

GUIDE PROFESSIONNEL

DAC6

L'Association Française des Professionnels des Titres (AFTI), constituée en 1990, a pour objet de rassembler les professionnels des établissements du secteur bancaire et financier concernés par les activités sur les instruments financiers.

L'Association souhaite guider ses adhérents dans la mise en œuvre de leurs obligations DAC 6 sous la forme d'un Guide professionnel.

Pour élaborer une grille de lecture de la « réglementation DAC 6 », l'AFTI s'est appuyée sur des groupes de travail dédiés, dont les analyses ont ensuite été prises en compte par l'observatoire de la fiscalité et par son Conseil d'administration afin de traiter les problématiques propres aux acteurs des marchés financiers et du post-marché.

Ce Guide est principalement basé sur les textes et commentaires publiés par l'Union Européenne et la France, ainsi que sur les commentaires publiés par certaines autres administrations d'Etats de l'Union européenne (Belgique, Luxembourg) et du Royaume-Uni.

Afin d'être le plus complet possible, ce guide fait également référence aux commentaires et recommandations émis par d'autres organisations professionnelles du secteur financier, nationales ou internationales, telles que la FBE (Fédération Bancaire Européenne), l'AFG (Association Française de la Gestion Financière), la FBF (Fédération Bancaire Française) ou l'AMAFI (Association Française des Marchés Financiers).

Établi dans une perspective d'auto-régulation destinée à faciliter une approche DAC 6 harmonisée dans les activités de post-marché, le Guide a vocation à évoluer par incrémentations successives en fonction des interprétations qui seront données au fur et à mesure de l'évolution des travaux fixant le cadre légal et réglementaire (ordonnance, décret, arrêté, BOFiP, rescrits, FAQ...) d'une part, et des travaux doctrinaux et de mise en œuvre, d'autre part. Il pourra donc être actualisé au vu d'autres éléments d'appréciation qu'il apparaîtrait utile de prendre en compte après sa publication. Aussi, les utilisateurs adhérents sont invités à vérifier sur le site internet de l'Association qu'ils se réfèrent à la dernière version disponible. La présente version est achevée de rédiger le 1^{er} mars 2021.

Malgré le soin apporté à leur rédaction, les éléments d'appréciation présentés dans le Guide doivent être utilisés avec prudence. En tout état de cause, l'interprétation de la réglementation DAC 6 reste soumise au contrôle du juge, seul compétent en la matière. Il appartient donc aux personnes qui souhaitent les utiliser de former, sous leur responsabilité et avec l'aide, le cas échéant, de leur conseil, leur propre opinion quant aux analyses ici développées. La mise en œuvre de cette réglementation est en effet dépendante des activités et de l'organisation propre à chaque établissement.

INTRODUCTION

Des dispositifs de planification fiscale devenus particulièrement sophistiqués affectent fortement la capacité des États à protéger leur base d'imposition de l'érosion en tirant parti de la mobilité accrue des capitaux et des personnes. C'est pourquoi les États de l'Union européenne (UE) considèrent que l'échange d'informations relatives à ces dispositifs entre autorités fiscales de l'Union européenne (UE) est essentiel pour renforcer la lutte contre la planification fiscale agressive.

La [directive \(UE\) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration](#) (dite « DAC 6 ») crée une obligation déclarative portant sur les dispositifs transfrontières qui présentent des risques de planification agressive.

Cette nouvelle obligation déclarative s'inspire de l'action 12 du Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) déclinée par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), qui préconise notamment la mise en place d'un régime de communication obligatoire d'informations.

L'objectif de la déclaration DAC 6 est double. Outre sa portée dissuasive, elle a d'abord vocation à accroître la transparence en fournissant aux administrations fiscales, en temps utile, des informations complètes et pertinentes sur des dispositifs fiscaux susceptibles d'être utilisés à des fins de planification fiscale agressive. Elle a ensuite pour objet d'identifier les promoteurs et utilisateurs de ces montages

L'[ordonnance n° 2019-1068 du 21 octobre 2019 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration](#) qui transpose la directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 en droit interne est codifiée de l'[article 1649 AD du code général des impôts \(CGI\)](#) à l'[article 1649 AH du CGI](#). L'article 1729 C ter du CGI prévoit quant à lui les sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation déclarative et, le cas échéant, à l'obligation de notification.

Les modalités d'application de ces dispositions sont prévues par deux décrets, n° 2020-270 du 17 mars 2020 et n°2020-1769 du 30 décembre 2020, codifiés aux articles 344 G octies A et suivants de l'annexe III du CGI.

L'[article 53 de la troisième loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020](#) modifie l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-1068 du 21 octobre 2019 afin de décaler l'entrée en vigueur des obligations déclaratives.

De nouveaux délais de déclaration sont ainsi applicables :

- les dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre entre le 25 juin 2018 et le 30 juin 2020 sont déclarés au plus tard le 28 février 2021 par les intermédiaires et les contribuables mentionnés à l'[article 1649 AE du CGI](#) ;
- lorsqu'un dispositif transfrontière est mis à disposition aux fins de sa mise en œuvre, ou est prêt à être mis en œuvre, ou lorsque la première étape de sa mise en œuvre a été accomplie entre le 1er juillet et le 31 décembre 2020, ou lorsque les intermédiaires au sens du second alinéa du 1° du I de l'article 1649 AE du CGI ont fourni, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils entre le 1er juillet et le 31 décembre 2020, le délai de trente jours pour déclarer les informations prévues aux 1° et 2° du I de l'[article 1649 AG du CGI](#) court à compter du 1er janvier 2021 ;
- dans le cas des dispositifs conçus, commercialisés, prêts à être mis en œuvre ou mis à disposition aux fins de mise en œuvre sans avoir besoin d'être adaptés de façon importante, la première mise à jour mentionnée au 4° du I de l'article 1649 AG du CGI est communiquée par les intermédiaires au plus tard le 30 avril 2021.

Conformément à l'[article 1649 AD du code général des impôts \(CGI\)](#), l'obligation déclarative vise tout dispositif transfrontière comportant au moins l'un des marqueurs mentionnés au II de l'[article 1649 AH du CGI](#).

Par référence au point 20 de l'article 3 de la [directive \(UE\) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration](#), un marqueur est une caractéristique ou particularité d'un dispositif transfrontière qui indique un risque potentiel d'évasion fiscale. Les marqueurs sont recensés à l'annexe IV de la directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018, transposée à l'article 1649 AH du CGI. La directive précise que : « *tous les deux ans après le 1er juillet 2020, les États membres et la Commission évaluent la pertinence de l'annexe IV et la Commission présente un rapport au Conseil. Ce rapport est, le cas échéant, assorti d'une proposition législative.* »

Effets d'une déclaration :

La déclaration d'un dispositif transfrontière entrant dans le champ de l'article 1649 AD du CGI ne constitue pas une reconnaissance par le déclarant ou une preuve de son caractère frauduleux, ou d'une pratique illégale, délictueuse ou criminelle. L'administration demeure soumise aux règles de procédure en vigueur en matière de contrôle fiscal, et notamment à celles inhérentes à la charge de la preuve.

La déclaration d'un dispositif transfrontière relevant de l'article 1649 AD du CGI ne s'inscrit pas non plus dans une procédure de prise de position de l'administration fiscale. Le fait que l'administration ne réagisse pas face à un dispositif ayant fait l'objet d'une déclaration ne vaut pas approbation de la validité ou du traitement fiscal de ce dispositif.

