

DAC6 en pratique : «Houston, on a un problème!»

Par Julien LAMOTTE, associé fiscaliste, Carole HEIN, directrice fiscale et Anthony TREMBLIER, Senior Manager fiscaliste, Deloitte Luxembourg

Depuis son adoption en 2018, la directive UE 2018/822 prévoyant un échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, fait beaucoup parler d'elle. En effet, cette directive aussi nommée «DAC 6» est plutôt atypique à différents égards. Mais sa principale caractéristique, malgré elle, consiste en une difficulté d'application plutôt exceptionnelle assortie de pénalités significatives.

En théorie, seuls des dispositifs remplissant certaines caractéristiques sont reportables. Il y a des échéances bien précisées - un délai de 30 jours dès le 1^{er} juillet 2020 pour l'application classique de la directive et une date spécifique fixée au 31 août 2020 pour reporter les dispositifs de la période rétroactive allant du 25 juin 2018 au 1^{er} juillet 2020 et appelée communément le «back log». Une liste d'informations à reporter est mentionnée avec des sanctions en cas de non-respect. Tout semble bien ficelé.

De ce fait, comme à la veille de l'expédition d'Apollo 13, tous les voyants sont au vert. Tout a été prévu par ses rédacteurs et ce n'est pas leur première fois. Comme pour le voyage sur la Lune, l'échange automatique est un terrain connu et déjà expérimenté avec CRS⁽¹⁾ dans la DAC 2, l'échange automatique des rulings dans la DAC 3 ou encore le CbCR⁽²⁾ dans la DAC 4. Malgré quelques incertitudes lors de la mise en place de ces mesures, tout a été corrigé et le reporting se passe dans d'assez bonnes conditions. Pourtant, comme lors de l'expédition d'Apollo 13, la pratique réserve bien des surprises aux acteurs concernés par DAC 6. Et ces derniers, à leur manière, appellent à l'aide: «Houston, on a un problème!».

Un spectre théorique maîtrisé

En théorie, la sixième itération de la directive sur la coopération administrative se voulait la plus objective possible pour éviter des interprétations inconciliables selon les acteurs concernés au sein de l'Union européenne. En effet, cette directive DAC 6 ne concerne pas en premier lieu les contribuables mais plutôt les intermédiaires, prestataires de services ou promoteurs de dispositifs. S'y mélangent donc des consultants fiscalistes professionnels en la matière d'une part et des banquiers, des assureurs, des prestataires de services en tous genres et moins spécialisés en matière fiscale d'autre part.

Pourquoi? Car ces derniers sont considérés comme ayant l'information «en primeur», ce qui permettrait donc un échange automatique et obligatoire plus efficace car effectué lors de la mise en place du dispositif concerné.

C'est aussi pour cette raison que cette directive destinée à mettre en lumière des dispositifs considérés comme fiscalement potentiellement agressifs ne prévoit pas d'analyse sur cette agressivité fiscale, par essence subjective, mais mentionne une liste de caractéristiques, dits marqueurs, censés faciliter le mécanisme d'échange automatique. Si le dispositif correspond à un marqueur, on le reporte. Dans le cas contraire, on ne le reporte pas. Cela pourrait sembler simple et à la portée de tous même si les personnes ne sont pas des fiscalistes aguerris.

Une mise en pratique cauchemardesque

Si de nombreux Etats ont décidé de suivre le texte de la directive, certains ont préféré une transposition plus large entraînant, avant même sa mise



en place, des positions différentes. De ce fait, les intermédiaires, présents dans différents Etats de l'Union européenne sont les premiers à souffrir de ces transpositions à multiples facettes. Doivent-ils ne recenser que les dispositifs transfrontières ou y intégrer les dispositifs domestiques? Doivent-ils exclure la TVA dans les impôts concernés ou l'intégrer? La réponse est... Cela dépend.

Avant même de délimiter le périmètre des dispositifs concernés, les acteurs doivent déjà déterminer s'ils sont des intermédiaires ou pas. Qu'est-ce qu'un intermédiaire? Il s'agit de 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. Mais la directive prévoit également que l'on y intègre toute personne qui, compte tenu des faits et circonstances pertinents et sur la base des informations disponibles ainsi que de l'expertise en la matière et de la compréhension qui sont nécessaires pour fournir de tels services, 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 [...].

