

PwC Société d'Avocats

GUIDE PROFESSIONNEL

DAC 6

GUIDE PRATIQUE

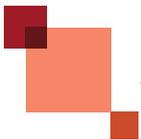
AVRIL 2021

DAC 6

GUIDE PRATIQUE

Les éléments mentionnés dans ce document ressortent des échanges qui ont eu lieu dans le cadre du Groupe de travail DAC 6 de l'AFG, portant plus spécifiquement sur la mise en œuvre de cette réglementation dans le cadre de la gestion d'actifs.

*Ce document n'a pas vocation à être exhaustif.
Il ne constitue pas une norme. Il a été rédigé sur la base des éléments disponibles à la date de sa publication.
Il pourra faire l'objet de modifications si le groupe de travail l'estime opportun. L'AFG n'y est toutefois pas tenue.*



SOMMAIRE

INTRODUCTION 3

- 1 Quel est le calendrier ? 4
- 2 Quels impôts sont visés ? 4
- 3 Qu'est-ce qu'un dispositif déclarable ? 5

I. UN DISPOSITIF TRANSFRONTIÈRE 5

- 4 Qu'est-ce qu'un dispositif ? 5
- 5 Exemples d'opérations en gestion d'actifs pouvant qualifier de dispositif 5
- 6 Qu'est-ce qu'un dispositif commercialisable ? 5
- 7 Un fonds grand public est-il un dispositif commercialisable ? 6
- 8 Quels sont les dispositifs bénéficiant de la clause dite "du grand-père" ? 6
- 9 Qu'est-ce qu'un dispositif transfrontière ? 7
- 10 L'investissement dans un actif étranger (titre, immeuble, etc.) peut-il rendre le dispositif transfrontière ? 7
- 11 La présence d'un investisseur non-résident dans un fonds français rend-il le dispositif transfrontière ? 8
- 12 En cas de délégation de gestion, dans quels cas les dispositifs utilisés par un fonds français sont-ils transfrontières ? 8

II. INTERMÉDIAIRES ET CONTRIBUABLES CONCERNÉS 9

- 13 Qu'est-ce qu'un intermédiaire ? 9
- 14 Qu'est-ce qu'un intermédiaire concepteur ? 9
- 15 Qui sont les intermédiaires promoteurs dans la gestion d'actifs ? 9
- 16 Qu'est-ce qu'un intermédiaire prestataire de services ? 10
- 17 En cas de délégation de gestion, qui est l'intermédiaire (société de gestion de tête ou société de gestion par délégation) ? 10
- 18 Qui sont les potentiels intermédiaires prestataires de services dans les opérations de gestion d'actifs (distributeurs ? dépositaire ? auditeur ? etc.) ? 10

- 19 La banque dépositaire accompagnant un contribuable dans ses démarches pour réclamer un trop-versé de retenue à la source peut-elle être qualifiée d'intermédiaire prestataire de services de ce seul fait ? 11

- 20 Les intermédiaires prestataires de services peuvent-ils se prévaloir de la présomption de non déclarabilité des "opérations de routine" pour les opérations de gestion d'actifs ? 11

- 21 Les intermédiaires concepteurs et les intermédiaires prestataires de services sont-ils assujettis aux mêmes obligations au regard de DAC 6 ? 11

- 22 Peut-on organiser contractuellement les obligations déclaratives entre les différents intermédiaires (par exemple, mise en place d'une obligation primaire de déclaration pesant sur l'intermédiaire concepteur) ? 12

- 23 Qu'est-ce qu'un contribuable concerné ? 12

- 24 Le fonds est-il un contribuable concerné dans le cadre de sa gestion par une société de gestion ? La réponse diffère-t-elle selon que le fonds a la personnalité morale ou non ? 12

- 25 Quid des investisseurs et contreparties pour les autres dispositifs autour du fonds ? 12

III. LES MARQUEURS 12

- 26 Qu'est-ce qu'un marqueur ? 12

- 27 Quelle est la distinction entre un marqueur simple et un marqueur double ? 14

- 28 Qu'est-ce que l'avantage fiscal principal et comment le mesurer ? 14

- 29 Où doit être localisé l'avantage fiscal (avantage situé en France / Union européenne et/ou hors de l'Union européenne) ? 15

- 30 Qu'est-ce que l'exclusion des dispositifs transfrontières présentant un avantage principal obtenu en France conforme à l'intention du législateur ? 15

- 31 L'avantage fiscal issu de la souscription à un fonds destiné à une large pluralité d'investisseurs constitue-t-il un avantage principal ? 15

- 32 L'avantage fiscal découlant de la souscription dans une classe de part réservée à une catégorie d'investisseurs et à laquelle est attaché un reporting spécifique caractérise-t-il un avantage principal ? 16

A) MARQUEURS DOUBLES 16

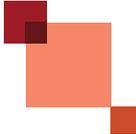
- 33** Marqueur A1 - Le marqueur A1 peut-il trouver à s'appliquer dans la gestion d'actifs ? 16
- 34** Une clause de confidentialité portant sur un dispositif suffisamment connu de la communauté fiscale révèle-t-elle le marqueur A1 ? 16
- 35** Marqueur A2 - Le marqueur A2 peut-il trouver à s'appliquer dans la gestion d'actifs ? 16
- 36** Marqueur A3 - Qu'est-ce qu'une documentation standardisée ? 17
- 37** Le prospectus d'un fonds révèle-t-il le marqueur A3 ? 17
- 38** Les modèles de contrats-cadres tels que ceux publiés par l'ISDA révèlent-ils le marqueur A3 ? 17
- 39** Le marqueur B1 peut-il trouver à s'appliquer ? 17
- 40** Marqueur B2 - Qu'est-ce qu'une conversion de revenu ? 18
- 41** La souscription de parts d'un fonds, notamment de capitalisation, opère-t-elle une conversion de revenus au sens du marqueur B2 ? 18
- 42** Marqueur B3 - Comment interpréter la notion de transactions circulaires ? 18
- 43** Marqueur C1 b) i, C1 c) et C1 d) 19
- 44** Qui est considéré comme le bénéficiaire du paiement lorsque le récipiendaire est un fonds (transparent/opaque) ? 19
- 45** Comment apprécier la notion "d'entreprises associées" dans les opérations de gestion d'actifs ? 19
- B) MARQUEURS SIMPLES 19**
- 46** Marqueur C1 a) - Le fait que le fonds ne soit pas considéré comme "résident" au sens d'une convention fiscale bilatérale peut-il révéler le marqueur C1 a) ? 19
- 47** Marqueur C1 b) ii) - Qu'est-ce qu'un État non coopératif au sens du marqueur C1 b) ii) ? 19
- 48** Marqueur C2 - Dans quel cadre peut-on rencontrer le marqueur C2 ? 19
- 49** Marqueur C3 - L'élimination de la double imposition obtenue conformément aux dispositions des conventions fiscales bilatérales peut-elle révéler le marqueur C3 ? 20

- 50** Marqueur C4 - Comment s'interprète le marqueur C4 ? 20
- 51** Marqueur D1 - La présence d'investisseurs résidents dans des juridictions non NCD pourrait-elle révéler les marqueurs D ? Quid en cas de transfert de résidence d'un investisseur dans une juridiction non NCD ? Quid en cas de transmission des parts du fonds par succession au profit d'un héritier dans une juridiction non NCD ? 20
- 52** L'appréciation des marqueurs D2 relève-t-elle de la société de gestion ou des autres acteurs de la gestion d'actifs (distributeurs, contreparties, etc.) 21
- 53** Le marqueur D2 est-il applicable si le ou les intermédiaires respectent leurs obligations en termes de KYC et anti-money laundering (AML) ? 21
- 54** La fusion d'un fonds / compartiments peut-elle déclencher le marqueur E3 ? 21

IV. LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES 21

- 55** Quel corpus de règles les intermédiaires doivent-ils suivre ? 21
- 56** Qui sont les intermédiaires protégés par le secret professionnel ? 22
- 57** Quelle est l'étendue du secret professionnel des sociétés de gestion ? 22
- 58** Quelles sont les obligations d'un intermédiaire protégé par le secret professionnel ? 23
- 59** Quelles sont les obligations d'un intermédiaire non protégé par le secret professionnel ? 24
- 60** Quelles sont les obligations du contribuable concerné ? 24
- 61** Cas de dispense 25
- 62** Dans quel délai les opérations reportables doivent-elles être déclarées ? 25
- 63** Quelles informations la déclaration doit-elle comporter ? 27
- 64** En quelle langue la déclaration doit-elle être établie ? 27
- 65** Quelles sont les pénalités applicables en cas de non-respect de DAC 6 ? 27

V. TABLEAU DE SYNTHÈSE (ÉTAPES DU RAISONNEMENT) 29



INTRODUCTION

La Directive DAC 6 s'inscrit dans un mouvement global de développement des outils juridiques à disposition des États afin de faciliter la coopération en matière fiscale, la transparence et la lutte contre l'érosion des bases imposables.

S'inspirant directement des législations DOTAS (*“Disclosure of Tax Avoidance Schemes”*) existant dans plusieurs juridictions, notamment anglo-saxonnes, DAC 6 constitue la sixième directive de l'Union européenne relative à la coopération administrative et contribue directement à la mise en œuvre par l'Union européenne de l'action 12 du projet *“Base Erosion and Profit Shifting”* (BEPS). Nouvel outil au sein de l'arsenal européen d'échange automatique d'informations à des fins fiscales, l'objet essentiel de DAC 6 est de permettre l'obtention par les autorités fiscales des États membres d'informations complètes et pertinentes sur les dispositifs fiscaux à caractère potentiellement agressif. À cette fin, il a été décidé d'astreindre les acteurs participants à la conception, la commercialisation, l'organisation ou la gestion de la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière potentiellement agressif à une obligation déclarative dudit dispositif aux autorités fiscales nationales. Il est précisé que les acteurs apportant assistance ou conseil à la mise en œuvre du dispositif peuvent être également sujet à ladite obligation déclarative. En l'absence de tels acteurs, cette obligation déclarative peut peser sur le contribuable lui-même.

La transposition des directives s'effectue selon chacun des modes de réception du droit de l'Union européenne prévu par la législation interne et notamment constitutionnelle des États membres. Encadrée par des délais de transposition, la transposition au sein des droits internes des États membres doit atteindre le “résultat” visé par la directive.

L'État membre doit alors sélectionner les mesures nationales de transposition parmi les différentes formules juridiques de nature à permettre la réalisation effective des buts fixés par la directive.

Dans le cas de la directive DAC 6, il apparaît qu'elle fixe les contraintes minimales et qu'un État membre peut aller plus loin (par exemple en étendant son champ d'application concernant les impôts visés ou en prévoyant des marqueurs supplémentaires comme l'a fait la Pologne par exemple, etc). Néanmoins, tout ce qui sort du champ d'application de la Directive *stricto sensu*

ne devrait pas faire l'objet du processus d'échange d'information tel que prévu par DAC 6.

L'existence de concepts juridiquement indéterminés voire flous au sein de la directive DAC 6 laisse subsister une “zone grise interprétative” rendant aléatoire – et sûrement évolutive – la détermination de la signification précise des exigences imposées par le texte européen.

En pratique, les transpositions au sein des États membres laissent apparaître des divergences d'interprétation sur de nombreux concepts proposés par la directive rendant complexes les exercices de conciliation des études juridiques et de déclarabilité du même dispositif.

Afin de remédier à ces risques de divergences d'interprétation, il est prévu que chaque opérateur doit procéder à l'analyse de la déclarabilité des dispositifs dans lesquels il intervient à l'aune de la législation de la juridiction dans laquelle il devrait le cas échéant déclarer le dispositif ; toutefois si une autre entité de son groupe située dans un autre État membre est susceptible d'avoir une obligation déclarative au titre du même dispositif, cette autre entité devra procéder à l'analyse du même dispositif au vu de sa propre législation.

Un dispositif impliquant deux intermédiaires situés dans l'Union européenne peut ainsi se trouver tout à la fois déclarable au sens de l'interprétation faite à l'aune de la législation de l'État membre du premier intervenant (État A) et en dehors de l'obligation déclarative au titre de l'État de contrepartie (État B) ou au contraire déclarable à la fois dans l'État A et dans l'État B.

Cet exercice peut naturellement conduire à de multiples déclarations et c'est la raison pour laquelle plusieurs règles ont été introduites afin d'envisager les situations pouvant générer des déclarations aux autorités fiscales de plusieurs États membres.

La directive prévoit dans cette hypothèse une règle de priorité territoriale. Ainsi, en pratique, chaque intermédiaire et contribuable concerné applique la transposition interne de la directive, en fonction de l'État dont il est résident.

Par ailleurs, en cas d'obligation de déclarations multiples, l'intermédiaire et le contribuable concerné sont dispensés de cette obligation s'ils peuvent prouver, conformément au droit national, que ces mêmes informations ont déjà été transmises dans un autre État membre par un autre intermédiaire ou autre contribuable concerné.

Enfin, seuls les opérateurs situés dans l'Union européenne ont une obligation au regard de la réglementation DAC 6. Ainsi, dans le cadre d'un

dispositif faisant intervenir un intermédiaire situé dans un État tiers à l'Union européenne et un contribuable situé dans l'Union européenne, seul ce dernier serait tenu à une obligation déclarative.

Il convient de préciser qu'à la suite du Brexit, les opérateurs situés au Royaume-Uni ne sont plus assujettis à la réglementation DAC 6, sauf pour l'analyse des marqueurs D. Ainsi, en cas de distribution d'un fonds français par un distributeur situé au Royaume-Uni, ce distributeur analysera le dispositif sous l'angle des marqueurs D uniquement. La société de gestion européenne promoteur du fonds l'analysera en revanche au regard de tous les marqueurs.

Ce guide a pour objectif de donner à son lecteur une vision, par nature non exhaustive, des principales interprétations retenues par les membres de l'Association Française de la Gestion financière pour l'application de la directive DAC 6 au secteur de la gestion d'actifs. L'administration fiscale n'ayant commenté que quelques points relatifs à la gestion d'actifs dans ses BOFiP publiés le 25 novembre 2020, ces interprétations ne peuvent être considérées comme représentatives de la position de l'administration fiscale, mais comme des interprétations raisonnables retenues par l'industrie.

D'autres associations professionnelles ont édité des guides professionnels similaires – le lecteur est invité à s'y référer également avant de compléter sa vision des positions prises par les différents acteurs économiques :

- AMAFI : <http://www.amafi.fr/topics/fr/documentation/dac6>
- AFTI : <https://www.afti.asso.fr/normespreconisations-professionnelles/cahier-des-charges--chartes-recueils-guides--conventions-de-bonnes-pratiques.../guide---dac6>

1 Quel est le calendrier ?

La directive DAC 6 est entrée en vigueur au sein de l'Union européenne le 25 juin 2018 avec une prise d'effet initialement prévue le 1^{er} juillet 2020 et un effet rétroactif pour les dispositifs transfrontières mis en œuvre entre le 25 juin 2018 et le 30 juin 2020.

