

La mise en œuvre de DAC 6 (régime de déclaration obligatoire) dans toute l'Europe : un appel à la raison (partie 1)

Par Oliver R. HOOR, ATOZ Tax Advisers*

Cet article est le premier de deux articles qui analysent les questions d'interprétation concernant DAC 6 et appelle 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 la 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.

Variantes dans la transposition de DAC 6 à travers l'Europe

DAC 6 prévoit un cadre de règles de déclaration obligatoire qui peut être considéré comme une norme minimale. Toutefois, les États membres de l'UE sont libres d'élargir le champ d'application du RDO, par exemple en y ajoutant des marqueurs supplémentaires ou en étendant les obligations de déclaration à de simples dispositions nationales (plutôt qu'aux seuls dispositifs transfrontières). DAC 6 exige en outre que les États membres de l'UE introduisent des sanctions qui doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives. Cette exigence semble poser quelques problèmes d'interprétation parmi les législateurs, car les sanctions maximales adoptées pour le non-respect du RDO varient considérablement, allant de montants inférieurs à 10 000 euros (8 360 \$) en Irlande à des sanctions excessives pouvant atteindre 5 millions d'euros par dispositif non déclaré en Pologne (qui a déjà transposé le RDO en droit interne depuis le 1^{er} janvier 2019).

Hormis les variantes au sein des lois sur le RDO, les définitions et concepts vagues utilisés dans DAC 6 sont sujets à interprétation, ce qui entraînera probablement des choix différents en matière de déclaration de la part des intermédiaires et des contribuables au sein d'un même État membre de l'UE et dans toute l'UE. En outre, l'attitude des autorités fiscales concernées variera probablement d'un État membre à l'autre.

À la lumière de ce qui précède, il peut arriver qu'un dispositif transfrontière ne soit pas soumis à l'obligation de déclaration en vertu du RDO d'un des États membres de l'UE concernés, alors que le même dis-

positif est soumis à l'obligation de déclaration en vertu du RDO d'un autre État membre de l'UE.

Qu'est-ce qu'un Dispositif ?

Le RDO exige des intermédiaires de l'UE qu'ils déclarent les dispositifs transfrontières qui constituent des dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif. Le terme «dispositif» peut également inclure une série de dispositifs et un dispositif peut comprendre plus d'une étape (voir l'article 1 n° 1 de la loi luxembourgeoise transposant DAC 6). Par conséquent, la compréhension du terme «dispositif» au sens du RDO est assez large.

Un dispositif est considéré comme transfrontière s'il concerne soit (i) plus d'un État membre de l'UE, soit (ii) un État membre de l'UE et un pays tiers (en particulier, lorsque tous les participants au dispositif ne sont pas résidents fiscaux dans la même juridiction).

Lorsqu'un contribuable se contente d'envisager une transaction hypothétique avec un intermédiaire qui n'est finalement pas mise en œuvre, il ne devrait y avoir aucun dispositif susceptible d'être déclaré en vertu du RDO. Les intermédiaires doivent être prudents lorsqu'il n'y a pas de certitude, au départ, qu'un dispositif sera mis en œuvre ou non, afin d'éviter les «déclarations fantômes». Un investissement peut ne pas être mis en œuvre, par exemple, parce que la «due diligence» a mis en lumière des questions et des risques inattendus ou parce que les parties ne peuvent pas s'entendre sur le prix de vente.

Les obligations de déclaration en vertu du RDO doivent être analysées lors de la mise en œuvre d'un dispositif, tenant compte des modifications ultérieures de ce dispositif. Par exemple, lorsqu'une facilité de crédit est accordée, les prélèvements supplémentaires ou les remboursements (partiels) du prêt ne doivent pas être vu comme des dispositifs à part entière. De même, les transactions standards telles que le paiement de dividendes ou le rapatriement de liquidités par le rachat d'un instrument de financement existant ne doivent pas être analysés comme des dispositifs au sens du RDO : après tout, la structure de l'investissement et les instruments de financement doivent être analysés lors de la mise en œuvre de l'investissement, de la restructuration, etc.

Qu'est-ce qu'un intermédiaire ?

