

Nouvelles obligations à charge des intermédiaires (dont les avocats) en cas de dispositifs de planification fiscale potentiellement agressifs

La Directive 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 (communément désignée « DAC6¹ »), entrée en vigueur le 25 juin 2018, mérite une attention toute particulière de la part des avocats.

En effet, elle impose aux Etats membres la transposition en droit interne d'exigences nouvelles s'imposant à toutes les personnes susceptibles d'intervenir de manière directe ou indirecte, à titre « d'intermédiaire » dans un « **dispositif transfrontière** » de **planification fiscale potentiellement agressif**.

Alors que les nouvelles exigences en matière de déclarations s'appliqueront à partir du 1^{er} juillet 2020, celles-ci seront censées inclure tout dispositif qui aura été conclu à partir du 25 juin 2018. Ceci a pour conséquence que toutes les personnes concernées doivent d'ores et déjà veiller à prendre toutes les mesures utiles visant à se mettre en mesure d'accomplir les éventuelles obligations déclaratives liées aux activités de cette période.

La Directive dispose que les Etats membres doivent veiller à ce que ces nouvelles obligations soit assorties de sanctions qui devront être « effectives, proportionnées, et dissuasives ».

Par ailleurs, la Directive introduit l'obligation pour les administrations des Etats membres d'échanger des informations sur ces structures via le réseau commun de communication (« CCN ») développé par l'Union.

Objectifs poursuivis ?

Le principal objectif de la Directive est de mettre en place un système de déclaration d'informations visant les dispositifs transfrontières de planification fiscale à caractère potentiellement agressif créant ainsi un cadre transparent permettant de lutter contre l'évasion et la fraude fiscale dans le marché intérieur².

¹ Directive on Administrative Cooperation.

² Les pays du monde entier ont toujours considéré la planification fiscale comme une pratique légitime. Mais, au fil du temps, les structures de planification fiscale sont devenues de plus en plus sophistiquées. Elles s'étendent sur plusieurs juridictions et, dans les faits, se traduisent par un transfert des bénéfices imposables vers des Etats appliquant des régimes fiscaux favorables. Une des principales caractéristiques des pratiques en cause est qu'elles permettent de réduire les obligations fiscales au moyen de dispositions tout à fait légales qui vont néanmoins à l'encontre de l'esprit de la législation. La planification fiscale agressive consiste à tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt à payer. Elle peut prendre de multiples formes. Parmi les conséquences de cette pratique, on peut citer les doubles déductions (par exemple, la même perte est déduite à la fois dans l'Etat de la source et dans l'Etat de résidence) et la double non-imposition (par exemple, des revenus qui ne sont pas imposés dans l'Etat de la source sont exonérés dans l'Etat de résidence). - **RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 6 décembre 2012 relative à la planification fiscale agressive** (2012/772/UE)



AVOCATS.BE

La Commission Européenne a été amenée à engager des initiatives relatives à la communication obligatoire d'informations sur de tels dispositifs qui s'inspirent de l'action 12 du projet de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS »).

Dans ce contexte, le Parlement européen avait plaidé en faveur de mesures plus strictes contre les intermédiaires qui participent à des dispositifs pouvant conduire à l'évasion et la fraude fiscales. La déclaration d'information sur ces dispositifs entend vouloir contribuer efficacement aux efforts déployés pour créer un environnement fiscal équitable dans le marché intérieur.

Il s'agit incontestablement d'une des étapes supplémentaires d'une évolution marquée visant à permettre aux Etats membres de lutter plus efficacement et, de manière coordonnée, contre le transfert de bénéfices imposables vers des régimes fiscaux plus favorables et contre les mécanismes qui, sans être frauduleux ou illégaux, aboutissent à priver les Etats membres de recettes fiscales auxquels ils considèrent pouvoir prétendre.

Cette Directive traduit, dans la foulée de la révélation des divers scandales mis au jour dénonçant divers cas de fraude fiscale internationale via des sociétés-écrans³, une volonté politique de viser, outre la **fraude fiscale et l'évasion fiscale**, définies comme « des activités illégales visant à échapper à l'impôt », les situations « **d'évitement fiscal** » consistant en l'utilisation légale, mais abusive, du régime fiscal dans le but de réduire ou d'éviter l'assujettissement à l'impôt. La planification fiscale agressive consisterait, selon différents commentateurs, à tirer profit des subtilités d'un système fiscal ou des asymétries entre deux systèmes fiscaux, ou plus, afin de réduire l'impôt à payer⁴.