Cette deuxième partie de définition est déjà bien plus difficile à appréhender. Si le projet de loi luxembourgeois précise que l'intermédiaire n'a aucune obligation spécifique allant au-delà des obligations professionnelles existantes de rechercher activement des informations que l'intermédiaire ou le contribuable concerné ne détient pas en premier lieu, il est difficile de déterminer la frontière entre celui qui ne sait pas et celui qui pourrait raisonnablement être censé savoir... Par ailleurs, dans quel contexte pouvons-nous considérer qu'une personne s'est engagée à fournir une aide, assistance, ou conseil concernant la conception, la commercialisation ou l'organisation d'un compte bancaire permettant de mettre en place un dispositif conçu par un contribuable avec l'assistance de son conseiller fiscal permet-elle de qualifier une banque comme étant un participant (car le terme n'est pas défini) et/ou un intermédiaire?

Le périmètre de cette définition d'intermédiaire est encore complexifié par l'application du secret professionnel. En effet, si une personne morale ou physique peut être qualifiée d'intermédiaire, elle peut toutefois être exonérée de cet échange obligatoire afin de respecter le secret professionnel. La responsabilité d'échanger peut, de ce fait, être reportée sur des intermédiaires entrant en scène plus tard dans le dispositif, à défaut vers les contribuables.

En parlant d'informations, comment les gérer, les conserver, les échanger et les protéger? C'est toute la contradiction de l'ère actuelle dont le challenge principal consiste en une cohabitation quasi impossible entre un échange d'information accru et une protection des données personnelles mises en exergue par le RGPD. Ce challenge se retrouve également avec la problématique concernant les succursales. Les



interprétations semblent divergentes selon l'Etat membre dans lequel les activités des succursales seraient à reporter (Etat du siège de l'Union européenne ou de la succursale). On pourrait adopter une approche similaire à celle en vigueur pour d'autres échanges d'information comme CRS qui prévoit que les succursales doivent déclarer elles-mêmes certaines informations pour CRS aux autorités fiscales où elles sont établies.

C'est la position qui a été adoptée par nos voisins français concernant DAC 6 mais rien ne dit que c'est celle qui prévaudra au niveau des Etats membres. Si une autre approche était adoptée, nul doute que beaucoup de problématiques pratiques se poseraient quant à l'accès aux informations de la succursale, notamment qui du siège ou de la succursale serait en charge du reporting... Ce type de problématiques témoigne du besoin de clarification qui commence petit à petit à se matérialiser sur certains sujets dans d'autres Etats.

Par ailleurs, il est assez exceptionnel de voir que la Commission européenne a déjà lancé quinze avis formels sur base de l'article 258 TFEU en relation avec



DAC 6; dans la majorité des cas pour une non transposition de la directive dans le délai imparti - la directive devait être transposée pour le 31 décembre 2019 au plus tard - et dans certains cas pour une mauvaise transposition de cette dernière même si le texte des avis n'est pas public.

Concrètement, que fait-on?

Si de nombreuses zones d'ombre demeurent, la date du premier reporting est quant à elle connue: le 1^{er} juillet 2020. Il faut donc s'y préparer en mettant en place une stratégie qui consiste en trois piliers principaux:

D'abord, il est important de mesurer les impacts de DAC 6 et en l'absence de lignes de conduite claires, une analyse objective et prudente est la meilleure approche. En cas de doute, la position première est de classer le dispositif comme potentiellement reportable. Il sera plus facile de retirer de la liste des dispositifs que d'en rajouter en dernière minute - surtout compte tenu des informations à collecter pour pouvoir faire le reporting. Cette analyse d'impact permettra d'avoir une idée de la quantité des dispositifs à reporter en

lien avec le «back log» mais également de faire des projections pour le futur.

Ensuite, une intégration d'une étape DAC 6 dans les processus et les modèles opérationnels actuels. Ce deuxième pilier doit permettre de retirer les dispositifs qui sont sans aucun doute hors champ, tout en permettant de recueillir les informations utiles pour faire les déclarations. Il convient donc de prévoir:

- une politique de collecte d'informations par les départements front office pour tout nouveau dispositif;
- une bonne communication entre le front office - qui aura plus d'informations - et le back office qui aura certainement davantage de latitude de les analyser;
- une mise à jour de la documentation à destination de la clientèle pour l'informer d'un potentiel reporting;
- des formations pour le personnel.

