

# Faut-il avoir peur de l'épouvantail Dac 6 ?

**Combattre l'évasion fiscale internationale en améliorant la circulation de l'information entre États membres, voilà la noble intention de la directive Dac 6. Mais son application pose de nombreuses questions.**

Cela fait quelques années déjà que l'acronyme Dac 6 est commenté dans la presse du continent. Désignant une directive européenne datée du 25 mai 2018, ces trois lettres et ce chiffre ont rarement fait l'objet de louanges dans les médias. Mise en péril du secret professionnel des avocats, spectre d'application trop large, mise sur un pied d'égalité de petits comptables et de grands cabinets d'audit, termes pas assez bien définis... Les reproches à l'encontre de cette énième directive sur la coopération administrative sont légion. Et ils se sont intensifiés en 2020, alors qu'approche l'entrée en application des mesures qu'elle comporte. Le texte a en effet été transposé en droit luxembourgeois le 26 mars 2020. Les premières opérations de reporting liées à Dac 6 devaient commencer durant l'été... avant d'être reportées à 2021.

## De la fiscalité, sans y toucher

Sur le papier, pourtant, les intentions de Dac 6 sont particulièrement nobles. Il s'agit, dans le sillage du projet Beps (Base Erosion and Profit Shifting) de l'OCDE, de combattre l'évasion fiscale internationale en identifiant plus facilement les mécanismes de planification fiscale dits «agressifs» mis en place par les contribuables ou leurs intermédiaires (fiscalistes, comptables, gestionnaires de fortune, avocats, banques, etc.). Elle contraint ces derniers à déclarer le recours à de tels dispositifs – mis en place dans d'autres États membres ou dans des pays tiers – en les introduisant de façon détaillée dans une grande base de données à laquelle ont accès les différents États membres de l'Union européenne. Chaque État peut ainsi avoir connaissance des pratiques auxquelles ont recours les contribuables, dans une démarche de

«Sur les 10% à 15% des dossiers traités par notre cabinet, qui nous semblaient nécessiter une analyse plus poussée, nous n'avons quasiment rien trouvé qui devra être déclaré sous Dac 6.»

ANTOINE-MICHEL RODRIGUEZ  
Avocat, PwC Legal



lutte contre l'évasion fiscale. Si un contribuable ou un intermédiaire a connaissance d'un tel dispositif et ne le déclare pas dans les 30 jours de sa mise en place, il s'expose à une amende allant jusqu'à 250.000 euros. Dac 6 a, de plus, un effet rétroactif: les dispositifs mis en place à partir du 25 juin 2018 doivent ainsi être déclarés.

Envisagée comme complémentaire à la directive sur l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (transposition en droit européen du CRS, Common Reporting Standard), Dac 6 constitue un moyen pour l'Europe de lutter contre les abus fiscaux sans s'ingérer dans les affaires intérieures de ses États membres. «*Il ne faut pas perdre de vue le fait que la fiscalité est une compétence nationale, propre à chaque État membre*», souligne Antoine-Michel Rodriguez, avocat au sein de PwC Legal. *En se focalisant sur les dispositifs transfrontaliers, l'Europe utilise l'unique levier dont elle dispose pour lutter contre les pratiques d'évasion entre États membres.*» À partir de quel moment faut-il déclarer certaines transactions sous Dac 6? C'est la première question que soulève aujourd'hui cette directive auprès des contribuables et intermédiaires. Le premier critère à considérer, afin de répondre à cette question, réside dans la nature transfrontalière, ou non, des opérations. «*Trois éléments doivent être pris en compte au moment de l'analyse des différents dispositifs: le caractère transfrontalier de l'opération, sa correspondance avec l'un des 15 marqueurs définis par la directive et, pour certains marqueurs, le fait qu'un des avantages principaux qu'elle permet d'obtenir soit fiscal et non commercial ou autre*», précise Johan Léonard, avocat chez Stibbe Avocats.