Les États membres avaient jusqu'au 31 décembre 2019 pour transposer la Directive. En France, cette transposition a eu lieu par ordonnance du 21 octobre 2019 et a donné naissance aux articles 1649 AD et suivants du CGI.

En réponse aux difficultés générées par la crise sanitaire de la Covid-19, le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 24 juin 2020, la proposition de la Commission autorisant les 27 États membres à reporter de six mois la mise en œuvre de DAC 6. La France a opté pour la transposition de ce report comme la majorité des autres États membres (à l'exception notoire de l'Allemagne) via la troisième loi de finances rectificative pour 2020.

Ainsi, chacun des délais de déclaration et d'échange d'informations est décalé en France comme suit :

- les dispositifs **dont la première étape a été mise en œuvre entre le 25 juin 2018 et le 30 juin 2020** (le “stock”), devaient être déclarés **au plus tard le 28 février 2021 (au lieu du 31 août 2020)** ;
- les dispositifs dont le fait générateur de la déclaration est intervenu entre le 1^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2020 devaient être déclarés dans un délai de 30 jours dont le point de départ est fixé au **1^{er} janvier 2021, soit au plus tard le 31 janvier 2021** ;
- au terme de la période de transition, les dispositifs **dont le fait générateur de la déclaration intervient à compter du 1^{er} janvier 2021 doivent être déclarés** dans un délai de 30 jours.

Nous vous invitons à vous reporter à la question 62 pour de plus amples informations relatives aux faits générateurs de déclaration au titre de DAC 6.

2 Quels impôts sont visés ?

DAC 6 s'applique à tous les types de taxes et impôts visés par la Directive 2011/16/UE dite “DAC 1”, à savoir ceux prélevés par un État membre, ou en son nom, ou par ses entités territoriales ou administratives, ou en leur nom, y compris les autorités locales, à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée, des droits de douane, des droits d'accises couverts par d'autres textes de législation de l'Union relatifs à la coopération

administrative entre États membres. Cette réglementation ne s'applique pas non plus aux cotisations sociales obligatoires dues à un État membre, à une de ses entités ou aux organismes de sécurité sociale de droit public. Ainsi, les prélèvements sociaux sont exclus du champ de DAC 6 en France.

3 Qu'est-ce qu'un dispositif déclarable ?

Un dispositif est déclarable lorsqu'un ou plusieurs indices de planification fiscale agressive au sens de la directive DAC 6 sont remplis ("les marqueurs") et à condition de concerner plusieurs États membres ou un État membre et un État tiers.

I. UN DISPOSITIF TRANSFRONTIÈRE

Seuls sont déclarables (i) les dispositifs transfrontières (ii) répondant à au moins l'un des marqueurs DAC 6, et (iii) lorsque seul un ou plusieurs marqueurs doubles sont satisfaits, à la condition que le test de l'avantage principal est rempli (cf. schéma en partie V).

Ces conditions étant cumulatives, la présence d'un dispositif transfrontière au sens de DAC 6 ne suffit pas, à lui seul, à rendre le dispositif déclarable. Ce dernier devra en outre répondre à l'un ou moins des marqueurs DAC 6, et le cas échéant, au test de l'avantage principal pour être déclarable. *A contrario*, si le dispositif n'est pas considéré comme transfrontière alors il ne sera pas déclarable, indépendamment du fait de savoir si les autres conditions sont remplies.

Cette première partie vise donc à préciser le sens et la portée de la notion de dispositif, puis de dispositif transfrontière notamment dans le domaine de la gestion d'actifs, afin de déterminer s'il convient de s'interroger, dans un second temps, sur les autres conditions.

4 Qu'est-ce qu'un dispositif ?

À défaut de définition dans la directive, la France retient une acception très large de la notion de dispositif. Quant à sa forme, un dispositif recouvre tout accord, montage, ou plan, ainsi que tout mécanisme, entente, transaction ou série de transactions, qu'ils aient ou non force exécutoire. Quant à sa structure, un dispositif peut être constitué par une série de dispositifs. Il peut comporter plusieurs étapes ou parties.

L'acceptation large de cette notion transparaît notamment dans les exemples de dispositifs cités par l'administration fiscale parmi lesquels figurent la constitution d'une personne morale ou la souscription d'un instrument financier. En revanche, le fait pour un contribuable d'attendre simplement l'expiration d'un délai ou d'une période légale pour réaliser une transaction en exonération d'impôt ne constitue pas un dispositif.

Il convient de noter qu'un dispositif, même non mis en œuvre, pourrait être déclarable lorsqu'un intermédiaire donne un avis, une assistance ou un conseil lors de sa conception par exemple ou encore lorsque le dispositif est prêt à être mis en œuvre. Un intermédiaire pourrait donc être tenu de déclarer un dispositif qui n'est jamais mis en œuvre.

5 Exemples d'opérations en gestion d'actifs pouvant qualifier de dispositif

En matière de gestion d'actifs, de nombreuses opérations à l'actif et au passif des fonds constitueraient des dispositifs au sens de DAC 6. Toutefois, la présence d'un dispositif ne constitue que la première étape du raisonnement et ne permet pas, à elle seule, de conclure au caractère déclarable ou non du dispositif.

À titre illustratif, concernant les opérations au passif, la création d'un fonds, d'un compartiment ou d'une nouvelle classe de parts, la distribution du fonds, etc., sont autant d'exemples d'opérations pouvant caractériser un dispositif au sens de DAC 6.

Concernant les opérations à l'actif, l'acquisition ou la cession de titres isolés ou de participations, l'acquisition d'instruments financiers, etc., peuvent également constituer des dispositifs au sens de DAC 6. Pour autant, ces dispositifs ne sont pas forcément transfrontières (cf. question 10 ci-dessous).

6 Qu'est-ce qu'un dispositif commercialisable ?

Deux catégories de dispositifs sont à distinguer au regard de DAC 6 : les dispositifs commercialisables et les dispositifs sur mesure.

- Un dispositif est commercialisable lorsqu'il est conçu, commercialisé, prêt à être mis en œuvre ou mis à disposition aux fins de sa mise en œuvre, sans avoir besoin d'être adapté de façon importante. En pratique, il s'agit d'un dispositif

auquel différents contribuables peuvent adhérer sans avoir besoin d'une analyse ou d'une opinion complémentaire et sans avoir la possibilité de modifier une disposition substantielle ou de formuler une option.

- Les dispositifs sur mesure recouvrent, par défaut, tous les dispositifs qui ne qualifient pas de dispositifs commercialisables.

La distinction est importante dans la mesure où une obligation de mise à jour trimestrielle des informations déclarées est mise à la charge des intermédiaires ayant déclaré un dispositif commercialisable.

En revanche, aucune obligation déclarative de mise à jour n'est prévue concernant les dispositifs sur mesure.

7 Un fonds grand public est-il un dispositif commercialisable ?

Au regard des distributeurs, un fonds dit "grand public" devrait qualifier de dispositif commercialisable dans la mesure où ces fonds sont commercialisés auprès d'une large pluralité d'investisseurs sans adaptation possible par ces derniers. Ce dispositif n'est a priori pas déclarable en France par un distributeur français (cf. question 31). Il convient de s'assurer que cette position est partagée par les distributeurs établis dans d'autres États membres.

En revanche, au regard des sociétés de gestion, un fonds "grand public" ne devrait pas qualifier de dispositif commercialisable dans la mesure où la politique d'investissement est spécifique à chaque fonds.

8 Quels sont les dispositifs bénéficiant de la clause dite "du grand-père" ?

Les dispositifs transfrontières déclarables dont la première étape a été mise en œuvre avant le 25 juin 2018, sous-entendu qui produiraient leurs effets après le 25 juin 2018, n'ont pas à être déclarés ("clause dite du grand-père").

En revanche, en cas de modifications substantielles du dispositif, une analyse au regard des marqueurs DAC 6 devrait être effectuée si le dispositif peut être assimilé à un nouveau dispositif.

Voici quelques illustrations de la façon dont cette "clause du grand-père" pourrait être mise en œuvre en pratique :

a) Création d'un fonds grand public antérieur au 25 juin 2018 et émission de nouvelles parts postérieures à cette date ?

La création d'un fonds, en ce compris la souscription des parts du fonds et la phase d'investissement, devrait constituer un dispositif unique au regard de DAC 6 par analogie avec l'exemple cité par l'administration fiscale dans son BOFiP (BOI-CF-CPF-30-40-10-10-20). En effet, l'administration fiscale considère que l'opération de financement intra-groupe – incluant la transaction initiale qui permet d'injecter de nouveaux capitaux dans l'entité cible ainsi que les étapes subséquentes et notamment les transactions intra-groupe qui permettent d'organiser l'utilisation de ces capitaux, comme les opérations effectuées en vue ou en conséquence du financement en cause – constitue un dispositif unique.

Dès lors, la création d'un fonds devrait constituer la première étape du dispositif et, dès lors, toute nouvelle émission de parts identiques par le fonds postérieurement au 25 juin 2018 devrait bénéficier de la "clause du grand-père" et, à ce titre, ne devrait pas être déclarable au regard de DAC 6.

b. Premier closing d'un fonds de private equity antérieur au 25 juin 2018 et appels de fonds postérieurs à cette date ?

À l'instar du raisonnement ci-dessus exposé concernant la création d'un fonds grand public, le premier closing d'un fonds de private equity devrait constituer la première étape du dispositif et, dès lors, les appels de fonds postérieurs au 25 juin 2018 devraient bénéficier de la "clause du grand-père" et, à ce titre, ne devraient pas être déclarables au regard de DAC 6.

c. Création d'un fonds antérieure au 25 juin 2018 et mise en place d'un nouveau compartiment postérieurement à cette date ?

La création d'un nouveau compartiment pouvant s'analyser comme la création d'un nouveau fonds autonome, un tel dispositif ne devrait pas bénéficier de la "clause du grand-père". Ce dispositif devrait donc faire l'objet d'une analyse et pourrait, s'il est transfrontière et si au moins l'un des marqueurs DAC 6 est identifié, être déclarable au regard de DAC 6.

d. Conclusion d'une transaction antérieure au 25 juin 2018 toujours en cours postérieurement à cette date ?

La conclusion de la transaction – par exemple, l'acquisition de titres par le fonds – devrait constituer la première étape du dispositif et les

effets qu'elle génère – paiements annuels de dividendes par exemple – devraient bénéficier de la “clause du grand-père” et, par suite, être hors du champ de DAC 6.

9 Qu'est-ce qu'un dispositif transfrontière ?

Un dispositif est réputé transfrontière dès lors que les deux conditions suivantes sont réunies :

- le dispositif concerne la France et un autre État, que cet État soit situé ou non dans l'Union européenne ; et
- le caractère transfrontière d'un dispositif implique également une condition de résidence ou d'activité dans deux États distincts, par un “participant au dispositif”.

En France, sont considérés comme des participants au dispositif :

- le contribuable concerné ;
- les entreprises associées lorsqu'elles sont actives dans le dispositif ;
- toute autre personne ou entité qui est active dans le dispositif.

Ainsi, le BOFiP convient qu'un participant doit avoir un rôle “actif” sans donner de définition de ce qui doit être entendu par rôle actif, mais en l'illustrant de deux exemples pratiques dont il nous semble possible de tirer la conclusion que le participant doit être partie prenante à l'opération (acheteur, vendeur, société cible dans la mesure où elle jouerait un rôle dans le dispositif après l'acquisition, prêteur, etc.) et non simple prestataire de services apportant son concours matériel (avocat, expert-comptable, etc.) ou société cible passive. Dans le cadre de la gestion d'actifs, il nous semble que la société de gestion est active dans la création puis la gestion du fonds (sauf délégation de la gestion financière) dans la mesure où elle est indispensable à la mise en place puis à la réalisation des opérations du fonds.

10 L'investissement dans un actif étranger (titre, immeuble, etc.) peut-il rendre le dispositif transfrontière ?

Comme précédemment analysé (cf. question 9), sont considérés comme des participants au dispositif (i) le contribuable concerné, (ii) les entreprises associées lorsqu'elles sont actives dans le dispositif et (iii) toute autre personne ou entité qui est active dans le dispositif.

Si le vendeur et l'acheteur se trouvent dans deux juridictions différentes, la transaction est par nature transfrontière. En revanche, s'ils sont tous deux résidents dans la même juridiction, et afin de savoir si l'investissement dans des titres d'une société étrangère rend le dispositif transfrontière par lui seul, il convient de déterminer si cette société est un “participant actif” au sens de DAC 6.

À ce titre, la doctrine administrative précise que dans le cas où « *une société établie en France (acheteur) acquiert auprès d'une société française (vendeur) 50 % des actions d'une société établie en Finlande (société cédée) en vue de convenir avec sa filiale d'une nouvelle répartition de certaines activités, le dispositif est transfrontière car la société établie en Finlande est une entreprise associée (participation excédant 25 % des droits de vote, du capital ou des droits à bénéfices) et active dans le dispositif, elle constitue donc un participant au dispositif dont le siège est situé hors de France* ».

Par une lecture *a contrario*, il semble que l'acquisition d'un portefeuille de titres isolés non français (ne donnant pas droit à une participation excédant 25 % des droits de vote, du capital ou des droits à bénéfices) ne devrait pas révéler le caractère transfrontière dans la mesure où la société dont les titres sont cédés ne qualifie pas d'entreprise associée et n'est donc pas un participant au sens de DAC 6.

Lorsque l'acquisition des titres non français donne droit à une participation excédant 25 % des droits de vote, du capital ou des droits à bénéfices, l'entreprise cédée qualifie certes d'entreprise associée mais ne qualifie pas, de ce seul fait, de participant au sens de DAC 6. Encore faut-il en effet que cette dernière soit “active” dans le dispositif (du fait par exemple d'une nouvelle répartition de certaines activités entre l'acquéreur et l'entreprise cédée). Par une lecture *a contrario*, il semble donc que le dispositif consistant à acquérir des titres d'une société étrangère donnant droit à une participation excédant 25 % des droits de vote, du capital ou des droits à bénéfices ne révèle pas, à lui seul, le caractère transfrontière.

En outre, les “participants” au sens de DAC 6 n'incluent que des “personnes” ou des “entités”, et non de simples actifs tels que des immeubles. Ainsi, l'investissement par un fonds français dans un immeuble situé à l'étranger ne suffit pas à lui seul à rendre le dispositif transfrontière.

11 La présence d'un investisseur non-résident dans un fonds français rend-il le dispositif transfrontière ?

Comme précédemment analysé (cf. question 9), la présence d'au moins un participant résidant ou exerçant une activité à l'étranger (dans l'Union européenne ou dans un États tiers) rend le dispositif transfrontière.

