

N° 7465<sup>3</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

**PROJET DE LOI****relative aux dispositions transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration**

\* \* \*

**AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE**

(25.10.2019)

Le projet de loi sous avis (ci-après, le « Projet ») a pour objet de transposer la directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 (ci-après la « DAC6 ») qui vient modifier la directive plus ancienne 2011/16/UE<sup>1</sup> relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (ci-après la « Directive Coopération Initiale »), elle-même déjà modifiée à quatre reprises par (i) la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 (ci-après la « Directive Coopération Bis »), (ii) la directive 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 (ci-après la « Directive Coopération Ter »), (iii) la directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 (ci-après la « Directive Coopération Quater ») et (iv) la directive (UE) 2016/2258 du Conseil du 6 décembre 2016 (ci-après la « Directive Coopération Quinques »).

\*

**RESUME SYNTHETIQUE**

La DAC6, que le Projet se propose de transposer, vient compléter les mécanismes de de coopération interétatique administrative en matière fiscale, en imposant aux intermédiaires ou directement aux contribuables, une obligation de déclaration des dispositifs transfrontières qui présentent certains marqueurs de risque à un stade précoce de la transaction.

De manière générale, la Chambre de Commerce déplore l'**insécurité juridique généralisée** dont une partie provient directement du texte européen. La DAC6 prévoit en effet une période d'**application rétroactive** et renferme une contradiction apparente entre, d'une part, ses objectifs affichés au titre des considérants requérant, pour déclencher l'obligation de déclaration, un risque de planification fiscale agressive, et, d'autre part, le texte lui-même qui étend cette obligation bien au-delà des situations d'optimisation fiscale, probablement même au-delà de ce qu'il est rationnellement, technologiquement et financièrement possible et utile de faire. L'étendue du texte européen combinée au manque de précisions domestiques risque de déclencher un **phénomène de sur-déclaration** ingérable, coûteux et nuisible à l'image du pays, l'importance des sanctions pour défaut de déclaration augmentant encore ce risque alors que, dans le même temps, les intermédiaires trop zélés risqueraient de se mettre en porte-à-faux par rapport à leurs obligations de secret professionnel. A cet égard, la Chambre de Commerce ne s'explique pas la **dérogation à l'obligation de déclaration** accordée aux avocats de façon aussi large notamment pour des tâches qui débordent de la stricte défense des intérêts de leur client alors que d'autres intermédiaires effectuent des prestations similaires en étant également tenus au secret professionnel.

Pour le reste, la Chambre de Commerce note que, dans l'ensemble, le Projet restitue fidèlement les dispositions de la DAC6. Dans ce cadre, elle salue le fait que le Projet n'étende pas les obligations prévues par la DAC6 aux opérations purement nationales. Elle aurait néanmoins souhaité que les auteurs ne lèvent pas l'**option de devoir déclarer**, en sus de la déclaration immédiate, l'utilisation du

<sup>1</sup> Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE.

dispositif dans la déclaration d'impôt annuelle par le contribuable. Cette contrainte ne s'inscrit clairement pas dans le sens d'une simplification administrative. Enfin, le niveau maximal prévu pour les **sanctions** est largement au-dessus des plafonds de la plupart des Etats membres.

Tout en respectant le principe de transposition littérale qu'elle défend habituellement, la Chambre de Commerce aurait cependant préféré que les auteurs du Projet précisent plusieurs aspects, afin d'éviter une insécurité juridique présente à chaque niveau d'application du texte. Ces précisions, sans qu'elles puissent être toutes relatées dans le cadre de ce résumé, touchent au champ d'application du texte, à ses définitions lacunaires, à la computation de divers délais, à la mise en oeuvre pratique chez les intermédiaires et auprès de l'administration fiscale, ainsi qu'aux problématiques de protection des données. La Chambre de Commerce s'est permise, là où elle l'a jugé manifestement nécessaire, d'émettre des **pistes de solutions consistant tantôt en l'adoption de seuils, tantôt en l'ajout de critères pertinents qui ne figurent pas dans le texte européen mais qui restent conformes** à ce qu'elle croit être l'esprit de la DAC6 pour éviter des situations de sur-déclaration ou de déclaration inutile ou inappropriée.

\*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au Projet que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

*Appréciation du projet de loi :*

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+/- <sup>2</sup>
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	+/- <sup>3</sup>
Simplification administrative	- <sup>4</sup>
Impact sur les finances publiques	- <sup>5</sup>
Développement durable	0

Appréciations: ++ : très favorable  
 + : favorable  
 0 : neutre  
 - : défavorable  
 -- : très défavorable  
 n.a. : non applicable  
 n.d. : effet non-déterminable

\*

2 La transposition de la DAC6 participe des exigences d'une compétitivité saine au sein de l'Union européenne. Une note négative pourrait cependant être octroyée pour ne pas avoir suffisamment précisé le texte dont la légalité est certes discutable.

3 Voir les considérations générales.

4 Outre l'exercice de l'option prévue au point 11 de l'article 8 bis ter de la DAC6, le Projet risque d'amener à une redondance de déclarations.

5 Voir fiche financière annexée au Projet.

## CONTEXTE ET EVOLUTIONS

Pour la description du contexte et de son évolution, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux avis qu'elle a émis à l'occasion de la transposition des Directives Coopération Initiale<sup>6</sup>, Bis<sup>7</sup>, Ter<sup>8</sup>, Quater<sup>9</sup> et Quinquies<sup>10</sup>.

A titre de rappel, la Directive Coopération Initiale avait ouvert la porte à l'échange automatique, mais cet échange ne concernait qu'une catégorie limitée de revenus, à savoir, les pensions, les salaires, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie et les revenus de biens immobiliers, dont seuls les trois premiers font actuellement l'objet d'un échange automatique par le Luxembourg en vertu de la modification apportée à la loi du 29 mars 2013 par la loi du 26 mars 2014 portant transposition de l'article 8 de la Directive Coopération Initiale<sup>11</sup>.

La Directive Coopération Bis est venue élargir le champ de l'échange automatique à d'autres personnes et à d'autres revenus similaires à ceux recueillis sous Fatca, comme les numéros de comptes, les montants bruts des intérêts et dividendes, mais également les plus-values sur la vente d'instruments financiers et le solde des comptes visés à la fin de la période clef.

La Directive Coopération Ter a, quant à elle, élargi davantage encore le champ de l'échange automatique aux décisions fiscales anticipées en matière transfrontière et aux accords préalables en matière de prix de transfert pour les groupes dont le chiffre d'affaire net dépasse un certain montant.

La Directive Coopération Quater a traduit en droit européen le volet n°13 du plan d'action BEPS<sup>12</sup> relatif à la communication par les groupes d'entreprises multinationales, pour chaque juridiction fiscale dans laquelle ils exercent des activités, du montant de leur chiffre d'affaires, leur bénéficiaire avant impôts et les impôts sur les bénéficiaires qu'ils ont acquittés et ceux qui sont dus.

La Directive Coopération Quinquies a été adoptée afin de permettre l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux en vue d'assurer un suivi efficace de l'application, par les institutions financières, des procédures de diligence raisonnable énoncées dans la Directive Coopération Initiale.

6 Avis de la Chambre de Commerce (i) du 26 novembre 2011 sur le projet de loi n°6455 portant transposition de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE et (ii) du 19 février 2014 sur le projet de loi n°6632 portant transposition de l'article 8 de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et portant modification 1. de la loi du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal ; 2. de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

7 Avis de la Chambre de Commerce du 7 octobre 2015 sur le projet de loi n°6858 concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale et portant : 1. transposition de la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal ; 2. approbation de l'Accord multilatéral entre Autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, signé à Berlin le 29 octobre 2014 ; 3. modification de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

8 Avis de la Chambre de Commerce du 14 juin 2016 sur le projet de loi n°6972 portant transposition de la directive (UE) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal et portant modification de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

9 Avis de la Chambre de Commerce du 21 octobre 2016 sur le projet de loi n°7031 portant transposition de la directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal et concernant les règles de déclaration pays par pays pour les groupes d'entreprises multinationales.

10 Avis de la Chambre de Commerce du 9 février 2018 sur le projet de loi n°7208 des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et 2. portant transposition de la directive 2016/2258 du Conseil du 6 décembre 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

11 Le revenu d'intérêts pouvait, sur demande du contribuable personne physique, faire l'objet d'un échange automatique mais en vertu d'un autre texte, à savoir, la directive dite « Directive Epargne » pour laquelle le Luxembourg avait jusque-là obtenu un régime dérogatoire. Cet échange s'est mué, depuis 2016, en un échange automatique. La Directive Epargne a été abrogée par la directive (UE) 2015/2060 du Conseil du 10 novembre 2015 abrogeant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et son contenu a été repris anticipativement par la Directive Coopération Bis.

12 Acronyme anglais de « *Base erosion and profit shifting* », à savoir, érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires.

Finalement, la DAC6 dont la transposition en droit luxembourgeois fait l'objet du présent Projet, vise à créer de nouvelles obligations déclaratives dans le chef de l'intermédiaire ou du contribuable relatives à des dispositifs transfrontières qui contiennent au moins l'un des marqueurs définis dans son annexe IV.

Comme indiqué au considérant 4 de DAC 6, « *la Commission a été amenée à engager des initiatives relatives à la communication obligatoire d'informations sur les dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif, qui s'inspirent de l'action 12 du projet de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices (BEPS)* ».

La Chambre de Commerce ne peut pas s'autoriser à commenter l'opportunité du texte européen. Elle souhaite néanmoins attirer l'attention sur le fait que le processus d'échange massif d'informations est très difficile à calibrer. S'il n'est pas assez large, il passera nécessairement à côté d'informations potentiellement utiles. S'il est au contraire trop englobant, il va créer des difficultés d'acceptation et de mise en oeuvre. D'émiments académiciens s'étaient d'ailleurs penchés sur la problématique en Allemagne il y a quelques années. Les conclusions étaient édifiantes<sup>13</sup>.

Ce difficile équilibre est reflété au sein même de la DAC6 où les considérants tentent de limiter le champ d'application aux dispositifs qui représentent un risque de planification agressive, dans la lignée du rapport BEPS. Le corps du texte de la DAC6 est en revanche beaucoup plus vague, en élargissant apparemment le champ d'application à de nombreux autres cas de figure.

En tenant compte de ces circonstances et de la pratique étrangère, la Chambre de Commerce se permet, au regard de la transposition opérée par le Projet de formuler une série de recommandations pour clarifier les règles, tout en respectant l'esprit de la DAC6.