Articulation avec les dispositifs anti-abus et les autres obligations déclaratives

L'obligation déclarative mentionnée à l'[article 1649 AD du CGI](#) s'applique indépendamment de la circonstance que :

- les dispositifs transfrontières déclarables seraient en conformité avec les dispositifs anti-abus applicables existants ;
- les informations à déclarer ont déjà été déclarées en application d'autres dispositions que celles prévues à l'article 1649 AD du CGI.

Les entités assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme mentionnés à l'[article L. 561-2 du code monétaire et financier \(CoMoFi\)](#) sont tenues, aux termes de l'[article L. 561-15 du CoMoFi](#), de déclarer au service traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (Tracfin) les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent du blanchiment de capitaux ou sont liées au financement du terrorisme. Cette déclaration est confidentielle et ne peut être divulguée ([CoMoFi, art. L. 561-18](#)). La méconnaissance de cette interdiction est punie d'une amende de 22 500 euros ([CoMoFi, art. L. 574-1](#)).

Dans l'exercice de leur activité, ces mêmes entités peuvent être amenées à satisfaire aux obligations de déclaration prévues par l'article 1649 AD du CGI.

Ces deux obligations sont distinctes et parallèles : si un intermédiaire soumis au secret professionnel se trouve confronté à un dispositif déclarable au titre de l'article 1649 AD du CGI, il est tenu d'en informer le client pour savoir si ce dernier accepte la levée du secret.

Si, parallèlement, ce même intermédiaire effectue une déclaration à Tracfin pour la même opération, il doit respecter l'interdiction de divulgation de cette déclaration prévue à l'article L 561-18 du CoMoFi (mais l'information du client effectuée au seul titre de la déclaration DAC6 n'est pas considérée comme une méconnaissance de cette interdiction).

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
I. DEFINITIONS.....	7
I-1 Impôts visés :	7
I-2 Notion de dispositif	7
I-2-1 Définition	7
I-2-2 Catégories	8
I-3 Caractère transfrontière d'un dispositif	9
I-4 Critère de l'avantage fiscal principal	10
I-5 Entreprises associées	12
II. Les personnes devant déclarer	13
II-1 Notion d'intermédiaire	13
II-2 Catégories d'intermédiaires	13
II-2-1 L'intermédiaire concepteur	13
II-2-2 L'intermédiaire prestataire de services « sachant »	14
II-2-3 Application de la notion d'intermédiaire prestataire de service « sachant » aux activités du post-marché	15
a) Tenue de compte conservation :	15
b) Service aux émetteurs	16
c) Services à la gestion d'actifs	17
II-3 Territorialité	18
II-3-1 Principe	18
II-3-2 Règle de priorité territoriale	19
II-4 Cas de dispenses	19
II-4-1 Déclaration des informations par un autre intermédiaire	19
II-4-2 Secret professionnel	19
a) Accord du client : déclaration par l'intermédiaire	20
b) Désaccord du client : notification par l'intermédiaire d'un autre intermédiaire ou du client... ..	20
c) Possibilité de révision de l'analyse de l'intermédiaire qui notifie l'obligation déclarative à un autre intermédiaire ou au contribuable concerné	21
III. La déclaration	22
III-1 Fait générateur de l'obligation déclarative et délais de déclaration.....	22
III-1-1 Pour les intermédiaires	22
a) L'intermédiaire concepteur	22
b) L'intermédiaire prestataire de services « sachant »	22
III-1-2 Pour les contribuables concernés	22
a) Cas général.....	22
b) Exception : le contribuable concerné a reçu notification d'un intermédiaire	23
III-1-3 Cas particulier : déclaration d'un dispositif commercialisable	23

III-2 Contenu de la déclaration.....	23
III-2-1 Etendue de l'obligation déclarative.....	24
III-2-2 Référence du dispositif et référence de la déclaration	24
III-3 Modalités de déclaration.....	25
a) Support déclaratif	25
b) Dépôt de la déclaration	25
III-4 Sanctions	26
IV. Les marqueurs.....	27
IV-1 Marqueurs généraux liés au critère de l'avantage principal	27
IV-1-1 Marqueur A.1.	27
IV-1-2 Marqueur A.2.	27
IV-1-3 Marqueur A.3.	28
IV-2 Marqueurs spécifiques liés au critère de l'avantage principal.....	30
IV-2-1 Marqueur B.1.	31
IV-2-2 Marqueur B.2.	31
IV-2-3 Marqueur B.3.	32
IV-3 Marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières	33
IV-3-1 Marqueur C.1.	33
IV-3-2 Marqueur C.2.	35
IV-3-3 Marqueur C.3.	35
IV-3-4 Marqueur C.4.	35
IV-4 Marqueurs spécifiques concernant l'échange automatique d'informations et les bénéficiaires effectifs	36
IV-4-1 Marqueur D1	36
IV-4-2 Marqueur D2	41
IV-5 Marqueurs spécifiques concernant les prix de transferts.....	42
IV-5-1 Marqueur E.1.....	42
IV-5-2 Marqueur E.2.....	42
IV-5-3 Marqueur E.3.....	42
SOURCES	43
Union européenne :	43
OCDE :	43
France :	43
Associations professionnelles :	43

I. DEFINITIONS

I-1 Impôts visés :

L'article 2 de la directive 2011/16/UE précise qu'elle s'applique à tous les types de taxes et impôts prélevés par un Etat membre ou en son nom, ou par ses entités territoriales ou administratives, y compris les autorités locales. Sont ainsi notamment visées toutes les retenues à la source et la taxe sur les transactions financières.

Toutefois, les [articles 1649 AD à AH du code général des impôts \(CGI\)](#) ne s'appliquent pas :

- à la taxe sur la valeur ajoutée,
- aux droits de douane et aux droits d'accises,
- aux cotisations obligatoires et prélèvements sociaux dus à l'État membre, à une de ses entités ou aux organismes de sécurité sociale de droit public (article 2-2 de la [directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE](#)). La CSG, la CRDS et le prélèvement de solidarité ne sont donc pas dans le champ de la déclaration.

I-2 Notion de dispositif

I-2-1 Définition

Le terme « dispositif » est défini au II de l'[article 1649 AD du CGI](#) et s'entend au sens large : il recouvre notamment tout accord, entente, mécanisme, transaction ou série de transactions, qu'ils aient ou non force exécutoire. Il s'applique en particulier à la création, à l'attribution, à l'acquisition ou au transfert du revenu lui-même, ou de la propriété, ou du droit au titre duquel le revenu est dû. Le terme dispositif recouvre également la constitution, l'acquisition ou la dissolution d'une personne morale, ou la souscription d'un instrument financier.

Un dispositif peut comporter plusieurs étapes et faire intervenir un ou plusieurs participants ; il peut être constitué d'une série des dispositifs. HMRC considère dans ce cas qu'il sera généralement nécessaire de regarder le dispositif globalement, plutôt que comme une série de petites transactions (« holistically », IEIM630020).