Concernant les opérations au passif, l'investisseur devrait qualifier de contribuable concerné et la qualification du fonds devrait dépendre de son rôle dans le dispositif :

- lorsqu'un investisseur cède ses parts à un nouvel investisseur de gré à gré sans émission de nouvelles parts par le fonds, le fonds ne devrait pas qualifier de participant au sens de DAC 6 à défaut de rôle actif dans cette cession ;
- lorsqu'un investisseur non-résident acquiert des parts nouvellement émises par le fonds, le fonds pourrait alors être considéré comme une entité ayant un rôle actif dans le dispositif, et donc qualifier de participant rendant le dispositif transfrontière ;
- lorsque le fonds rachète les parts d'un investisseur, ce dispositif pourrait être qualifié de transfrontière si le fonds et l'investisseur sont établis dans des juridictions différentes, les deux parties étant manifestement actives.

Concernant les opérations à l'actif, le fonds devrait qualifier de contribuable concerné et la qualification de l'investisseur devrait dépendre de son rôle dans le dispositif :

- lorsque la gestion est discrétionnaire, l'investisseur n'a pas un rôle actif dans le dispositif et dès lors, s'il est non-résident, il ne rend pas le dispositif transfrontière à lui seul. Ainsi, les opérations à l'actif ne seront pas nécessairement considérées comme transfrontière du seul fait de la présence d'un investisseur non-résident. L'opération entre un fonds français et une contrepartie française pourrait ainsi être considérée comme domestique et donc hors du champ de DAC 6, indépendamment de la présence d'un investisseur non-résident dans le fonds ;
- lorsque l'investisseur intervient dans la gestion du fonds (e.g. gestion assistée ou conseillée), il pourrait être considéré comme un participant au sens de DAC 6, si tant est qu'il ait un rôle actif (improbable) et rendre le dispositif transfrontière indépendamment de la localisation des autres participants au dispositif.

12 En cas de délégation de gestion, dans quels cas les dispositifs utilisés par un fonds français sont-ils transfrontières ?

Un dispositif est réputé transfrontière dès lors que les deux conditions suivantes sont réunies :

- le dispositif concerne la France et un autre État, que cet État soit situé ou non dans l'Union européenne ;
- le caractère transfrontière d'un dispositif implique également une condition de résidence ou d'activité dans deux États distincts par au moins un "participant au dispositif".

Dans le cadre de la délégation de la gestion financière, trois acteurs a minima sont à considérer : la société de gestion délégante, la société de gestion délégataire et le fonds.

Dans le cadre de la gestion des actifs, le fonds français devrait qualifier de contribuable concerné et la société de gestion délégataire d'intermédiaire concepteur, actif dans le dispositif. À ce titre, ils qualifient tous deux de participants au sens de DAC 6. Une analyse au cas par cas est nécessaire, en revanche, concernant le statut de la société de gestion délégante qui pourra être vue, le cas échéant, comme active ou non dans le dispositif.

Ainsi, dans le cadre d'un fonds français, le dispositif sera qualifié de "transfrontière" dans l'hypothèse où la société de gestion délégataire et/ou la société de gestion délégante intervenant activement dans le dispositif sont localisées hors de France. L'intervention d'un autre participant au dispositif situé hors de France peut également rendre le dispositif transfrontière.

Le lecteur est invité à se référer à la question 18 pour plus de précisions concernant les obligations déclaratives incombant à chacun de ces acteurs.

II. INTERMÉDIAIRES ET CONTRIBUABLES CONCERNÉS

13 Qu'est-ce qu'un intermédiaire ?

L'intermédiaire au sens de l'article 1649 AE du CGI est toute personne intervenant dans la conception, l'organisation ou la mise à disposition d'un dispositif transfrontière déclarable (soit en direct, soit via l'assistance qu'elle fournit). On distingue les intermédiaires concepteurs (également parfois qualifiés de "promoteurs") et les intermédiaires prestataires de services.

Les principaux intermédiaires sont les avocats, experts-comptables, notaires, banques, assureurs et sociétés de gestion. Mais toute personne intervenant peut être concernée (intermédiaire inscrit à l'ORIAS, Conseiller en Investissement Financier, etc.). Dans un cadre intra-groupe, une société holding assistant une filiale dans une opération peut aussi être qualifiée d'intermédiaire.

Il peut s'agir d'une personne qui agit à titre professionnel ou non. La notion d'intermédiaire n'implique pas l'obligation pour celui-ci d'être doté de la personnalité juridique ou d'être rémunéré. La notion d'intermédiaire ne présuppose pas non plus l'appartenance à une catégorie professionnelle donnée.

Un intermédiaire n'est pas tenu d'aller au-delà des exigences prévues par les différentes règles professionnelles et règles de connaissance de la clientèle applicables lorsqu'il recueille et déclare les informations nécessaires à la déclaration.

Par ailleurs le BOFiP a précisé les deux solutions assez naturelles suivantes :

- lorsqu'une personne physique est salariée d'une entreprise et agit au nom de cette entreprise, c'est l'entreprise qui est considérée comme intermédiaire au sens de l'article 1649 AE du CGI ;
- lorsqu'une personne physique est associée ou liée par un contrat de collaboration ou de prestation de services à une structure dotée ou non de la personnalité juridique et fiscale (par exemple, un cabinet d'avocats) et agit au nom de cette dernière ou pour son compte, c'est la structure, représentée par une personne dûment habilitée, qui doit être considérée comme l'intermédiaire déclarant (par exemple, un avocat associé d'un cabinet d'avocat identifié auprès de son ordre par son numéro de toque).

Seul l'intermédiaire ayant un lien avec l'Union européenne est concerné par DAC 6.

14 Qu'est-ce qu'un intermédiaire concepteur ?

L'article 1649 AE du CGI définit l'intermédiaire concepteur comme toute personne qui conçoit, commercialise, organise, met à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou gère la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

Par conception, on entend la planification, la proposition ou le développement d'un dispositif transfrontière déclarable dont les caractéristiques principales ont été définies.

L'intermédiaire commercialise un dispositif transfrontière déclarable dès lors qu'il propose ce dispositif à un ou plusieurs contribuables. L'organisation d'un dispositif transfrontière déclarable comprend la préparation et la coordination de ce dispositif jusqu'à sa mise à disposition aux fins de son utilisation. La gestion de la mise en œuvre recouvre la conduite de la mise en œuvre du dispositif transfrontière à déclarer dans son ensemble, en lien avec son concepteur et/ou la personne qui le commercialise.

15 Qui sont les intermédiaires promoteurs dans la gestion d'actifs ?

Dans le cadre de la gestion d'actifs, la société de gestion intervient en principe en tant qu'intermédiaire promoteur (sous réserve du cas de la délégation de gestion, voir plus loin). En effet, elle est clé dans la mise en place d'un fonds. Par ailleurs la société de gestion va mettre en place la stratégie de gestion en définissant le profil de gestion (type d'actifs, risques,...).

Se pose également la question du distributeur. Dans le secteur de la gestion d'actifs, les distributeurs interviennent principalement pour distribuer les parts des fonds largement répartis dans le public, et donc rarement reportables sauf structuration ad hoc mise en place par le distributeur pour son client (cf. question 31).

Certains intermédiaires tiers pourront le cas échéant également être intermédiaires promoteurs s'ils conçoivent, organisent ou mettent en œuvre un schéma transfrontière à l'occasion de la mise en place du fonds ou d'une transaction ultérieure.

16 Qu'est-ce qu'un intermédiaire prestataire de services ?

L'article 1649 AE du CGI définit l'intermédiaire prestataire de services comme toute personne qui, compte tenu des faits et circonstances pertinents et sur la base des informations disponibles, de l'expertise et de la compréhension nécessaires pour fournir de tels services, sait ou pourrait raisonnablement être censée savoir qu'elle s'est engagée à fournir, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils concernant la conception, la commercialisation, l'organisation, la mise à disposition aux fins d'une mise en œuvre ou la gestion de la mise en œuvre d'un dispositif transfrontière déclarable.

Un intermédiaire prestataire de services déclare le dispositif s'il avait connaissance que ses services ont été rendus dans le cadre d'un dispositif transfrontière déclarable. Toute personne a le droit de fournir des éléments en vue de prouver qu'elle ne savait pas et ne pouvait pas raisonnablement être censée savoir qu'elle participait à un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration. À cette fin, cette personne peut invoquer tous les faits et circonstances pertinents, les informations disponibles, ainsi que son expertise et sa compréhension en la matière.

17 En cas de délégation de gestion, qui est l'intermédiaire (société de gestion de tête ou société de gestion par délégation) ?

Dans le cadre d'une délégation de gestion, la société de gestion de tête (ou délégante) a délégué la gestion financière des fonds (totale ou partielle) à la société de gestion délégataire.

Concernant les opérations qui ont trait à la gestion financière, l'intermédiaire concepteur est donc la société délégataire qui conçoit, organise, met à disposition un dispositif pouvant devoir faire l'objet d'une déclaration.

Une analyse au cas par cas devrait être effectuée concernant le rôle précis de la société de gestion délégante, afin de déterminer notamment si elle peut être considérée comme intermédiaire concepteur ou intermédiaire prestataire de services dans un dispositif mis en place par la société délégataire.

Dans l'hypothèse où la société de gestion délégante est qualifiée d'intermédiaire au titre de ces mêmes opérations, les deux sociétés de gestion

sont susceptibles d'avoir des obligations déclaratives de sorte qu'il convient de se reporter à la question 61 pour les cas de dispense de déclaration applicable en France. À l'inverse, si seule l'une d'elles est située dans l'Union européenne, l'obligation déclarative incomberait uniquement à la société de gestion située au sein de l'Union européenne (une société de gestion située au Royaume-Uni conservant une obligation restreinte au regard des seuls marqueurs D).

Dans l'hypothèse où la société de gestion délégante ne qualifie pas d'intermédiaire, l'obligation déclarative pèserait sur la société de gestion délégataire si elle est située dans l'Union européenne. Si la société de gestion délégataire est située hors de l'Union européenne, le fonds pourrait alors être tenu, le cas échéant, de déclarer le dispositif en sa qualité de contribuable à défaut d'autres intermédiaires situés dans l'Union européenne.

18 Qui sont les potentiels intermédiaires prestataires de services dans les opérations de gestion d'actifs (distributeurs ? dépositaire ? auditeur ? etc.) ?

■ **Les distributeurs** : la qualification du distributeur en tant qu'intermédiaire au titre de sa relation avec l'investisseur d'un fonds dépend du rôle qu'il effectue réellement, de sa connaissance du client, et de la connaissance qu'il peut avoir du dispositif concerné.

■ **Les dépositaires** : la qualification en tant qu'intermédiaire dépend également de son implication dans les activités du fonds. Son rôle est notamment la conservation des actifs du fonds. Le dépositaire ne dispose pas habituellement des éléments lui permettant d'avoir une connaissance du dispositif concerné. Toutefois, là encore, certains dispositifs pourraient nécessiter des analyses au cas par cas en fonction des éléments dont le dépositaire dispose.

■ **Le commissaire aux comptes de l'OPC** : l'administration fiscale précise (BOI-CPF-30-40-10-20-20201126 n° 80) que ne saurait être considéré comme un intermédiaire prestataire de services un commissaire aux comptes, qui, lors de la réalisation de l'audit légal d'un des participants à un dispositif transfrontière déclarable, prend connaissance de celui-ci et l'identifie comme entrant dans le champ des obligations déclaratives prévues par l'article 1649 AD du CGI.

■ **Le conseil en gestion de patrimoine / conseil en investissement financier** : s'il a une connaissance précise de la situation fiscale de

son client, il pourrait qualifier d'intermédiaire concepteur (s'il a conçu une solution patrimoniale par exemple) ou d'intermédiaire prestataire de services.

19 La banque dépositaire accompagnant un contribuable dans ses démarches pour réclamer un trop-versé de retenue à la source peut-elle être qualifiée d'intermédiaire prestataire de services de ce seul fait ?

Selon le BOFiP, un prestataire de services qui interviendrait ou prendrait connaissance du dispositif transfrontière déclarable postérieurement à sa mise en œuvre n'est pas considéré comme intermédiaire, sous réserve qu'il n'ait apporté aucune aide, assistance ou conseil se rapportant à la conception, à la commercialisation ou à l'organisation du dispositif transfrontière en question, à sa mise à disposition aux fins de la mise en œuvre ou à la gestion de sa mise en œuvre.

À titre d'exemple, un commissaire aux comptes, qui, lors de la réalisation de l'audit légal d'un des participants à un dispositif transfrontière déclarable, prend connaissance de celui-ci, et l'identifie comme entrant dans le champ de DAC 6 n'est pas un intermédiaire au sens de cette législation. De même, un conseil dont la mission consiste uniquement à se prononcer sur l'obligation de déclarer ou non un dispositif transfrontière au regard de l'article 1649 AD et suivants du CGI n'est pas un intermédiaire.

En déclinaison de ces principes, un avocat ou une banque dépositaire intervenant pour réclamer un trop-versé de retenue à la source ne devraient pas être qualifiés d'intermédiaires dans la mesure où ils interviennent *a posteriori* dans un rôle principalement contentieux / procédural.

Il faut toutefois préciser que cet exemple qui figurait dans le projet de BOFiP a disparu de sa version définitive. Il ne nous semble pas qu'il faille y voir une remise en cause du principe, mais plutôt une position prudente de l'administration qui n'a sans doute pas voulu donner un blanc-seing à cette situation sans réserver l'hypothèse d'une banque dépositaire ou d'un cabinet d'avocats qui interviendraient dans le cadre d'une stratégie spécifique liée aux retenues à la source. Si le rôle de ces intervenants se limite donc à la réclamation d'un trop-versé *a posteriori* sans de facto avoir connaissance et participer à une stratégie déclarable, ces intervenants n'auraient pas à déclarer non plus.

20 Les intermédiaires prestataires de services peuvent-ils se prévaloir de la présomption de non déclarabilité des "opérations de routine" pour les opérations de gestion d'actifs ?

Selon le BOFiP, la notion d'intermédiaire prestataire de services ne vise a priori ni les établissements de paiement ni les établissements de crédit autorisés à exercer dans le secteur financier réglementé qui effectuent des opérations bancaires de routine telles que la réception et conservation de fonds, les transferts de fonds et opération de change, l'octroi de financements ou la fourniture de services bancaires de paiement. En revanche, un établissement financier est considéré comme intermédiaire prestataire de services dans le cas où il a connaissance du fait que son intervention, quelle qu'en soit la nature, constitue une aide, une assistance ou des conseils qui se rapportent à la conception, à la commercialisation ou à l'organisation d'un dispositif transfrontière déclarable.

Cette position rendue dans le contexte bancaire aurait pu être déclinée dans d'autres domaines, par exemple pour les personnes intervenant en qualité d'établissements payeurs de dividendes et intérêts. Ainsi, même si l'exception n'est pas opposable en tant que telle, il nous semble qu'elle devrait permettre à d'autres prestataires d'échapper à l'analyse d'une opération au regard de DAC 6 (et surtout à toute obligation de documentation) dès lors que leur rôle relève d'opérations de routine.

