

La législation anti-abus allemande toujours incompatible avec le droit européen selon la CJUE

Par Andreas MEDLER et Oliver R. HOOR*, Atoz Tax Advisers

Le 14 juin 2018, la Cour de Justice de l'Union Européenne («CJUE») s'est prononcée sur une affaire relative à la législation allemande anti-abus qui refuse une exonération (partielle) ou un remboursement de retenue à la source sur les distributions de dividendes faites par des sociétés allemandes à des sociétés mères étrangères. Cette décision confirme la jurisprudence antérieure de la CJUE quant à l'application des législations anti-abus dans un contexte européen. Cet article donne un aperçu clair et concis des faits de la cause, des dispositions anti-abus en question et des limitations fixées par la CJUE quant au champ d'application des législations anti-abus dans un contexte européen.

Introduction

Les dividendes distribués par une société allemande à une société mère étrangère sont généralement soumis à la retenue à la source allemande au taux de 25% (augmentée de la majoration de solidarité de 5,5%). Cependant, les sociétés mères résidentes dans un Etat Membre de l'Union européenne peuvent bénéficier d'une exonération totale de retenue à la source conformément à la loi fiscale allemande mettant en œuvre les règles de la directive européenne mère-fille («Directive»). De plus, le droit, pour l'Allemagne, de prélever une retenue à la source sur les dividendes peut être restreint par les conventions fiscales. Jusqu'ici tout va bien.

Cependant, en pratique, lorsque les sociétés allemandes distribuent des dividendes à des sociétés mères non résidentes, le § 50d (3) de la loi allemande relative à l'impôt sur le revenu (*Einkommensteuergesetz*, ci-après «LAIR») contient une disposition anti-abus qui soumet l'application du taux réduit de retenue à la source ou d'une exonération de retenue à la source sur dividendes à certaines conditions (excessives). Depuis son introduction en 2007, de sérieux doutes ont été exprimés quant à la conformité de cette règle au droit européen puisqu'elle n'était pas liée au critère du «montage purement artificiel» établi par la jurisprudence de la CJUE. En 2011, cette règle anti-abus a été amendée en vue de corriger les problématiques de compatibilité avec le droit européen.

Le 20 décembre 2017, la CJUE statua dans deux affaires relatives à la règle anti-abus allemande dans sa version en vigueur en 2007 (affaires Deister Holding AG n° C-504/16 et Juhler Holding A/S n° C-613/16) dans lesquelles la CJUE jugea que cette règle était incompatible avec la Directive et la liberté d'établissement. Le 4 avril 2018, le Ministère des finances allemand réagit à la décision de la CJUE et publia une circulaire qui limite dorénavant le champ d'application de la législation allemande anti-abus. Dans une décision du 14 juin 2018 (affaire GS v. Bundeszentralamt für Steuern n° C-440/17), la CJUE trancha sur la compatibilité, avec le droit européen, de la législation anti-abus allemande dans sa version en vigueur en 2012.

Éléments clés de l'affaire

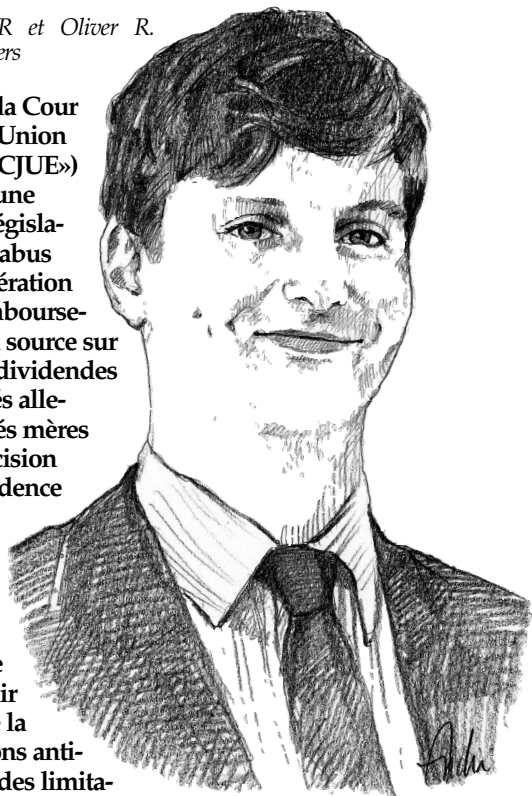
GS était une société de droit néerlandais qui détenait des participations dans plusieurs filiales résidentes dans différentes juridictions. L'actionnaire de GS était une société de droit allemand.