Ne constitue pas un dispositif une mesure ayant pour objet de prescrire au contribuable d'attendre simplement l'expiration d'un délai ou d'une période légale pour réaliser une transaction en exonération d'impôt (par exemple le délai de deux ans prévu à l'article 119 ter du CGI pour l'exonération de retenue sur les dividendes versés à une société-mère située dans l'Union-Européenne ou un dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou le délai de 365 jours introduit par la convention multilatérale de l'OCDE pour l'application de taux réduits de retenue à la source aux actionnaires détenant des participations importantes).

L'administration belge considère également que ne constitue pas en soi un dispositif (sauf à être compris dans un ensemble plus vaste d'opération constituant globalement un dispositif) la simple exécution d'une transaction bancaire, la gestion par une banque d'un compte à vue, ou la gestion d'un compte de dépôt ou d'un portefeuille d'investissement en bon père de famille pour autant que cela fasse partie de l'activité habituelle de l'intermédiaire (FAQ 3-1, p.12).

L'ALFI (association luxembourgeoise de l'industrie des fonds) considère que des demandes de restitutions de retenues à la source sur la base de dispositions de droit interne ou de conventions internationales constituent le simple exercice d'un droit prévu par la réglementation, et ne constituent pas un dispositif (paragraphe 2.1.2, p.32, du Guide Reporting Under DAC6, ALFI Considérations). Paraît aller dans le même sens la décision du 27 juillet 2015 du Conseil d'Etat (n°376369), selon laquelle une demande de restitution de retenue à la source présentée auprès de l'établissement payeur (lequel est, conformément à la procédure normale prévue par l'administration fiscale, chargé de prélever la retenue à la source mais aussi de procéder au remboursement d'un éventuel trop perçu) doit être regardée comme

constituant une réclamation au sens des dispositions de l'article L 190 du LPF. Dans ses conclusions sous cet arrêt, le rapporteur public a considéré que, dans ce cas, l'administration a entendu faire de l'établissement payeur l'intermédiaire entre elle-même et les bénéficiaires des revenus.

I-2-2 Catégories

Un dispositif peut être commercialisable ou sur mesure :

- un dispositif commercialisable est un dispositif transfrontière qui 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 ; les dispositifs commercialisables doivent faire l'objet tous les trois mois d'une déclaration de mise à jour (cf III-1-3 ci-après).

En pratique, un dispositif commercialisable est 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 répondant au marqueur A3 pourront être considérés comme des dispositifs commercialisables. L'administration luxembourgeoise considère toutefois qu'un dispositif qui comporte le marqueur A3 ne constitue pas automatiquement un dispositif commercialisable.

Selon l'AMAFI, les accords-cadres utilisés par la place financière en matière de dérivés, pensions livrées ou prêts de titres, ne constituent généralement pas des dispositifs commercialisables au sens de DAC 6, dès lors qu'ils nécessitent des adaptations significatives préalables à leur mise en œuvre.

Commentaire AMAFI

Les accords-cadres auxquels les intermédiaires financiers ont recours ont été développés au fil du temps pour des raisons commerciales et assurent une répartition cohérente des risques commerciaux et juridiques entre les contreparties. Ils n'ont pas été développés comme des produits fiscaux et les clauses fiscales qu'ils peuvent contenir visent uniquement à attribuer les risques et responsabilités fiscales entre les parties.

En pratique, les modifications de ces contrats sont courantes et les négociations sont menées dans le cadre de processus d'intégration basés sur des examens entrepris par des experts en la matière, notamment fiscaux et juridiques. Ainsi, les parties peuvent personnaliser le contrat-cadre pour refléter leurs propres points de vue concernant certains risques et la nature de la relation commerciale avec leur client ou contrepartie.

En outre, il existe des paramètres particuliers sur lesquels les parties doivent se mettre d'accord dans le contrat-cadre - par exemple, la détermination des succursales d'entités juridiques parties à l'accord, des garanties acceptables, des dispositions de compensation et des taux d'intérêt de retard applicables.

Par ailleurs, les conditions essentielles des transactions individuelles régies par le contrat-cadre, telles que la tarification, doivent être convenues séparément.

Ainsi, dès lors qu'ils nécessitent des adaptations significatives préalables à leur mise en œuvre, les accords-cadres utilisés par la place financière ne constituent généralement pas des dispositifs commercialisables au sens de DAC 6.

- un dispositif sur mesure est tout dispositif transfrontière qui n'est pas un dispositif commercialisable.

I-3 Caractère transfrontière d'un dispositif

En application du II de l'[article 1649 AD du CGI](#), est considéré comme transfrontière tout dispositif prenant la forme d'un accord, d'un montage ou d'un plan ayant ou non force exécutoire et concernant la France et un autre Etat, membre ou non de l'Union européenne, dès lors que l'une au moins des conditions suivantes est satisfaite :

- a) au moins un des participants au dispositif n'est pas fiscalement domicilié ou résident en France ou n'y a pas son siège ;
- b) au moins un des participants au dispositif est fiscalement domicilié, résident ou a son siège dans plusieurs États ou territoires simultanément ;
- c) au moins un des participants au dispositif exerce une activité dans un autre État ou territoire par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans cet État ou territoire, le dispositif constituant une partie ou la totalité de l'activité de cet établissement stable ;
- d) au moins un des participants au dispositif exerce une activité dans un autre État ou territoire sans y être fiscalement domicilié ou résident ni disposer d'établissement stable dans cet État ou territoire ;
- e) le dispositif peut avoir des conséquences sur l'échange automatique d'informations entre États ou territoires ou sur l'identification des bénéficiaires effectifs.

Dans le cadre de l'échange automatique d'informations portant sur les comptes financiers en matière fiscale ([Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal](#) (dite « DAC 2 » / *Common reporting standard* [CRS]), la condition de résidence ou d'activité s'apprécie au niveau d'un intermédiaire ou d'un contribuable mettant en œuvre un dispositif qui a pour conséquence de contourner ou de modifier l'obligation déclarative à charge d'un institution financière en application des dispositions prévues par l'[article 1649 AC du CGI](#).

Par conséquent, 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 un « participant au dispositif » (cette condition s'interprète de la façon suivante : ce n'est pas le même participant qui doit satisfaire à la condition de résidence dans deux Etats mais les différents participants doivent résider dans, au minimum, deux Etats distincts).

La localisation d'un actif sous-jacent à une transaction (instrument financier, immeuble,...) est indifférente : par exemple, si une personne française achète à titre de placement auprès d'une autre personne française des actions d'une société étrangère (pour une quote-part ne permettant pas de qualifier celle-ci d'entreprise associée), le dispositif n'est pas transfrontière. De même, l'achat ou la vente en bourse d'instruments financiers ne pourra pas être considéré comme transfrontière, puisque que la contrepartie n'est dans ce cas pas connue.

Pour l'administration luxembourgeoise, sont à considérer comme participant au dispositif, non seulement les contribuables concernés, mais également leurs partenaires commerciaux ou contractuels (pour le dispositif concerné). Par exemple :

- l'acheteur ou le vendeur d'un bien
- les prêteurs ou les emprunteurs.

Pour l'administration fiscale française, sont considérés comme 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.