L'objectif poursuivi par la Directive, à savoir l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur en décourageant le recours à des dispositifs transfrontières de planification fiscale à caractère agressif, ne peut pas, selon le préambule de la Directive, être atteint de manière suffisante par les Etats membres, notamment en raison du fait qu'il s'agit de schémas créés avec pour but de tirer parti de l'interaction inadéquate des règles fiscales nationales disparates. Par contre, cet objectif ne serait réalisé efficacement que si les mesures nécessaires à sa réalisation sont prises au niveau de l'Union Européenne, bien que la fiscalité directe demeure de la compétence des Etats membres.

Dans la mesure où cette directive est limitée aux dispositifs transfrontières, étant entendu qu'il doit s'agir de dispositifs qui concernent plusieurs Etats membres ou qui impliquent un Etat membre et un pays tiers, elle reste conforme au principe de

³ Notamment les dossiers "Panama Papers".

⁴ Rapport de la Commission d'enquête du Parlement européen chargée d'examiner les allégations d'infraction et de mauvaise administration dans l'application du droit de l'Union en matière de blanchiment de capitaux, d'évasion fiscale et de fraude fiscale - 2017/2013, 16 novembre 2017 sur l'enquête sur le blanchiment de capitaux, d'évasion fiscale et de fraude fiscale.



AVOCATS.BE

subsidiarité consacré à l'art. 5 du traité sur l'Union européenne. L'on est plus réservé quant à la question de savoir si celle-ci est conforme au principe de proportionnalité, en ce sens que les mesures mises en place par la Directive ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif.

Les personnes investies des obligations de déclaration sont tous ceux qui sont couverts par la définition d'« intermédiaire » donnée par la Directive

Le régime mis en place impose des obligations de déclaration à ceux qui sont considérés comme étant « des intermédiaires ». La définition donnée par la Directive de l'intermédiaire est particulièrement large.

Ainsi est visée toute personne qui conçoit, commercialise ou organise un dispositif transfrontière présentant un risque potentiel d'évasion fiscale, ou qui le met à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou qui en gère la mise en œuvre.

Est également considéré comme un intermédiaire 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 de dispositifs transfrontières concernés.

Est également visée la personne qui met un tel dispositif à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou qui en gère la mise en œuvre.

Quels sont les dispositifs transfrontières qui doivent faire l'objet d'une déclaration ?

Le choix du législateur européen a été de considérer que, plutôt que de définir comme tel ce que recouvre la notion de dispositif transfrontière potentiellement agressif sur le plan fiscal, il était plus adéquat de préciser en une annexe de la directive quelles étaient les caractéristiques ou particularités indiquant la présence d'un risque potentiel d'évasion fiscale.

Ces caractéristiques sont désignées sous les termes de « **marqueurs** » et elles fournissent ainsi des indicateurs donnant lieu à une obligation de déclaration. La présence d'un seul marqueur est considérée comme suffisante pour considérer que le dispositif doit donner lieu à une déclaration.

Sans entrer ici dans le détail de cette annexe IV, il faut être attentif au fait que certains de ces marqueurs paraissent à certains égards définis en termes soit trop vagues ou trop généraux, soit trop larges ; ceci place chaque intermédiaire dans une position inconfortable ; il va en effet devoir poser un diagnostic délicat pour apprécier si le schéma auquel il est confronté est ou non visé par l'un de ces marqueurs, indicateurs de

schémas fiscaux potentiellement agressifs. S'il se trompe de bonne foi, il pourrait néanmoins se voir exposé à des sanctions.

A titre d'illustration, l'on peut citer les marqueurs suivants (non exhaustif):

- un dispositif « *dont la documentation 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* » ;
- un dispositif dans lequel un participant au dispositif prend « *artificiellement des mesures visant à utiliser des pertes fiscales, ou à les transférer ou en accélérer l'utilisation* » ;
- un dispositif « *qui a pour effet de convertir des revenus en capital, en dons ou en d'autres catégories de recettes qui sont taxées à un niveau inférieur ou ne sont pas taxées* ».
- un dispositif susceptible de porter atteinte aux échanges automatiques d'informations sur les comptes financiers suivant la norme Common Reporting Standards (« CRS ») de l'OCDE ;
- un dispositif « *faisant intervenir une chaîne de propriété formelle ou effective non transparente par le recours à des personnes, des constructions juridiques ou des structures : a) qui n'exercent pas une activité économique substantielle s'appuyant sur des effectifs, des équipements, des ressources et des locaux suffisants, b) qui sont constitués, gérés, contrôlés ou établis dans toute juridiction autre que la juridiction de résidence de l'un ou plusieurs bénéficiaires effectifs des actifs détenus par ces personnes, constructions juridiques ou structures, et c) lorsque les bénéficiaires effectifs de ces personnes, constructions juridiques ou structures au sens de la Directive (UE) 2005/849, sont rendus impossibles à identifier.*

Il y a fort à craindre que de trop nombreuses opérations n'ayant rien de commun avec des dispositifs fiscaux agressifs soient couvertes par l'un ou l'autre des différents marqueurs. Le risque est que la tentation sera forte pour les intermédiaires, en cas d'un moindre doute, de multiplier les déclarations.

