

Le Nouveau Régime de Communication Obligatoire :

Naviguer entre les sanctions pour non-respect des obligations et les sanctions pour violation du secret professionnel

Par Oliver R. HOOR et Fanny BUEB,
Atoz Tax Advisers *

Le 8 août 2019, un projet de loi (le «Projet de Loi») mettant en œuvre la Directive du Conseil UE 2018/2022 du 25 Mai 2018 relative à l'échange obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration («DAC 6») a été déposé par le gouvernement à la chambre des députés. Le Projet de Loi devrait être adopté prochainement et s'appliquera à compter du 1^{er} Juillet 2020. Cet article donne un aperçu de la portée du régime de communication obligatoire («RCO») et analyse la frontière étroite entre les sanctions pour non-conformité aux obligations déclaratives et les sanctions pour violation du secret professionnel en cas de «sur-déclaration»/déclaration excessive.



d'autant plus vrai dans le cas des intermédiaires secondaires qui sont impliqués, dans une moindre mesure, dans la transaction.

Comment déterminer si un dispositif transfrontière doit faire l'objet d'une déclaration ?

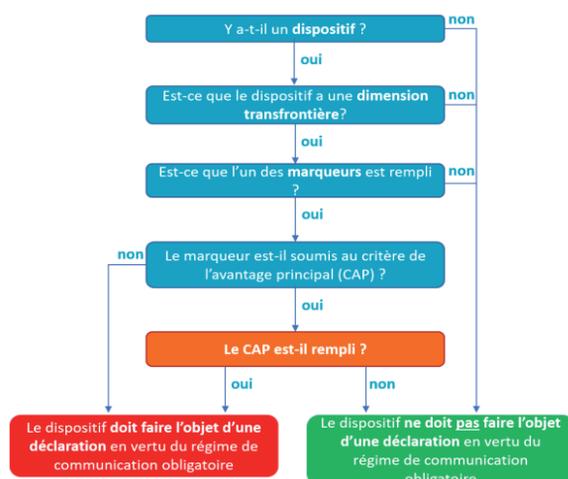
Le RCO fonctionne par le biais d'un système de marqueurs qui peuvent engendrer des obligations de déclaration et du critère de l'avantage principal («CAP») qui sert de condition de seuil pour la plupart de ces marqueurs. En tant que tel, le CAP devrait permettre de filtrer les déclarations non pertinentes et d'accroître l'utilité des informations collectées parce que l'accent sera mis sur les dispositifs qui sont réellement susceptibles de présenter un risque d'évasion fiscale.

Le terme «dispositif» peut inclure une série de dispositifs et un dispositif peut comprendre plusieurs étapes. Par conséquent, l'interprétation du terme «dispositif» au sens du RCO est très large. Lorsque l'on détermine si un conseil relatif à un dispositif particulier doit faire l'objet d'une déclaration en vertu du RCO, il faut tout d'abord déterminer si le dispositif a une dimension transfrontière. Cela sera le cas lorsqu'un dispositif concerne plusieurs Etats membres de l'UE ou un Etat membre de l'UE et un pays tiers.

Les dispositifs transfrontières peuvent être soumis à déclaration s'ils contiennent au moins un des marqueurs listés dans l'annexe du Projet de Loi. Ces marqueurs décrivent des caractéristiques ou particularités des dispositifs transfrontières susceptibles de présenter une indication de risque potentiel d'évasion fiscale.

Lorsqu'on est en présence d'au moins un de ces marqueurs, il faut vérifier si le marqueur est soumis au CAP. Si tel n'est pas le cas, il y a une obligation automatique de déclaration en vertu du RCO. Lorsque le marqueur est soumis au CAP, il est nécessaire d'effectuer une analyse objective de tous les faits et circonstances pertinents afin de déterminer si l'avantage ou l'un des avantages principaux du dispositif était l'obtention d'un avantage fiscal.

L'analyse à effectuer peut être décrite comme suit :



Les amendes pour non-respect des obligations déclaratives

DAC 6 oblige les Etats membres à introduire des sanctions qui doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives. Selon le Projet de Loi, les sanctions pour non-respect du RCO s'élevaient à un maximum de 250.000 euros et peuvent être imposées aux intermédiaires fiscaux et aux contribuables (au cas où

l'obligation de déclaration est, en l'absence d'un intermédiaire, transférée au contribuable).⁽²⁾ Les sanctions imposées en cas de non-respect du RCO devraient être dues par l'entreprise plutôt que de constituer une responsabilité personnelle de tout employé ou directeur de l'intermédiaire.