\*

## CONSIDERATIONS GENERALES

### 1. Insécurité juridique

#### 1.1 Insécurité juridique générée par la DAC6 elle-même

La DAC6 prévoit une application rétroactive des obligations déclaratives. En effet, « *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les intermédiaires et les contribuables concernés soient tenus de fournir des informations sur les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration dont la première étape a été mise en oeuvre entre le 25 juin 2018 et le 30 juin 2020* » (soulignement ajouté). *Les intermédiaires et les contribuables concernés, le cas échéant, transmettent des informations sur ces dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, au plus tard le 31 août 2020* ».

Les personnes concernées par ces nouvelles règles sont donc amenées à anticiper, tout au long de cette période de transition, ce que sera le champ d'application exact de la DAC6, avant même sa transposition en droit interne.

L'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». La Chambre de Commerce relève qu'une directive est un acte à destination des pays de l'Union européenne et s'impose à eux, en ce inclus avant sa transposition en droit interne. En revanche, elle ne s'impose aux personnes – physiques ou morales – qu'une fois transposée et ce, afin de protéger les droits de ces dernières (hormis en présence d'une directive claire, précise, inconditionnelle en faveur des personnes lorsque l'Etat concerné ne l'a pas transposée dans les délais requis). Ainsi, une directive ne peut en principe créer d'obligations pour une personne physique ou morale avant qu'elle ne soit transposée.

Sur la base de ces éléments, la Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir si l'Union européenne n'a pas, en prévoyant un effet rétroactif à compter du 25 juin 2018, posé des obligations à la charge des contribuables et des intermédiaires concernés, alors qu'elle ne détiendrait pas cette compétence pour les directives.

<sup>13</sup> Voir notamment les travaux du Professeur Dr. Jur. Johanna Hey de l'Université de Cologne.

En effet, bien que l'obligation effective de déclarer sous DAC 6 n'intervienne qu'en 2020, et donc, en principe, après la transposition de la DAC6 devant être effectuée au plus tard le 31 décembre 2019, les contribuables et les intermédiaires concernés se retrouveraient en pratique à devoir appliquer DAC 6 sur une période antérieure à cette date. Ainsi, les contribuables et les intermédiaires concernés devraient recenser les transactions réalisées depuis juin 2018 afin de déterminer si potentiellement elles pourraient ou non être visées par le champ d'application de DAC 6. Ce recensement serait rendu d'autant plus complexe que le champ d'application de DAC 6, au travers des notions et autres marqueurs introduits par la DAC6, est volontairement large. Lesdites notions et marqueurs ayant été repris pratiquement à l'identique par le Projet, l'insécurité juridique liée aux différentes interprétations possibles n'est pas levée.

En outre, la Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir si des sanctions peuvent trouver à s'appliquer en présence de telles obligations rétroactives. A cet égard, il convient de noter que sur la base du projet allemand de transposition de la DAC6<sup>14</sup>, les sanctions pour non-conformité aux obligations déclaratives – au demeurant beaucoup moins élevées que celles prévues par le Projet – ne trouveraient à s'appliquer qu'aux dispositifs devant faire l'objet d'une déclaration dont la première étape sera mise en oeuvre après le 30 juin 2020.

### 1.2 Insécurité juridique générée par le Projet

La Chambre de Commerce comprend que la formulation des termes de la DAC6 est volontairement large afin de permettre de couvrir généralement un grand nombre de situations et dispositifs de manière extensive et ainsi s'adapter aux différentes réalités de chaque Etat membre. La contrepartie de cette approche extensive est qu'elle laisse une large place à l'interprétation et la Chambre de Commerce comprend que cette interprétation appartient à chaque Etat membre en fonction de ses spécificités légales, fiscales et économiques.

Si les auteurs du Projet ne peuvent pas être tenus pour responsables du manque de précision du texte européen, il leur incombe, tout de même, et à plus forte raison, de préciser le Projet afin d'en rendre son application possible. La Chambre de Commerce est d'avis que l'approche minimaliste du Projet peut être considérée comme contraire au principe de sécurité juridique, tel qu'édicté par le droit européen compte tenu du fait que le champ d'application même de la DAC6 est difficilement cernable.

A cet égard, elle regrette particulièrement que les auteurs n'aient pas saisi l'opportunité de clarifier divers concepts, que ce soit au niveau du champ d'application, des définitions, des marqueurs, des points de départ des délais et d'autres concepts clefs permettant de déterminer de manière précise l'étendue des obligations des ressortissants en la matière.

La Chambre de Commerce demande que les clarifications à venir, quelle que soit la forme qu'elles prendront – l'idéal étant bien évidemment d'amender le Projet, soient apportées dans un bref délai et en tout état de cause au plus tard le 31 décembre 2019<sup>15</sup>.

La Chambre de Commerce est également d'avis que, pour autant que de besoin, l'Administration des contributions directes devrait prévoir la publication de circulaires administratives, voire d'une foire aux questions, de manière analogue, mais sans doute plus détaillée encore, que ce qui a été fait pour les règles de déclaration pays par pays ou pour les besoins de la NCD. La Chambre de Commerce note que le rapport final de l'OCDE sur l'action 12 du plan BEPS encourage les autorités fiscales locales à fournir des lignes directrices: *«Outre la description générale des conséquences [fiscales] transfrontières, l'administration fiscale devrait fournir une liste précise des régimes fiscaux et des conséquences [fiscales] qui n'ont pas à être divulgués en vertu des critères internationaux afin d'éviter la divulgation de dispositifs connus de l'administration fiscale et qui ne sont pas susceptibles de soulever des questions particulières de politique fiscale »* (par. 240, page 71 du rapport, soulignement ajouté). De telles orientations, incluses dans, ou du moins prévues par, le Projet ou ses commentaires seraient essentielles pour une mise en oeuvre appropriée pour tous les intermédiaires et contribuables concernés de ce nouveau régime de déclaration obligatoire.

<sup>14</sup> Page 16 et 57 du projet allemand de transposition de la DAC6 telle que publié le 26 septembre 2019 : [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_IV/19\\_Legislaturperiode/Gesetze\\_Verordnungen/G-Mitteilung-grenzueberschreitende-Steuer-gestaltungen/1-Referentenentwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/G-Mitteilung-grenzueberschreitende-Steuer-gestaltungen/1-Referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

<sup>15</sup> La DAC6 doit, en effet, être transposée pour le 31 décembre 2019 (article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>).

En outre, dans la mesure où ce texte apporte des obligations nouvelles pour les professionnels réglementés, la position des autorités de surveillance des secteurs concernés serait également pertinente.

## **2. Risque d'atteinte à l'objectif de la DAC6 suite à un effet de sur-déclaration**

Pour la Chambre de Commerce, l'absence d'un cadre clair et exhaustif définissant le champ matériel des obligations déclaratives fait obstacle à une bonne mise en application des dispositions. Si aucune action n'est entreprise au niveau luxembourgeois, cette absence de précision sera susceptible de favoriser une situation de sur-déclaration.

Au vu de la lourdeur des sanctions prévues en cas de défaut, les intermédiaires et les contribuables concernés préféreront, en cas de doute, déclarer. Cette sur-déclaration porterait ainsi atteinte à l'objectif même de la DAC6 qui est de permettre aux autorités fiscales d'obtenir des « *informations complètes et pertinentes sur les dispositifs fiscaux à caractère potentiellement agressif pour (leur permettre de) réagir rapidement contre les pratiques fiscales dommageables et de remédier aux lacunes par voie législative ou par la réalisation d'analyses des risques appropriées et de contrôles fiscaux* ».

Le rapport final de l'OCDE de 2015 sur l'Action 12 insiste à plusieurs reprises sur la nécessité d'éviter une sur-déclaration :

- « *La portée et l'étendue de toute obligation de déclaration sont essentielles pour arriver à un équilibre. Des exigences inutiles ou supplémentaires augmentent les coûts pour les contribuables et risquent de nuire à la capacité d'une administration fiscale d'utiliser efficacement les données fournies* » (page 20) ;
- Plus précisément, dans le chapitre relatif aux régimes fiscaux internationaux, le rapport ajoute également : « *L'un des défis dans l'élaboration de marqueurs spécifiques est de formuler une définition suffisamment large pour englober un certain éventail de techniques de planification fiscale et suffisamment étroite pour éviter une divulgation excessive.* » (page 69) ; ou encore
- « *Les marqueurs pour les dispositifs internationaux (...) ne viseraient toutefois que les dispositifs qui ont des retombées [fiscales] transfrontières, qui préoccupent particulièrement une administration fiscale et n'exigeraient la divulgation de ces dispositifs que dans les cas où ils présentent un risque important pour le pays déclarant sur le plan des recettes fiscales. Pour autant que les nouveaux marqueurs donnent une description précise des retombées fiscales qui préoccupent l'administration fiscale du pays déclarant et que les seuils de matérialité soient fixés à un niveau qui évite une sur-déclaration, (...).* » (page 71).

Une situation de sur-déclaration exposerait également les intermédiaires au risque d'être en contravention avec leurs obligations de secret professionnel et leurs obligations en matière de protection des données personnelles.

En outre, un excès de déclarations pourrait ainsi être interprété comme une approche procédurale et administrative trop sévère et nuire par conséquent à l'image du Grand-Duché de Luxembourg, surtout si les juridictions concurrentes appliquaient un système plus clément.

C'est le cas notamment en assurance-vie : en 2018, 80% des primes collectées provenaient de contrats d'assurance-vie souscrits par des clients basés en dehors du Luxembourg. Ce caractère transfrontière, de la plupart des contrats d'assurance-vie luxembourgeois n'est cependant pas un signe de pratiques fiscales dommageables : il est caractéristique de ces contrats mais n'est pas une source d'avantages fiscaux particuliers. En effet, ce caractère transfrontière n'est pas dû au fait que les produits luxembourgeois d'assurance-vie « *permettent de transférer les bénéfices imposables vers des régimes fiscaux plus favorables ou (...) ont pour effet de réduire l'ardoise fiscale totale du contribuable* » (DAC 6, considérant 2). Il convient de préciser ici que les preneurs d'assurance ou leurs bénéficiaires sont toujours imposés localement, dans leur pays de résidence, que le contrat d'assurance ait été souscrit auprès d'une entreprise d'assurance luxembourgeoise ou d'une entreprise d'assurance locale. A plus petite échelle mais avec un impact social local considérable, de nombreux produits d'assurance-vie luxembourgeois, tels que certains contrats d'assurance locaux spécifiques<sup>16</sup>, sont vendus à des fronta-

<sup>16</sup> Les contrats qui correspondent aux critères de l'article 111 et 111bis de la Loi sur l'Impôt sur le revenu, ainsi que les Régimes complémentaires de pension (RCP).



liers français, allemands ou belges. La toute grande majorité de ces contrats ne sont contracté sur une base internationale que parce que ces personnes vivent en France, en Allemagne ou en Belgique mais se déplacent quotidiennement au Luxembourg pour y travailler.