Il est à noter que les intermédiaires figuraient dans cette liste dans la version du BOFIP publiée le 9 mars 2020, et en ont été retirés dans la version publiée le 25 novembre 2020. Par ailleurs, le BOFIP précise qu'une personne susceptible d'être concernée par un dispositif est un tiers, qu'il s'agisse d'une personne physique, morale, ou toute autre entité, qui n'est ni un intermédiaire, ni un contribuable concerné, ni une entreprise associée, mais qui prend part activement au dispositif (BOI-CF-CPF-30-40-20, n°320 relatif au contenu de l'obligation déclarative). La question se pose par conséquent de savoir si la résidence d'un intermédiaire doit être prise en compte pour déterminer le caractère transfrontière d'un dispositif.

L'administration luxembourgeoise indique qu'un intermédiaire qui exerce exclusivement des activités d'intermédiaire « concepteur » n'est pas à qualifier de participant au dispositif, à moins que cet intermédiaire ne soit également actif dans le dispositif qu'il a lui-même imaginé, proposé, mis en place, mis à disposition pour l'implémentation, ou dont il a géré l'implémentation pour le bénéfice du contribuable concerné (précisions concernant l'implémentation de la loi du 25 mars 2020 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, 14 octobre 2020).

L'administration belge retient la même analyse et apporte les précisions suivantes : un intermédiaire qui conseille de travailler avec une société étrangère ne devient pas participant (c'est toutefois différent s'il agit dans le dispositif en tant que dirigeant ou administrateur de la société). De même, un établissement financier qui, dans le cadre de son activité habituelle, s'est simplement contenté de fournir un produit d'assurance à un client n'est pas un participant (FAQ 3.2.2, p.13).

En synthèse, et dans le cadre des activités de post-marché, il pourrait être soutenu qu'un intermédiaire ne pourrait être considéré comme un participant que s'il prend l'une des positions visées par le BOFIP (ex : contribuable ou entreprise associée d'un contribuable) et s'il est actif dans le dispositif (cette condition ne pouvant être remplie que par des intermédiaires « concepteur » accomplissant dans le dispositif des actes allant au-delà du conseil ou de la mise à disposition). Il appartiendra à chaque établissement agissant en tant qu'intermédiaire d'apprécier s'il joue ou non un rôle actif dans le dispositif compte tenu des circonstances de faits).

Exemple 1 (BOFIP) : Une société établie en France (acheteur) acquiert auprès d'une société française (vendeur) 50 % des actions d'une société établie en Finlande 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.

Exemple 2 (BOFIP) : Une société établie en France souscrit un emprunt auprès d'une société établie en Allemagne. La société française verse des intérêts à la société allemande créancière. Ce dispositif est transfrontière.

Exemple 3 : deux sociétés françaises ont recours pour une transaction entre elles à un prestataire de service financier établi à l'étranger (PSI, sous-dépositaire) qui n'intervient que pour des prestations de routine (exécution d'ordres ou paiement de revenus). Le dispositif n'est pas transfrontière car ce prestataire n'est ni contribuable, ni entreprise associée, et n'exerce en tout état de cause aucun rôle actif dans le dispositif.

I-4 Critère de l'avantage fiscal principal

Aux termes du III de l'[article 1649 AD du CGI](#), un dispositif transfrontière doit être déclaré lorsqu'il comporte un ou plusieurs marqueurs prévus à l'[article 1649 AH du CGI](#). Par exception, l'[article 1649 AH du CGI](#) prévoit que les marqueurs A.1., A.2., A.3., B.1., B.2., B.3., C.1.b.i), C.1.c. et C.1.d. sont soumis à la condition préalable de l'avantage principal.

Le critère de l'avantage principal est analysé de manière globale. Ainsi, afin de déterminer si un dispositif transfrontière présente un avantage fiscal principal, il y a lieu de l'analyser dans son ensemble, en considérant ses effets au sein et en dehors de l'Union européenne.

En particulier, un dispositif peut être conçu pour permettre au contribuable de profiter d'une différence de traitement fiscal entre deux États. Par exemple, il peut être conforme à la législation de l'État A qu'une charge d'intérêt soit déductible et que le produit y afférent soit considéré comme un dividende exonéré par la législation en vigueur dans l'État B.

a) Notion d'avantage fiscal

Un avantage fiscal est réputé exister lorsque le dispositif transfrontière permet notamment d'obtenir un abattement, un remboursement d'impôt, un allègement ou une diminution d'impôt, une réduction de dette fiscale, un report d'imposition ou une absence d'imposition. L'existence d'un avantage fiscal n'est pas limitée au territoire français. Pour la France, il convient de prendre en compte les impôts situés dans le champ de la Directive 2011/16/UE (voir I-1 ci-dessus).

b) Caractère principal

Le caractère principal de l'avantage fiscal est rempli 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.

La détermination du caractère principal se fait de manière objective, par opposition à une analyse subjective qui prendrait en compte les motivations ou l'intention des participants. Par conséquent, même si l'obtention d'un avantage fiscal principal n'est pas recherchée par le contribuable concerné, le dispositif transfrontière qu'il utilise peut néanmoins répondre au critère de l'avantage principal.

Pour autant, le fait que le dispositif mis en place procure un avantage fiscal ne suffit pas à caractériser un avantage principal. 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. Par exemple, dans le cas où l'avantage fiscal et l'avantage commercial seraient les principaux avantages retirés du dispositif, parallèlement à un avantage marginal en termes de positionnement géographique, l'un des avantages principaux retirés du dispositif est un avantage fiscal.

Le caractère principal résulte en particulier du fait que le dispositif transfrontière n'aurait pas été conçu de la même façon sans l'existence de cet avantage.

c) Exclusion des dispositifs transfrontières présentant un avantage principal obtenu en France conforme à l'intention du législateur

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 du respect de l'intention du législateur.

La notion d'objet ou de finalité du droit fiscal applicable renvoie à l'objectif poursuivi par le législateur au travers de la mise en œuvre des dispositions en cause. Certains régimes particuliers sont considérés comme des dispositifs d'incitation fiscale institués par le législateur, sous réserve de leur utilisation conforme à l'intention du législateur.

Exemple : Certains produits ou placements financiers bénéficiant d'un régime fiscal attractif voulu par le législateur français, telle que la détention d'un plan d'épargne en actions (PEA) en France, sont des dispositifs a priori exclus 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 fiscal 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](#).

La même analyse peut être tenue pour d'autres produits financiers bénéficiant d'un régime fiscal attractif, tels que des parts de FCPR / FCPI / FIP, ouvrant droit à des exonérations ou à des réductions d'impôt.

I-5 Entreprises associées

Une « entreprise associée », au sens de la [directive \(UE\) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration](#), s'entend comme une personne liée à une autre personne de l'une au moins des façons suivantes (il peut s'agir d'une personne morale ou d'une personne physique) :

1. Une personne participe à la gestion d'une autre personne lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence notable sur l'autre personne ;
2. Une personne participe au contrôle d'une autre personne au moyen d'une participation qui dépasse 25 % des droits de vote ;
3. Une personne participe au capital d'une autre personne au moyen d'un droit de propriété qui, directement ou indirectement, dépasse 25 % du capital ;
4. Une personne a droit à 25 % ou plus des bénéfices d'une autre personne.

Si plusieurs personnes participent, comme indiqué aux points 1) à 4) à la gestion, au contrôle, au capital, ou aux bénéfices d'une même personne, toutes les personnes concernées sont assimilées à des entreprises associées.

Si les mêmes personnes participent, comme indiqué aux points 1) à 4) à la gestion, au contrôle, au capital ou aux bénéfices de plusieurs personnes, toutes les personnes concernées sont assimilées à des entreprises associées.