En revanche, cette tolérance ne s'applique qu'aux intermédiaires prestataires de services et non pas aux intermédiaires concepteurs.

21 Les intermédiaires concepteurs et les intermédiaires prestataires de services sont-ils assujettis aux mêmes obligations au regard de DAC 6 ?

Si la directive DAC 6 et sa transposition française prévoient deux catégories d'intermédiaires, ils sont assujettis aux mêmes obligations déclaratives *in fine*, sans préséance de l'un sur l'autre. En revanche, un intermédiaire prestataire de services a le droit de fournir des éléments en vue de prouver qu'il ne savait pas et ne pouvait pas raisonnablement être censé savoir qu'il participait à un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration. À cette fin, cette personne peut invoquer tous les faits et circons-

tances pertinents, les informations disponibles, ainsi que son expertise et sa compréhension en la matière.

Par ailleurs, les faits générateurs de leurs obligations diffèrent légèrement (cf. question 62).

22 Peut-on organiser contractuellement les obligations déclaratives entre les différents intermédiaires (par exemple, mise en place d'une obligation primaire de déclaration pesant sur l'intermédiaire concepteur) ?

La loi ne prévoit pas une telle organisation. Il n'est pas interdit de la mettre en place et de prévoir un ordre de priorité contractuel, étant précisé qu'il ne serait alors absolument pas opposable à l'administration fiscale et que chaque intermédiaire resterait passible de sanctions en cas d'absence de déclarations. Ainsi, il pourrait être envisagé que le concepteur d'un produit ou d'un fonds le déclare en priorité sur son distributeur et qu'un tel accord soit validé par les accords de distribution ou par le cahier des charges mis en place par le distributeur. Mais là encore, DAC 6 étant une obligation légale, il nous semble que chaque intermédiaire pourrait considérer ne pas être tenu par la position de l'autre intermédiaire.

23 Qu'est-ce qu'un contribuable concerné ?

Le contribuable concerné est le destinataire du dispositif. Il est ainsi défini comme la personne à qui un dispositif transfrontière déclarable devant faire l'objet d'une déclaration est mis à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou qui est disposée à le mettre en œuvre ou encore qui a mis en œuvre la première étape d'un tel dispositif.

24 Le fonds est-il un contribuable concerné dans le cadre de sa gestion par une société de gestion ? La réponse diffère-t-elle selon que le fonds a la personnalité morale ou non ?

Oui, le fonds est un contribuable concerné, bien qu'il ne soit généralement pas sujet d'impôt (compte tenu de sa transparence). En effet, comme cela a pu être le cas pour FATCA, il a semblé plus important de faire prévaloir la cohérence du dispositif sur le terme de "contribuable"

pris au pied de la lettre. La réponse ne varie pas selon que le fonds est ou non assujéti à l'impôt. Cette interprétation est confirmée par le BOFiP, qui précise que l'OPC est le contribuable concerné et la société de gestion un intermédiaire (BOI-CF-CPF-30-40-10-20-240).

25 Quid des investisseurs et contreparties pour les autres dispositifs autour du fonds ?

Les investisseurs du fonds sont également des contribuables concernés le cas échéant, en tant qu'investisseurs dans le dispositif qu'est le fonds (ou les parts émises). Les contreparties du fonds peuvent également être des contribuables concernés ou des intermédiaires selon les cas.

III. LES MARQUEURS

26 Qu'est-ce qu'un marqueur ?

Selon la Directive DAC 6, les dispositifs de planification fiscale à caractère agressif étant de plus en plus complexes et faisant en permanence l'objet de modifications et d'ajustements pour répondre aux contre-mesures défensives prises par les autorités fiscales, il a semblé plus efficace de chercher à cerner les dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif en constituant une liste des caractéristiques et éléments des opérations présentant des signes manifestes d'évasion fiscale ou de pratiques fiscales abusives plutôt que de définir la notion de planification fiscale aggressive. Ces indications sont appelées "marqueurs". Le BOFiP précise lui que le marqueur est « *une caractéristique ou particularité d'un dispositif transfrontière, qui indique un risque d'évasion fiscale* ».

À ce titre, la Directive DAC 6 vise les dispositifs transfrontières répondant à au moins l'un des marqueurs DAC 6.

Les quinze marqueurs DAC 6 sont recensés à l'article 1649 AH du code général des impôts. Ils peuvent être classés selon leur nature (marqueurs "simples" ou marqueurs "doubles") – et regroupés en cinq grandes catégories selon le risque potentiel d'évasion fiscale qu'ils entendent couvrir (catégorie A à E) :

- les marqueurs de catégorie A (doubles), dits "marqueurs généraux liés au critère de l'avan-

tage principal”, qui ont vocation à couvrir les situations dans lesquelles les modalités d’intervention des intermédiaires ou la nature de la documentation mises en place sont corrélées à l’existence d’un avantage fiscal ;

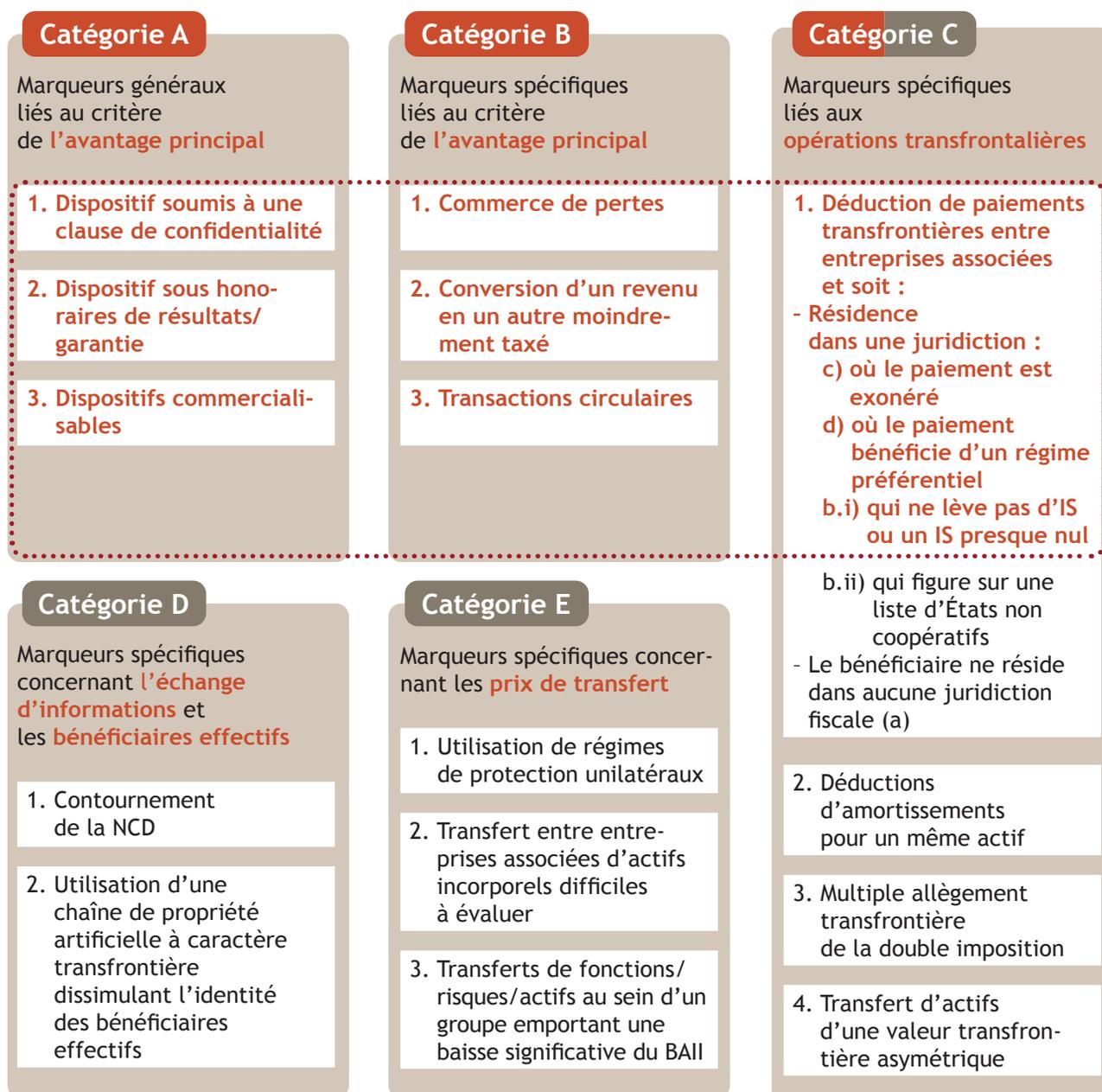
- les marqueurs de catégorie B (doubles), dits “marqueurs spécifiques liés au critère de l’avantage principal”, qui visent les situations dans lesquelles l’effet du dispositif est de permettre l’obtention d’un avantage fiscal ;
- les marqueurs de catégorie C (simples et doubles), dits “marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières”, qui couvrent les flux transfrontières (paiements, transferts

d’actifs, etc.) tirant parti des régimes fiscaux différenciés qui peuvent exister entre les juridictions concernées ;

- les marqueurs de catégorie D (simples), dits “marqueurs spécifiques concernant l’échange d’informations et les bénéficiaires effectifs”, concernant les atteintes aux règles de l’échange automatique d’informations ;
- et les marqueurs de catégorie E (simples), dits “marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert”.

La répartition des marqueurs de la réglementation DAC 6, par nature et catégorie, peut être présentée de manière synthétique comme suit :

Marqueurs pour lesquels le critère de l’avantage principal doit être satisfait



La doctrine administrative précise que la réunion d'un ou plusieurs marqueurs ne constitue pas une reconnaissance ou une preuve de son caractère frauduleux. En sens inverse, le fait que l'administration fiscale ne réagisse pas à un dispositif déclaré ne signifie pas l'acceptation de la validité fiscale du dispositif.

27 Quelle est la distinction entre un marqueur simple et un marqueur double ?

Les 15 marqueurs DAC 6 peuvent être classés selon leur nature :

- six marqueurs sont “doubles” (A1, A2, A3, B1, B2 et B3) ;
- huit marqueurs sont “simples” (C2, C3, C4, D1, D2, E1, E2 et E3) ;
- un marqueur est “hybride” dans la mesure où il se compose de sous-marqueurs “doubles”, les sous-marqueurs C1 b) i), C1 c) et C1 d), et de sous-marqueurs “simples”, les sous-marqueurs C1 a) et C1 b) ii).

Cette classification est importante dans la mesure où l'analyse de la déclarabilité d'un dispositif est fonction de la nature des marqueurs qu'il révèle.

En effet, un dispositif transfrontière qui révèle un ou plusieurs marqueur(s) simple(s) est déclarable au regard de DAC 6, sans que le déclarant n'ait à apprécier si le dispositif génère ou non un avantage fiscal principal. Les marqueurs simples sont donc des marqueurs dont l'application est indépendante de l'existence d'un avantage fiscal principal.

A *contrario*, un dispositif transfrontière qui révélerait un ou plusieurs marqueur(s) double(s) ne sera pas systématiquement déclarable. Il ne le sera que s'il comporte en outre un avantage fiscal principal. L'analyse de la déclarabilité de tels dispositifs se séquencera donc en deux étapes, (i) la caractérisation d'un ou plusieurs marqueur(s) double(s) et, si tel est le cas, (ii) la mise en balance des avantages de toute nature générés par le dispositif afin d'évaluer si l'avantage fiscal peut être qualifié d'avantage principal au sens de DAC 6. Ce n'est que dans le cas où ces deux conditions cumulatives sont remplies, que le dispositif transfrontière sera considéré comme déclarable.

28 Qu'est-ce que l'avantage fiscal principal et comment le mesurer ?

Pour rappel (cf. question 27), seuls les marqueurs doubles A1, A2, A3, B1, B2 et B3 et les sous-marqueurs doubles C1 b) i), C1 c) et C1 d) nécessitent de déterminer s'il existe un avantage fiscal principal afin de conclure sur la déclarabilité d'un dispositif.

À titre liminaire, il convient de préciser que la notion d'avantage fiscal est entendue très largement dans son acception française et recouvre notamment tout abattement, remboursement, allègement ou diminution d'impôt, report d'imposition ou absence d'imposition.

Pour autant, l'existence d'un tel avantage fiscal ne suffit pas, à lui seul, à caractériser un avantage principal au sens de DAC 6. Le caractère principal de l'avantage fiscal ne sera rempli que s'il est établi que l'avantage principal ou l'un des avantages principaux qu'une personne peut raisonnablement s'attendre à retirer d'un dispositif, compte-tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, est l'obtention d'un avantage fiscal. Ainsi, l'appréciation du caractère principal nécessite une mise en balance de l'ensemble des avantages générés par le dispositif. Il faut noter que la détermination du caractère principal se fait de manière objective, par opposition à une analyse subjective qui prendrait en compte les motivations ou intentions des participants. Enfin, l'avantage principal s'apprécie de manière globale.

Concernant le champ des avantages à mettre en balance : doivent être pris en compte, les avantages de toute nature, qu'ils soient fiscaux, commerciaux, stratégiques. Par ailleurs, les avantages fiscaux incidents, même non recherchés par le contribuable concerné, doivent également être pris en compte.

Concernant la méthodologie à appliquer pour déterminer le caractère principal d'un avantage : l'importance de l'avantage fiscal est notamment déterminée en fonction de la valeur de l'avantage fiscal obtenu par rapport à la valeur des autres avantages retirés du dispositif. À ce titre, l'administration fiscale précise qu'un dispositif peut avoir un ou plusieurs avantages principaux, par exemple un avantage commercial principal et un avantage fiscal principal en parallèle d'un autre avantage principal. Dans ce cas également, le test de l'avantage fiscal principal au sens de DAC 6 serait rempli.

À titre de règle pratique, l'administration fiscale précise que l'avantage fiscal est considéré comme principal notamment lorsque le dispositif transfrontière n'aurait pas été conçu de la même façon sans l'existence de cet avantage fiscal.

29 Où doit être localisé l'avantage fiscal (avantage situé en France / Union européenne et/ou hors de l'Union européenne) ?

En vertu de la directive, la réglementation DAC 6 ne s'applique qu'aux impôts et taxes prélevés par un État membre (cf. question 2). Toutefois, concernant l'appréciation de l'avantage principal, la doctrine administrative précise que l'existence d'un avantage fiscal n'est pas limitée au territoire français.

Il convient dès lors de distinguer les effets fiscaux d'un dispositif transfrontière qui doivent être analysés d'une manière globale, du champ d'application de DAC 6 qui se limite aux impôts prélevés dans les États membres de l'Union européenne.