### 3. Coûts de mise en conformité considérables

En plus des coûts considérables que le système de déclaration élargi par la DAC6 implique étant donné que la nature des communications requises par DAC 6 diffère de celle demandée dans le cadre de la NCD, la Chambre de Commerce tient également à souligner que l'insécurité juridique précédemment décrite engendre des coûts supplémentaires et injustifiés que doivent supporter les ressortissants de la Chambre de Commerce, en leur qualité de contribuables ou de prestataires de services.

### 4. Timing

Même si le délai de transposition n'a pas encore expiré, la Chambre de Commerce regrette le retard pris dans la préparation du Projet, d'autant que celui-ci se contente de reprendre textuellement les dispositions de la DAC6 dans une loi autonome. La rapidité de transposition participe, en règle générale, à la prévisibilité juridique.

Dès lors que d'autres juridictions ont déjà légiféré ou que le processus législatif était bien lancé, la Chambre de Commerce aurait préconisé que le Projet s'inspire des pratiques étrangères. Ces dernières seront d'ailleurs reprises dans le commentaire des articles ci-après, là où la Chambre de Commerce l'estime pertinent.

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

La Chambre de Commerce note que, dans l'ensemble, le Projet restitue fidèlement les dispositions de la DAC6. Dans ce cadre, elle salue le fait que le Projet n'étende pas les obligations prévues par la DAC6 aux dispositifs purement nationaux. Elle aurait néanmoins souhaité que les auteurs ne lèvent pas l'option de devoir déclarer, en sus de la déclaration immédiate, le dispositif dans la déclaration d'impôt annuelle. Cette contrainte ne s'inscrit clairement pas dans le sens d'une simplification administrative. De même, le niveau maximal prévu pour les sanctions est largement au-dessus des plafonds de la plupart des Etats membres.

Tout en respectant le principe de transposition littérale qu'elle défend habituellement, la Chambre de Commerce aurait cependant souhaité que les auteurs du Projet précisent plusieurs aspects. Il en est ainsi en ce qui concerne les points suivants :

#### *Intitulé du Projet*

Conformément à l'article 2, alinéa 3 de la DAC6, la Chambre de Commerce demande de modifier l'intitulé du Projet afin de reprendre une référence expresse à la DAC6 qu'il transpose. Elle attire encore l'attention sur le fait que l'intitulé devrait idéalement faire mention du fait qu'il s'agit de la transposition de la DAC6 telle que rectifiée au journal officiel du 1<sup>er</sup> février 2019.

#### *Article 1 du Projet – définitions*

- *Article 1, point 1 et 2 du Projet – Dispositifs transfrontières (devant faire l'objet d'une déclaration)*

Pour qu'un dispositif fasse l'objet d'une obligation de déclaration, il doit :

- (i) être considéré comme un dispositif transfrontière avec des participants répondant à des conditions particulières de résidence ou avoir des conséquences sur l'échange automatique d'informations ou sur l'identification des bénéficiaires effectifs ;
- (ii) avoir pour objet un ou plusieurs types de taxes et impôts visés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative en matière fiscale ; et
- (iii) être visé par l'un des quinze marqueurs mentionnés à l'annexe du Projet (qui correspond à l'annexe 4 de la DAC6).

Aussi, la Chambre de Commerce demande de préciser la définition de dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, le cas échéant, sur les volets suivants :

– Participation au dispositif

Concernant la notion de « *participants* » au dispositif tel que prévu sous l'article 3, point 18 de la DAC6, le Projet ne donne aucune interprétation quant à cette notion et notamment, s'il convient de faire une interprétation stricte ou large de ce terme ainsi que la base sur laquelle une entité ou une personne doit être considérée comme un « participant » à un dispositif.

Compte tenu des définitions larges données aux différents concepts, dans une structure de fonds d'investissement notamment mais pas exclusivement, il pourra s'avérer parfois extrêmement difficile de définir de manière suffisamment certaine le rôle tenu par chacune des différentes entités ou personnes aux fins de l'application de la DAC6 (i.e. intermédiaires, participants ou contribuables) et dès lors de définir précisément les obligations qui leur incombent.

– Référence aux taxes et impôts

Les commentaires au projet de loi mentionnent que « *comme les obligations découlant du présent projet de loi s'inscrivent dans le champ d'application de la directive 2011/16/UE, telle que modifiée par la directive (UE) 2018/822, les dispositifs concernés sont nécessairement ceux qui ont pour objet un ou plusieurs types de taxes et impôts visés à l'article 2 de la directive 2011/16/UE, transposé par l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal* ».

La référence aux taxes et impôts visées est bienvenue mais, pour la Chambre de Commerce, elle mériterait d'être précisée.

Certes, l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 29 mars 2013 exclut notamment la taxe sur la valeur ajoutée, les droits de douane et les cotisations sociales obligatoires du champ d'application de l'échange d'informations.

Si, par ailleurs, les taxes et impôts doivent être perçus au moins sur le territoire d'un des Etats membres de l'Union européenne pour qu'une transaction soit potentiellement déclarable en vertu de DAC 6, le Projet ne fournit en revanche pas de liste des taxes et impôts luxembourgeois qui sont précisément visés. Or, ces informations seraient notamment importantes pour les fonds d'investissement qui sont assujettis à la taxe d'abonnement afin de savoir si cette dernière et/ou tout autre droit d'enregistrement sont visés par cette législation. En effet, selon que la taxe d'abonnement est ou non incluse dans le champ d'application de cette législation, une transaction entre un fonds luxembourgeois soumis à la taxe d'abonnement et une entité localisée hors de l'Union européenne pourrait ou non potentiellement faire l'objet d'une déclaration. La même question se pose pour les droits de succession et de donation.

Les commentaires du Projet mentionnent également que « *les dispositifs concernés sont nécessairement ceux qui ont pour objet un ou plusieurs types de taxes et impôts visés à l'article 2 de la directive 2011/16/UE, transposé par l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal. Par conséquent, le critère de l'avantage principal, tel que défini à l'annexe, doit être rempli en relation avec des impôts directs* » (soulignement ajouté). Si pour l'application des marqueurs concernés, l'avantage fiscal doit être rempli en relation avec des impôts directs, il semblerait dès lors logique que seuls les impôts directs soient visés par DAC 6. Ce point devrait être clarifié.

– Nécessité de restreindre le champ d'application par diverses techniques (ajout du critère de planification fiscale agressive, liste de services exonérés, seuil minimal)

Dans la continuité de ce qui précède, afin de limiter les dispositifs déclarables à ce qui est techniquement/matériellement réalisable et rationnellement souhaitable tout en restant dans l'esprit même de l'action 12 du rapport BEPS, la Chambre de Commerce aurait voulu limiter les dispositifs déclarables, sur base des positions prises par d'autres pays européens dans leur loi de transposition, aux seules situations présentant un risque d'évitement fiscal/contournement de la NCD.

Par exemple, la loi autrichienne, en son article 4, prévoit une condition supplémentaire à remplir pour qu'un dispositif soit déclarable. En effet, un dispositif ne sera à déclarer que dans la mesure où il comporte un risque d'optimisation fiscale ou s'il présente un risque de contournement de la NCD ou s'il présente un risque quant à l'identification des bénéficiaires ultimes.



De même, les autorités fiscales polonaises ont établi une liste de services (« *white list* ») n'entrant pas dans le champ d'application des règles de déclaration. Parmi ces services, la Chambre de Commerce note la préparation des déclarations fiscales ainsi que la préparation des comptes annuels lorsqu'ils sont préparés sur la base d'informations fournies par le client. Dans le cas où l'intermédiaire prestant ces services identifierait ou soupçonnerait l'existence d'un montage fiscal, l'exemption déclarative serait alors levée. La préparation et la réalisation de rapports d'audit fiscal ou financier (« *due diligence* ») ainsi que la préparation d'une documentation relative aux prix de transfert et d'analyse de pratiques comparables n'entreraient également pas dans le champ de l'obligation déclarative.

Finalement, il pourrait également être envisagé d'instaurer un seuil minimal qui impliquerait que les dispositifs déclarables dont le montant serait en deçà ne seraient pas à déclarer. Cela permettrait notamment d'alléger la charge de travail engendrée par ces nouvelles obligations déclaratives.

- *Article 1, point 4 du Projet – Intermédiaire*

- Critère de la connaissance raisonnable

La notion d'intermédiaire fait aussi référence à la connaissance des dispositifs transfrontières déclarables par les intermédiaires visés à l'alinéa 2 : « *On entend également par ce terme 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 [...] 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 [...]* »).

De façon générale, la Chambre de Commerce note que les commentaires du Projet rappellent que les intermédiaires concernés sont tenus à leurs obligations professionnelles existantes quant à la recherche des informations que l'intermédiaire ou le contribuable concerné ne détient pas en premier lieu. La base sur laquelle s'appréciera le fait de « *sait ou pourrait raisonnablement être censée savoir* » aux fins l'application de la loi luxembourgeoise mériterait peut-être d'être encore davantage clarifiée par des exemples, voire une circulaire.

La Chambre de Commerce voudrait attirer l'attention sur des problèmes plus sectoriels et non exhaustifs.

Pour l'industrie des fonds d'investissement à Luxembourg, plusieurs questions se posent quant à la définition du terme « *intermédiaire* ». Les fonds d'investissement luxembourgeois, qu'il s'agisse d'organismes de placement en valeurs mobilières ou de fonds d'investissement alternatifs font intervenir un grand nombre de prestataires de services fournissant des services différents (sociétés de gestion, agent de transfert, banque dépositaire, distributeurs de parts de fonds, conseillers et gestionnaires en investissements, ...). Ces prestataires de services intervenant à différents titres pourraient, s'ils remplissent les conditions posées par DAC 6, potentiellement être considérés comme des intermédiaires au sens de la Directive. Toutefois, en l'absence de clarifications spécifiques relatives à l'une des plus importantes industries du Luxembourg, il leur est difficile de déterminer leur position quant à cette notion et, dès lors, de déterminer avec précision leurs obligations, notamment en termes de délai et de contenu des déclarations. Compte tenu du montant élevé de l'amende potentiellement encourue dans le cas cas où ils ne respecteraient pas leurs obligations, il est absolument crucial pour eux de connaître avec précision lesdites obligations.