Les responsabilités en matière de déclaration des dispositifs transfrontières incombent généralement à l'intermédiaire. Un «intermédiaire» est défini comme toute personne qui conçoit, commercialise, organise ou met à disposition pour la mise en œuvre ou gère la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration. Le cercle des intermédiaires comprend en outre toute personne qui sait, ou dont on peut raisonnablement penser qu'elle sait, qu'elle s'est engagée à fournir (directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes), une aide, une assistance ou des conseils en ce qui concerne la conception, la commercialisation, l'organisation, la mise à disposition pour la mise en œuvre ou la gestion de la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

En conséquence, la définition des intermédiaires envisage deux types distincts d'intermédiaires : (i) les intermédiaires principaux qui participent à la conception, à la commercialisation, à l'organisation ou à la gestion de la mise en œuvre d'un dispositif ; et (ii) les intermédiaires secondaires qui fournissent une aide, une assistance ou des conseils en rapport avec la conception, la commercialisation, l'organisation ou la mise en œuvre de dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

Il s'ensuit que la compréhension de la notion d'intermédiaire est très large et peut inclure, notamment, les

conseillers fiscaux, les avocats, les conseillers financiers et les comptables. Toutefois, selon les cas, d'autres prestataires de services tels que les consultants, les banques, les compagnies d'assurance ou les gestionnaires de placements peuvent être considérés comme des intermédiaires au sens du RDO. Par conséquent, il n'est souvent pas évident de savoir si un prestataire de services est un intermédiaire. Cela est d'autant plus vrai dans le cas d'intermédiaires secondaires qui ne sont impliqués que de loin dans une transaction. Les intermédiaires ne sont toutefois pas tenus de faire preuve d'une «due diligence» supplémentaire pour établir s'il existe un dispositif devant faire l'objet d'une déclaration. Les intermédiaires ne sont pas non plus censés ouvrir des enquêtes sur des dispositifs dont ils ont simplement connaissance.

Dans ces circonstances, la défense des prestataires de services selon laquelle ils ne savaient pas et dont on ne pouvait raisonnablement pas attendre qu'ils sachent qu'ils faisaient partie d'un dispositif devant faire l'objet d'une déclaration peut souvent être valablement avancée, étant donné qu'un prestataire de services pourrait n'être impliqué que dans une partie particulière d'un dispositif plus large, comme une banque fournissant un financement ou facilitant les paiements.

Quand la période de 30 jours commence-t-elle ?

Un autre aspect très pratique du RDO qui peut donner lieu à des incertitudes est la question de savoir quand le délai de déclaration commence à courir. Le premier événement qui peut raisonnablement déclencher une obligation de déclaration est le moment où un intermédiaire met un montage à la disposition d'un contribuable.

Selon DAC 6, les intermédiaires doivent déclarer les informations qui sont à leur connaissance, en leur possession ou sous leur contrôle à propos des dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration dans un délai de 30 jours commençant :

- a) le lendemain de la mise à disposition du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration pour sa mise en œuvre ; ou
- b) le lendemain du jour où le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration est prêt à être mis en œuvre ; ou
- c) 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 (article 2, paragraphe 1, de la loi). Par ailleurs, les intermédiaires devraient être tenus de déclarer les informations dans un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où ils ont fourni, directement ou indirectement, une aide, une assistance ou des conseils (article 2, paragraphe 1, du projet de loi).⁽²⁾

Compte tenu de ce délai assez court, il serait judicieux d'envisager les éventuelles obligations de déclaration à un stade très précoce (dans le cadre de l'analyse initiale d'un dispositif). Lorsqu'il est conclu que le dispositif n'est pas soumis à l'obligation de déclaration, la période de déclaration de 30 jours n'est pas pertinente. En revanche, lorsqu'un dispositif transfrontière doit être déclaré dans le cadre du RDO de l'un des États membres de l'UE concernés, le début de la période de déclaration est très important et doit être suivi de près (le début de la période de déclaration peut également varier d'un intermédiaire à l'autre en fonction du moment où il intervient). Étant donné que la déclaration fantôme (c'est-à-dire la déclaration des dispositifs qui ne sont finalement pas mis en œuvre) ne permettrait pas de servir l'objectif de DAC 6, les intermédiaires doivent conserver leur analyse sous forme de projet jusqu'à ce qu'il soit clair que dispositif devant faire l'objet d'une déclaration sera mis en œuvre. Cela permettrait également de s'assurer que le schéma des faits présentés dans l'analyse finale est conforme à la réalité et ne décrit pas une situation dépassée.

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 directives de la part de la Commission européenne et des législateurs nationaux.

Répondre à cette incertitude par une sur-déclaration systématique serait toutefois néfaste pour plusieurs 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.

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

2) Article 2 (1) du projet de loi.