L'avantage fiscal principal à évaluer doit s'interpréter comme un avantage en lien avec les impôts qui sont dans le champ de la directive (impôts européens), tout en tenant compte de l'ensemble des effets produits par le dispositif, qu'ils se situent au sein ou en dehors du territoire de l'Union européenne (autrement dit, qu'ils se produisent au niveau d'une entité localisée ou non dans l'Union européenne).

En particulier, si, comme le précise le BOFiP, le dispositif est conçu pour permettre au contribuable de profiter d'une différence de traitement fiscal entre deux États (déduction fiscale dans un État et absence de taxation dans l'autre), alors le critère de l'avantage fiscal principal pourrait être rempli (étant présumé qu'un marqueur double a été auparavant identifié).

Il en résulte qu'un intermédiaire peut être amené à déclarer un dispositif générant un avantage fiscal relevant d'une législation fiscale d'un pays d'un autre État membre que celui où il est lui-même assujéti, dans la limite toutefois de sa connaissance de cette législation.

30 Qu'est-ce que l'exclusion des dispositifs transfrontières présentant un avantage principal obtenu en France conforme à l'intention du législateur ?

À l'instar d'autres administrations fiscales, la France considère que lorsque l'avantage principal obtenu en France au moyen du dispositif transfrontière résulte de l'utilisation d'une mesure d'incitation fiscale prévue par le législateur français, il n'est pas considéré comme un avantage fiscal principal au sens de l'article 1649 AH du CGI, sous réserve de l'utilisation conforme à l'intention du législateur.

Ainsi, le BOFiP vise par exemple le PEA, en précisant que la détention d'un plan d'épargne en actions (PEA) en France, à le supposer inscrit dans un dispositif transfrontière, est un dispositif *a priori* exclu du champ d'application. Néanmoins, si ces produits ou placements financiers s'inscrivent dans un dispositif transfrontière plus large qui procure un avantage fiscal ne correspondant pas à l'intention du législateur français, celui-ci peut être considéré comme un avantage principal au sens de l'article 1649 AH du CGI et constituer ainsi l'obligation déclarative prévue au I de l'article 1649 AD du CGI.

Cette exception peut s'appliquer à nombre de produits fiscaux français, tels que l'assurance-vie ou encore certains régimes incitatifs tels que les FCPR/FPCI.

De même, les produits d'épargne salariale, à les supposer transfrontières, semblent avoir vocation à entrer dans cette exception.

31 L'avantage fiscal issu de la souscription à un fonds destiné à une large pluralité d'investisseurs constitue-t-il un avantage principal ?

L'administration fiscale précise expressément que la souscription de parts de fonds destiné à une large pluralité d'investisseurs n'est *a priori* pas déclarable au titre du marqueur A3 – et par extension au titre de tous les marqueurs doubles – dès lors que cumulativement (i) l'obtention d'un avantage fiscal principal n'est pas, en principe, l'objectif principal du fonds et (ii) que l'investissement du souscripteur n'est pas lui-même structuré via l'utilisation d'un dispositif transfrontière répondant à d'autres marqueurs.

Ce commentaire instaure certes une quasi-présomption de non-déclarabilité des souscriptions dans un fonds grand public, mais cette présomption n'est toutefois pas irréfragable. Une attention particulière devra être portée au cas où la société de gestion aurait connaissance d'un dispositif spécifique mis en œuvre par l'investisseur pour réaliser son investissement.

Il est à noter que cette quasi-présomption de non-déclarabilité ne concerne que la souscription dans un fonds grand public, et dès lors, ne trouve pas à s'appliquer aux souscriptions de parts émises par une autre catégorie de fonds (fonds dédié par exemple) ni aux opérations de structuration de l'actif du fonds, qui doivent faire l'objet d'une analyse ad hoc. Enfin, l'existence de cette solution pragmatique pour les fonds largement distribués ne présume pas pour autant la déclarabilité des autres fonds.

32 L'avantage fiscal découlant de la souscription dans une classe de part réservée à une catégorie d'investisseurs et à laquelle est attaché un reporting spécifique caractérise-t-il un avantage principal ?

Il est fréquent qu'un fonds choisisse de mettre en place un reporting spécifique permettant à son investisseur de bénéficier d'un traitement particulier (transparence par exemple, ou abattements pour certains fonds actions, etc.). Ceci peut s'accompagner de la création d'un compartiment dédié aux investisseurs résidents dans cette juridiction.

La question est alors de savoir si la mise en place d'une classe de parts réservée à une catégorie d'investisseurs et à laquelle est attaché un reporting spécifique constitue une opération de structuration du passif du fonds non couverte par la quasi-présomption de non-déclarabilité présentée ci-avant (cf. question 31).

Sous réserve que le fonds, toutes parts confondues, respecte la politique d'investissement stipulée dans le prospectus du fonds (par exemple un investissement permanent à 75 % au moins en actions), il nous semble que la création de parts réservées à une catégorie d'investisseurs ne constitue pas "une opération de structuration" en tant que telle. En effet, la création de parts spécifiques s'explique généralement par un souci de lisibilité vis-à-vis des investisseurs. Par ailleurs, le reporting est une option offerte dans l'État concerné, qui ne nécessite pas une structuration spécifique mais qui a pour vocation de communiquer des informations aux investisseurs locaux afin que ces derniers soient en mesure d'établir leur propre déclaration d'impôt. Sous réserve de particularité, le dispositif lié à la création de telles parts ne sera généralement pas reportable.

A) MARQUEURS DOUBLES

33 Marqueur A1 – Le marqueur A1 peut-il trouver à s'appliquer dans la gestion d'actifs ?

Le marqueur A1 est satisfait en présence d'un dispositif dans lequel le contribuable concerné ou un participant au dispositif s'engage à respecter une clause de confidentialité selon laquelle il peut lui être demandé de ne pas divulguer à d'autres intermédiaires ou aux autorités fiscales comment le dispositif pourrait procurer un avantage fiscal.

La doctrine de l'administration fiscale précise que ce marqueur trouve à s'appliquer dans les cas où l'obligation de confidentialité couvre notamment l'ingénierie fiscale du dispositif. Ne sont ainsi pas visées par ce marqueur les clauses de confidentialité visant à protéger un secret commercial, industriel ou professionnel ainsi que les obligations légales et déontologiques trouvant à s'appliquer aux professions réglementées en matière de confidentialité.

Ainsi une simple clause de confidentialité générale, intégrée dans un accord, qui n'interdit pas la divulgation d'informations relatives à l'ingénierie fiscale du dispositif et a pour objet de protéger le secret des affaires ne devrait pas répondre au marqueur A1. En pratique, la création d'un fonds ne fait généralement pas l'objet de telles clauses de confidentialité, d'autant que la création du fonds fait l'objet d'une certaine publicité (prospectus, règlement des fonds). Toutefois, certaines lettres signées par les investisseurs peuvent comprendre de telles clauses de confidentialité, et il sera nécessaire de vérifier qu'elles ont une portée générale (telles que protéger une stratégie d'investissement) sans qu'elle n'ait aucune portée à caractère fiscal.

34 Une clause de confidentialité portant sur un dispositif suffisamment connu de la communauté fiscale révèle-t-elle le marqueur A1 ?

La doctrine de l'administration fiscale ne peut être interprétée comme permettant d'exclure de l'obligation de déclaration les dispositifs pour lesquels le contribuable concerné ou un participant au dispositif s'engage à respecter une clause de confidentialité au seul motif que le dispositif est connu de la communauté fiscale, même si une telle interprétation a été retenue par l'OCDE.

35 Marqueur A2 – Le marqueur A2 peut-il trouver à s'appliquer dans la gestion d'actifs ?

Le marqueur A2 vise les dispositifs transfrontières pour lesquels la rémunération de l'intermédiaire dépend du montant de l'avantage fiscal retiré du dispositif ou de l'obtention effective d'un avantage fiscal induit par le dispositif.

La doctrine de l'administrative fiscale précise dans ce cadre que, tous les dispositifs qui présentent un lien direct entre les avantages fiscaux obtenus par le contribuable concerné

et les honoraires facturés par l'intermédiaire à son client sont concernés.

En pratique, dans la mesure où la rémunération entre les différents acteurs de la gestion d'actifs (e.g. distributeur, teneur de compte, dépositaire, société de gestion par délégation) n'a pas de lien direct avec le montant d'un avantage fiscal ni avec l'obtention effective d'un avantage fiscal, ce marqueur devrait avoir une portée très restreinte. En effet, en matière de gestion d'actifs, la rémunération est souvent liée aux montants sous gestion.

36 Marqueur A3 – Qu'est-ce qu'une documentation standardisée ?

Le marqueur A3 est satisfait en présence d'un dispositif dont la documentation et / ou la structure sont en grande partie normalisée et qui est à la disposition de plus d'un contribuable concerné, sans avoir besoin d'être adapté de façon significative pour être mis en œuvre.

La doctrine de l'administration fiscale ne définit pas expressément la notion de documentation standardisée mais précise que la documentation du dispositif est en grande partie normalisée lorsqu'elle rend le dispositif accessible à plusieurs contribuables concernés, sans qu'il soit nécessaire de l'adapter de façon importante.

Il convient de préciser que l'administration fiscale ne circonscrit pas la notion de documentation standardisée au cas où la documentation aurait pour objet d'obtenir un avantage fiscal / de définir une structure de planification fiscale. La notion semble donc devoir être interprétée plus largement.

37 Le prospectus d'un fonds révèle-t-il le marqueur A3 ?

La doctrine de l'administration fiscale précise que « *de nombreux produits, instruments et opérations bancaires et financiers sont proposés à un large public sur le fondement d'une documentation normalisée. Ils peuvent répondre aux caractéristiques énoncées au marqueur A3. Toutefois, en l'absence d'autres marqueurs prévus par l'article 1649 AH du CGI, et sous réserve que l'avantage fiscal retiré soit prévu par la loi française et que l'utilisation de ces produits soit conforme à l'intention du législateur, les dispositifs qui comprendraient de tels produits, instruments et opérations bancaires et financiers ne doivent pas faire l'objet d'une déclaration.*

C'est le cas notamment des procédures normalisées qui recourent à une documentation standardisée ou des modèles d'accords-cadres, telles que certaines opérations routinières de marché. »

Il résulte de ces précisions que l'acceptation française de "documentation standardisée" est assez large et ne se limite pas à des produits fiscaux (PEA ou assurance-vie) et pourrait donc englober le prospectus d'un fonds ou des documents d'adhésion à un tel fonds. Mais en l'absence d'autres marqueurs, et dès lors que l'avantage fiscal, si tant est qu'il y en ait un, est prévu par la loi française et que l'intention du législateur n'est pas détournée, le dispositif ne devrait pas être considéré comme étant déclarable.

38 Les modèles de contrats-cadres tels que ceux publiés par l'ISDA révèlent-ils le marqueur A3 ?

Il ressort du BOFiP que les accords-cadres, tels que les contrats ISDA, pourraient constituer une documentation standardisée relevant du marqueur A3. Ils restent toutefois exclus du champ de la déclaration DAC 6 en l'absence d'autres marqueurs, et dès lors que l'avantage fiscal, si tant est qu'il y en ait un, est prévu par la loi française et que l'intention du législateur n'est pas détournée.

Par ailleurs, des acteurs reconnus de la place mettent en avant le fait que les accords ISDA ne peuvent pas être systématiquement considérés comme une documentation standardisée dans la mesure où certains acteurs peuvent négocier de façon importante les différentes clauses du contrat (le lecteur est invité à se référer au guide des autres associations professionnelles pour plus de précisions).

39 Le marqueur B1 peut-il trouver à s'appliquer ?

Le marqueur B1 vise les dispositifs dans lesquels un participant prend artificiellement des mesures qui consistent (i) à acquérir, directement ou indirectement, une société réalisant des pertes, (ii) à mettre fin à l'activité principale de cette société et (iii) à utiliser les pertes de celle-ci pour réduire sa charge fiscale.

Ces trois éléments étant cumulatifs, la simple acquisition d'une société réalisant des pertes ne suffit pas, à elle seule, à révéler le marqueur B1. En outre, la législation fiscale française rend improbable la réalisation de telles opérations.

Ainsi, l'acquisition de titres isolés d'une société déficitaire par un fonds n'entraîne aucune obliga-

tion d'investigation à la charge de la société de gestion afin de déterminer si les autres éléments constitutifs du marqueur B1 sont remplis. En pratique donc il est raisonnable de considérer que le marqueur B1 ne devrait pas trouver à s'appliquer dans les opérations de gestion d'actifs.

40 Marqueur B2 – Qu'est-ce qu'une conversion de revenu ?

Le marqueur s'applique à tout 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. Comme pour les autres marqueurs, seul l'effet du dispositif est pris en compte. Le BOFiP illustre ce marqueur par un schéma complexe intégrant des actions de préférence et un dispositif intégrant un contrat d'assurance-vie.

Il semble raisonnable de considérer qu'il convient de comparer la situation existante créée par le dispositif avec une situation préexistante, antérieure par hypothèse.

En ce qui concerne les fonds, la question de l'existence d'éventuelles "conversions de revenus" se pose tant au niveau de la structuration du passif que de celle de l'actif.

41 La souscription de parts d'un fonds, notamment de capitalisation, opère-t-elle une conversion de revenus au sens du marqueur B2 ?

Au niveau du passif, la question qui devrait se poser le plus fréquemment est celle de la qualification au regard de DAC 6 de la mise en place de parts de capitalisation, notamment souscrites par des particuliers qui ne seraient pas imposés en vertu de règles de *mark-to-market*. Bien qu'un différé d'imposition puisse constituer un avantage fiscal, il ne suffit pas à qualifier une conversion de revenus. La question se pose différemment si en plus du différé, l'imposition ultérieure intervient au titre d'une autre qualification (par exemple plus-value au lieu de dividendes).

L'OPC de capitalisation souscrit par un client non-résident ne constitue pas un dispositif déductible dans la mesure où il n'existe pas de conversion de revenus ; il n'y a pas lieu selon la doctrine majoritaire de comparer la situation résultant de ce dispositif avec une situation hypothétique (par exemple, une détention directe des actifs sous-jacents donnant lieu à des distributions de dividendes).

De surcroît, l'investisseur investissant dans un fonds de capitalisation renonce à recevoir les intérêts et dividendes acquis, sans aucune garantie de réalisation d'une plus-value ultérieure : il ne convertit donc pas un dividende immédiat contre une plus-value immédiate, mais choisit de ne pas percevoir de dividende, de le remettre du coup à risque, dans l'espoir d'une plus-value future hypothétique.

Pour toutes ces raisons, il semble que l'OPC de capitalisation n'opère pas une conversion de revenus au sens du marqueur B2.

En tout état de cause, la possibilité d'émettre des parts de capitalisation est prévue par le CoMoFi. Enfin, la société de gestion n'a normalement pas connaissance de la fiscalité applicable à l'ensemble des investisseurs dans l'ensemble des juridictions.