Une interprétation trop large de la notion d'intermédiaire pourrait aussi avoir un impact négatif pour les preneurs d'assurance. Ceux-ci pourraient voir leur contrat déclaré par tous les intermédiaires qui interviennent dans la mise en place de leur contrat (entreprise d'assurance, conseiller fiscal, courtier, banque dépositaire...). Une entreprise d'assurance reçoit certaines informations sur ses clients et leurs contrats d'assurance au cours du processus de vente et ne peut fonder son analyse du « *dispositif transfrontière* » que sur la base de ces informations. En fonction de son rôle dans le processus de vente, les obligations professionnelles d'un assureur à l'égard des renseignements qu'il doit recueillir sur son client et/ou sur le dispositif varient. En effet, une entreprise d'assurance peut distribuer ses produits d'assurance directement aux clients finaux. Dans ce cas, elle est soumise à un devoir de conseil découlant principalement des obligations prévues par la Directive sur la Distribution d'Assurance<sup>17</sup> (en

<sup>17</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celez%3A32016L0097>

abrégé ci-après, la « DDA »). Ce devoir de conseil oblige l'assureur à collecter un ensemble d'informations précis auprès du preneur d'assurance. Une entreprise d'assurance peut aussi distribuer ses produits via un réseau d'intermédiaires. Dans ce cas, le devoir de conseil repose sur l'intermédiaire et non sur l'assureur. C'est donc l'intermédiaire qui devra recueillir, auprès de son client, l'ensemble des informations requises dans le cadre du devoir de conseil imposé par la DDA. L'entreprise d'assurance n'interfère pas dans les relations entre l'intermédiaire et le client final. Elle n'a alors accès qu'aux informations nécessaires pour effectuer les démarches administratives de souscription du contrat d'assurance. Dans ce dernier cas de figure, il est même permis de s'interroger sur la pertinence pour une entreprise d'assurance de se retrouver dans l'obligation de déclarer des contrats sur la base d'informations extrêmement parcellaires. Quel que soit le réseau de distribution utilisé par l'assureur, il serait en tout état de cause préférable que le Projet confirme, ici aussi, le fait que DAC 6 ne crée pas d'obligations de diligence supplémentaires pour les entreprises d'assurance. Cela leur permettrait d'être assurées qu'elles peuvent se fier à leurs obligations professionnelles existantes (qu'elles soient soumises ou non à une obligation de conseil) pour déterminer si une police doit faire l'objet d'une déclaration.

Les Gouvernements néerlandais et italien ont d'ailleurs estimé qu'il était nécessaire de clarifier leur position sur cette question :

- Le projet de loi de transposition néerlandais a ainsi précisé que « *les intermédiaires n'ont pas d'obligation de diligence et ne seront tenus de déclarer que sur la base des informations dont ils disposent, sans avoir à enquêter plus avant.* »<sup>18</sup>.
- Lors d'une réunion tenue le 29 janvier 2019 par le Ministère italien de l'Économie et des Finances auprès des partis politiques : « *Il a été précisé que les intermédiaires seront soumis à une obligation de déclaration en vertu de DAC 6 lors de la conception ou de la gestion autonome de la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière à déclarer. Les intermédiaires qui fournissent de l'aide ou des conseils sur un dispositif transfrontière à déclarer ne sont assujettis à l'obligation de déclarer que sur la base des renseignements qu'ils ont en leur possession.* »<sup>19</sup>.

Aussi, afin d'optimiser le cadre législatif et d'en assurer une mise en œuvre adéquate, tout en garantissant à ses ressortissants une sécurité juridique accrue, la Chambre de Commerce est d'avis que des précisions sont à apporter dans un certain nombre de cas. Elle préconiserait dans ce contexte que l'administration compétente élabore, en lien avec les professionnels concernés, les lignes directrices ou autres dispositions accompagnatrices afin de les aider.

#### – Critère de l'action génératrice de l'obligation de déclaration

La Chambre de Commerce demande de clarifier les termes de « *concevoir* », « *commercialiser* », « *organiser* », « *rendre disponible pour la mise en œuvre* » ou « *gérer la mise en œuvre* » prévus à l'article 3, point 21 de la DAC6. Elle retient ses commentaires sur la notion de mise à disposition pour l'article 2 du Projet ci-dessous.

#### *Article 2 : obligation de transmission*

##### • *Article 2, paragraphe 1<sup>er</sup> du Projet – déclaration initiale*

#### – Critère de la mise à disposition

L'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup> du Projet prévoit que les intermédiaires sont tenus de transmettre à l'Administration des contributions directes certaines informations dans un délai de 30 jours commençant le lendemain de la mise à disposition du dispositif (ainsi que dans d'autres hypothèses). Il y aurait lieu de clarifier ce que l'expression « *mise à disposition* » du dispositif signifie. La Chambre de Commerce estime qu'il n'y a mise à disposition que pour autant que le conseil ne soit pas de nature générale et porte sur des transactions dont l'intention est de les mettre effectivement en œuvre (et que cette intention soit raisonnablement connue par l'intermédiaire).

Il serait également utile de pouvoir disposer de clarifications et/ou des exemples concrets relative-ment à la notion de « *première étape* ». Une telle clarification serait nécessaire en particulier dans les contextes de structures de fonds d'investissement dans lesquels plusieurs intermédiaires prestant différents types de services sont susceptibles d'intervenir concomitamment ou dans un laps de temps

<sup>18</sup> <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/etf-394-eu-mandatory-disclosure-requirements-update.pdf>

<sup>19</sup> <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/etf-394-eu-mandatory-disclosure-requirements-update.pdf>

rapproché. Par ailleurs, se pose la question de savoir dans quel cas une modification d'une structure existante et mise en oeuvre avant l'entrée en vigueur de la DAC6, pourrait néanmoins tomber dans le champ d'application de cette dernière (lorsque la modification intervient après l'entrée en vigueur de la DAC6). De manière similaire, il serait souhaitable de confirmer expressément que, concernant les dispositifs ayant été mis en place avant l'entrée en vigueur de la directive mais portant leurs effets après celle-ci (e.g. paiement d'intérêts sur un contrat de prêt conclu avant l'entrée en vigueur de la DAC6), le moment clé est bien celui de la mise en place du dispositif et que les effets de celui-ci ne constituent pas un dispositif à part entière.

– Délais

L'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup> du Projet prévoit, par ailleurs, que les intermédiaires sont tenus de transmettre à l'administration fiscale luxembourgeoise les informations visées à l'article 10 dont ils ont connaissance, qu'ils possèdent ou qu'ils contrôlent concernant les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration dans un délai de 30 jours.

En revanche, la Chambre de Commerce constate que le Projet n'apporte aucun détail supplémentaire concernant le moment à partir duquel le délai, endéans lequel le prestataire de service doit remplir ses obligations déclaratives, commence à courir. Au regard des dispositions précitées, la Chambre de Commerce est d'avis que ce délai commence à courir au plus tôt lorsque le service en question a effectivement été rendu par le prestataire de service. Au regard de l'importance des considérations pratiques y attachées, il serait souhaitable que ces éclaircissements soient apportés.

• *Article 2 paragraphe 2 du Projet – dispositifs commercialisables*

Conformément aux dispositions de la DAC6, le Projet prévoit que « *dans le cas de dispositifs commercialisables, les intermédiaires sont tenus d'établir tous les trois mois un rapport fournissant une mise à jour contenant les nouvelles informations devant faire l'objet d'une déclaration (...), qui sont devenues disponibles depuis la transmission du dernier rapport* ».

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce se pose la question de savoir si, en l'absence de nouvelle information, l'intermédiaire devra soumettre un rapport indiquant l'absence de nouvelle information pour chacun des dispositifs concernés ou s'il est dispensé d'un tel rapport : il serait également souhaitable que ces éléments soient mentionnés dans le Projet.

• *Article 2, paragraphe 3 et 4 du Projet – champ d'application territorial*

L'article 2, paragraphe 3 du Projet prévoit que « *l'intermédiaire a l'obligation de transmettre des informations concernant des dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration à l'Administration des contributions directes lorsque le Grand-Duché de Luxembourg est l'État membre qui occupe la première place dans la liste ci-après :*

- a) *l'État membre dans lequel l'intermédiaire est résident à des fins fiscales ;*
- b) *l'État membre dans lequel l'intermédiaire possède un établissement stable par l'intermédiaire duquel les services concernant le dispositif sont fournis ;*
- c) *l'État membre dans lequel l'intermédiaire est constitué ou par le droit duquel il est régi ;*
- d) *l'État membre dans lequel l'intermédiaire est enregistré auprès d'une association professionnelle en rapport avec des services juridiques, fiscaux ou de conseil. ».*

La Chambre de Commerce comprend que cette disposition doit être interprétée de la manière suivante :

- si l'intermédiaire est résident à des fins fiscales au Grand-Duché de Luxembourg, il aura l'obligation, le cas échéant, de déclarer le dispositif auprès de l'Administration des contributions directes (application du sous-paragraphe a) ;
- si l'intermédiaire possède un établissement stable situé au Luxembourg et par l'intermédiaire duquel les services concernant le dispositif sont fournis, il n'y aura une obligation, le cas échéant de déclarer le dispositif auprès de l'Administration des contributions directes que si l'intermédiaire réside à des fins fiscales en dehors de l'Union européenne (application du sous-paragraphe b). Ainsi si l'intermédiaire réside à des fins fiscales dans un autre État membre de l'Union européenne, le dispositif devra être déclaré, le cas échéant, par l'intermédiaire dans son État de résidence (application du sous-paragraphe a).

En ce qui concerne les cas de déclaration multiples prévus au paragraphe 4, la Chambre de Commerce identifie à ce jour les situations suivantes :

- l’intermédiaire est résident fiscal dans deux États membres ;
- l’intermédiaire est résident en dehors de l’Union européenne mais deux de ses établissements stables, établis dans deux États membres différents rendent des services dans le cadre du même dispositif ;
- l’intermédiaire est résident en dehors de l’Union européenne, (a) ne possède pas d’établissement dans l’Union européenne par l’intermédiaire duquel les services concernant le dispositif sont fournis, (b) a été constitué en dehors de l’Union européenne et est régi par un droit non européen, (c) mais est inscrit en tant qu’expert fiscal ou juridique auprès d’une association professionnelle dans deux États membres différents.

La Chambre de Commerce est d’avis que ce paragraphe ainsi que le statut des succursales sous DAC 6 doivent impérativement faire l’objet de clarifications dans le Projet.

Par ailleurs, s’agissant plus spécifiquement du statut des succursales sous DAC 6, la Chambre de Commerce estime que dans la mesure où certains marqueurs sont relatifs à la NCD, une certaine cohérence doit impérativement être assurée entre ces deux législations. C’est pourquoi, elle propose d’adopter la même position que celle retenue dans la loi du 18 décembre 2015 précitée. Ainsi, sur cette base, les succursales d’une société résidente du Luxembourg, situées en dehors du territoire du Luxembourg ne devraient pas être considérées comme des intermédiaires sous le droit luxembourgeois mais, le cas échéant, comme des intermédiaires en vertu de la législation de l’État dans lequel elles sont situées. *A contrario*, les succursales établies au Luxembourg d’une institution financière, non résidente du Luxembourg, seraient soumises aux dispositions du Projet. Une telle position serait par ailleurs alignée avec les pratiques en matière d’obligations professionnelles puisque les diligences raisonnables sont, en principe, réalisées au niveau de/par la succursale.