Au cours de la période allant de 2006 au 7 novembre 2013, GS détenait une participation de plus de 90% dans une filiale allemande. En 2013, GS réalisait trois activités incluant :

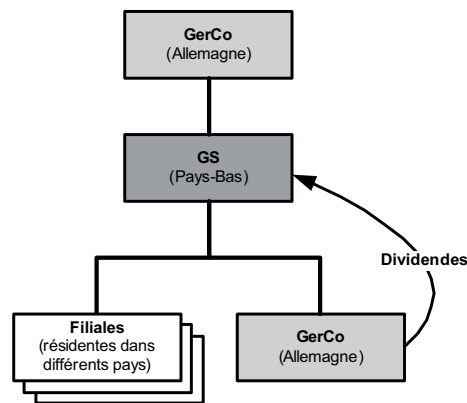
- (i) des activités de détention de participations ;
- (ii) des activités de financement (fourniture de financement à différentes filiales selon le principe de pleine concurrence) et gestion de trésorerie (investissement de l'excédent de liquidité sur les marchés financiers) ; et
- (iii) des activités d'approvisionnement (acquisition de marchandises auprès de parties tierces qui furent vendues à profit aux filiales).

En termes de substance, GS disposait de deux bureaux entièrement équipés et de trois employés qui géraient les diverses activités économiques de GS.

En 2013, GS reçut un dividende de sa filiale allemande. Sur cette distribution de dividende, une



retenue à la source allemande de 25% (augmentée de la majoration de solidarité) fût prélevée pour le compte de GS. Par la suite, GS sollicita une exonération de retenue à la source allemande qui fût refusée par les autorités fiscales allemandes. L'appel interjeté par GS contre cette décision fût également rejeté par les autorités fiscales allemandes. En dernier recours, GS intenta une action contre cette décision devant la Cour des Finances de Cologne (*Finanzgericht Köln*) faisant valoir que le § 50d (3) de la LAIR était incompatible avec la liberté d'établissement et la Directive. La Cour renvoya l'affaire devant la CJUE.



Aperçu des dispositions anti-abus allemandes

Les dispositions anti-abus allemandes applicable depuis 2012 sont les suivantes :

«Une société étrangère n'est pas en droit d'obtenir une réduction partielle ni une exonération totale en application des sous-paragraphes 1 ou 2 dans la mesure où les personnes détenant une participation dans cette société étrangère n'auraient pas eu droit au remboursement ou à une exonération s'ils avaient perçu les revenus directement, et

- 1) il n'y a pas de raisons économiques ou substantielle qui justifient l'implication de la société étrangère ; ou
- 2) La société étrangère ne participe pas à la vie économique générale par le biais d'un établissement commercial adéquatement équipé pour atteindre ses objectifs commerciaux.

Les circonstances de la société étrangère constituent le seul facteur décisif ; les caractéristiques organisationnelles, économiques ou autres caractéristiques substantielles des entreprises qui sont affiliées à la société étrangère (Paragraphe 1 (2) de la Loi Fiscale Etrangère (*Außensteuergesetz*)), ne doivent pas être prises en considération. Une société étrangère ne dispose pas de sa propre activité économique si elle génère ses revenus bruts de la gestion d'actifs ou si elle alloue ses principales activités économiques à des parties tierces...»

Par conséquent, le droit de bénéficier d'une exonération de retenue à la source ou d'un remboursement est exclu si (i) l'actionnaire de la société mère étrangère n'aurait pas eu droit à l'exonération ou au remboursement s'il avait reçu ces dividendes directement et (ii) l'une des deux conditions exposées au § 50d (3) de la LAIR est remplie. La conséquence de l'application du § 50d (3) est une présomption automatique d'abus ou de fraude sans aucune possibilité de réfuter cette présomption.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si la société mère étrangère réalise sa propre activité économique, la règle anti-abus allemande précise explicitement que seules les circonstances relatives à la société étrangère sont à prendre en compte, alors que les caractéristiques organisationnelles, économiques,

et autres caractéristiques substantielles des entreprises qui lui sont affiliées doivent être ignorées. Ainsi, la structure et la stratégie du groupe dont fait partie une telle société ne sont pas prises en compte pour le test de l'activité économique.