En ce qui concerne les marqueurs, nous reproduisons ci-après quelques extraits du Guide du Conseil des barreaux européens relatifs à cette Directive communiqués en date du 19 octobre 2018.

« *Observations du CCBE :*

- (a) *La description du marqueur prévoit qu'il suffit que l'avantage fiscal soit « l'un des avantages principaux ». Il ne semble pas s'agir d'une exigence proportionnée car il semble contradictoire que l'avantage fiscal ne doive pas être « l'avantage principal » lorsqu'il s'agit de lutter contre l'évasion fiscale.*

- (b) *Les dispositions entraînent également des incertitudes quant à l'utilisation de « l'un des avantages principaux », ne répondant donc pas aux exigences générales selon lesquelles les lois doivent être claires et certaines.*
- (c) *L'utilisation de « peut raisonnablement s'attendre à retirer » dans l'expression « peut raisonnablement s'attendre à retirer d'un dispositif (...) est l'obtention d'un avantage fiscal » est très difficile à prouver.*
- (d) *Il est important de noter en ce qui concerne les marqueurs que la divulgation sera exigée en cas de transactions transfrontalières pouvant impliquer des allégations de services ou de biens mis à prix ou de substance économique inadéquate dans une juridiction donnée (« prix de transfert »). Dans ce cas, le marqueur doit être déclaré lorsqu'il existe un « dispositif faisant intervenir une chaîne de propriété formelle ou effective non transparente » par le recours à des personnes, des constructions juridiques ou des structures qui n'exercent pas « une activité économique substantielle s'appuyant sur des effectifs, des équipements, des ressources et des locaux suffisants ». Il sera difficile pour les intermédiaires juridiques de se forger une opinion sur ces questions sans réaliser ce qui peut s'avérer être une analyse considérable d'un dispositif dont ils ne connaissent peut-être qu'une partie.*
- (e) *Il en va de même pour le marqueur relatif à « Un dispositif mettant en jeu un transfert transfrontalier de fonctions et/ou de risques et/ou d'actifs au sein du groupe, si le bénéficiaire avant intérêts et impôts (BAII) annuel prévu, dans les trois ans suivant le transfert, du ou des cédants, est inférieur à 50 % du BAII annuel prévu de ce cédant ou de ces cédants si le transfert n'avait pas été effectué ». Ces questions peuvent tout simplement ne pas être connues de l'intermédiaire. »*

Quid de la compatibilité des obligations déclaratives avec les dispositions légales en matière de secret professionnel ?

L'article 8 bis ter paragraphe 5 de la Directive aborde la problématique du secret professionnel.

Chaque État membre **peut prendre les mesures nécessaires** pour accorder aux intermédiaires le droit d'être dispensés de l'obligation de fournir des informations concernant un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration lorsque l'obligation de déclaration serait contraire au secret professionnel applicable en vertu du droit national dudit État membre.

En pareil cas, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les intermédiaires soient tenus de notifier sans retard à tout autre intermédiaire, ou, en l'absence d'un tel intermédiaire, au contribuable concerné, les obligations de déclaration qui leur incombent.



AVOCATS.BE

Les intermédiaires ne peuvent avoir droit à une dispense en vertu du secret professionnel que dans la mesure où ils agissent dans les limites de la législation nationale pertinente qui définit leurs professions.

En d'autres termes, chacun des Etats aura donc une faculté de considérer qu'un intermédiaire est dispensé des obligations de déclarations, mais à condition que ceci soit en parfaite conformité avec sa législation interne en matière de secret professionnel. Il s'agit d'une simple faculté et dans l'exercice de celle-ci, la Commission⁵ a d'ores et déjà fait savoir qu'il était exclu que les Etats membres puissent, de manière détournée, par l'adoption de dispositions en matière de secret professionnel, faire échapper les intermédiaires protégés par le secret professionnel, aux obligations de déclarations.