En conclusion et sur cette base, la Chambre de Commerce propose qu’il soit précisé dans le Projet qu’un établissement stable situé en dehors du Luxembourg n’est pas considéré comme résident fiscal au Luxembourg aux fins d’application du Projet.

#### *Article 3 du Projet – exception à l’obligation de déclaration pour cause de secret professionnel*

La DAC6 prévoit que 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 en vertu de la législation nationale dudit État membre.

Cette option a été partiellement levée par le Projet en prévoyant que l’intermédiaire soumis à l’article 35 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d’avocats n’est pas tenu de transmettre les informations visées à l’article 10 dont il a connaissance, qu’il possède ou qu’il contrôle concernant les dispositifs transfrontières devant faire l’objet d’une déclaration.

L’avocat reste néanmoins tenu de :

- notifier, au plus tard dans un délai de 10 jours, à tout autre intermédiaire ou au contribuable (en l’absence d’un autre intermédiaire) les obligations de déclarations qui leur incombent en vertu de la présente loi ; et
- transmettre certaines informations (de nature générale qui ne permettront pas d’identifier le contribuable) à l’Administration des contributions directes dans un délai de 30 jours.

– Elargissement nécessaire de l’option

La Chambre de Commerce s’interroge sur le fait que la dispense n’ait été envisagée que pour une catégorie limitée d’intermédiaires alors que le même type de prestations est effectué par d’autres intermédiaires professionnels qui doivent notamment respecter le secret professionnel visé à l’article 458 du Code pénal comme les firmes d’audit, expertise comptable et de conseil. Le Projet justifie cette dispense et cette différence de traitement par la nécessité de préserver la nécessaire relation de confiance entre l’avocat et son client.

La Chambre de Commerce n’est pas convaincue par cette justification. Certains contribuables pourraient en effet être tentés de privilégier des relations de travail avec des avocats dans la mesure où ceci pourrait leur conférer le contrôle sur l’obligation de déclaration (en ce compris l’analyse des marqueurs et le contenu qui sera développé dans le formulaire de déclaration).

Pour la Chambre de Commerce, tout intermédiaire soumis au secret professionnel doit pouvoir bénéficier de la dispense prévue à l'égard de la profession d'avocats, sauf à y renoncer. Il se peut, en effet, que certains types intermédiaires, pour des raisons propres à leur activité, préfèrent ne pas exercer l'option.

La Chambre de Commerce est donc d'avis qu'une distinction doit être faite au sein de la profession d'avocats entre les prestations de conseil fournies par ceux-ci et leur intervention dans le cadre de la défense de leurs clients en justice. La nature de ces prestations est fondamentalement différente. Dans le cadre d'une mission de conseil, l'avocat n'est pas dans la défense des droits de son client (et ce second domaine d'intervention est primordial et nécessite effectivement une protection appropriée) mais intervient proactivement et assiste son client dans la mise en place de dispositifs transfrontières de planification fiscale à caractère potentiellement agressif. A ce titre, l'avocat se limite à des prestations de conseil de manière équivalente à tout autre prestataire et doit donc être traité de manière similaire aux autres prestataires.

La Chambre de Commerce note encore que lorsque d'autres Etats européens envisagent la transposition de la dispense dans leur droit interne, ils ont tendance à l'accorder de manière identique à différentes catégories d'intermédiaires effectuant le même type de prestations. A cet égard, la loi autrichienne prévoit une dispense pour les avocats sur le fondement du secret professionnel. Cette dispense s'applique également aux auditeurs et conseillers fiscaux ainsi qu'aux professions comptables et notariales. L'obligation déclarative sera alors entre les mains du contribuable. Dans tous les cas, l'intermédiaire devra informer le contribuable du transfert d'obligation.

#### – Délais

Le Projet n'indique pas si le délai imposé pour la notification par l'avocat est le point de départ du délai de 30 jours alloué à l'intermédiaire notifié ou au contribuable. Si tel ne devait pas être le cas, ces derniers verraient *de facto* leur délai de 30 jours en vue de la déclaration réduit jusqu'à concurrence de 10 jours.

En outre, le délai dans lequel un avocat serait tenu de notifier un autre intermédiaire relativement à des dispositifs mis en œuvre pendant la période de transition n'apparaît pas clairement. Il serait dès lors bon de clarifier les obligations de l'avocat à cet égard.

#### – Ecueils à éviter

La dispense ne doit pas générer un transfert massif d'obligations déclaratives vers des prestataires de service concernant des dispositifs qui ont été conçus, commercialisés ou organisés par d'autres.

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce est d'avis que la simple connaissance ou réception par la banque ou autre, en sa qualité de prestataire de service, d'une notification selon laquelle un dispositif transfrontière doit faire l'objet d'une déclaration, n'emporte pas automatiquement pour la banque concernée ou autre, le statut d'intermédiaire et l'obligation de déclaration y relative.

En effet, la banque concernée ou autre ne dispose pas nécessairement de tous les éléments lui permettant d'apprécier l'existence d'un dispositif soumis à déclaration et notamment d'appréhender le marqueur applicable dans le cas d'espèce.

Il serait donc opportun de préciser ces éléments dans le Projet ou, à défaut, par voie de circulaire administrative.

#### *Article 4 du Projet – déclaration directement par le contribuable*

Un raisonnement similaire à celui développé sous l'article 2 s'applique *mutatis mutandis* pour les contribuables, notamment concernant la notion de « *mise à disposition* ». La Chambre de Commerce se permet d'y renvoyer pour autant que de besoin.

#### *Article 5 du Projet – exception à l'obligation de déclaration pour cause d'intermédiaires en cascade*

L'article 5 du Projet prévoit qu'« *un intermédiaire n'est dispensé de l'obligation de transmettre des informations que dans la mesure où il peut prouver que ces mêmes informations (...) ont déjà été transmises par un autre intermédiaire* ».

Le Projet ne donne aucune indication quant à la manière dont cette preuve peut ou doit être rapportée. Il vise l'exemple d'une preuve écrite demandée par un intermédiaire d'un pays A émise par l'autorité compétente de l'Etat membre concerné, le pays B. En l'absence de dispositions spécifiques, eu égard



aux délais imposés aux intermédiaires ainsi qu'aux obligations au secret professionnel qui peuvent trouver à s'appliquer, il est fort peu probable que cette possibilité ne puisse jamais être utilisée par les intermédiaires, surtout compte tenu du risque de sanction.

De manière pratique, afin de garantir l'effectivité de cette faculté offerte par la DAC6, le Projet devrait fixer les bases légales d'une procédure permettant aux intermédiaires de prouver que l'obligation de déclaration ayant déjà été remplie par un autre intermédiaire, il n'est plus tenu à cet égard. Cette possibilité est tout particulièrement importante dans les structures de fonds d'investissement faisant appel à un grand nombre de prestataires de services mais également pour le secteur bancaire. Elle permettrait de grandement simplifier les obligations déclaratives.

Une solution pourrait consister en l'émission d'un numéro d'identification pour chacun des dispositifs déclarés par l'Administration des contributions directes<sup>20</sup>. Le cas échéant, ce numéro d'identification pourrait être communiqué par le déclarant aux autres intermédiaires. Il incombera certainement à l'Administration des contributions directes de préciser ces moyens de preuve<sup>21</sup>. De plus, afin de réduire les cas de déclarations multiples, l'ensemble des États membres pourraient alors adopter une démarche commune consistant à émettre de tels numéros d'identification. Concernant des professionnels réglementés, cette preuve pourrait être également rapportée soit par le partage d'une copie de la preuve éventuelle du dépôt auprès de l'Administration, voire d'une attestation remise par l'intermédiaire certifiant avoir dûment fait la déclaration et mentionnant les intermédiaires et participants visés par la déclaration. Il est à ce titre utile de rappeler que la Cour d'Appel de Luxembourg dans un arrêt du 3 mai 2017, a statué qu'une déclaration du bénéficiaire économique dont la vérité était altérée est à considérer comme un faux au sens des articles 196 et 197 du Code pénal. La même analyse devrait s'appliquer également à une telle déclaration dans ce cadre.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce regrette que le Projet ne prévoit pas de dispense de déclaration pour les intermédiaires en possession d'une déclaration fiscale faisant référence à un dispositif ou en possession d'un rescrit fiscal dans la mesure où de tels documents attestent de la connaissance par l'Administration des contributions directes du dispositif en question.

#### *Article 7 du Projet – déclaration d'impôt sur le revenu*

Outre l'atteinte à la simplification administrative, le Projet, en levant l'option consistant à obliger le contribuable à redéclarer, dans sa déclaration annuelle à l'impôt sur le revenu des collectivités, l'utilisation du dispositif, pose plusieurs questions.

La Chambre de Commerce s'interroge ainsi notamment quant à savoir (i) si elle ne serait pas redondante avec la déclaration effectuée par un intermédiaire ou le contribuable lui-même ; (ii) à partir de quel exercice d'exploitation cette obligation serait applicable; (iii) quels champs complémentaires sont à remplir dans le formulaire de déclaration; (iv) si la pénalité en cas de non-déclaration serait applicable dans cette hypothèse également, surtout pendant la période rétroactive ; (v) comment s'effectuera le contrôle de la cohérence entre cette déclaration et la déclaration effectuée (attribution, comme en Grande-Bretagne ou en Pologne, d'un numéro de référence par l'Administration des contributions directes pour faciliter la déclaration du contribuable via sa déclaration à l'impôt sur le revenu et la correspondance avec la déclaration faite par l'intermédiaire/le contribuable lui-même) ?.

Enfin, la Chambre de Commerce note encore que l'Autriche, même si elle n'est pas suivie par la majorité des États membres, a refusé de lever l'option.