42 Marqueur B3 – Comment interpréter la notion de transactions circulaires ?

Pour que le marqueur B3 soit rempli, le BOFiP semble requérir, (i) un mouvement circulaire des fonds (condition 1) et (ii) comme conséquence de ce mouvement, l'une au moins des trois autres "sous-conditions" (condition 2), à savoir :

- la présence d'entités interposées sans fonction commerciale principale dans le dispositif ;
- la présence de transactions qui se compensent ou s'annulent mutuellement ;
- ou encore la présence d'autres caractéristiques équivalentes.

Les exemples donnés par la Commission Européenne permettent d'avancer que par mouvement circulaire des fonds, il faut entendre un mouvement de fonds (i) **transfrontière**, (ii) qui doit se conclure, à l'issue de la transaction circulaire, par leur retour dans le pays d'origine.

Sur cette base, il n'est pas aisé d'identifier *a priori* des dispositifs qui rempliraient ces conditions au niveau de la structuration du passif comme de l'actif d'un fonds, ce marqueur semblant avoir vocation à s'appliquer principalement dans des transactions largement artificielles reposant sur des sociétés interposées sans substance ou des flux se compensant sans justification d'autant que ce marqueur se double de l'avantage fiscal principal.

43 Marqueur C1 b) i), C1 c) et C1 d)

Ces sous-marqueurs s'appliquent en cas de paiements transfrontières déductibles intervenant entre entreprises associées lorsque le bénéficiaire a sa résidence fiscale dans une juridiction :

- qui ne lève pas d'impôt sur les sociétés ou lève un impôt sur les sociétés à taux zéro ou presque nul (sous-marqueur C1 b) i), ou
- où le paiement ouvre droit à une exonération fiscale totale dans la juridiction où le bénéficiaire a sa résidence fiscale (marqueur C1 c), ou
- où le paiement ouvre droit à un régime fiscal préférentiel dans la juridiction où le bénéficiaire a sa résidence fiscale (sous-marqueur C1 d).

44 Qui est considéré comme le bénéficiaire du paiement lorsque le récipiendaire est un fonds (transparent / opaque) ?

D'après les commentaires administratifs français, si le fonds est un OPC relevant de l'article L. 214-1 et de l'article L. 214-191 du *Code monétaire et financier* (ou un organisme de même nature constitué sur le fondement du droit de l'Union européenne et situé dans un État membre de l'Union européenne), les bénéficiaires des paiements versés au fonds sont les porteurs de parts. Il en va de même si le fonds est une société ou un groupement soumis au régime d'imposition de l'article 8 du CGI (ou s'il s'agit d'une société ou d'un groupement de même nature constitué sur le fondement du droit de l'Union européenne et situé dans un autre État membre de l'Union).

Si le fonds n'entre dans aucune de ces catégories (fonds établi hors Union européenne par exemple), le ou les bénéficiaires des paiements versés au fonds seront la ou les personnes assujetties à l'impôt à raison de ces paiements : soit le fonds est opaque, auquel cas, ce sera le fonds ; soit le fonds est transparent, auquel cas ce seront les porteurs de parts (associés ou actionnaires).

45 Comment apprécier la notion "d'entreprises associées" dans les opérations de gestion d'actifs ?

Il découle logiquement de la position ci-dessus que la notion d'entreprise associée (nécessitant la détention d'au moins 25 % entre le bénéficiaire et l'entreprise versant le revenu) doit s'apprécier entre l'investisseur (bénéficiaire) et la société versante.

B) MARQUEURS SIMPLES

46 Marqueur C1 a) – Le fait que le fonds ne soit pas considéré comme "résident" au sens d'une convention fiscale bilatérale peut-il révéler le marqueur C1 a) ?

En principe, le fonds ne sera pas considéré comme un apatride fiscal pour les besoins du marqueur C1 a) en France dans la mesure où les autorités fiscales françaises considèrent que les bénéficiaires des paiements versés à des OPC relevant de l'article L. 214-1 et de l'article L. 214-191 du code monétaire et financier sont leurs porteurs de parts. Il en va de même pour les organismes de même nature constitués sur le fondement du droit de l'Union européenne et situé dans un État membre de l'Union (voir question 47).

Donc ce sous-marqueur ne devrait pas avoir de portée pour les fonds relevant de l'article L. 214-1 et de l'article L. 214-191 du *Code monétaire et financier*.

47 Marqueur C1 b) ii) – Qu'est-ce qu'un État non coopératif au sens du marqueur C1 b) ii) ?

Dans le cadre juridique français, une juridiction non coopérative est celle d'une part qui n'est pas membre de l'Union européenne et d'autre part :

- soit figure sur la liste noire dressée par l'Union européenne (disponible au lien suivant : https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_fr) ;
- soit est évaluée comme "non conforme" ou "partiellement conforme" par l'OCDE dans le cadre du Forum mondial sur la transparence fiscale (disponible au lien suivant : <http://www.oecd.org/tax/transparency/documents/exchange-of-information-on-request-ratings.htm>)

Il convient de se placer à la date du fait générateur de l'obligation déclarative pour apprécier si une juridiction déterminée est, ou non, inscrite sur l'une des deux listes.

48 Marqueur C2 – Dans quel cadre peut-on rencontrer le marqueur C2 ?

Sous réserve que les actifs gérés ne fassent pas l'objet d'un amortissement, ce marqueur n'est pas pertinent en gestion d'actifs. En principe,

il ne concerne donc pas les actifs financiers tels que les actions et obligations. En revanche les actifs immobiliers, s'ils font l'objet d'un amortissement de même nature déductible dans plus d'une juridiction, pourraient déclencher ce marqueur. À noter que les autorités fiscales françaises excluent néanmoins l'application de ce marqueur lorsque l'actif donne lieu à l'enregistrement, d'un point de vue comptable et fiscal, d'un double produit en contrepartie de la double déduction.

49 Marqueur C3 – L'élimination de la double imposition obtenue conformément aux dispositions des conventions fiscales bilatérales peut-elle révéler le marqueur C3 ?

En l'état, les autorités fiscales françaises excluent l'application du marqueur C3 en cas de simple utilisation des dispositions des conventions fiscales bilatérales visant à éliminer les doubles impositions, sous réserve qu'elle ne soit pas contraire à la volonté du législateur français ou communautaire (donc notamment en cas de *“treaty shopping”*).

À noter néanmoins que serait déclarable « *tout dispositif qui reposerait sur l'utilisation desdites dispositions conventionnelles pour fonder une demande d'allègement et, a fortiori, une exonération d'impôt(s), dans au moins deux juridictions concernant le même élément de revenu et de capital* » (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, §70).

Le BOFiP illustre ce marqueur avec un exemple inspiré des Cumex.

50 Marqueur C4 – Comment s'interprète le marqueur C4 ?

Ce marqueur vise, pour les autorités fiscales françaises, tout dispositif qui inclut des transferts d'actifs pour lesquels la valeur de la contrepartie obtenue ou à obtenir est différente selon les juridictions concernées. En sachant que le transfert d'actifs pourrait avoir lieu au sein d'une même entité juridique (par exemple, transfert d'actifs effectué entre un siège et son établissement stable), un report d'imposition pourrait remplir ce marqueur. En principe, une différence importante dans ces valeurs est nécessaire pour déclencher l'application de ce marqueur.

Dans ses derniers commentaires, la France a indiqué que les opérations de fusions et assimilées conformément à la directive fusion (c'est-à-dire en régime de faveur des fusions¹) ne déclenchent pas ce marqueur.

51 Marqueur D1 – La présence d'investisseurs résidents dans des juridictions non NCD pourrait-elle révéler les marqueurs D ?

Quid en cas de transfert
de résidence d'un investisseur
dans une juridiction non NCD ?
Quid en cas de transmission des parts
du fonds par succession au profit d'un
héritier dans une juridiction non NCD ?

Concernant les OPC français, l'étude du marqueur D1 porte exclusivement sur les parts émises au nominatif pur. Il s'agit en effet, des parts qui constituent au sens de la réglementation CRS un compte financier pour l'OPC.

Dans le cas où l'investisseur final change de résidence fiscale pour s'établir dans une juridiction qui n'est pas engagée à échanger des renseignements au titre de la norme NCD (e.g. la Tunisie), le dispositif ne devrait pas déclencher le marqueur D1 d). En effet, le marqueur D1 d) vise le transfert ou la conversion de comptes financiers déclarables en vertu de la réglementation CRS en comptes financiers non déclarables en vertu de cette même réglementation. Or, dans le cas d'un changement de résidence fiscale de l'investisseur final, le compte financier n'est ni transféré ni converti. L'absence de déclaration CRS résulte du transfert de résidence fiscale de l'investisseur, transfert qui n'est pas visé par le marqueur D1 d).

En revanche, il conviendra de vérifier qu'il ne s'agit pas d'une résidence de complaisance ou qu'il n'y a pas d'utilisation de schémas visant à dissimuler les véritables bénéficiaires effectifs et qui auraient pour but de porter atteinte aux procédures CRS. Dans ce cas, le marqueur D1 f) pourrait être révélé. Toutefois, l'information liée au changement de résidence fiscale devrait, en principe, avoir déjà été collectée via les *process* existants mis en place par la SGP dans le cadre d'un suivi des *“changement de circonstances”* de l'investisseur final.

Dans le cas d'une transmission des parts du fonds par succession au profit d'un héritier situé dans

¹) Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre.

une juridiction non soumise à la norme NCD, l'investisseur, comme la société de gestion sont complètement passifs et ne devraient donc pas être qualifiés de participants. Une telle situation de ce fait ne devrait pas constituer un dispositif déclarable.

52 L'appréciation des marqueurs D2 relève-t-elle de la société de gestion ou des autres acteurs de la gestion d'actifs (distributeurs, contreparties, etc.) ?

L'appréciation du marqueur D2 pèse sur celui qui est en mesure d'effectuer les due diligences AML/KYC en fonction de la relation qu'il a avec l'investisseur. Ainsi le marqueur D2 peut faire l'objet d'une analyse par la société de gestion si celle-ci a une relation avec l'investisseur.

53 Le marqueur D2 est-il applicable si le ou les intermédiaires respectent leurs obligations en termes de KYC et *anti-money laundering* (AML) ?

Les trois conditions du marqueurs D2 sont cumulatives. Ainsi, le fait de ne pas remplir une des trois conditions suffit à ne pas révéler le marqueur D2.

Si on se concentre plus particulièrement sur la troisième condition (l'impossible identification des bénéficiaires effectifs), on note, qu'en principe, une société de gestion a toujours connaissance des bénéficiaires effectifs via notamment ses obligations en termes de KYC et AML.

Ainsi, le bénéficiaire effectif peut être :

- soit les personnes détenant plus de 25 % des parts,
- soit, le dirigeant si le capital est dilué.

Cette possibilité de désigner par défaut le dirigeant de l'entité est prévue par la 4^e directive AML/KYC. À titre d'exemple, dans le cadre des fonds, si le passif est dilué c'est le dirigeant de la société de gestion qui est désigné comme étant le bénéficiaire effectif.

En d'autres termes, le marqueur D2 ne devrait pas trouver à s'appliquer aux situations que peuvent rencontrer les sociétés de gestion, à moins d'être en violation des directives KYC-AML.

54 La fusion d'un fonds / compartiments peut-elle déclencher le marqueur E3 ?

Littéralement, sous réserve qu'elles fassent intervenir des fonds revêtant la qualité de personne au sens de 11) de l'article 3 de la directive 2011/16/UE et qu'il s'agisse d'entreprises associées au sens du 23) de ce même article, les fusions de fonds et compartiments sont susceptibles de déclencher le marqueur E3 sous réserve que le bénéfice avant intérêts et impôts (BAII) annuel prévu, dans les trois ans suivant le transfert, du ou des cédants, est inférieur à 50 % du BAII annuel prévu de ce cédant ou de ces cédants si le transfert n'avait pas été effectué.

Toutefois, l'administration fiscale précise que le marqueur E3 ne s'applique pas aux opérations de fusions placées sous le régime de la neutralité fiscale prévu par la Directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009. Dans la mesure où les fusions d'OPC peuvent elles aussi être réalisées en neutralité fiscale, mais sur un autre fondement, il nous semble que cette exception pourrait également s'appliquer, par analogie, aux fusions de fonds.

En tout état de cause, aujourd'hui, l'administration fiscale française ne retient pas une définition du BAII exploitable pour l'industrie de la gestion d'actifs puisqu'elle le définit comme le « *résultat d'exploitation tel que défini par le plan comptable général* ».

Dès lors, ce marqueur ne devrait pas être applicable aux fusions d'OPC.

IV. LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES

55 Quel corpus de règles les intermédiaires doivent-ils suivre ?

Seul un intermédiaire ayant un lien avec l'Union européenne a des obligations au regard de DAC 6.

Ainsi, un intermédiaire souscrit en France la déclaration prévue à l'article 1649 AD du CGI s'il satisfait à l'une des conditions suivantes :

- il est fiscalement domicilié, résident ou a son siège en France ;
- il possède en France un établissement stable qui fournit les services concernant le dispositif transfrontière déclarable ;

- il est constitué en France ou est régi par le droit français ;
- il est enregistré en France auprès d'un ordre ou d'une association professionnelle en rapport avec des services juridiques, fiscaux ou de conseil ou il bénéficie d'une autorisation d'exercer en France délivrée par cet ordre ou association.

Dans le cas où un intermédiaire satisfait à la condition territoriale dans plusieurs États membres de l'Union européenne, le CGI instaure une règle de priorité.

En application de cette règle de priorité :

- la déclaration est souscrite uniquement dans l'État membre dans lequel l'intermédiaire est fiscalement domicilié ou résident ou a son siège social ;
- si l'intermédiaire n'est résident fiscal d'aucun État membre de l'Union européenne, la déclaration est souscrite dans l'État membre dans lequel l'intermédiaire possède un établissement stable par l'intermédiaire duquel les services concernant le dispositif transfrontière déclarable sont rendus, que ces services relèvent de la catégorie des intermédiaires concepteurs ou de la catégorie des intermédiaires prestataires de services ;
- si cette dernière condition n'est pas satisfaite, l'intermédiaire souscrit sa déclaration dans l'État membre dans lequel l'intermédiaire est constitué, ou par le droit duquel il est régi ;
- enfin, si aucune de ces précédentes conditions ne sont satisfaites, l'intermédiaire souscrit sa déclaration dans l'État membre dans lequel il est enregistré auprès d'un ordre, d'une association professionnelle en rapport avec les services fournis.

L'intermédiaire doit appliquer la transposition de DAC 6 retenue par l'État dans lequel il doit déclarer en application de ces différentes règles de priorité.