Après examen, le Comité Fiscalité du CCBE est particulièrement inquiet en raison de l'inclusion de l'obligation de l'avocat-intermédiaire d'informer un client de l'obligation de divulguer les dispositifs particuliers. Ainsi, il poursuit : *« la violation de toute obligation de l'intermédiaire relève, selon la formulation actuelle, du champ d'application des dispositions de la directive relatives aux sanctions. L'inclusion d'une obligation de notification par un avocat, qui peut mener à une sanction en cas de violation, porte atteinte à la protection accordée au secret professionnel dans d'autres dispositions de la directive. L'inclusion d'une telle obligation permettrait implicitement aux tiers (à savoir les autorités fiscales) de vérifier si un avocat s'est conformé à cette disposition, ce qui impliquerait probablement un examen de la correspondance entre le client et l'intermédiaire, ce qui aurait pour effet d'enfreindre le secret professionnel. »*

Il faut souligner en outre que la Directive est rédigée en de tels termes qu'il est nécessaire, pour chacun des intermédiaires des différents Etats membres, de vérifier si la conception ou mise en œuvre d'un dispositif bénéficie ou non de la protection du secret professionnel, en vertu des dispositions nationales en matière de secret professionnel, lesquelles présentent des spécificités nationales (dans certains Etats, les activités de conseil ne sont pas couvertes par le secret professionnel).

Le CCBE est plutôt défavorable à l'idée qu'un avocat puisse être tenu de prouver, ou de conserver des preuves indiquant qu'il a bien informé le « contribuable concerné [de ses] obligations de déclaration... » étant donné que le fait de devoir divulguer des informations et de conserver des preuves de cette divulgation peut porter atteinte au secret professionnel.

En effet, selon le comité Fiscalité du CCBE, le document grâce auquel un avocat informe son client de l'existence d'une législation et explique la mesure dans laquelle la législation concerne le client, voire indique au contribuable s'il doit se conformer ou non à cette législation, constitue un avis qui relève du secret professionnel.

Idéalement, lors de la transposition de la directive, la législation nationale devrait simplement indiquer que lorsque l'intermédiaire est un avocat, la déclaration incombe au contribuable. Il est supposé que l'avocat a une obligation générale d'informer son client

⁵ Summary Record of Working Party IV – Direct Taxation – 24 September 2018.



AVOCATS.BE

dans le cadre de son obligation globale et continue d'informer son client. Cette suggestion s'inspire de l'interprétation de la législation britannique sur la divulgation des stratagèmes d'évitement fiscal (« DOTAS »).

Lors de la mise en place des dispositions nationales, il sera crucial de vérifier que la législation relative au secret professionnel qui sera mise en place afin de mettre en œuvre la directive « DAC 6 » n'ira pas au-delà de ce qui a été mis en place à des fins de lutte contre le blanchiment étant donné que, selon le comité Fiscalité du CCBE, les dispositifs transfrontaliers potentiellement agressifs sont en toutes circonstances moins graves et dommageables que le blanchiment de capitaux.

Enfin, la question du non-respect de l'obligation d'informer le « contribuable concerné [de ses] obligations de déclaration... » peut poser d'autres problèmes à l'échelle nationale. Ainsi, selon le droit allemand, il pourrait être considéré que l'intermédiaire, soumis à l'obligation d'aviser le contribuable concerné et à l'obligation de divulguer aux autorités d'avoir avisé le contribuable concerné serait confronté à une situation d'auto-incrimination dans la mesure où ces obligations impliqueraient d'effectuer une déclaration relative à soi-même lorsque l'on n'a pas informé le contribuable concerné.

En guise de conclusion tout à fait éphémère....

A la suite de cette Directive, le groupe de Travail IV des services de la Commission a procédé le 24 septembre 2018 à une première réunion avec les représentants d'experts des Etats membres au cours de laquelle différentes questions d'interprétation ont été soulevées. Diverses précisions non liantes ont été apportées par les Services de la Commission et d'autres réunions avec les représentants des acteurs concernés devraient être organisées au cours des prochains mois. Elles pourraient donner lieu à davantage de nuances dans l'interprétation à donner à la Directive.

En l'absence d'une harmonisation au sein de l'Union de la portée du secret professionnel, la suite est désormais essentiellement dévolue à chacun des législateurs nationaux et ceux-ci sont tenus d'y procéder au plus tard le 31 décembre 2019.

D'ici là, selon les options que retiendront les Etats, divers équilibres juridiques essentiels au bon fonctionnement d'un système juridique se voulant conforme aux exigences d'un Etat de droit, que ce soit à l'échelle d'un seul pays ou pour l'ensemble de l'Union européenne pourraient être mis à mal.

La balance instable entre les intérêts budgétaires des Etats et les droits fondamentaux des citoyens dont les avocats sont les garants, devra idéalement rester, une nouvelle fois, au centre des préoccupations de tous.

Jean-Luc Wuidard, Avocat au Barreau de Liège - Expert mandaté pour Avocats.BE au sein du Comité Fiscalité du Conseil des Barreaux européens (C.C.B.E.)