L'administration fiscale luxembourgeoise s'assurera que les intermédiaires fiscaux et les contribuables adoptent une procédure appropriée pour garantir le respect du RCO. Idéalement, ce processus de RCO devrait être officialisé dans une procédure DAC 6 qui fournirait des conseils aux employés (interprétation des marqueurs et du CAP, compilation d'une liste blanche de dispositifs, etc.), définirait les rôles et responsabilités, et prendrait en compte les aspects tels que la manière dont le processus de déclaration est géré d'un point de vue opérationnel (consignes de travail, processus d'approbation, etc.).

Sur la base de l'expérience acquise en matière de pénalités relatives aux autres obligations de déclarations fiscales (Norme Commune de Déclaration, FATCA et Déclaration Pays-par-Pays), on peut supposer que les autorités fiscales luxembourgeoises imposeront des sanctions mesurées en cas d'erreurs, en tenant compte du degré de prudence adopté par les intermédiaires fiscaux et les contribuables.

Ainsi, lorsque les intermédiaires fiscaux et les contribuables mettent tout en œuvre et impliquent les ressources nécessaires à la mise en œuvre du processus DAC 6 (y compris la formation du personnel) et à son application systématique (qui devra être documentée de façon adéquate), le risque de sanction devrait être limité. Dans le cas contraire, en l'absence d'efforts appropriés pour se conformer au RCO, on peut s'attendre à ce que les autorités fiscales luxembourgeoises imposent des sanctions en cas de non-respect des obligations de déclaration.

Le secret professionnel en droit luxembourgeois

Les intermédiaires fiscaux sont généralement liés par les règles relatives au secret professionnel qui sont régies par l'Article 458 du Code Pénal. Selon cette disposition, le non-respect du secret professionnel est puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois, et d'une amende de 500 à 5.000 euros. Il s'agit d'une sanction pénale imposée à l'employé individuel qui viole le secret professionnel.

Des règles spéciales relatives au secret professionnel s'appliquent à certaines professions et industries, notamment les experts-comptables agréés⁽³⁾, les avocats⁽⁴⁾, les établissements de crédit⁽⁵⁾ et les compagnies d'assurance⁽⁶⁾. Toutefois, toutes ces règles ont un commun que la violation de celles-ci sera passible des sanctions prévues à l'Article 458 du Code Pénal.

Cependant, l'obligation de respect du secret professionnel ne s'applique pas lorsque la divulgation de l'information est autorisée ou requise par la loi. Par conséquent, les intermédiaires fiscaux sont exemptés de leur secret professionnel dans la mesure où un dispositif transfrontière doit faire l'objet d'une déclaration en vertu du RCO.

A titre d'exception à cette règle, les avocats peuvent se prévaloir de leur secret professionnel légal et ont le droit d'être dispensés de l'obligation de fournir des informations concernant un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration. Toutefois, dans un tel cas, les avocats agissant en tant qu'intermédiaires devront notifier leur dispense à tout autre intermédiaire, ou, en l'absence d'un tel intermédiaire, au contribuable concerné et devront transmettre un certain nombre d'informations aux autorités fiscales luxembourgeoises (transmission de façon anonyme des informations liées au dispositif transfrontière et déclaration des autres intermédiaires concernés).⁽⁷⁾

Conclusion

Les nouvelles obligations de déclaration en vertu du RCO deviendront bientôt une réalité et obligeront les intermédiaires fiscaux et les contribuables à analyser les dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre depuis le 25 juin 2018, DAC 6 ayant une application avec effet rétroactif.

On peut s'attendre à ce que les obligations de déclaration en vertu du RCO fassent partie intégrante de toute analyse fiscale et soient omniprésentes dans les discussions entre les contribuables et leurs prestataires de services. En tant que telles, les nouvelles obligations de déclaration auront non seulement un impact sur les conseillers fiscaux mais aussi sur les avocats, les conseillers financiers, les comptables, les banques, etc. et, finalement, les investisseurs eux-mêmes qui doivent, au minimum, remplir un rôle de coordination entre les différents prestataires au Luxembourg (et à l'étranger). Ceci devrait, à lui seul, avoir l'effet dissuasif souhaité car les intermédiaires et les contribuables devront à tout moment examiner attentivement les potentielles obligations de déclaration.