En application de ces principes, l'établissement stable français d'une entreprise étrangère n'a pas à déclarer un dispositif au titre de DAC 6 en France si son siège, situé au sein de l'Union européenne, a d'ores et déjà fait une déclaration au titre de ce même dispositif. Mais à l'inverse, le BOFiP prévoit que les établissements stables situés hors de France d'un intermédiaire, dont son siège est situé en France, ne sont pas concernés par l'obligation de déclarer en France, créant de ce fait des divergences d'interprétation entre États membres puisque la majorité des États vont, eux, prévoir, dans cette hypothèse, qu'il appartiendrait au siège français d'effectuer la déclaration DAC6 en France pour le compte de son établissement stable étranger.

56 Qui sont les intermédiaires protégés par le secret professionnel ?

Il est précisé dans le BOFiP que le secret professionnel dont la violation est réprimée par l'article 226-13 du Code pénal s'applique aux seules professions dont les textes d'organisation (loi ou règlement) font référence de manière explicite à l'article 226-13 du Code pénal. Il s'agit notamment des professions suivantes : avocats, notaires, experts-comptables, personnes visées au I de l'article L. 511-33 du *Code monétaire et financier* (CoMoFi), par renvoi de l'article L. 571-4 du CoMoFi. Cette dernière catégorie vise notamment les établissements de crédit, banques, et les sociétés de gestion.

57 Quelle est l'étendue du secret professionnel des sociétés de gestion ?

Le secret professionnel pour les sociétés de gestion doit être appréhendé différemment selon que le fonds concerné est un fonds ouvert ou un fonds dédié.

Concernant les fonds dits ouverts, et plus spécifiquement au titre des opérations à l'actif du fonds, il n'y a pas de secret professionnel qui s'applique puisque la société de gestion est à l'initiative du dispositif potentiellement déclarable. La société de gestion agit en tant qu'intermédiaire concepteur et le secret professionnel ne peut s'appliquer envers elle-même. Il n'y aurait donc pas de demande de levée de secret professionnel à effectuer.

Toutefois, concernant les fonds dédiés (au sens de l'article L. 214-26-1 du CoMoFi), dès lors qu'il y a un dispositif déclarable identifié au titre soit de la création du fonds lui-même, soit de la gestion des actifs, ce dispositif devra faire l'objet d'une demande de levée du secret professionnel dans la mesure où il sera difficile de distinguer leur actif et leur passif.

Si l'opération identifiée comme déclarable a trait à la gestion d'un portefeuille sous mandat, le secret professionnel devrait également s'appliquer. La société de gestion devra donc prévenir le mandant de l'éventualité d'un dispositif reportable et lui demander s'il autorise la levée du secret professionnel.

58 Quelles sont les obligations d'un intermédiaire protégé par le secret professionnel ?

L'intermédiaire soumis au secret professionnel dont la violation est réprimée pénalement (article 226-13 du Code pénal), ne peut souscrire une déclaration au titre de DAC 6 sans l'accord de son client.

À cet effet, l'intermédiaire soumis au secret informe son client et prend toute disposition pour que celui-ci soit en mesure de lui faire part de sa décision de lever le secret professionnel, au plus tard la veille du fait générateur de la déclaration (à savoir la 1^{ère} date parmi les suivantes : le lendemain du jour de la mise à disposition aux fins de mise en œuvre du dispositif ou le lendemain du jour où le dispositif transfrontière est prêt à être mis en œuvre ou enfin le jour de la réalisation de la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière).

Le BOFiP prévoit que « *l'accord ou le désaccord du client s'effectue de manière expresse, par tout moyen* ». Pour des questions de preuve, il sera donc nécessaire de consigner l'accord ou le désaccord, et la plupart des professionnels considèrent que seul un accord express écrit pourrait les sécuriser.

Cette décision de levée ne peut intervenir après ce délai.

Une fois la décision de levée obtenue, et si l'accord est intervenu au-delà de la date du fait générateur (qui ouvre un délai de 30 jours pour la déclaration), l'intermédiaire dispose de 30 jours pour reporter, décompté à compter de la levée de l'accord.

Le BOFiP est muet sur les conséquences d'une absence de réponse, qu'il faut bien en pratique assimiler à un refus.

Dans le cas où l'intermédiaire n'obtient pas l'accord de son client de souscrire sa déclaration, l'obligation déclarative incombe alors :

- à tout autre intermédiaire ; ou
- en l'absence d'autre intermédiaire, au contribuable concerné.

L'intermédiaire soumis au secret professionnel qui ne souscrit pas la déclaration doit notifier cette obligation aux personnes à qui elle incombe et dont il a connaissance. Le moyen de cette notification doit permettre de conférer date certaine à la notification (e.g. LRAR ou suivi). Cette notification doit être effectuée dans le délai dont dispose normalement l'intermédiaire non soumis au secret professionnel pour souscrire sa déclaration.

Pour les personnes notifiées à qui incombe l'obligation déclarative, le délai de trente jours s'ouvre à réception de la notification.

Dans l'hypothèse où l'intermédiaire notifié est lui-même soumis au secret professionnel et n'a pas reçu l'accord de son client lui permettant de souscrire la déclaration, cet intermédiaire notifie à son tour les personnes à qui incombent l'obligation déclarative (intermédiaire ou contribuable concerné) dont il a connaissance dans les trente jours suivant la date à laquelle il a lui-même reçu la notification.

L'intermédiaire qui notifie l'obligation de déclaration à un autre intermédiaire n'est pas tenu d'accompagner cette notification de toute information permettant de souscrire la déclaration.

Le délai de déclaration du dispositif à l'administration par l'ensemble des intermédiaires ne peut toutefois excéder quatre-vingt-dix jours à compter de la date d'envoi de la première notification.

Dans le cas particulier d'une notification au contribuable concerné, celle-ci est accompagnée de toute information dont l'intermédiaire a connaissance, qui se trouve en sa possession ou en son contrôle, lui permettant de souscrire la déclaration.

Ainsi, l'intermédiaire, doit mettre le contribuable concerné en capacité de pouvoir transmettre les informations nécessaires à la déclaration notamment :

- le résumé du contenu du dispositif transfrontière déclarable ;
- les informations détaillées sur les dispositions juridiques utilisées ;
- l'estimation de la valeur du dispositif transfrontière déclarable ;
- l'identification du ou des marqueurs présents dans le dispositif transfrontière déclarable.

Enfin, tout intermédiaire ou contribuable ayant reçu notification d'obligation déclarative par un intermédiaire soumis au secret professionnel n'ayant pas obtenu l'accord de souscrire sa déclaration dispose de la faculté de réviser l'appréciation initiale rendue par l'intermédiaire qui le notifie, sur les faits et circonstances permettant de qualifier le dispositif de déclarable, et de conclure que ledit dispositif n'est pas déclarable.

Dans l'hypothèse où cette révision aboutirait à une absence de déclaration par l'intermédiaire ou le contribuable notifié, cette absence de déclaration n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'intermédiaire qui a notifié tout autre intermédiaire ou le contribuable.

59 Quelles sont les obligations d'un intermédiaire non protégé par le secret professionnel ?

Deux situations doivent être distinguées, (i) les obligations de l'intermédiaire concepteur et (ii) les obligations de l'intermédiaire prestataire de services.

L'intermédiaire concepteur doit le cas échéant souscrire une déclaration dans un délai de trente jours à compter de la plus précoce des dates ci-dessous :

- le lendemain de la mise à disposition aux fins de mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable, c'est le cas lorsque les caractéristiques principales du dispositif ont été déterminées et que ce dispositif est porté à la connaissance du contribuable ; ou
- le lendemain où le dispositif transfrontière déclarable est prêt à être mis en œuvre, c'est-à-dire lorsque la première étape du dispositif est à même d'être accomplie en ayant pour objectif d'appliquer le dispositif ; ou
- le jour de la réalisation de la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable, la réalisation de cette première étape s'apprécie au cas par cas selon la nature du dispositif (e.g. la signature d'un acte juridique, la décision prise en assemblée générale de mettre en œuvre un dispositif ou l'enregistrement comptable d'une opération).

L'intermédiaire prestataire de services souscrit la déclaration dans un délai de trente jours à compter du lendemain du jour où il a, sur la base des informations dont il a connaissance lui permettant d'identifier l'existence d'un dispositif transfrontière déclarable, fourni, directement ou par l'intermédiaire d'une autre personne, une aide, une assistance ou un conseil concernant la conception, la commercialisation ou l'organisation dudit dispositif.

L'intermédiaire doit transmettre aux autres intermédiaires et aux contribuables concernés la Référence Dispositif qui lui est attribué au terme du processus de déclaration par l'État membre.

60 Quelles sont les obligations du contribuable concerné ?

Il convient de rappeler qu'en application de la réglementation DAC 6, les intermédiaires sont prioritairement tenus de déclarer les dispositifs transfrontières déclarables. Ce n'est qu'à défaut d'une déclaration par l'intermédiaire qu'une déclaration devra le cas échéant être effectuée par un contribuable concerné.

Dès lors, les contribuables concernés ne sont tenus de déclarer les dispositifs transfrontières que dans l'une des situations suivantes :

- en l'absence de tout intermédiaire ; ou,
- en l'absence d'intermédiaire tenu à une obligation au sein de l'Union européenne ; ou
- lorsque tous les intermédiaires situés dans l'Union européenne sont soumis au secret professionnel.

Pour chaque dispositif, un seul contribuable peut être sujet à une obligation déclarative. À la différence des intermédiaires ayant chacun une obligation, seul un contribuable concerné est finalement tenu d'effectuer une déclaration, si bien qu'en présence de multiples contribuables concernés, un cas de dispense est applicable pour les autres (cf. question 61).

Par ailleurs, lorsqu'un contribuable concerné est reconnu comme tel dans plusieurs États membres différents, le contribuable concerné ne devra déclarer que dans la juridiction qui occupe la première place dans la liste ci-après :

- (a) L'État membre dans lequel le contribuable concerné est résident à des fins fiscales. La doctrine administrative française précise qu'est également visée en premier lieu la juridiction dans laquelle le contribuable concerné dispose de son siège.
- (b) Si le contribuable n'est résident fiscal dans aucun État membre de l'Union, l'État membre dans lequel il possède un établissement stable qui bénéficie du dispositif.
- (c) Si cette dernière condition n'est pas remplie, l'État membre dans lequel le contribuable concerné perçoit des revenus ou réalise des bénéfices.
- (d) Enfin, si aucune de ces conditions précédentes n'est remplie, l'État membre dans lequel le contribuable concerné exerce une activité économique.

De la même manière que l'intermédiaire concepteur, le contribuable se doit de souscrire la déclaration dans un délai de trente jours à compter :

- du lendemain du jour de la mise à disposition aux fins de mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable ; ou
- du lendemain du jour où le dispositif transfrontière déclarable est prêt à être mis en œuvre ; ou
- du jour de la réalisation de la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable.

Les contribuables concernés ne peuvent pas bénéficier de la dispense de déclaration relative

au secret professionnel (dont ils bénéficieraient le cas échéant par leur statut par ailleurs) lorsqu'ils sont tenus à une obligation déclarative.

61 Cas de dispense

Dispenses applicables aux intermédiaires

Or considérations relatives au secret professionnel évoquées ci-avant, l'intermédiaire est dispensé de la transmission de tout ou partie des informations relatives à la déclaration si cette dernière a été souscrite par un autre intermédiaire en France ou dans un autre État membre de l'Union européenne.

Ainsi, un intermédiaire est dispensé de déclarer les informations en sa possession, dont il a le contrôle ou dont il a connaissance, s'il peut prouver par tout moyen :

- que ces mêmes informations ont déjà fait l'objet d'une déclaration en France ou dans un autre État membre ; ou
- que ces mêmes informations doivent être déclarées par un intermédiaire ou un contribuable concerné qui a reçu notification de son obligation déclarative, sous réserve que l'intermédiaire qui se prévaut de la dispense n'a pas reçu cette notification. Cette seconde hypothèse vise la situation d'un intermédiaire soumis au secret professionnel qui n'a pas obtenu préalablement l'accord de son client pour souscrire la déclaration qui lui incombe, et qui doit, par suite, notifier à tout autre intermédiaire ou au contribuable l'obligation déclarative.

Dispenses applicables aux contribuables

Un cas de dispense relatif à l'existence de plusieurs contribuables concernés soumis à une même obligation déclarative est ouvert dans la mesure où seul un contribuable concerné est tenu in fine d'effectuer la déclaration.

En conséquence :

- en présence d'un seul contribuable concerné, celui-ci est donc tenu d'effectuer la déclaration sans disposer de cas de dispense applicable ; et
- en présence de plusieurs contribuables concernés ayant une obligation déclarative, seul l'un d'entre eux sera tenu d'effectuer la déclaration.

Le contribuable devant déclarer est celui occupant la première place dans la liste ci-après :

- le contribuable concerné qui a arrêté avec l'intermédiaire le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration ;
- le contribuable concerné qui gère la mise en œuvre du dispositif. Si aucun contribuable

concerné n'a arrêté le dispositif avec un intermédiaire ni ne gère la mise en œuvre de ce dernier, alors tous les contribuables concernés sont tenus de déclarer.

Dans le cas contraire, les contribuables concernés qui n'occupent pas la première place dans cette liste sont dispensés de déposer la déclaration, sous réserve :

- qu'ils ne disposent (à leur connaissance) d'aucune information supplémentaire par rapport à celles qui sont en la possession du contribuable concerné tenu à la déclaration ; et
- qu'ils puissent prouver par tout moyen que ces informations ont déjà été déclarés en France ou dans un autre État membre par le contribuable concerné tenu à la déclaration.

62 Dans quel délai les opérations reportables doivent-elles être déclarées ?

Dispositifs sur mesure et dispositifs commercialisables

Les déclarations des dispositifs déclarables doivent être transmises aux administrations fiscales dans un délai de trente jours.

Le point de départ de ce délai, varie selon le rôle (intermédiaire ou contribuable) de la personne tenue à la déclaration, et les circonstances de sa déclaration. Il fait l'objet de précisions particulières pour les dispositifs attachés à la période dite "transitoire".

- Lorsqu'ils procèdent à une déclaration de leur propre chef, c'est-à-dire sans en avoir été notifiés par un autre intermédiaire, **les intermédiaires** sont tenus de transmettre leur déclaration dans un délai de trente jours, dont le point de départ se situe à la première des dates évoquées aux points ci-avant 60 et 61.
- Lorsqu'ils procèdent à une déclaration à la suite d'une notification reçue par un autre intermédiaire qui bénéficie d'un secret professionnel, le point de départ du délai de 30 jours se situe au jour de la réception de la notification. En présence de multiples notifications, le délai maximum entre le fait générateur et la déclaration finalement émise ne doit pas excéder 90 jours.
- Lorsqu'ils procèdent à une déclaration de leur propre chef, c'est-à-dire en l'absence d'intermédiaire, **les contribuables concernés** sont tenus de transmettre leur déclaration dans un délai de trente jours dont le point de départ est précisé au point 60.