Parmi les marqueurs définis par Dac 6, on trouve, par exemple, des dispositifs dans lesquels un participant prend artificiellement des mesures qui consistent à acquérir une société réalisant des pertes, des dispositifs qui ont pour effet de vertir des revenus en capitaux, en dons ou en d'autres catégories de recettes qui sont taxés à un niveau inférieur ou ne sont pas taxés, ou encore des dispositifs qui incluent des transactions circulaires ayant pour résultat un «carrousel» de fonds.

## Des termes flous

La prise en considération de ces critères n'est cependant pas aisée, de nombreux termes étant sujets à interprétation. C'est d'ailleurs là l'un des principaux griefs formulés par les profes-

sionnels du droit vis-à-vis de cette directive, qui a été transposée quasiment telle quelle dans la législation luxembourgeoise. «*Certains marqueurs sont, par exemple, plutôt vagues*, poursuit Johan Léonard. *Bien souvent, il sera difficile de savoir avec certitude si telle ou telle opération ou telle ou telle transaction transfrontalière effectuée correspond à un marqueur Dac 6 et s'il faut dès lors la déclarer. Le risque est que l'on finisse par déclarer certaines structures, dans le doute, alors que cela ne se justifie pas.*» L'interprétation faite par les États membres des marqueurs listés par Dac 6 pourrait engendrer d'autres complications. «*Tous les États n'auront pas la même interprétation des différents marqueurs prévus par la directive. On risque donc de se retrouver dans une situation où il est nécessaire de déclarer une transaction dans un pays, et pas dans un autre. Ce manque d'uniformité pourrait poser problème*», juge David Maria, *partner, head of the tax practice group* chez Wildgen.

En outre, les éléments constitutifs de ce que l'on définit comme étant un «*dispositif agressif de planification transfrontalière*» sont beaucoup plus variés que ce que l'on imagine de prime abord. «*On ne parle pas ici que du secteur financier, mais d'un nombre important d'activités*, explique Antoine-Michel Rodriguez. *Une entreprise qui a des filiales dans plusieurs pays et qui réalise des transactions d'un État à l'autre devra, par exemple, se poser la question de savoir si elle doit déclarer ces opérations sous Dac 6.*» De quoi charger considérablement le planning des départements légaux des entreprises travaillant sur plusieurs territoires européens, à l'image d'une bonne partie des sociétés établies au Luxembourg.

### Des intermédiaires sous pression

L'autre terme très important dans l'équation élaborée par Dac 6 est la notion d'intermédiaire. Jusqu'ici, ceux-ci étaient épargnés par la législation fiscale. En cas de fraude, la faute incombait toujours au contribuable. Désormais, de nombreux prestataires s'exposent à des amendes d'une importance considérable. Par intermédiaires, la directive entend en effet les promoteurs ou concepteurs d'un dispositif, ceux qui le mettent à disposition ou en gèrent la mise en œuvre. Les prestataires de services qui ont aidé, assisté ou conseillé dans la conception, la commercialisation ou l'organisation d'un tel dispositif sont également concernés. «*Cela signifie que Dac 6 vise les banquiers, les comptables, les assureurs, les gestionnaires de fortune, les trustees, les conseillers en investissement, les notaires... et les avocats, bien que ces derniers bénéficient d'une 'simple' obligation de notification, tout comme les réviseurs d'entreprises et experts-comptables. La liste est très longue*, indique David Maria. *Chacune de ces structures et chacun de ces indépendants, à l'excepti-*

*tion des intermédiaires exemptés par Dac 6, devront déclarer à l'Administration des contributions directes les montages transfrontaliers qui leur semblent agressifs du point de vue fiscal, et les décrire de façon assez détaillée.*»

On comprend assez rapidement que la charge de travail pour ces intermédiaires risque d'être considérablement alourdie. Sachant que les premiers reportings devront être réalisés au 1<sup>er</sup> janvier 2021, et qu'ils porteront aussi sur des transactions anciennes, il s'agit d'être prêt. Les différents acteurs concernés le seront-ils? «*Je crois que tout le monde a pris au sérieux l'application de Dac 6*, estime Johan Léonard. *Cela demande en effet un travail important et complexe, car de nombreux intermédiaires sont concernés et que tous ne sont pas fiscalistes. Chez Stibbe, nous avons mis en place un comité Dac 6, pour adopter une procédure uniforme, et des outils IT, qui nous permettent d'analyser les opérations sous l'angle de cette nouvelle réglementation. D'importantes ressources humaines ont donc dû être mobilisées pour se préparer.*»