Le texte du Projet de Loi ressemble en grande partie à DAC 6 et ne fournit aucune autre directive. Par conséquent, l'insécurité juridique inhérente à certaines des définitions et concepts vagues introduits par DAC 6 demeure et les intermédiaires devront soigneusement analyser si un dispositif transfrontière devra ou non faire l'objet d'une déclaration. Par exemple, plusieurs des marqueurs présentent une certaine ambiguïté. Ici, le CAP sera extrêmement utile pour arriver à un résultat clair (dans la mesure où un marqueur est soumis au CAP comme condition de seuil). L'analyse des obligations de déclaration sera particulièrement complexe pour les prestataires de services qui ne sont pas des fiscalistes. Cependant, on peut s'attendre à ce que l'évaluation des potentielles obligations de déclaration soit souvent effectuée par un conseiller fiscal et suivie ensuite par les intermédiaires secondaires.

Néanmoins, les intermédiaires devront faire preuve de prudence et ne pas conclure trop aisément qu'en cas de doute, un dispositif transfrontière devra faire l'objet d'une déclaration. En effet, s'il est vrai qu'une entreprise qui ne respecte pas ses obligations de déclaration découlant du RCO peut être passible de sanctions pouvant aller jusqu'à 250.000 euros, il faut garder à l'esprit que les employés qui se livrent à des déclarations excessives violent leur secret professionnel et risquent des sanctions personnelles sous forme d'emprisonnement et d'amendes. Par conséquent, les intermédiaires doivent prendre très au sérieux leurs obligations en vertu du RCO et y allouer les ressources appropriées afin de respecter les nouvelles obligations de déclaration.

Recommandations

Le respect du RCO consiste essentiellement à éviter des sanctions. Par conséquent, les intermédiaires et les contribuables doivent se concentrer sur l'élaboration d'un processus approprié qui devra être suivi de façon systématique. L'analyse des potentielles obligations de déclaration devra en outre être effectuée dès qu'un dispositif transfrontière est envisagé afin de pouvoir respecter les courts délais de remise des déclarations (si une déclaration est requise).

De manière générale, les efforts fournis par les intermédiaires et les contribuables devront être proportionnels aux activités exercées, au volume des dispositifs transfrontières à examiner et aux Etats membres pertinents pour l'organisation. Il serait judicieux que les prestataires de services qui sont impliqués dans de nombreux dispositifs transfrontières mettent en place une procédure DAC 6 exhaustive qui définira les processus internes à respecter, répartira les rôles et les responsabilités et fournira des conseils pratiques. Les intermédiaires et les contribuables impliqués dans plusieurs Etats membres devraient s'assurer qu'il y ait une certaine cohérence dans l'interprétation de DAC 6 au sein de toute l'Europe (dans la mesure où cela est possible compte tenu des possibles variations dans la transposition de DAC 6 dans les différents Etats impliqués).

En fin de compte, les intermédiaires et les contribuables sont désormais en mesure de se préparer aux nouvelles obligations de déclaration qui s'appliqueront à partir du 1^{er} juillet 2020. A moins de six mois de son entrée en vigueur, DAC 6 devient une véritable urgence.

* Oliver R. Hoor, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German Desk, Atoz Tax Advisers (Luxembourg) et Fanny Bueb, Tax Director, Atoz Tax Advisers. Pour contacter les auteurs : oliver.hoor@atoz.lu, fanny.bueb@atoz.lu.

Les auteurs souhaitent remercier Samantha Schmitz (Chief Knowledge Officer) pour son aide précieuse.

1) Cf. DAC 6, Préambule No.2.

2) Article 15 (1) du Projet de Loi.

3) Articles 4, 6 de la Loi du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert-comptable.

4) Article 19 de la Loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

5) Article 41 de la Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

6) Article 300 de la Loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances.

7) Article 3 (1) du Projet de Loi.

Par conséquent, la définition d'intermédiaires envisage deux types distincts d'intermédiaires : (i) Les intermédiaires primaires qui sont impliqués dans la création, la commercialisation, l'organisation ou la gestion de la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière; et (ii) Les intermédiaires secondaires qui fournissent une aide, une assistance ou des conseils relatifs à la création, la commercialisation, l'organisation ou la mise en œuvre des dispositifs transfrontières.

Il s'ensuit que l'interprétation de la notion d'intermédiaire est très large et peut inclure notamment les conseillers fiscaux, les avocats, les conseillers financiers et les comptables. Cependant, selon les cas, d'autres prestataires de services tels que des consultants, des banques, des compagnies d'assurance ou des gestionnaires de placements peuvent être qualifiés d'intermédiaires au sens du RCO. Compte tenu de la très large définition d'intermédiaires fiscaux, il n'est pas toujours évident de déterminer si le prestataire de services qualifie ou non d'intermédiaire fiscal. Cela est