- Lorsqu'ils procèdent à une déclaration à la suite d'une notification reçue par un intermédiaire qui bénéficie d'un secret professionnel, le point de départ du délai de 30 jours se situe au jour de la réception de la notification. En présence de multiples notifications, le délai maximum entre le fait générateur et la déclaration finalement émise ne doit pas excéder 90 jours.

Obligation complémentaire de mise à jour pour les seuls dispositifs commercialisables

Enfin, pour les des dispositifs dits "commercialisables" qui doivent faire l'objet d'une mise à jour trimestrielle, les déclarants devront effectuer celle-ci trimestriellement, c'est-à-dire au dernier jour de chaque trimestre de l'année (31 mars, 30 juin, 30 septembre, 31 décembre).

Les différentes échéances déclaratives peuvent être présentées de manière synthétique comme suit :

Déclaration des dispositifs	Date de déclaration des dispositifs sur mesure et commercialisables	Mise à jour trimestrielle pour les seuls dispositifs commercialisables
Dispositifs dont la première étape a été mise en œuvre entre le 25 juin 2018 et le 30 juin 2020.	Déclaration au plus tard le 28 février 2021 .	<p>Pour l'année 2021 : 30 avril, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre.</p> <p>À compter de l'année 2022 : 31 mars, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre.</p>
Dispositifs dont le fait générateur est intervenu entre le 1 ^{er} juillet 2020 et le 31 décembre 2020.	Déclaration au plus tard le 31 janvier 2021 .	
Dispositifs dont le fait générateur intervient à compter du 1 ^{er} janvier 2021.	Déclaration dans les 30 jours à compter du fait générateur.	

Concernant les déclarants non soumis au secret professionnel :

Point de départ du délai de 30 jours	Intermédiaire concepteur et contribuable concerné	Intermédiaire prestataire de services
Déclarants procédant à la déclaration de son propre chef (c'est-à-dire sans en avoir été notifiées par un intermédiaire).	<p>Déclaration dans un délai de 30 jours à compter de la plus précoce des dates ci-dessous :</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ le lendemain de la mise à disposition aux fins de mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable ; ■ le lendemain du jour où le dispositif transfrontière déclarable est prêt à être mis en œuvre ; ou ■ le jour de la réalisation de la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable. 	<p>Déclaration dans un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où il a, sur la base des informations dont il a connaissance lui permettant d'identifier l'existence d'un dispositif transfrontière déclarable, fourni, directement ou par l'intermédiaire d'une autre personne, une aide, une assistance ou un conseil concernant la conception, la commercialisation ou l'organisation dudit dispositif.</p>
Déclarants procédant à une déclaration à la suite d'une notification reçue par un intermédiaire.	<p>Déclaration dans un délai de 30 jours à compter de la notification reçue par un intermédiaire. En présence de multiples notifications, le délai maximum entre le fait générateur et la déclaration finalement émise ne doit pas excéder 90 jours.</p>	

Concernant les déclarants soumis au secret professionnel :

Intermédiaire concepteur et intermédiaire prestataire de services	Contribuable concerné
<p>L'intermédiaire soumis au secret professionnel doit :</p> <p>(i) dans un premier temps, informer son client et prendre toute disposition pour que celui-ci soit en mesure de lui faire part de sa décision de lever le secret professionnel au plus tard la veille du fait générateur de la déclaration (cf. déclarants non soumis au secret professionnel)</p> <p>(ii) dans un second temps,</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ s'il a obtenu la levée de son secret professionnel, l'intermédiaire procède à la déclaration dans un délai de 30 jours à compter de la réception de l'accord de demande de levée du secret professionnel par son client ; ■ s'il n'a pas obtenu la levée de son secret professionnel, l'intermédiaire ne peut souscrire la déclaration et doit alors notifier tout autre intermédiaire ou, à défaut d'autre intermédiaire, le contribuable concerné de leur obligation déclarative. Cette notification doit être effectuée dans le délai dont dispose normalement l'intermédiaire non soumis au secret professionnel pour souscrire sa déclaration. 	<p>Les contribuables concernés ne peuvent pas bénéficier de la dispense de déclaration relative au secret professionnel (dont ils bénéficieraient le cas échéant par leur statut par ailleurs) lorsqu'ils sont tenus à une obligation déclarative.</p>

63 Quelles informations la déclaration doit-elle comporter ?

Le déclarant est tenu de déclarer les informations dont il a connaissance, qui se trouvent en sa possession ou qui sont sous son contrôle à la date du fait générateur de l'obligation déclarative. Aucune sanction ne peut s'appliquer dans le cas où le déclarant ne déclare pas une information dont il n'a pas connaissance, qui ne se trouve pas en sa possession ou sous son contrôle.

Dans le cas où l'intermédiaire est soumis au secret professionnel et où celui-ci n'a pas obtenu l'accord du contribuable concerné de déclarer les informations dont il a connaissance, qui se trouvent en sa possession ou qui sont sous son contrôle, l'intermédiaire doit s'assurer que ces mêmes informations sont transmises au contribuable concerné afin que celui-ci puisse se conformer à l'obligation déclarative telle que prévue à l'article 1649 AD du CGI.

- (a) Identification des intermédiaires et contribuables concernés.
- (b) Identification de tous les marqueurs déclenchés par le dispositif.
- (c) Résumé du dispositif, comprenant notamment :
 - la référence à la dénomination du dispositif par laquelle il est habituellement désigné. La terminologie anglo-saxonne usuelle peut être utilisée ;
 - une description des activités commerciales ou dispositifs pertinents : cette description ne doit pas donner lieu à la révélation d'informations couvertes par le secret commercial, industriel ou professionnel ;
 - une description factuelle des étapes de la mise en œuvre du dispositif ;
 - une description des flux financiers en rapport avec le dispositif ainsi que leur montant ;
 - le traitement fiscal des transactions et étapes de mise en œuvre ;
 - le traitement fiscal du dispositif mis en place.
- (d) La date de la première étape de la mise en œuvre du dispositif est déclarée ainsi que la date du fait générateur de l'obligation déclarative qui détermine le délai de 30 jours dont dispose le déclarant pour souscrire sa déclaration. Cette dernière date est différente selon la qualité du déclarant : intermédiaire concepteur, intermédiaire prestataire de services, contribuable concerné.
- (e) Informations détaillées sur les dispositions juridiques applicables au dispositif : le déclarant communique les informations détaillées sur la ou les disposition(s) nationale(s) sur lesquelles se fonde le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.
- (f) Estimation de la valeur du dispositif : la valeur du dispositif désigne l'évaluation des montants en jeu dans le cadre du dispositif transfron-

tière déclarable et s'apprécie au cas par cas, en fonction de la nature de celui-ci. Il peut s'agir notamment du montant de la transaction à l'origine d'un dispositif transfrontière, celle-ci étant constituée par exemple d'une vente, d'une acquisition, d'un prêt ou d'un investissement en capital. Les montants en jeu sont appréciés à leur valeur nominale.

- (g) Identification du ou des États membres concernés : le déclarant identifie tous les États membres concernés par le dispositif, c'est-à-dire tous les États membres dans lesquels les contribuables concernés sont résidents ainsi que tous les États membres qui sont concernés directement ou indirectement par le dispositif transfrontière déclaré.
- (h) Identification de toute autre personne susceptible d'être concernée par le dispositif : une personne concernée est un tiers concerné par le dispositif, personne physique, morale ou toute autre entité qui n'est ni un intermédiaire, ni un contribuable concerné ni une entreprise associée.

Conformément à la possibilité ouverte par la directive DAC 6, la France a retenu un principe de mise à jour annuelle par les contribuables concernés des dispositifs transfrontières déclarés.

En application de cette règle, un contribuable concerné est tenu chaque année de renseigner l'utilisation qu'il a faite du dispositif ayant fait l'objet d'une déclaration initiale.

Les modalités pratiques de cette mise à jour devront encore être précisées, notamment par le biais d'un arrêté du ministre chargé du budget (non encore pris).

Enfin, pour les des dispositifs dits "commercialisables" qui doivent faire l'objet d'une mise à jour trimestrielle, les informations suivantes devront être mises à jour et / ou complétées :

- l'identification des intermédiaires et des contribuables concernés : nom, date et lieu de naissance ou raison sociale, ainsi que résidence fiscale, numéro d'identification fiscale et, le cas échéant, identification des personnes qui sont des entreprises associées au contribuable concerné ;
- la date à laquelle la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière a été accomplie ou sera accomplie ;
- l'identification de l'État membre dont relève le ou les contribuables concernés ainsi que tout autre État membre susceptible d'être concerné par le dispositif transfrontière ;

- l'identification, dans les États membres, de toute autre personne susceptible d'être concernée par le dispositif transfrontière en indiquant à quel(s) État(s) membre(s) cette personne est liée.

64 En quelle langue la déclaration doit-elle être établie ?

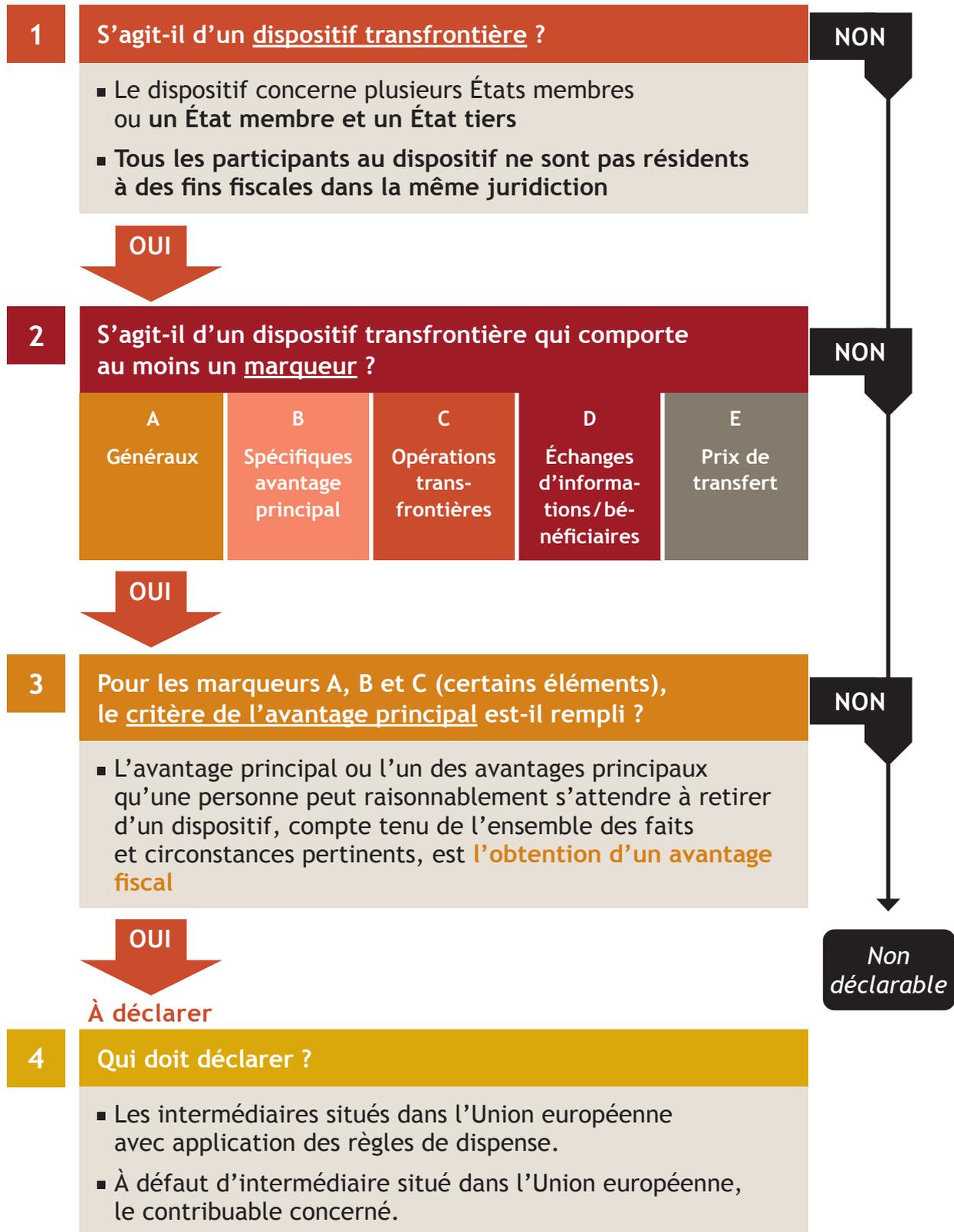
Le BOFiP indique que la déclaration doit être faite en français, mais qu'il est recommandé que ses principales parties (marqueurs, résumé du contenu du dispositif, informations détaillées sur les dispositions juridiques) soient également rédigées en anglais. Cette demande s'explique par le fait que les déclarations feront l'objet d'un échange entre administrations fiscales.

65 Quelles sont les pénalités applicables en cas de non-respect de DAC 6 ?

L'amende sanctionne les manquements à une obligation de déclaration ou de notification. Devraient ici être visés tant les omissions de déclaration que les déclarations incomplètes, c'est-à-dire ne contenant pas l'ensemble des informations que le déclarant avait en sa possession. L'administration fiscale précise toutefois qu'aucune sanction ne peut s'appliquer dans le cas où le déclarant ne déclare pas une information dont il n'a pas connaissance, qui ne se trouve pas en sa possession ou sous son contrôle.

L'amende s'élève à 5 000 € lorsqu'il s'agit de la première infraction de l'année civile en cours et des trois années précédentes et est portée à 10 000 € dans le cas contraire. En tout état de cause, le montant de l'amende appliquée à un même intermédiaire ou à un même contribuable concerné ne peut excéder 100 000 € par année civile.

V. TABLEAU DE SYNTHÈSE (ÉTAPES DU RAISONNEMENT)



L'Association Française de la Gestion financière (AFG) représente et promeut les intérêts des professionnels de la gestion pour compte de tiers. Elle réunit tous les acteurs du métier de la gestion d'actifs, qu'elle soit individualisée (mandats) ou collective. Ces derniers gèrent plus de 4 000 milliards d'euros d'actifs, soit un quart du marché de la gestion d'Europe continentale.

L'AFG remercie les membres du Groupe de travail "DAC 6" qui ont participé à l'élaboration de ce document, notamment sa présidente Virginie MANGIN (Natixis), sa co-présidente Laurence TOXÉ (Avocate associée, PwC) ainsi qu'Emmanuel RAINGEARD (Avocat associé, PwC).

Camille NEVEU, Directrice fiscale et comptable (AFG), a coordonné ces travaux.

Publication réalisée par le département Expertises de l'AFG

Laure DELAHOUSSE, Déléguée générale adjointe, Directrice du département Expertises | l.delahousse@afg.asso.fr
Camille NEVEU, Directrice fiscale et comptable | c.neveu@afg.asso.fr