Cependant, en réaction à la décision de la CJUE de 2017, le Ministère des finances allemand émit une circulaire en vertu de laquelle cette disposition n'était désormais plus applicable. Par conséquent, la substance de l'ensemble du groupe dans la juridiction dans laquelle la société étrangère est résidente fiscalement est à prendre en considération afin de déterminer si une société mère européenne dispose d'une substance adéquate. De plus, les autorités fiscales allemandes doivent désormais analyser au cas par cas l'existence de raisons économiques et autres motifs substantiels. A cet égard, la Circulaire précise qu'une substance appropriée ne requiert pas nécessairement qu'à tout moment du personnel dirigeant ou autre personnel soit employé.

En vertu de la version 2012 de la règle anti-abus allemande, la gestion d'actifs (participations, prêts, etc.) par une société étrangère de détention de participations n'était pas considérée comme une «activité économique propre» au sens du § 50d (3) de la LAIR. A cet égard, la Circulaire émise par le Ministère des finances allemand spécifie que la gestion d'actifs peut dorénavant être considérée comme participation à la vie économique générale. Cependant, dans le cas de simples activités de détention, cela ne serait le cas que si la société mère exerçait effectivement ses droits en tant qu'actionnaire.

Enfin, et cet élément est d'importance, les autorités fiscales allemandes n'avaient même pas à démontrer une quelconque évasion fiscale lorsqu'elles refusait une exonération de retenue à la source. En 2011, le législateur allemand modifia légèrement le § 50d (3) de la LAIR afin de remédier aux problèmes manifestes de conformité au droit européen. Suite à cet amendement, les sociétés mères étrangères ne sont désormais plus obligées de réaliser plus de 10% de leurs revenus (durant l'année comptable au cours de laquelle les paiements de dividendes sont effectués) sur leur propre activité économique (c'est-à-dire des revenus autres que dividendes, intérêts, etc.), condition qui était, assez naturellement, difficile à remplir en pratique.

Analyse de la décision de la CJUE

La CJUE a analysé la conformité des dispositions anti-abus allemandes à la lumière des restrictions imposées à la fois par (i) la Directive et par (ii) la liberté d'établissement.

La Directive Mère-Fille

Selon l'Article 5 de la Directive, la distribution de profits par une société qui est résidente dans un Etat Membre à une société mère qui est résidente dans un autre Etat Membre devrait être exonérée de retenue à la source. Cette exonération a pour objet d'éviter la double imposition, d'assurer la neutralité fiscale et de faciliter le regroupement d'entreprise au sein de l'Union européenne. La Directive limite par conséquent la souveraineté des Etats Membres en ce qui concerne l'imposition des profits distribués par des sociétés résidentes à une société mère résidente dans un autre Etat Membre. Les Etats Membres ne sont pas libres d'introduire unilatéralement des mesures restrictives qui soumettraient le droit à exonération de retenue à la source à certaines conditions.

L'article 1 (2) de la Directive dans sa version en vigueur au moment du cas d'espèce permettait aux Etats Membres d'introduire des dispositions de droit interne ou conventionnelles ayant pour objectif de prévenir la fraude et les abus, mais seulement à condition que ces mesures soient appropriées et n'aillent pas au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre cet objectif. En tant qu'exceptions à la règle prescrite par la Directive, de telles mesures étaient soumises à une interprétation stricte.

En d'autres termes, les législations nationales anti-abus doivent prévenir, de manière ciblée, les conduites impliquant la création de «montages purement artificiels» qui ne reflètent pas la réalité économique et dont le but est d'obtenir indûment un avantage fiscal. Ainsi, une présomption généra-

le de fraude ou d'abus ne peut justifier ni une mesure fiscale qui compromet les objectifs de la Directive ni une mesure fiscale qui porte préjudice à la jouissance d'une liberté fondamentale garantie par les traités.

Lors de l'appréciation d'une fraude ou d'un abus, les autorités fiscales ne peuvent pas s'appuyer sur des critères généraux prédéterminés. Les autorités fiscales doivent au contraire effectuer un examen individuel de l'ensemble de l'opération en cause. Le fait d'imposer une mesure fiscale générale qui exclut de façon automatique certaines catégories de contribuables du bénéfice d'un avantage fiscal, sans que les autorités fiscales n'aient l'obligation de fournir *prima facie* une preuve de fraude ou d'abus, va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir les fraudes et les abus.