Une personne qui agit avec une autre personne en ce qui concerne les droits de vote ou la détention de parts de capital d'une entité est considérée comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des parts de capital de ladite entité détenus par l'autre personne.

En ce qui concerne les participations indirectes, le respect des critères énoncés au point 3) est déterminé en multipliant les taux de détention successifs observés à chaque niveau de participation. Par dérogation, une personne détenant plus de 50 % des droits de vote est réputée détenir 100 % de ces droits.

Cette notion est notamment utilisée pour délimiter les participants d'un dispositif en vue d'apprécier son caractère transfrontière (I-3 ci-dessus), pour le contenu de la déclaration (III-2-1 ci-dessous) et pour l'application du marqueur C.1. (IV-3-1 ci-dessous).

II. Les personnes devant déclarer

L'[article 1649 AE du code général des impôts \(CGI\)](#) énumère les personnes à qui incombe l'obligation déclarative mentionnée à l'[article 1649 AD du CGI](#) :

- les intermédiaires ;
- les contribuables concernés.

S'agissant d'un Guide destiné aux acteurs et aux activités du post-marché, seront ici principalement détaillées les règles concernant les intermédiaires.

Le I de l'[article 1649 AE du CGI](#) définit les intermédiaires par référence au point 21 de l'article 3 de la [directive \(UE\) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration](#).

Conformément à cette disposition, un intermédiaire devant déclarer en France est toute personne :

- qui appartient à l'une des deux catégories visées ci-après (II-1 et II-2); et
- qui dispose d'un lien territorial avec la France (II-3).

II-1 Notion d'intermédiaire

L'intermédiaire au sens de l'[article 1649 AE du CGI](#) peut être 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.

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.

II-2 Catégories d'intermédiaires

II-2-1 L'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.

Les missions principales du post-marché sont d'assurer la bonne fin des opérations initiées sur les marchés financiers, de les enregistrer dans les comptes des clients, et de prendre en compte tous les événements liés au cycle de vie des instruments financiers. Pour ce faire, des intermédiaires financiers et des prestataires de services vont oeuvrer pour dénouer des opérations et assister les différents acteurs des marchés : émetteurs, investisseurs, salles de marché.

Dans le cadre de ces missions, il semble donc que ces intermédiaires et prestataires de service n'aient en général ni l'initiative de la conception ou de la distribution de dispositifs, ni la vision globale de leur organisation et de leur mise en œuvre en lien avec leurs concepteurs ou leurs

commercialisateurs. Dès lors, les acteurs du post-marché ne devraient en principe être considérés comme des intermédiaires « concepteurs » que de façon exceptionnelle.

II-2-2 L'intermédiaire prestataire de services « sachant »

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 a connaissance, au moment de sa prestation, que ses services sont rendus dans le cadre d'un dispositif transfrontière déclarable. 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, pour les besoins de la déclaration prévue à l'article 1649 AD du CGI.

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. Un établissement peut ainsi intervenir, en tant que prestataire de service, sur une partie particulière d'un dispositif plus vaste : il peut ainsi ne pas savoir, et ne pas avoir de raison de savoir, qu'il est impliqué dans un dispositif qui, pris dans son ensemble, serait déclarable (commentaire HMRC IEIM 6210050).

Si différents départements d'une même organisation exercent plusieurs fonctions, HMRC a indiqué que toute l'information détenue globalement par l'organisation ne serait pas nécessairement considérée comme connue de tous les départements, sauf division délibérée de l'information aux fins de contourner les obligations liées à DAC6. Ainsi, il convient de globaliser les informations détenues par ces différents départements s'ils ont conscience de travailler sur les mêmes clients et les mêmes opérations, et ont pour pratique habituelle dans l'exercice de leurs activités de partager des informations et de participer à des travaux en commun (IEIM 621060). La réponse à cette question dépend de l'organisation interne de chaque établissement.

En revanche, 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.

A titre d'exemple, ne sauraient être considérés comme des intermédiaires prestataires de services au sens de l'article 1649 AE du CGI :

- 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](#) ;
- un conseil, différent du conseil à l'origine du dispositif, 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.

La notion d'intermédiaire prestataire de services ne vise a priori pas les établissements de paiement et 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.

II-2-3 Application de la notion d'intermédiaire prestataire de service « sachant » aux activités du post-marché

D'une façon générale, pour déterminer si un acteur du post-marché est un tel intermédiaire, il est important de déterminer, pour chaque activité, quel est le rôle de cet établissement et la connaissance qu'il a (ou qu'il est censé avoir) sur les clients et les opérations concernées.

a) Tenue de compte conservation :

Le teneur de compte-conservateur est chargé d'assurer le suivi administratif et comptable des transactions conclues sur les marchés financiers par ses clients. Il enregistre les opérations, matérialise le transfert de propriété et informe le client du traitement de ses opérations.

Ce métier couvre principalement quatre fonctions :

- Le règlement/livraison
- Le traitement des revenus (dividendes et intérêts) et autres opérations sur titres (OST)
- La comptabilité titres et espèces des opérations des clients
- Le traitement de la fiscalité associée.

Ces fonctions correspondent en principe à des activités de prestataires de services. Elles sont très majoritairement automatisées et les établissements n'y tiennent généralement qu'un rôle passif. Certaines peuvent être considérées comme des opérations de routines (tels que le règlement/livraison) et / ou interviennent postérieurement à la mise en œuvre des dispositifs (comptabilité titres et espèces des opérations des clients).

Le transfert d'actifs financiers effectué à la demande de clients est susceptible de générer des déclarations sur le fondement du marqueur D1b (voir IV-4-1 ci-après), si les informations disponibles (notamment au moyen des messages Swift) indiquent à l'établissement effectuant le transfert que ce dernier est effectué vers une juridiction qui n'est pas liée par l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers avec l'Etat de résidence du contribuable concerné

Le BOFIP publié le 9 mars 2020 précisait que n'était pas considérée comme un intermédiaire prestataire de service une banque dépositaire qui accompagnerait un contribuable dans ses démarches pour réclamer un trop-perçu de retenue à la source. Cette précision ne figure plus dans la version du BOFIP publiée le 25 novembre, mais sans qu'on puisse y voir un changement d'analyse de la part de l'administration fiscale. Il a de plus été précisé au I-2-1 ci-dessus qu'une demande de restitution d'une retenue à la source ne constituerait pas un dispositif.

Pour le traitement de la fiscalité associée aux revenus et aux transactions, l'intermédiaire se fonde sur les informations disponibles (notamment en application des règles de connaissance de la clientèle), et sur l'expertise et la compréhension nécessaires pour fournir de tels services, sans avoir à mener de diligences spécifiques à l'application de la Directive DAC6. Il est ainsi rappelé :

- que la responsabilité de l'établissement payeur ne saurait être engagée, pour l'application de taux conventionnels à des dividendes, s'il s'est assuré au moment de la mise en paiement des sommes, de l'identité et du domicile réel ou du siège social de l'actionnaire non-résident et était en possession d'un certificat de résidence établi par l'Etat contractant dans lequel le bénéficiaire des sommes de source française est domicilié (INT-DG-20-20-20, n°550). Même précision pour l'exonération de retenue à la source sur les dividendes français versés à des OPC étrangers comparables à des OPC français, appliquée au vu de l'attestation prévue par l'administration française (BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70, n°210).

