coordination entre les différents prestataires de services au Luxembourg (et à l’étranger). Cette mesure à elle seule permettra d’atteindre l’effet dissuasif souhaité, car tant les intermédiaires que les contribuables devront à tout moment examiner attentivement les éventuelles obligations de déclaration.

Pour l’instant, DAC 6 crée une incertitude juridique considérable en raison de l’introduction de définitions et de concepts vagues, des variations du champ d’application du RDO dans les différents États membres de l’UE réunis, des attitudes variables attendues de la part des autorités fiscales concernées, des incertitudes entourant le début de la période de déclaration et d’un manque de directive de la part de la Commission européenne et des législateurs nationaux.

Répondre à cette incertitude par une sur-déclaration systématique serait toutefois néfaste pour un certain nombre de raisons. Les autorités fiscales devraient consacrer des ressources limitées à la recherche d’une

aiguille dans une botte de foin, les contribuables pourraient être mis sous les feux de la rampe malgré le fait que les conditions du RDO ne soient pas remplies, et les contribuables pourraient être confrontés à un risque réputationnel car on peut supposer que les investisseurs et autres intervenants seront intéressés par la déclaration faite en vertu de DAC 6.

Points de planification

Le respect du RDO consiste essentiellement à éviter les sanctions. Par conséquent, les intermédiaires et les contribuables doivent s’attacher à élaborer un processus approprié qui soit systématiquement suivi. L’analyse des obligations potentielles de déclaration doit être effectuée dès qu’un dispositif transfrontière est envisagé, de manière à pouvoir respecter les délais de déclaration courts (si une déclaration est nécessaire).

Dans l’ensemble, les efforts déployés par les intermédiaires et les contribuables devraient être proportionnels aux activités réalisées et au volume des dispositifs transfrontières à évaluer. Les prestataires de services qui sont impliqués dans un grand nombre de dispositifs transfrontières seraient bien avisés de préparer une politique DAC 6 globale qui définisse les processus internes, répartisse les rôles et les responsabilités et fournisse des orientations pratiques. Les intermédiaires et les contribuables impliqués dans plusieurs

États membres de l’UE devraient en outre viser une interprétation cohérente dans toute l’Europe (dans la mesure où cela est possible, compte tenu des variations dans la transposition de DAC 6). À moins de trois mois de l’entrée en vigueur du RDO, le 1^{er} juillet 2020, la préparation à l’application de DAC 6 devient une question urgente pour les intermédiaires et les contribuables.

En fin de compte, bien que nous soyons actuellement témoins d’une situation sans précédent avec une pandémie mondiale (Covid-19) qui aura un impact grave sur l’économie mondiale et un effet immédiat sur la façon dont les affaires sont menées dans un environnement de distanciation sociale, les contribuables et les intermédiaires seraient bien avisés de considérer le 1^{er} juillet 2020 (date d’entrée en vigueur du RDO) et le 30 août 2020 (dépôt de rapports concernant les dispositifs qui ont été mises en œuvre à partir du 25 juin 2018) comme des dates importantes.

** 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

L’auteur souhaite remercier Marie Bentley (Knowledge Director) pour son aide précieuse.

1) Le Parlement luxembourgeois a adopté la loi DAC 6 le 21 mars 2020.