La disposition anti-abus allemande transgresse clairement ces lignes directrices et restrictions à plusieurs égards. Lorsque des actions dans une société mère non résidente sont détenues par des personnes qui ne se seraient pas à même d'obtenir une exonération (partielle) de retenue à la source si elles avaient reçu les dividendes directement d'une filiale résidente en Allemagne, le § 50d (3) de la LAIR soumet l'exonération de retenue à la source à l'exigence qu'aucune des trois conditions énoncées dans cette disposition ne soit remplie. De plus, les caractéristiques organisationnelles, économiques ou autres caractéristiques substantielles d'une entreprise qui est affiliée à la société mère non résidente ne sont pas prises en compte. En outre, une société mère non résidente n'est pas considérée comme ayant sa propre activité économique si elle perçoit sa rémunération brute sur la gestion d'actifs ou alloue ses principales activités économiques à une partie tierce.

Il va de soi que le § 50d (3) de la LAIR n'est pas spécialement conçu pour cibler les montages purement artificiels dont l'objectif est d'obtenir une exonération de retenue à la source. Cette disposition vise plutôt toute situation où des personnes qui n'auraient pas été fondées à obtenir une telle exonération (si elles avaient reçu le dividende directement) détiennent une participation dans une société mère non résidente.

Cependant, selon la CJUE, le simple fait que de telles personnes détiennent des participations n'indique pas en soi l'existence d'un montage purement artificiel qui ne reflète pas la réalité économique et dont l'objectif est d'obtenir indûment un avantage fiscal. De même, la Directive ne contient aucune restriction liée (i) au traitement fiscal des personnes détenant des participations dans des sociétés mères résidentes de l'Union européenne ou encore (ii) à l'origine de telles personnes.¹

De plus, lorsqu'une des trois conditions énoncées dans le § 50d (3) de la LAIR est remplie, cela établit une présomption irréfutable de fraude ou d'abus. La CJUE note que les trois conditions, prises individuellement ou dans leur ensemble, ne constituent pas des critères adéquats permettant de conclure à l'existence d'une fraude ou d'un abus. En particulier, la Directive ne contient pas d'exigence telle que celle relative (i) à la nature de l'activité économique des sociétés entrant dans le champ ou encore (ii) au montant du chiffre d'affaire résultant de l'activité économique propre de ces sociétés.

Le fait que l'activité économique d'une société mère non résidente consiste uniquement en la gestion des actifs de ses filiales ou que les revenus de cette société résultent uniquement d'une telle gestion, ne peut pas en soi révéler l'existence d'un montage purement artificiel qui ne reflète pas la réalité économique.

A la lumière de ce qui précède, la CJUE jugea que l'Article 1 (2) de la Directive s'opposait aux législations nationales telle que le § 50d (3) de la LAIR (tel qu'applicable depuis 2012).

Liberté d'établissement

La CJUE analysa ensuite la conformité du § 50d (3) de la LAIR à la liberté d'établissement. En principe, toutes les mesures qui prohibent, entravent ou rendent moins attractif l'exercice de la liberté d'établissement doivent être considérées comme constituant des restrictions à cette liberté². De telles restrictions ne sont permises que si elles concernent des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou qu'elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par le droit européen.

Cependant, dans l'affaire en cause, la CJUE conclut que la société mère non résidente qui avait reçu un dividende d'une filiale allemande était dans une situation comparable à celle d'une société mère allemande. Dans ces circonstances, il était donc nécessaire que la restriction soit appropriée pour s'assurer de l'accomplissement de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

Suite page suivante

Suite page précédente

La CJUE indique que l'objectif de lutter contre l'évasion et l'évitement fiscal, qu'il se fonde sur l'article 1 (2) de la Directive ou qu'il constitue une justification pour une exception au droit primaire (c'est-à-dire à la liberté d'établissement) a le même champ d'application. Ainsi, les dispositions anti-abus doivent viser «les montages purement artificiels» qui ne reflètent pas la réalité économique et qui ont pour but d'obtenir indûment un avantage fiscal.