En revanche, la responsabilité de l'établissement payeur pourra être engagée s'il n'a pas prélevé la retenue à la source alors que le bénéficiaire des dividendes ne lui a pas fourni les documents mentionnés ci-dessus, ou s'il a été préalablement informé par l'administration que ce bénéficiaire (ou d'autres bénéficiaires d'une catégorie similaire) ne peut bénéficier des avantages conventionnels ou de l'exonération de retenue à la source (alors même qu'il produit des documents et attestations conformes), et que cet établissement continue à ne prélever aucune retenue à la source lors de chaque distribution ultérieure de dividende à ce bénéficiaire.

- et qu'il appartient au bénéficiaire des revenus de justifier auprès de l'établissement payeur de sa qualité de bénéficiaire effectif de ces revenus (Conseil d'Etat 5 juin 2020, n°423809, Sté Eqiom et Sté Enka), notamment par la production d'éléments permettant la traçabilité des paiements (tel qu'un relevé d'identité bancaire établissant que cette société est bien la titulaire du compte bancaire sur lequel les revenus sont versés).

En pratique donc, lors du paiement d'un revenu mobilier, si un établissement a connaissance (ou a des raisons de savoir au terme des diligences précisées ci-dessus) que le bénéficiaire de ce revenu n'est pas éligible à une exonération ou à un taux réduit de retenue à la source, il applique le taux de droit interne de cette retenue. A supposer que l'opération entre dans un des marqueurs prévus par la Directive, l'avantage fiscal qu'elle procure en France se trouverait ainsi fortement amoindri et pourrait ne pas (plus) être principal.

Il appartient toutefois à chaque établissement d'analyser chaque opération en fonction de circonstances de fait et de l'état de ses informations en sa possession dans le cadre de la prestation de service rendue. HMRC considère que l'établissement d'une déclaration fiscale pour un client qui met en œuvre un dispositif déclarable ne suffit pas à conférer le statut d'intermédiaire (IEIM 621040). L'administration belge estime également que n'est pas soumis à l'obligation de déclaration une personne qui procède à l'établissement et à l'introduction d'une déclaration (FAQ 8.1.7, p.38). Même si l'administration française n'a apporté aucune indication à ce sujet, le fait que l'établissement payeur effectue des déclarations retraçant les opérations réalisées par ses clients (IFU, déclarations liées à l'échange automatique d'informations ou à FATCA, ...) ne devrait donc pas suffire à lui seul à en faire un intermédiaire sachant.

b) Service aux émetteurs

La première étape du cycle d'investissement correspond à l'appel d'une société aux marchés financiers pour l'ouverture ou l'augmentation de son capital social (création d'actions) ou le lancement d'un emprunt financier (obligations). Le post-marché gère cette étape et vérifie l'adéquation du montage financier avec ses systèmes de traitement, en vue de l'inscription en compte des titres nouveaux. Compte tenu de leur complexité, les émetteurs ont la faculté d'externaliser tout ou partie des activités à des intermédiaires financiers spécialisés.

L'ensemble des prestations est défini sous le terme général de **Services aux émetteurs**. Le périmètre géographique est, en général, international par la nationalité des détenteurs (le caractère transfrontière sera donc fréquemment rempli). On peut citer les fonctions suivantes :

Conseil et montage d'opérations :

Une attention particulière doit être apportée à ces activités dans la mesure où elles supposent chez l'intermédiaire une connaissance importante de l'opération en question : le cas échéant, cet intermédiaire pourra donc plus difficilement justifier qu'il ne savait pas, ou ne pouvait pas savoir, qu'il conseillait ou contribuait au montage d'un dispositif transfrontière déclarable.

Tenue du compte émission, tenue du registre nominatif, centralisation des opérations sur titres :

Ces fonctions peuvent être considérées comme des activités de routine, très majoritairement automatisées et pour lesquelles les établissements ont un rôle passif.

Les opérations sur titres sont de plus décidées par les sociétés principalement pour des raisons juridiques et financières, et leurs conséquences fiscales sur les investisseurs s'imposent en général à ces derniers. Elles peuvent bénéficier d'un régime fiscal spécial lorsqu'elles sont réalisées conformément à l'intention du législateur (exemple : sursis ou report d'imposition de plus-values d'échange).

Pour certains marqueurs non soumis au critère de l'avantage fiscal principal (C4 et E3, voir IV-3-4 et IV-5-3 ci-après), l'administration fiscale a expressément indiqué que ne sont pas visées les opérations de fusions et assimilées conformément à la Directive 2009/133/CE 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 société européenne d'un État membre ou à un autre

Centralisation des assemblées générales :

Cette fonction présente a priori une faible dimension fiscale, sauf en ce qui concerne la localisation de l'assemblée.

Il est ainsi rappelé que, pour l'administration française, constitue un dispositif transfrontière susceptible de relever de l'obligation déclarative l'ensemble des mesures visant à tenir les réunions du conseil d'administration d'une société dans un État différent de l'État de résidence de la société, afin de pouvoir faire valoir un changement de résidence.

Opérations spécifiques d'actionnariat de salariés :

Ces opérations sont susceptibles en première analyse d'entrer dans le marqueur B2 (IV-2-2 ci-après), en ce qu'elles peuvent être regardée comme aboutissant à convertir des salaires en des plus-values moins imposées. Un exemple figurant dans le BOFIP montre l'attention portée par l'administration aux dispositifs de « management package ».

Toutefois, les gains de source française provenant de plans non qualifiés bénéficiant à des non-résidents sont soumis en France à la retenue à la source prévue à l'article 182 A ter du CGI (dans des conditions similaires à la retenue prévue à l'article 182 A du CGI pour les salaires de source française), de telle sorte que l'application du marqueur B2 dans ce contexte transfrontière n'est pas certaine.

Par ailleurs, les dispositifs légaux d'actionnariat salariés (stock-options, AGA, PEE,...) ne remplissent pas le critère de l'avantage fiscal principal dès lorsqu'ils sont utilisés conformément à l'intention du législateur (voir également les commentaires de HMRC, selon lesquels un mécanisme d'options sur actions est un choix commercial légitime pour rémunérer des salariés, ne révélant pas une conversion de revenus en capital, IEIM 643020).

c) Services à la gestion d'actifs

Les services à la gestion d'actifs sont proposés aux sociétés de gestion de portefeuille (SGP) et à d'autres types d'investisseurs professionnels, comme les entreprises d'investissement, les banques ou les assureurs.

Dépositaire d'OPC :

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

De même, HMRC considère qu'un véhicule d'investissement collectif établi dans un Etat mais ouvert à des investisseurs « retail » provenant de nombreux autres Etats ne constitue pas un dispositif transfrontière, dès lors que le lieu de résidence des investisseurs est indifférent pour la constitution de ce véhicule (IEIM 630050).

Selon l'AFG, il existerait donc une présomption simple de non-déclarabilité des fonds grands publics. De même, l'AFG estime que le dépositaire ne devrait habituellement pas disposer des éléments lui permettant d'avoir connaissance d'un dispositif comparable. Cela ne dispense toutefois pas d'une analyse au cas par cas de certains dispositifs, en fonction des informations détenues par le dépositaire.