Il convient aussi de modifier les conditions générales en lien avec règles RGPD et de prévoir l'impact potentiel de DAC 6 sur les assurances professionnelles.

Enfin il faut prévoir un procédé efficace de collecte et de conservations des informations. Selon le volume à reporter, cela peut se faire via un simple document Excel ou via un outil spécifique de reporting. Dans l'attente du format de reporting, les informations essentielles seront déjà collectées.

Détenir une preuve qu'une analyse a été faite afin de déterminer si un dispositif est reportable ou non est clé pour démontrer sa bonne foi et limiter le risque de sanctions financières élevées.

Comme pour beaucoup de nouvelles réglementations, une analyse d'impact suivie d'une documentation et une procédure adaptée permettront d'être prêt à relever ce nouveau défi. Et au moment où l'on écrit ces lignes, DAC 7 en est à ses premières...

1) Common Reporting Standard

2) CbCR: Country-by-Country Reporting

TABLEAU DE BORD AGEFI Luxembourg

	13-mars-20	31-janv-20	DIFF %	
Dow 30 (DJI)	23185.62	28256.03	-17.94%	
S&P 500 (GSPC)	2711.02	3225.52	-15.95%	
Euro Stoxx 50	2586.02	3640.91	-28.97%	
DAX (GDAXI)	9232.08	12981.97	-28.89%	
CAC 40 (FCHI)	4118.36	5891.71	-30.10%	
Lux General Index	412.56	590.07	-30.08%	
FTSE 100 (FTSE)	5366.11	7286.00	-26.35%	
Nikkei 225 (N225)	17442.50	23205.18	-24.83%	
Shanghai (SHCOMP)	2887.43	2976.53	-2.99%	
US Fed Funds Rate	1.25%	1.75%	-0.50%	
3 Month US Treasury Rate	0.28%	1.55%	-1.27%	
5 Year US Treasury Rate	0.70%	1.32%	-0.62%	
Banque centrale européenne (BCE), taux refi	0.00%	0.00%	0.00%	
Euro LIBOR 3 mois	-0.52%	-0.42%	-0.11%	
Eurozone obligations d'Etat 5 ans	-0.28%	-0.33%	0.05%	
Pétrole brut (coût de production) : 1 litre=	0.1866	0.2924	-36.19%	€ West Texas Intermediate (prix en euro par litre)
Gaz naturel : 1 m3=	0.0598	0.0587	2.00%	€ Natural Gas, Henry Hub-1 (prix en euro par m3)
Gaz naturel : 1MWh=	5.7733	5.6601	2.00%	€ Natural Gas, Henry Hub-1 (prix en euro par MWh)
Gaz naturel : 1 MMBtu=	1.8800	1.8400	2.17%	\$ Natural Gas, Henry Hub-1 (prix en \$ par MMBtu)
Or : 1 Kg=	44240	45869	-3.55%	€
Or : 1 oz=	1529	1583	-3.39%	\$
Argent : 1 Kg=	426	521	-18.11%	€
Argent : 1 oz=	14.74	17.97	-17.97%	\$
€1=	1.1114	1.1095	0.17%	\$ - =le dollar augmente par rapport à l'euro
\$1=	36.30	36.36	-0.17%	LUF/BEF Francs luxembourgeois/belges
£1=	5.90	5.91	-0.17%	FRF Francs français
¥1=	1.76	1.76	-0.17%	DEM Deutsche Marks
₹1=	1.98	1.99	-0.17%	NLG Gulden (florins)

Ce tableau de bord, une exclusivité d'AGEFI Luxembourg, permet au lecteur:

1° de voir sur une page les principaux indices boursiers et taux d'intérêts

2° de connaître le coût de production de plusieurs produits d'énergie en euro, à comparer avec le prix au détail

3° de connaître le prix de l'or et de l'argent en kilo et en euros.

4° de convertir le dollar dans son ancienne devise