En conséquence, les Etats Membres sont libres de protéger leur assiette fiscale par le biais de règles anti-abus qui sont exclusivement dirigées contre «des montages purement artificiels»⁽⁴⁾. Néanmoins, au sein de l'Union européenne, les restrictions peuvent seulement être justifiées par la nécessité de prévenir l'évasion fiscale quand une règle spécifique anti-évasion cible «les montages purement artificiels destinés seulement à éluder l'impôt national normalement dû».

Ainsi, une situation abusive ne dépend pas uniquement de l'intention du contribuable d'obtenir un avantage fiscal (c'est à dire le test des motifs) mais requiert l'existence (ou absence) de certains facteurs objectifs.⁽⁴⁾ Parmi ces éléments objectifs, la CJUE souligne l'importance de l'existence d'un «véritable établissement» dans l'Etat hôte (par exemple, des locaux, du personnel, des installations et équipement) et une «activité économique effective» réalisée par la société étrangère.⁽⁵⁾ Ici, une société peut même se reposer sur le personnel et les locaux de sociétés affiliées résidentes dans la même juridiction. La notion d'«activité économique effective» doit être interprétée de

manière très large et peut inclure la simple exploitation d'actifs tels que des participations, des créances ou encore des actifs incorporels qui généreront des revenus dits «passifs».

La nature de l'activité ne devrait pas non plus être corrompue si un tel revenu passif trouvait principalement sa source en dehors du pays hôte de l'entité.⁽⁶⁾ De plus, aucun lien ni connexion spécifique entre l'activité économique affectée à l'entité étrangère et le territoire du pays hôte de cette entité ne peut être requis par une disposition anti-abus nationale.

Dès lors, en ce qui concerne le marché intérieur européen, le seul fait qu'une société intermédiaire soit «active» en assurant les fonctions et gérant les actifs qui lui sont alloués (plutôt que d'être une simple société boîte aux lettres) devrait suffire pour se situer hors du champ des législations nationales anti-abus ou du critère des objets principaux repris dans les conventions fiscales conclues entre Etats membres.

L'objectif de lutter contre l'évasion et l'évitement fiscal et celui de sauvegarder une allocation équilibrée des pouvoirs d'imposition entre les Etats Membres ne peuvent justifier dans la présente affaire une entrave à la liberté d'établissement.

De plus, la CJUE note que l'origine des actionnaires des sociétés mères n'affecte pas les droits des sociétés de se prévaloir de la liberté d'établissement. Il ne résulte d'aucune disposition du droit européen que l'origine des actionnaires, soient-ils des personnes physiques ou des personnes morales, des sociétés résidentes dans l'Union Européenne affecte le droit de ces sociétés de se prévaloir de cette liberté.

A la lumière de ce qui précède, la CJUE jugea que la disposition anti-abus allemande (telle qu'applicable depuis 2012) enfreignait la liberté d'établissement.

Conclusion

Le Luxembourg est une place de choix pour l'activité de détention de participations et un centre financier qui est traditionnellement privilégié pour la gestion d'investissements en Europe. Par conséquent, la question de savoir si les sociétés luxembourgeoises impliquées dans ces structures d'investissement peuvent bénéficier des directives européennes et des conventions fiscales conclues par le Luxembourg avec d'autres Etats Membres est primordiale. Malheureusement, les législations anti-abus mises en œuvre par quelques Etats Membres et l'attitude de certaines autorités fiscales ont créé une insécurité juridique sans précédent.

La CJUE a confirmé une nouvelle fois que les contribuables sont libres de se reposer sur leurs libertés européennes lors de la structuration de leurs investissements tant que les dispositifs contractuels sous-jacents ne constituent pas «des montages purement artificiels». Le droit d'un Etat Membre de protéger son assiette fiscale contre les montages abusifs est secondaire. Il s'ensuit que le «chalandage fiscal» est une activité légitime dans un marché interne, même si le choix de la juridiction est principalement fondé sur des considérations fiscales.

Bien que le § 50d (3) de la LAIR ait été légèrement modifié en 2011 dans l'optique d'être mis en conformité avec le droit européen, il est dorénavant clair que la version amendée de cette disposition est également incompatible avec le droit européen. La

Circulaire émise par le Ministère des finances allemand en réponse à la décision de la CJUE de 2017 a éliminé certains des problèmes d'incompatibilité. Cependant, quelques éléments de cette règle anti-abus restent problématiques et les autorités fiscales allemandes doivent, en pratique, considérer attentivement le raisonnement de la CJUE.