Cette présomption ne concerne pas en tout état de cause les souscriptions dans d'autres catégories de fonds (exemple : fonds dédiés), ni les opérations de structuration de l'actif des fonds, qui doivent être examinées plus spécifiquement.

La fonction de conservation de l'actif d'un OPC peut ainsi nécessiter une vigilance du dépositaire en fonction des informations en sa possession.

La fonction gestion du passif (centralisation des ordres de souscriptions et des ordres de rachats, tenue du compte émission) peut en général être considérée comme une activité de routine, très majoritairement automatisées et pour lesquelles les établissements ont un rôle passif.

L'ensemble des fonctions de contrôle (contrôle du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables à l'OPC, contrôle de la régulation des décisions de gestion, contrôle du passif, contrôle des acteurs de l'OPC) peut être considéré comme intervenant après la réalisation des opérations susceptibles de constituer un dispositif déclarable. Leur exercice ne caractériserait donc pas un rôle d'intermédiaire.

La fonction Administration de fonds (reporting réglementaires, valorisation de fonds, tenue de comptabilité) peut être considérée comme une activité de routine, de nature non fiscale, et peu susceptible de donner connaissance à des dispositifs déclarables.

II-3 Territorialité

Des discordances peuvent exister entre l'interprétation française de ces règles de territorialité (décrite ci-après) et l'interprétation effectuée par d'autres Etat-membres.

II-3-1 Principe

Un intermédiaire souscrit en France la déclaration prévue à l'[article 1649 AD du CGI](#) s'il satisfait à l'une des conditions suivantes ([CGI, art. 1649 AE, I](#)) :

- il est fiscalement domicilié, résident ou a son siège en France ;

Les établissements stables de cet intermédiaire situés hors de France ne sont toutefois pas concernés par l'obligation de déclarer en France.

Cette position est assez isolée au sein de l'Union européenne. En effet, un certain nombre d'administrations fiscales (par exemple Belgique et Luxembourg) prévoient la déclaration par les succursales localisées dans leurs pays auprès du pays dans lequel est localisée la société mère (e.g., déclaration en France du dispositif mis en œuvre par la succursale belge d'une société française). Les implications de cette divergence d'interprétation sont à examiner au cas par cas.

- 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.

II-3-2 Règle de priorité territoriale

Dans le cas où un intermédiaire satisfait à la condition territoriale dans plusieurs États membres de l'Union européenne, le I de l'[article 1649 AF du 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 lequel 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 n'est satisfaite, 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.

Ainsi, l'intermédiaire ne souscrit pas sa déclaration en France s'il dispose d'un lien territorial avec un autre État membre de l'Union européenne sous réserve que ce lien territorial soit prioritaire par rapport au lien territorial dont il dispose avec la France, en application de la règle de priorité.

II-4 Cas de dispenses

L'intermédiaire est dispensé de la transmission des informations relatives à la déclaration prévue à l'[article 1649 AD du CGI](#) dans deux situations :

- la déclaration de ces informations a été souscrite par un autre intermédiaire en France ou dans un autre État membre de l'Union européenne ;
- l'intermédiaire est soumis au secret professionnel et n'a pas obtenu l'accord de son client de déclarer les informations.

II-4-1 Déclaration des informations par un autre intermédiaire

Par principe, lorsqu'en application de l'[article 1649 AE du CGI](#), plusieurs intermédiaires sont assujettis à une obligation déclarative, chacun d'entre eux est soumis à cette obligation. Toutefois, 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.

II-4-2 Secret professionnel

En application du 4° du I de l'[article 1649 AE du CGI](#), l'intermédiaire soumis au secret professionnel dont la violation est réprimée par l'[article 226-13 du code pénal](#), souscrit sa déclaration avec l'accord de son client.

Ces dispositions concernent notamment les 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), et donc les acteurs du post-marché.

L'intermédiaire soumis au secret professionnel 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. L'accord

ou le désaccord du client s'effectue de manière expresse, par tout moyen, et ne peut intervenir au-delà du délai de trente jours fixé par l'article 1649 AG du CGI pour déclarer le dispositif (voir III-1 ci-après).

a) Accord du client : déclaration par l'intermédiaire

Dès lors que l'intermédiaire soumis au secret professionnel reçoit expressément l'accord de son client pour la levée du secret professionnel, il dispose d'un délai de trente jours à compter de la date de l'accord pour déclarer le dispositif transfrontière.

b) Désaccord du client : notification par l'intermédiaire d'un autre intermédiaire ou du client

Dans le cas où l'intermédiaire soumis au secret professionnel 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 l'obligation aux personnes auxquelles elle incombe et dont il a connaissance, qu'il s'agisse d'un intermédiaire ou d'un contribuable concerné. Le procédé de cette notification doit permettre de conférer date certaine à la notification. La notification peut être effectuée par courrier recommandé avec avis de réception (classique ou en ligne), en courrier suivi ou par tout autre moyen.

La notification doit être effectuée dans le délai dont dispose normalement l'intermédiaire non soumis au secret professionnel pour souscrire sa déclaration. Ce délai est déterminé au 1^o du I de l'[article 1649 AG du CGI](#) (cf III-1 ci-après). Pour les personnes qui ont reçu la notification et auxquelles incombe l'obligation déclarative, le délai de trente jours s'ouvre à réception de la notification.

Dans l'hypothèse où l'intermédiaire qui a reçu la notification 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 l'obligation déclarative aux personnes dont il a connaissance auxquelles celle-ci incombe (intermédiaire ou contribuable concerné) dans le délai de trente jours suivant la date à laquelle il a lui-même reçu la notification.

Le délai recommandé de déclaration du dispositif à l'administration par l'ensemble des intermédiaires à compter de la date d'envoi de la première notification est de quatre-vingt-dix jours maximum. Si le délai écoulé entre la date d'envoi de la première notification et celle de la déclaration du dispositif excède quatre-vingt-dix jours, il incombe au déclarant de pouvoir en justifier par tout moyen. En pratique, la surveillance de ce délai de quatre-vingt-dix jours sera difficile pour les intermédiaires successifs.

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 qu'il contrôle, lui permettant de souscrire la déclaration. Ainsi, dans la limite des informations en sa possession, dont il a connaissance ou qu'il contrôle, l'intermédiaire doit mettre le contribuable concerné en capacité de pouvoir transmettre les informations prévues par l'[article 344 G octies A de l'annexe III au CGI](#), en portant à sa connaissance notamment :

- le résumé du contenu du dispositif transfrontière déclarable, dans la mesure du possible, en langue anglaise ;
- 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.

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. Il doit limiter la notification aux informations qu'il peut transmettre sans violer le secret professionnel à l'égard de son client (qui peut être le contribuable ou un autre intermédiaire que l'intermédiaire notifié).

c) Possibilité de révision de l'analyse de l'intermédiaire qui notifie l'obligation déclarative à un autre intermédiaire ou au contribuable concerné

Tout intermédiaire ou contribuable ayant reçu notification de l'obligation déclarative de la part d'un intermédiaire soumis au secret professionnel qui n'a pas obtenu l'accord de souscrire sa déclaration, dispose de la faculté de réviser l'appréciation initiale faite par l'intermédiaire à l'origine de la notification, sur les faits et circonstances qui l'ont amené à considérer que le dispositif devait être déclaré, et de conclure que ledit dispositif n'est pas à déclarer.