«**Les mesures de mise en conformité développées par les banques ont mobilisé des ressources, tant humaines que technologiques, non négligeables.**»

CAMILLE SEILLÉS

Membre du comité de direction, ABBL



### Tous dans le même sac, sans les mêmes armes

Le problème des ressources qui doivent être consacrées à cette nouvelle réglementation est évidemment l'un des principaux reproches que les intermédiaires ont à formuler par rapport à Dac 6. «*Je ne doute pas que les acteurs importants de la banque et de l'assurance soient prêts à répondre à leurs nouvelles obligations, mais je ne suis pas convaincu que ce soit le cas de tous les intermédiaires*, relève David Maria. *Certaines structures plus petites, telles que des fiduciaires, ou certains avocats indépendants n'ont sans doute pas pris la mesure de la tâche qui les attendait. Certains n'ont peut-être pas encore mis en place les procédures qui leur permettront, dès 2021, de se conformer à cette réglementation.*» La difficulté réside peut-être également dans la nature du travail nécessaire pour se mettre en conformité. «*On parle d'une analyse quantitative et qualitative d'une série de transactions. Cela ne peut pas être simplement automatisé*», relève Antoine-Michel Rodriguez.

Du côté du secteur bancaire, on a en tout cas pris les devants. «*Dès le mois d'octobre 2018, nous avons initié des travaux pour préparer l'arrivée de Dac 6*, explique ainsi Laëticia Carroz, conseillère à l'Association des banques et banquiers, Luxembourg (ABBL), en charge des dossiers fiscaux. *La crise du Covid n'a sans doute pas facilité la mise en œuvre des différentes mesures du point de vue opérationnel. Dans ce contexte, le report de six mois des premières échéances déclaratives représente un allègement très appréciable.*»

### Le nerf de la guerre

Entre un petit cabinet d'avocats et la filiale d'une banque internationale implantée à Luxembourg, les moyens humains disponibles ne sont pas les mêmes. Les moyens financiers non plus.

Les intermédiaires de taille plus modeste auront-ils la possibilité financière d'engager les ressources nécessaires permettant de se mettre en conformité? Les avis, à ce sujet, sont contrastés. «*À mon sens, le coût engendré par l'analyse des différentes opérations, qui pourraient être visées par Dac 6, n'est pas excessif*, estime Antoine-Michel Rodriguez. *C'est d'autant plus vrai pour les petites structures, qui, en toute logique, ont moins d'opérations à vérifier. Par contre, plus la taille de la société est importante, plus le travail sera long et coûteux.*»

Le son de cloche n'est en effet pas le même du côté des structures plus importantes. «*Dans l'industrie des fonds ou le secteur des assurances, de nombreux groupes de travail ont été formés pour s'organiser par rapport à Dac 6 et développer des schémas standard d'action*, indique David Maria. *Mais beaucoup de clients de ces structures ont des besoins spécifiques et demandent donc une analyse individuelle. Cela prend du temps et fait grimper les coûts. Or, il ne s'agit pas là de la première législation qui pèse sur les finances des acteurs. À mesure que de nouvelles réglementations voient le jour, nous perdons de la compétitivité par rapport à des organisations situées en dehors du Luxembourg et de l'Europe.*»

L'ABBL, elle, prendra le temps d'analyser le coût engendré par Dac 6 dans son étude annuelle sur les coûts de la réglementation, réalisée avec le cabinet d'audit EY. «*En attendant ces résultats, nous pouvons déjà dire que les projets de mise en œuvre développés par les banques ont mobilisé des ressources, tant humaines que technologiques, non négligeables*, explique Camille Seillès, membre du comité de direction de l'ABBL. *Les banques ont dû adapter leurs systèmes informatiques et leurs processus, pour procéder aux analyses de nombreuses transactions pour les besoins de Dac 6, et conserver les preuves de celles-ci dans leurs systèmes. Ce travail d'analyse et de conservation, appelé audit trail, pourrait d'ailleurs être l'un des éléments les plus coûteux engendrés par cette réglementation.*»