#### *Article 13 du Projet – formulaires*

La Chambre de Commerce est d'avis que les transactions déclarables devront faire l'objet d'une déclaration selon des modalités similaires à celles prévues pour l'échange automatique des rescrits fiscaux. Toutefois, tant la DAC6 que le Projet restent assez vagues sur les informations à inclure et ne fournissent, à ce stade, pas de modèle de formulaire déclaratif type. Or, eu égard à la période rétroactive mentionnée plus haut, pour autant qu'elle soit valable, les intermédiaires et contribuables concernés doivent en principe déjà recenser les transactions potentiellement reportables et préparer les informa-

<sup>20</sup> C'est déjà le cas sous le Règlement d'exécution UE 2019/532 du 28 mars 2019 en ce qui concerne les formulaires types, y compris le régime linguistique applicable, pour l'échange automatique et obligatoire d'informations sur les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

<sup>21</sup> Le procès-verbal de la réunion Commission des Finances et du Budget du 16 octobre 2019, en son avant dernier paragraphe, laisse entrevoir la possibilité d'introduire un tel système, ce que la Chambre de Commerce encourage.



tions à déclarer sur une base préliminaire (en anticipation de la date butoir d'août 2020). Il est donc important que le formulaire officiel qui devra être utilisé à cette fin, puisse être mis à disposition des intermédiaires/contribuables le plus rapidement possible. La Chambre de Commerce note à cet égard que le schéma xml doit encore être publié par la Commission européenne.

La Chambre de Commerce regrette finalement le manque de détails sur les champs obligatoires vs. champs optionnels à compléter, notamment compte tenu des amendes pour transmissions de données incomplètes ou inexactes qui, sur la base de Projet, pourront être infligées par l'administration fiscale luxembourgeoise (d'un montant maximum de 250.000 EUR). Il conviendrait en effet d'éviter de rendre obligatoires des champs dont il est raisonnable de penser que les intermédiaires ne pourront pas les renseigner de manière systématique (comme la valeur d'un dispositif transfrontière qui n'est pas toujours connue par les intermédiaires, de même que les dispositions légales des Etats concernés) sur la base des informations obtenues dans le cadre de leurs obligations professionnelles existantes.

#### *Article 14 – Protection des données*

A la grande surprise de la Chambre de Commerce, la fiche d'évaluation d'impact, à hauteur de la question 7, répond que la question de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel est inapplicable. La Chambre de Commerce ne s'explique pas cette conclusion, alors même que la DAC6 et le Projet lui-même, en son article 14, visent les questions de confidentialité et de protection des données à caractère personnel.

La Chambre de Commerce relève que, contrairement aux lois relatives à la NCD et à FATCA précitées, le Projet ne prévoit pas expressément une obligation de notification pour les intermédiaires au profit des clients/contribuables concernés compte tenu de la déclaration d'un dispositif transfrontière soumis à déclaration à l'Administration des contributions directes et s'interroge à ce sujet, d'autant lorsque les dispositifs transfrontières doivent le cas échéant faire l'objet, en application de l'article du Projet, d'une déclaration endéans un bref délai (par exemple, il s'agit, pour les prestataires de service, d'un « *déla*i de trente jours commençant le lendemain du jour où ils ont fourni (...) une aide, une assistance ou des conseils »).

#### *Article 15 – sanctions*

La DAC6 laisse le soin aux Etats membres de déterminer le régime et le niveau des pénalités en cas de violation des dispositions applicables tout en exigeant que celles-ci soient effectives, proportionnées et dissuasives.

Le Projet indique que l'amende sera fixée par le bureau de la retenue d'impôts sur intérêts et que le montant maximum de celle-ci sera de 250 000 EUR.

##### *– Sévérité des sanctions*

La Chambre de Commerce considère que le montant de 250 000 EUR apparaît comme relativement élevé par rapport à d'autres Etats membres, ce qui pourrait avoir des conséquences négatives pour l'attractivité du Luxembourg. En effet, l'Autriche a, par exemple, fixé ses pénalités à un maximum de 25 000 EUR pour les fautes non intentionnelles et à 50 000 EUR pour les fautes intentionnelles. En Finlande et en Hongrie le montant maximum des pénalités s'élève à 15 000 EUR. En Allemagne les pénalités pourront s'élever jusqu'à 25 000 EUR pour des fautes non intentionnelles et de 25 000 EUR pour les fautes intentionnelles. Enfin, en Estonie les pénalités devraient être de 3 300 EUR pour l'intermédiaire et de 3,200 EUR pour le contribuable s'il s'agit d'une personne morale ou 1 200 EUR si le contribuable est une personne physique.

Dans ces circonstances, la Chambre de Commerce se permet de mettre en doute le caractère proportionnel de la sanction. Si DAC 6 n'impose pas de rechercher activement les informations qui ne sont pas déjà en possession de l'intermédiaire, la Chambre de Commerce s'interroge sur les conséquences pratiques engendrées par le fait que la sanction puisse être portée jusqu'à 250 000 euros en cas de transmission incomplète de données. En effet, compte tenu du montant potentiel de l'amende, elle se demande si cela n'obligerait pas en pratique les intermédiaires, qui souvent ne seront pas en possession de toutes les informations demandées par l'article 10 du Projet et donc ne seront pas en mesure de compléter tous les champs requis du formulaire, à devoir rechercher activement au-delà des missions professionnelles les informations afin de transmettre un formulaire complet et ainsi ne pas subir les sanctions prévues. Ceci pourrait revenir en pratique à faire peser sur les intermédiaires des

obligations disproportionnées afin de pouvoir se conformer à leurs obligations de déclarer alors que seul le contribuable serait en mesure de compléter de manière adéquate le formulaire.

En outre, dans la mesure où les marqueurs, qui représentent le champ d'application de l'obligation de déclarer, sont rédigés de manière imprécise, voire lacunaire, et que des clarifications ne sont apportées que pour certains d'entre eux, l'on peut se demander si cela ne serait pas contraire à l'article 14 de la Constitution qui prévoit que « *nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi* ». Ce principe constitutionnel de la légalité de la peine, qui s'applique aussi aux sanctions administratives, nécessite de définir les actes répréhensibles en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements qui seront sanctionnés.

#### – Modalités pratiques

Il est mentionné dans les commentaires des articles du Projet concernant les sanctions que l'article 15 « *reprend le montant maximum des amendes applicables en cas de non-respect des dispositions de la loi modifiée relative à FATCA, de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la Norme commune de déclaration (NCD) et de la loi modifiée du 23 décembre 2016 relative à la déclaration pays par pays* ».

Or, même si les situations sanctionnables ne sont pas réellement comparables entre les lois précitées et les hypothèses du Projet, les obligations FATCA, NCD et de la déclaration pays par pays ne sont respectivement applicables qu'une seule fois par an, alors que l'obligation déclarative du Projet devrait être effectuée transaction par transaction. Ainsi, le montant total potentiellement encouru en cas de non-respect des obligations déclaratives du Projet pourrait être en pratique nettement plus élevé qu'en cas de non-respect des obligations FATCA, NCD ou de celles de la déclaration pays par pays. La Chambre de Commerce se demande dès lors si les modalités d'application des sanctions telles que prévues par ce Projet ne les rendraient pas totalement disproportionnées.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'il conviendrait de clairement expliciter la fréquence temporelle de ces sanctions (applicable par année calendaire, par mois, par déclaration) et le cas échéant, de revisiter le montant maximum encouru afin que les sanctions soient effectivement proportionnelles.

La Chambre de Commerce note encore que sont sanctionnées les données incomplètes. Dans l'hypothèse d'une notification donnée par un avocat à un intermédiaire, les obligations de l'avocat étant limitées à la transmission de nature générale afin d'éviter la problématique du secret professionnel, il y aurait lieu de confirmer qu'en cas d'intervention d'un avocat, l'intermédiaire soumis à déclaration ne pourra pas être sanctionné pour déclaration incomplète.

#### – Période de transition

La Chambre de Commerce est d'avis que, vu l'absence actuelle de clarifications quant à l'interprétation des marqueurs, aucune sanction ne pourrait s'appliquer comme cela est prévu en Allemagne sur la base de leur projet de loi pour les arrangements à déclarer relatifs à la période de transition. D'autres Etats, notamment la Hongrie et la Suède ont pris l'option d'appliquer des pénalités réduites pour la période de transition.

#### *Annexe – les marqueurs*

Certains de ces marqueurs sont préalablement soumis au « *critère de l'avantage principal* ». D'autres déclenchent l'obligation de déclarer le dispositif sans devoir répondre à cette condition, si les autres critères sont remplis par ailleurs.

#### *Annexe partie 1 : critère de l'avantage principal*

La notion de « *avantage principal* » fiscal n'est pas définie par la DAC6. Le Projet précise que l'avantage fiscal doit être rempli en relation avec des impôts directs et peut être obtenu tant sur le territoire de l'Union européenne, qu'en dehors de celui-ci mais il n'apporte pas d'autres clarifications spécifiques et renvoie au paragraphe 81 du rapport BEPS de l'OCDE sur l'Action 12 concernant les règles de communication obligatoire d'informations.

De nombreuses interrogations demeurent donc telles que, par exemple, celles qui concernent la manière de déterminer, en pratique, si l'obtention de l'avantage fiscal est le but principal d'une transaction.

– Appréciation par comparaison

La Chambre de Commerce croit comprendre des commentaires du Projet, en page 18, que ce critère s'appuie sur une évaluation objective des avantages fiscaux via une comparaison avec tous les autres avantages pouvant découler de l'opération. Le critère de l'avantage principal ne devrait donc pas être rempli dans la mesure où il existe des justifications ou avantages autres que fiscaux qui prévalent sur les considérations fiscales lors de la mise en place d'un dispositif.

Le Projet précise que le critère de l'avantage principal « *compare le montant de l'avantage fiscal attendu avec tous les autres avantages pouvant découler de l'opération et s'appuie sur une évaluation objective des avantages fiscaux* ». Dans ce cadre, la Chambre de Commerce, qui reconnaît le bien-fondé de cette référence au paragraphe 81 de l'Action 12 du rapport BEPS, souhaiterait toutefois attirer l'attention sur le fait qu'un bénéfice n'est pas systématiquement quantifiable, ce qui fait obstacle ou rend difficile une telle comparaison.

– Nécessité d'introduire d'autres critères d'évaluation

En sus de ces éléments et à l'instar des dispositions contenues le projet de loi britannique<sup>22</sup>, il pourrait être précisé que le critère de l'avantage principal ne serait rempli que lorsque l'obtention de l'avantage fiscal ne peut pas être raisonnablement considéré comme en ligne avec la raison d'être et les objectifs de la ou des disposition(s) sur lesquelles il se fonde.