Finalement, la jurisprudence de la CJUE instaure des lignes directrices claires quant à la conception et l'interprétation des dispositions anti-abus dans un contexte européen et contribue à la sécurité juridique dans l'ère post-BEPS.

* Oliver R. Hoor, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German Desk;
Andreas Medler, Tax Director (conseiller fiscal agréé en Allemagne);
Atoz Tax Advisers (Taxand Luxembourg).

Pour contacter les auteurs:
oliver.hoor@atoz.lu
andreas.medler@atoz.lu

Les auteurs tiennent à remercier Julien Metz (Tax Director) et Samantha Schmitz (Chief Knowledge Officer) pour leur aide précieuse.

1) Cf. Paragraphe 66 de la décision.

2) Cf. Paragraphe 70 de la décision

3) Cf. "Cadbury Schweppes", note 3, Para. 51; cf. Dr. Eric Robert, Driss Toif, "The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market", European Taxation, IBFD, November 2011, p. 438; cf. José Calejo Guerra, "Limitation on Benefits Clauses and EU Law", European Taxation, IBFD, February/March 2011, p. 93.

4) Cf. "Cadbury Schweppes", note 3, Para. 55.

5) Cf. "Cadbury Schweppes", note 3, Para. 54.

6) De plus, le simple fait qu'une structure puisse aider à transférer des revenus d'une juridiction à imposition élevée vers une à juridiction à imposition faible ne suffit pas à lui seul pour conclure que la structure est «abusives» (même si la structure a des caractéristiques innocentes); Voir Dr. Eric Robert, Driss Toif, "The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market", European Taxation, IBFD, November 2011, p. 438.

L'impact de «DAC 6» en matière de conformité pour les banques

Par Cécile de BARSY, directrice & Océane ETIENNE, consultante, Wacostone

Les structures de planification fiscale, tirant avantage de l'absence d'harmonisation en la matière à l'échelle communautaire, sont de plus en plus nombreuses et sophistiquées au sein de l'Union européenne. Le projet BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) mis en œuvre par l'OCDE, vise ainsi à mettre en échec les stratégies d'optimisation fiscale agressives, notamment au travers de l'action 12. Celle-ci recommande la mise en place de règles obligatoires de communication d'information, à l'origine de la 6^e Directive de Coopération Administrative dite «DAC6».

Cette directive, entrée en vigueur le 25 juin dernier, doit être transposée en droit national dans les états membres avant le 31 décembre 2019. Son objet est d'obtenir des informations complètes et pertinentes sur les dispositifs fiscaux potentiellement agressifs, derrière lesquels sont dissimulés les bénéficiaires effectifs. L'enjeu de cette directive est de réagir rapidement contre les pratiques fiscales dites dommageables, et de renforcer la coopération administrative.

«DAC 6» s'inscrit donc pleinement dans une logique de transparence communautaire exigée par le régulateur, à l'image des directives AML et AEL. Cette nouvelle obligation d'information repose sur des acteurs appelés «intermédiaires». La directive définit de façon très générale les intermédiaires, afin d'englober tous les acteurs participant de près ou de loin à la planification fiscale transfrontière.

L'impact de la directive «DAC6» sur les banques

Tout d'abord, au sens de la directive DAC 6, est considérée comme intermédiaire «toute personne qui conçoit, commercialise, organise, met à disposition ou gère un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration fiscale»⁽¹⁾.

Cette définition inclut donc potentiellement un grand nombre d'acteurs financiers, dont notamment les avocats, les comptables et les banques. En effet, les établissements financiers, dotés d'un service de gestion patrimoniale ou d'un service fiscal délivrant des avis sur la conformité fiscale de tout ou partie du patrimoine sont susceptibles d'être soumis à la nouvelle norme européenne.

De plus, la directive souhaite impliquer «toute personne qui compte tenu des faits et des circonstances pertinentes 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 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»⁽¹⁾ [...].»

Ceci constitue donc le second critère devant être rempli pour être soumis aux obligations déclara-

tives de «DAC 6». A cet effet, l'intermédiaire doit savoir qu'il participe directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'une personne tierce) à un dispositif fiscal transfrontière.