#### Peu de dossiers concernés

Ces contraintes pesant sur les finances et sur l'organisation des intermédiaires sont d'un tel niveau qu'on en vient à se demander si, finalement, le jeu en vaut la chandelle. La directive Dac 6 constitue-t-elle, en somme, le meilleur moyen d'atteindre les objectifs visés? Et les dispositifs transfrontaliers fiscalement agressifs sont-ils si nombreux, particulièrement au Luxembourg, qu'ils justifient un durcissement de la législation? «*Si l'objectif de Dac 6 est bien d'accroître les échanges d'informations entre États membres, alors, oui, je pense que la directive atteindra son objectif*, explique Johan Léonard. *Après, il faudra voir ce que les différentes administrations feront de ces informations, qu'il faudra pouvoir trier.*»

«**Certaines fiduciaires et certains avocats indépendants n'ont sans doute pas pris la mesure de la tâche qui les attendait.**»

DAVID MARIA

Partner, head of the tax practice group, Wildgen



Si tous les experts que nous avons interrogés s'accordent sur l'intensification de l'échange d'informations que permettra Dac 6, certains estiment que le ratissage très large que met en place la directive ne mettra finalement au jour que peu de cas litigieux. «*Après une première évaluation, nous avons déterminé que 10% à 15% des dossiers traités par notre cabinet nécessitaient une analyse plus pointue*, relève Antoine-Michel Rodriguez. *Et sur ces dossiers, nous n'avons finalement quasiment rien trouvé qui devra être déclaré sous Dac 6. Si l'activité transfrontalière au Luxembourg est très importante, quel que soit le secteur, cela ne veut pas dire qu'un nombre conséquent de dispositifs sont susceptibles d'être abusifs et devront donc être révélés.*»

#### Le Luxembourg concerné, pas visé

Il est vrai que les acteurs installés au Luxembourg, par la taille réduite et la situation centrale du pays en Europe, sont amenés à développer leurs services à l'international. La place financière luxembourgeoise s'est d'ailleurs spécialisée dans les opérations transnationales. On aurait donc pu imaginer que le pays était particulièrement visé par Dac 6. «*Je ne crois pas que le Luxembourg soit davantage visé que d'autres centres financiers européens qui font du transfrontalier*, répond Johan Léonard. *Certes, il y a de nombreux dispositifs transfrontaliers qui sont mis en place au Luxembourg, mais il faut souligner que les acteurs qui souhaitent créer ce genre de structures au Grand-Duché ne peuvent le faire que s'ils ont des raisons commerciales, et pas uniquement fiscales, de s'installer dans le pays. Or, je rappelle qu'en ce qui concerne un nombre important de marqueurs, pour tomber sous Dac 6, il faut bien que le principal avantage du dispositif soit d'ordre fiscal.*»

Alors, faut-il, au Luxembourg plus qu'ailleurs, avoir peur de Dac 6? Cela ne semble pas être le cas. Mais l'avenir nous éclairera certainement sur les conséquences de la récolte massive de données, qui sera organisée à travers la directive. «*Ce qui me gêne un peu, c'est que Dac 6 ne met pas réellement en place un système d'échange d'informations d'État à État*, explique David Maria. *Il s'agit plutôt de rentrer un nombre important de données dans une base de données géante, où elles resteront accessibles aux différentes administrations européennes. À tout moment, ces dernières pourront donc aller chercher une information nécessaire pour redresser un contribuable. Il faudra donc voir quelle application les administrations feront de cette base de données et si elles n'iront pas trop loin dans la chasse aux contribuables.*» Halloween est derrière nous, alors gageons que l'épouvantail Dac 6 ne deviendra pas l'instrument d'une nouvelle chasse aux sorcières... ■

Auteur Q.D.