De manière similaire, si un contribuable étranger est en mesure de bénéficier d'une réduction d'impôt via un dispositif purement domestique, alors un dispositif luxembourgeois offrant une réduction d'impôt similaire à ce même contribuable ne devrait pas être constitutif d'un « *avantage* » au sens de la directive. Le fait de recourir à un dispositif luxembourgeois n'offre en effet aucun « *avantage* » supplémentaire par rapport à un dispositif purement domestique (qui lui ne ferait pas l'objet d'une déclaration). A cet égard, et à titre d'exemples, un certain nombre d'Etats membres ont jugé utile de prévoir des dispositions d'application et des commentaires explicatifs :

- Le projet de loi néerlandais précise que le critère de l'avantage principal ne sera pas rempli dans le cas où la structure telle que mise en place par le contribuable est justifiée par des raisons économiques et commerciales. De plus, il est également mentionné que l'administration fiscale devra accepter les choix du contribuable concernant la conduite de son entreprise tant qu'ils sont motivés par des raisons économiques et commerciales. Une cohérence entre les interprétations des différentes autorités fiscales (« *level playing field* ») en la matière semble cruciale afin de garantir la sécurité juridique tant au niveau des contribuables que de leurs conseillers.
- Les commentaires explicatifs de l'avant-projet de loi allemand précisent également que l'effet bénéfique de l'avantage fiscal doit figurer au premier plan du dispositif et que la personne devant procéder à la transmission des informations peut prouver le contraire, en exposant des raisons impératives non-fiscales (notamment des raisons économiques) ayant motivé la structuration concrète d'une transaction, les avantages fiscaux étant relégués à l'arrière-plan.
- Le projet de loi britannique indique quant à lui qu'en l'absence d'abus, i.e. le dispositif n'est pas contraire à la loi ni ne va à l'encontre de l'intention du législateur, le critère de l'avantage principal ne devrait pas être rempli. La consultation des autorités fiscales britanniques inclut une liste positive de situations débouchant sur un avantage fiscal<sup>23</sup>.

22 Extrait du projet de loi britannique: « 12.–(1) *In the application of Annex IV of the DAC for the purposes of these Regulations(a)– (a) „tax advantage“ includes – (i) relief or increased relief from tax, (ii) repayment or increased repayment of tax, (iii) avoidance or reduction of a charge to tax or an assessment to tax, (iv) avoidance of a possible assessment to tax, (v) deferral of a payment of tax or advancement of a repayment of tax, and (vi) avoidance of an obligation to deduct or account for tax, where the obtaining of the tax advantage cannot reasonably be regarded as consistent with the principles on which the relevant provisions that are relevant to the reportable crossborder arrangement are based and the policy objectives of Chose provisions* ».

<https://www.gov.uk/government/consultations/draft-regulations-implementation-of-disclosablearrangements>

23 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/818842/International\\_Tax\\_Enforcement-disclosable\\_arrangements\\_consultation\\_.pdf?\\_ga=2.84790426.2084080704.1566842545-158818095.1566842545](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/818842/International_Tax_Enforcement-disclosable_arrangements_consultation_.pdf?_ga=2.84790426.2084080704.1566842545-158818095.1566842545)

Les autorités irlandaises et britanniques, au regard de leur propre régime de déclaration, se réfèrent à ce critère en parlant « *d'évitement fiscal* », et en précisent les contours :

- L'autorité fiscale irlandaise explique ainsi que : « *L'évitement fiscal peut être décrit comme l'utilisation d'allègements et de déductions fiscales d'une manière qui n'était pas prévue. L'évitement fiscal peut également impliquer le réétiquetage ou la requalification d'une opération. Ces opérations ont été effectuées principalement pour réclamer un avantage fiscal, et non principalement pour des raisons d'affaires. L'évitement fiscal implique souvent des opérations fictives et artificielles qui ont peu ou pas d'autre but que d'obtenir un avantage fiscal* (soulignement ajouté). »<sup>24</sup>.
- Le HMRC<sup>25</sup> du Royaume-Uni a une approche très similaire : « *L'évitement fiscal consiste à contourner les règles du régime fiscal pour obtenir un avantage fiscal que le Parlement n'a jamais voulu. Il s'agit souvent d'opérations fictives et artificielles qui n'ont guère d'autre but que de produire cet avantage. Il s'agit d'agir dans le respect de la lettre, mais pas de l'esprit, de la loi* (soulignement ajouté). »<sup>26</sup>.

– Exclusion des dispositifs conformes à l'effet direct et prévisible de la législation fiscale

La Chambre de Commerce estime que le fait que tout dispositif qui n'implique aucune transaction artificielle mais qui se repose sur une application conforme à la lettre et à l'esprit de la réglementation fiscale, ne peut être considéré comme de l'évitement fiscal.

Ainsi, par exemple, un contrat d'assurance-vie ordinaire qui a pour seul effet de faire bénéficier le preneur ou ses bénéficiaires d'un traitement fiscal préférentiel tel que prévu pour ces contrats d'assurance-vie par la loi de son lieu de résidence ne devrait pas être considéré comme un dispositif fiscal à déclarer selon DAC 6.

Le premier projet de proposition de transposition de DAC 6 en Suède présenté le 15 janvier 2019 s'efforce de clarifier ce point en incluant une exemption, pour les régimes nationaux, lorsque les effets du dispositif «*sont un effet direct et prévisible de la législation fiscale*». Il a également été dit que « *d'autres exonérations peuvent être accordées par le biais de règlements ultérieurs pour des dispositifs qui sont déjà bien connus des autorités fiscales* »<sup>27</sup>. Similairement, le projet de loi allemand prévoit que si l'accord transfrontière n'aboutit qu'à un simple avantage fiscal en Allemagne et si, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, cet effet est voulu par la loi, il ne doit pas être considéré comme un avantage fiscal au sens du test de l'avantage principal<sup>28</sup>.

Une telle clarification dans les commentaires du Projet, selon laquelle le test n'est pas rempli lorsqu'un dispositif est conforme à « *l'effet direct et prévisible de la législation fiscale* » serait par conséquent la bienvenue et contribuerait à donner une sécurité juridique à une grande partie des produits financiers luxembourgeois sur une base transfrontière.

#### *Annexe – partie 2 : catégories de marqueurs*

- Marqueur A3 – « structure ou documentation « normalisée »

Est considéré sous DAC6, et sous le Projet, comme un marqueur soumis au test de l'avantage fiscal principal, « *un dispositif dont la documentation et/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 oeuvre* ».

La définition de ce marqueur découle du rapport final sur l'Action 12 du plan BEPS : « *Un accord dont la documentation et/ou la structure est substantiellement normalisée et qui est accessible à plus d'un contribuable sans qu'il soit nécessaire de l'adapter substantiellement en vue de sa mise en oeuvre* » et « *Ce marqueur vise à couvrir ce que l'on appelle souvent les «schémas de commercialisation de masse» et est utilisée comme un marqueur générique dans les régimes britannique et irlandais. Par «schémas de commercialisation de masse», on entend un dispositif qui est mis à la disposition*

<sup>24</sup> Irish tax and customs on mandatory disclosure scheme - <https://www.revenue.ie/en/self-assessment-and-self-employment/tax-avoidance/what-is-tax-avoidance.aspx>

<sup>25</sup> *Her Majesty's Revenue and Customs*, soit l'administration fiscale britannique.

<sup>26</sup> HMRC on tax avoidance – <https://www.gov.uk/guidance/tax-avoidance-an-introduction>

<sup>27</sup> <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/etf-394-eu-mandatory-disclosure-requirements-update.pdf>

<sup>28</sup> <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--eu-mandatory-disclosure-rules---an-update-on-local-country-implementation-status-and-trends> / et page 34: [http://www.umsatzsteuerrecht.de/media/GestAnzG\\_RefE.pdf](http://www.umsatzsteuerrecht.de/media/GestAnzG_RefE.pdf)

de plus d'une personne et qui utilise une documentation standardisée qui n'est pas adaptée de manière significative à la situation du client<sup>29</sup>».

Les commentaires du Projet précisent, quant à eux, qu'« en ce qui concerne le marqueur relatif au dispositif dont la documentation et/ou la structure sont en grande partie normalisées, sont visées les produits fiscaux « préfabriqués » pouvant être utilisés tel quel, ou après des modifications limitées. Le client n'a pas besoin, pour mettre en place un tel montage, d'un accompagnement important sous la forme de services de conseil professionnels ». Ce commentaire renvoie au paragraphe 104 du rapport final 2015 de l'Action 12 BEPS concernant les règles de communication obligatoire d'informations.

Si ce commentaire dans le cadre du Projet est utile, il n'est pas suffisant pour la Chambre de Commerce.

Il faut, en effet, souligner qu'en règle générale, plus un produit financier est simple, plus la documentation afférente sera standardisée. Cette standardisation n'est en aucun cas le signe de l'existence d'un schéma fiscal agressif. Dans tout contrat financier, il y a nécessairement un degré de standardisation de la documentation fournie aux clients qui reflète les éléments de base de tous les contrats de ce type, y compris les libellés rendus obligatoires par l'organisme de réglementation. Ce degré de standardisation est un moyen de rationaliser et de réduire les coûts et ne vise pas à reproduire des dispositions fiscales agressives.

A cet égard, la Chambre de Commerce note que le document consultatif émis par l'administration fiscale britannique indique par exemple au sujet de ce marqueur que, bien que la majorité des instruments et produits financiers utilisent une documentation standardisée et hautement accessible, les dispositifs incluant ce type de produits ne tomberont dans le champ de ce marqueur que dans la mesure où l'avantage fiscal obtenu va à l'encontre de l'esprit de la loi.

Le HMRC précité a, quant à lui, publié le *HMRC's Guidance on Disclosure of Tax Avoidance Schemes* (DOTAS)<sup>30</sup>, auquel il est largement fait référence dans le rapport final de l'OCDE sur l'action 12 de BEPS. Ce document fournit des explications détaillées sur les types de dispositifs visés par ce marqueur. Le HMRC considère cette caractéristique comme un moyen de limiter les déclarations à certains types de dispositifs et non comme un moyen d'étendre le champ d'application de DAC 6 aux produits financiers de détail courants. Il ajoute également qu'une documentation qui nécessite une quelconque adaptation, en fonction de la situation financière et des préférences du client, ne doit pas être considérée comme une documentation standardisée au sens de ce marqueur.

Il est intéressant de noter comment la Pologne a décidé de traiter les produits financiers standards. En ce qui concerne ce marqueur, elle a donné une liste d'exemples de ce qui ne devrait pas être considéré comme une documentation standardisée, dans laquelle elle inclut les produits bancaires standardisés<sup>31</sup>.

Il faut donc analyser l'impact de ce marqueur sur, par exemple, les produits d'assurance-vie standard et courants, ainsi que sur les produits d'investissement fondés sur l'assurance (*Insurance Based Investment Products* ou « IBIPs ») en gardant ces éléments à l'esprit.

Si le marqueur de la documentation standardisée devait être interprété au sens large, il aurait donc pour effet d'inclure dans le champ d'application des dispositifs à déclarer tous types de contrat d'assurance-vie en raison de ce critère, à moins qu'un autre marqueur ne soit également applicable.