En d'autres termes, même lorsqu'ils ne sont pas à l'origine du projet fiscal en raison de leur caractère d'intermédiaire, les intermédiaires financiers rentrent dans le champ d'application de la directive.

Par conséquent, si un établissement financier doté de ses services d'expertises, est censé savoir qu'il participe à un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, il sera alors soumis aux obligations de la directive «DAC 6».

En pratique, les autorités fiscales ne chercheront pas l'intermédiaire qui a le plus contribué au projet de planification fiscale, mais simplement l'un des acteurs ayant participé comme intermédiaire et détenant des informations sur le sujet. À ce titre, les banques sont directement concernées par «DAC 6» car elles sont, parmi les intermédiaires, ceux qui possèdent un grand nombre d'informations (en dehors des cabinets d'avocats) en raison des autres normes communautaires qui les obligent notamment à tenir à jour des dossiers sur leurs clients, dans le cadre des directives AML et KYC.

Enfin, les établissements financiers ne peuvent se libérer des obligations déclaratives imposées par «DAC6», que s'ils peuvent justifier que les diligences requises ont été faites. Ils peuvent, à ce titre, fournir des éléments prouvant qu'ils ne savaient pas et ne pouvaient pas être censés savoir, qu'ils participaient à un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

Renforcement des diligences en matière de connaissance du client pour les Banques

Dans un contexte européen de transparence des flux, les obligations déclaratives imposées par «DAC6» semblent intervenir à un moment crucial pour les banques. En effet, une grande partie des informations nécessaires à la déclaration ont déjà fait l'objet d'une collecte lors de récentes remédiations AML/KYC, toute non-conformité avec la directive AML 4 étant susceptible de générer de lourdes amendes infligées par le régulateur local lors de contrôles ad hoc.

En effet, la transposition de la directive AML 4 dans les états membres (et notamment au Luxembourg) renforçant l'obligation de vigilance des établissements financiers sur l'état patrimonial et fiscal des bénéficiaires effectifs et titulaires de compte, a donné lieu à de nombreuses campagnes de revue des dossiers clients.

La nouvelle directive «DAC6» précise de manière exhaustive les informations attendues. Il s'agit d'information concernant à la fois le bénéficiaire du dispositif, et des informations concernant le dispositif même. En plus de ces informations, l'intermédiaire doit détailler les marqueurs qui lui ont permis de considérer que le schéma fiscal transfrontière

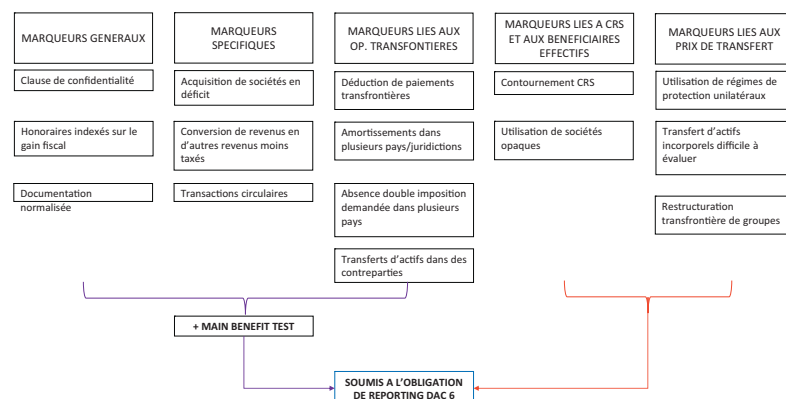
devait faire l'objet d'une déclaration. La directive «DAC 6» énonce 5 grandes catégories d'indices qui permettent de considérer qu'un schéma transfrontière est déclarable. Ces indices sont appelés des «marqueurs»⁽²⁾ : il s'agit d'une caractéristique ou d'une particularité d'un dispositif transfrontière qui indique un risque potentiel d'évasion fiscale ou de pratique fiscale abusive.

Les marqueurs au sens de DAC6

On distingue 5 catégories de marqueurs⁽³⁾ : les marqueurs généraux, les marqueurs spécifiques, les marqueurs liés aux opérations transfrontières, les marqueurs liés à CRS et aux bénéficiaires effectifs, et les marqueurs liés aux prix de transfert.

Les marqueurs généraux et les marqueurs spécifiques sont conditionnés par le critère de l'«avantage principal» ou «Main Benefit Test». Ce critère sera rempli seulement s'il peut être établi que l'«avantage principal ou l'un des avantages principaux qu'une personne peut s'attendre à retirer d'un dispositif, [...] est l'obtention d'un avantage fiscal»⁽³⁾.

Autrement dit, si un dispositif comporte un marqueur général ou spécifique et qu'il ne permet pas l'obtention d'un avantage fiscal, le montage n'a pas à faire l'objet d'une déclaration (cf. schémas ci-dessous).



Les conditions d'éligibilité aux obligations de reporting DAC 6.

En dehors de ces lourdes obligations déclaratives, il convient d'aborder les délais accordés par les législateurs européens. Une première déclaration informant les autorités concernées de l'existence d'un schéma fiscal transfrontalier potentiellement agressif doit être envoyée dans les 30 jours suivants la connaissance certaine du dispositif par l'intermédiaire. Enfin, une seconde déclaration a lieu tous les trois mois : elle concerne la mise à jour des données des contribuables qui ont fait l'objet d'une première déclaration.

Mise en place d'un processus de conformité simplifié et unifié

A cet effet, l'enjeu pour les banques réside dans la capacité qu'elles auront à intégrer cette nouvelle directive dans l'amas de réglementations déjà en cours d'implémentation ou implémentées. En d'autres termes, les banques ont grand intérêt à mettre en place un processus de conformité simplifié et unifié, regroupant des directives/règlementations ayant un/des objectif(s) commun(s).

Si les banques ont d'ores et déjà commencé leur travail de collecte d'information, de remédiation, d'investigation et de mise à jour des données clients avec la directive AML 4, la finalité de cette nouvelle directive DAC 6 est bel et bien l'identification du bénéficiaire effectif.

Par conséquent, greffer DAC6 au processus de collecte d'informations ayant pour objectif l'identification des bénéficiaires effectifs, permet de répondre de manière agile à cette nouvelle réglementation. La collecte d'informations s'inscrivant dans une démarche commune résultant d'un objectif commun, la mise en place d'un processus simplifié et unifié permettrait aux banques de répondre de façon effective aux réglementations AML4 et DAC6.

En effet, regrouper sous une démarche commune les deux phases de collecte d'informations prévues par les directives KYC/AML offrirait un gain de temps et de la fluidité au sein des banques, afin de faire face à la dispersion et au manque d'homogénéité des données au sein même de leurs établissements. L'idée d'uniformiser le processus pour un même objectif permet d'éviter les doublons au niveau des tâches effectuées, comme la collecte par exemple. De plus, elle offrirait la possibilité aux établissements impactés d'optimiser la qualité des données collectées en définissant au préalable les renseignements à obtenir.

Cependant, optimiser en fusionnant les processus opérationnels n'est pas la seule solution. Les établissements financiers ont également entrepris des démarches de transformation digitale, et l'automatisation des processus ainsi que la migration vers d'autres systèmes d'informations plus sophistiqués sont déjà en cours d'implémentation chez certains.

A cet effet, et à l'instar d'un scoring AML calculé automatiquement selon des critères prédéfinis, la mise en place d'un scoring fiscal répondant aux critères/marqueurs de DAC6 peut faciliter la cartographie des clients éligibles/soumis au reporting DAC6. Ce scoring fiscal serait alors calculé automatiquement lors de l'encodage des données fiscales, obtenues lors de la phase de collecte, dans le système d'information. Dès lors, une sorte de «Warning» informerai si le client est potentiellement éligible ou non. Une fois mis en place, ce scoring permettrait aux banques de cartographier rapidement les montages fiscaux potentiellement agressifs.

Pour conclure, l'objectif de DAC6 est donc d'obtenir des informations complètes, pertinentes et précises sur les montages fiscaux potentiellement agressifs. Dès lors, cette nouvelle directive s'inscrit dans une logique de transparence fiscale, et les acteurs impactés pourraient profiter du contexte de mise en place de la directive AML4 afin d'intégrer DAC6 dans leur collecte d'informations.

1) Directive (UE) 2018/822 ; Article Premier, Point b), Paragraphe 21.

2) Directive (UE) 2018/822 ; Article Premier, Point b), Paragraphe 20.

3) Directive (UE) 2018/822 ; Annexe IV, Partie I