En conséquence, la Chambre de Commerce demande que le Projet précise que, notamment, les types de documents suivants ne soient pas visés par ce marqueur :

- formulaires de demande/de souscription des fournisseurs de produits ou de services ;
- conditions générales des fournisseurs de produits ou de services ;
- documents dont la standardisation est principalement le résultat du respect de la loi, de la réglementation, d'autres mesures contraignantes ou des meilleures pratiques, d'une recherche de simplification ou d'harmonisation de l'information en vue d'assurer qu'elle soit équitable, claire et non

<sup>29</sup> Paragraphe 103, page 41, du rapport final sur l'Action 12 du Plan BEPS.

<sup>30</sup> Paragraphe « 7.6.6 Test 2 – les dispositifs sont-ils standardisés ? » [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/701190/DOTAS-March.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/701190/DOTAS-March.pdf)

<sup>31</sup> Traduction non officielle du paragraphe 5.1 sur les marqueurs génériques (pages 52/53) par les autorités fiscales polonaises. *Tax Clarifications of 31 January 2019 on Mandatory Disclosure Rules*: <https://www.podatki.gov.pl/media/4417/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-mdr-z-dnia-31-01-2019.pdf>



trompeuse pour les clients, d'une harmonisation visant à réduire le risque vis-à-vis des cocontractants ou le coût de maintenance d'un produit ou d'un service qui résulterait de différences inutiles dans la documentation.

- Marqueur B2 – « conversion des bénéfices »

Est considéré sous DAC6, et sous le Projet, comme un marqueur soumis au test de l'avantage fiscal principal, « 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 ».

Pour la Chambre de Commerce, ce marqueur soulève des questions de deux types :

- Niveau auquel l'appréciation du revenu doit se faire

La Chambre de Commerce demande que des clarifications soient apportées relativement au fait de savoir s'il s'agit d'apprécier concomitamment la nature du revenu chez le débiteur et le bénéficiaire pour un même flux ; alternativement, si la qualification doit être appréciée sur base des revenus sous-jacents. La question peut aussi se poser quant au fait de savoir s'il y a « conversion » quand un instrument remplace un autre instrument similaire mais avec un traitement fiscal plus favorable.

- Risque d'interprétation trop large

Ce marqueur de DAC 6 s'inspire de marqueurs similaires déjà utilisés dans les cadres irlandais et portugais :

- « Un dispositif qui a pour effet de convertir des revenus en capital, en dons ou en d'autres catégories de revenus imposés à un niveau inférieur ou exonérés d'impôt » (Annexe du Projet de loi, partie II, paragraphe B, point 2). Ce marqueur est également soumis au test de l'avantage fiscal principal.

- « Ce marqueur concerne les régimes de conversion des revenus en capital ou en dons afin d'éviter le taux plus élevé de l'impôt sur le revenu et de faire en sorte que le gain soit imposé à un taux inférieur ou exonéré d'impôt dans le cas de l'Irlande ». (Voir par. 124, page 46, du rapport final de l'OCDE sur l'Action 12)

- « Au Portugal, ce marqueur couvre les opérations d'assurance ou les opérations financières qui peuvent donner lieu à un reclassement des revenus ou à un changement de bénéficiaire et vise en particulier le crédit-bail, les opérations portant sur des instruments hybrides, les instruments dérivés ou les contrats sur instruments financiers ». (Voir par. 125, page 46, du rapport final de l'OCDE sur l'action 12).

Les termes de ce marqueur, là encore, sont si larges qu'ils peuvent, s'ils sont littéralement interprétés, inclure tout type d'instruments financiers dont les contrats d'assurance-vie.

Pour éviter de tels écueils, les autorités polonaises ont clarifié ce point : « Les produits de retraite, tels que les régimes de capital des employés, les régimes de retraite des employés, les comptes de retraite individuels ou les comptes d'assurance retraite individuels, ne répondent pas à cette caractéristique. »<sup>32</sup>.

Compte tenu de ce qui précède, la Chambre de Commerce estime qu'il serait important de préciser ce qui pourrait être entendu comme « conversion de revenu » et si des produits financiers type comme l'assurance-vie, pourraient entrer dans le champ d'application de ce marqueur.

- Marqueur B3 – « transactions circulaires »

A nouveau, la Chambre de Commerce demande d'apporter des clarifications relativement à la signification des termes « circulaire », « carousel » ou encore « d'entités interposées ». En particulier, une opération de refinancement (i.e., rapatriement de fonds immédiatement suivi d'une réinjection de fonds par l'octroi de nouveaux prêts aux caractéristiques similaires) est-elle à considérer comme une transaction circulaire ?

<sup>32</sup> Traduction non officielle du par. 5.1 sur les marqueurs génériques (pages 53/54) par les autorités fiscales polonaises. *Tax Clarifications of 31 January 2019 on Mandatory Disclosure Rules*: <https://www.podatki.gov.pl/media/4417/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-mdr-z-dnia-31-01-2019.pdf>



- Marqueur C1 – « paiements transfrontières effectués entre entreprises associées »

Ce marqueur suscite à lui seul un grand nombre de questions. A titre d'exemple, la Chambre de Commerce souligne les points suivants :

- Il fait référence à la notion de bénéficiaire sans que celle-ci ne soit définie. Ainsi, un fonds d'investissement (luxembourgeois ou étranger) considéré comme transparent, d'un point de vue luxembourgeois, est-il à considérer comme bénéficiaire ou ce marqueur nécessite-t-il une analyse du traitement fiscal du paiement dans le chef de chaque investisseur dans le fonds ?
- De manière similaire, dans le cadre d'un paiement fait par une entreprise associée à une succursale d'une autre entreprise associée, qui est à considérer comme bénéficiaire et à quel niveau l'analyse fiscale du paiement est-elle à effectuer ? Au sein de la succursale elle-même ou au niveau de l'entité dont elle dépend ?
- Le marqueur C.1.b.ii) est relatif à des paiements effectués vis-à-vis de bénéficiaires résidents dans des pays tiers évalués comme étant non coopératifs par les Etats membres collectivement ou dans le cadre de l'OCDE. Vu le caractère évolutif de ces listes, à quel moment doit s'apprécier ce critère, au moment de la mise en place ou au moment de la déclaration ? Ceci est plus particulièrement pertinent relativement à la période de transition.

- Marqueur D 1 – « échange automatique d'informations et bénéficiaires effectifs »

La Chambre de Commerce s'interroge sur la signification exacte de l'expression « *ou tout accord équivalent concernant l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers, y compris des accords avec des pays tiers* » incluse dans la DAC6 et dans le Projet.

Se pose notamment la question de savoir si la loi luxembourgeoise relative à FATCA précitée est dans le champ d'application du marqueur D1. Sur ce point, il convient de relever que l'annexe aux travaux parlementaires du projet de loi néerlandais relatif à la transposition de la DAC6 semblerait exclure l'accord intergouvernemental (IGA) signé entre les Pays-Bas et les États-Unis du champ d'application du marqueur D1<sup>33</sup>.

De plus, la Chambre de Commerce est d'avis que les échanges d'informations effectués sur base des traités de non double imposition ne peuvent pas raisonnablement tomber dans le champ d'application de ce marqueur puisqu'il s'agit d'échanges d'information sur demande (et non d'échanges automatiques d'informations).

- Marqueur E1 – mesures unilatérales de protection ou « *Safe-Harbour rules* » en matière de prix de transfert

Ce marqueur soulève certaines questions, notamment relativement à la fréquence de communication des informations sur les dispositifs transfrontières financiers tombant dans le champ d'application des règles dites « *Safe Harbour* » (comme par exemple, l'article 39.-1-.3 du code général des impôts français). Deux cas de figure se présentent à ce propos.

Dans le cas d'une transaction financière intra-groupe soumise au « *Safe-Harbour rule* » mise en place entre deux entités d'un même groupe avant l'entrée en vigueur de la DAC6 et où l'entité décide de réaliser un prélèvement additionnel sur ladite transaction après l'entrée en vigueur de la DAC6, en raison du prélèvement additionnel, la Chambre de Commerce se demande si la transaction financière susmentionnée doit être reportée dans le cadre du « *Safe-Harbour rule* ».

De même, dans l'hypothèse où le taux appliqué à une transaction financière intragroupe dans le cadre de « *Safe-Harbour rule* » est révisé chaque année, cela suppose-t-il également que l'entité doit reporter cette même transaction à chaque modification réalisée ou, le report initial suffit-il indépendamment des changements successifs ?

<sup>33</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/07/12/memorie-van-toelichtingwetsvoorstel-implementatie-eu-richtlijn-meldingsplichtige-grensoverschrijdende-constructies>

La Chambre de Commerce note encore, à titre illustratif, que le gouvernement britannique précise que les marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert (i.e. marqueurs de catégorie E) doivent s'interpréter au regard des règles de l'OCDE en matière de prix de transfert<sup>34</sup>.

- Marqueur E3 – Transfert de fonctions et/ou risques et/ou actifs

La compréhension de ce marqueur engendre quelques difficultés/interrogations.

En premier lieu, certains éléments essentiels de définition restent imprécis et, nécessitent certaines indications supplémentaires.

De façon générale, il serait souhaitable d'obtenir une définition plus précise de la notion de transfert, notamment sur les types de transfert qui doivent être étudiés (comme le transfert en contrepartie du versement d'un paiement, paiement en nature, transfert faisant suite à une fusion/scission, etc.).

La Chambre de Commerce s'interroge ensuite sur le traitement de la compensation relative au transfert.

De même, il est établi que l'estimation doit se faire au cours des trois années qui suivent le transfert. La période ainsi indiquée présuppose-t-elle une analyse réalisée annuellement sur trois ans ou consiste-t-elle en la moyenne sur trois années consécutives des résultats observés post-transfert ?

Finalement, il serait important d'obtenir des éléments de définition supplémentaires relatifs aux circonstances/conditions sous lesquelles le transfert d'actifs financiers devrait être déclaré dans le cadre du marqueur E3.

Toutes ces précisions seraient à apporter par la voie de lignes directrices à élaborer en consultation avec les acteurs concernés.

\*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

<sup>34</sup> Extrait du projet de loi britannique: „Category E (specific hallmarks concerning transfer pricing)

- does not apply to a cross-border arrangement if the relevant taxpayer and any associated enterprise in relation to the relevant taxpayer would be exempted from the basic transfer pricing rule by Chapter 3 of Part 4 to the Taxation (International and Other Provisions) Act 2010(c); and
- must be interpreted in accordance with the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations approved by the OECD on 22 July 2010 as revised by the report, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10-2015 Final Reports, published by the OECD on 5 October 2015(d).“

<https://www.gov.uk/government/consultations/draft-regulations-implementation-of-disclosablearrangements>