Dans l'hypothèse où cette révision aboutirait à une absence de déclaration par l'intermédiaire ou le contribuable notifié, ce défaut de déclaration n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'intermédiaire ayant procédé à la notification de son client (que ce client soit un intermédiaire ou le contribuable).

III. La déclaration

III-1 Fait générateur de l'obligation déclarative et délais de déclaration

Le fait générateur de l'obligation déclarative dépend de la qualité du déclarant.

Ces règles s'appliquent également lorsque l'intermédiaire reçoit notification de son obligation déclarative par un autre intermédiaire.

III-1-1 Pour les intermédiaires

a) L'intermédiaire concepteur

La déclaration d'un intermédiaire concepteur doit être souscrite 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 (lorsque les caractéristiques principales du dispositif ont été déterminées et que ce dispositif est porté à la connaissance du contribuable, même s'il n'a pas force exécutoire.) ;
- ou du lendemain du jour où le dispositif transfrontière déclarable est prêt à être mis en œuvre (sa première étape est à même d'être accomplie en vue de sa pleine application) ;
- ou du jour de la réalisation de la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière déclarable (ex : signature d'un acte juridique, la décision prise en assemblée générale de mettre en œuvre un dispositif ou l'enregistrement comptable d'une opération).

La date du plus ancien événement est retenue pour la computation du délai de trente jours. HMRC apporte des précisions sur l'appréciation de ces événements (IEIM 651010).

b) L'intermédiaire prestataire de services « sachant »

La déclaration d'un intermédiaire prestataire de services doit être souscrite dans un délai de trente jours à compter du lendemain du jour où l'intermédiaire a fourni, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils concernant la conception, la commercialisation ou l'organisation d'un dispositif transfrontière déclarable, sur la base des informations dont il a connaissance et qui lui permettent d'en identifier l'existence.

Pour un établissement payeur, le point de départ du délai de trente jours sera en principe la date de paiement des revenus.

c) Nouveau délai de trente jours : l'intermédiaire a reçu notification d'un autre intermédiaire

L'intermédiaire qui reçoit une notification d'un autre intermédiaire soumis au secret professionnel dispose d'un délai de trente jours à compter de la réception de ladite notification :

- pour effectuer sa déclaration ;
- ou, s'il est soumis au secret professionnel, pour notifier l'obligation de souscrire la déclaration à tout autre intermédiaire ou, à défaut, au contribuable concerné.

III-1-2 Pour les contribuables concernés

a) Cas général

La déclaration doit être souscrite 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.

La date du plus ancien événement est retenue pour la computation du délai de trente jours. Par ailleurs, le contribuable concerné par un dispositif déclarable doit déclarer chaque année l'utilisation qu'il en a faite au cours de l'année précédente (article 1649 AG II du CGI, dernier alinéa).

b) Exception : le contribuable concerné a reçu notification d'un intermédiaire

Lorsque le contribuable concerné reçoit notification de son obligation déclarative, le délai de souscription de trente jours mentionnés au II de l'article 1649 AG du CGI, est calculé à compter du jour de réception de ladite notification.

III-1-3 Cas particulier : déclaration d'un dispositif commercialisable

S'agissant d'un dispositif commercialisable, un intermédiaire ayant préalablement souscrit une déclaration dudit dispositif communique à l'administration, au dernier jour de chaque trimestre de l'année (31 mars, 30 juin, 30 septembre, 31 décembre), toute modification des informations déclarées concernant :

- 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(nt) le ou les contribuables concerné(s) 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 avec quel(s) État(s) membre(s) cette personne entretient un lien de territorialité.

Les intermédiaires déclarent les informations dont ils ont connaissance, qu'ils possèdent ou qu'ils contrôlent à la date de l'obligation déclarative.

III-2 Contenu de la déclaration

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 n'est susceptible de 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.

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 prévue à l'[article 1649 AD du CGI](#).

Dans le cas où l'intermédiaire est soumis au secret professionnel et n'a pas obtenu, de la part de son client, l'accord 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 prévue à l'article 1649 AD du CGI.

III-2-1 Etendue de l'obligation déclarative

L'[article 344 G octies A de l'annexe III du CGI](#) détermine les informations qui sont communiquées en application de l'[article 1649 AD du CGI](#).

La déclaration contient, le cas échéant :

- l'identification des intermédiaires et des contribuables concernés, y compris leur nom, date et lieu de naissance (pour les personnes physiques), résidence fiscale, le numéro d'identification fiscale (NIF) et, le cas échéant, les personnes qui sont des entreprises associées au contribuable concerné ;
- des informations détaillées sur les marqueurs recensés à l'[article 1649 AH du CGI](#) selon lesquels le dispositif transfrontière doit faire l'objet d'une déclaration (en français, mais il est recommandé que ces informations soient également rédigées en anglais) ;
- un résumé du contenu du dispositif transfrontière à déclarer, y compris une référence à la dénomination par laquelle il est communément connu, le cas échéant, et une description des activités commerciales ou dispositifs pertinents, présentée de manière abstraite, sans donner lieu à la divulgation d'un secret commercial, industriel ou professionnel, d'un procédé commercial ou d'informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public (en français, mais il est recommandé que ce résumé soit également rédigé en anglais) ;
- la date à laquelle la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière à déclarer a été accomplie ou sera accomplie ;
- des informations détaillées sur les dispositions nationales (françaises ou étrangères) sur lesquelles se fonde le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration. Une simple référence au texte de loi ne constitue pas une information détaillée (en français, mais il est recommandé que ces informations soient également rédigées en anglais).
- la valeur du dispositif transfrontière à déclarer : évaluation des montants en jeu (en valeur nominale) dans le cadre du dispositif transfrontière à déclarer. Exemple : montant d'une vente, d'une acquisition, d'un prêt ou d'un investissement en capital.
- l'identification de l'État membre avec lequel le ou les contribuable(s) concerné(s) entretien(nen)t un lien territorial ainsi que de tout autre État membre susceptible d'être concerné par le dispositif transfrontière à déclarer, avec l'indication du ou des État(s) membre(s) avec le(s)quel(s) cette personne entretient un lien de territorialité ;
- l'identification de toute autre personne susceptible d'être concernée dans les États membres par le dispositif transfrontière à déclarer (personne physique, morale, ou toute autre entité qui n'est ni un intermédiaire, ni un contribuable concerné, ni une entreprise associée, mais qui prend part activement au dispositif), avec l'indication du ou des État(s) membre(s) avec le(s)quel(s) cette personne entretient un lien de territorialité.

III-2-2 Référence du dispositif et référence de la déclaration

Lorsque le déclarant souscrit une déclaration, l'administration lui attribue, le cas échéant :

- Une Référence Dispositif : cette référence est attribuée lorsque le dispositif est déclaré pour la première fois par le déclarant initial. Elle lui est communiquée une fois les informations de la déclaration de dispositif transfrontière validées et transmises par voie électronique à l'administration fiscale.

La Référence Dispositif est attribuée par l'administration fiscale française si le déclarant initial souscrit sa déclaration en France. Dans le cas où le déclarant initial souscrit sa déclaration dans un autre État membre que la France, la Référence Dispositif est attribuée par cet autre État membre.

La Référence Dispositif est attachée au dispositif déclaré et est à rappeler ultérieurement par toute autre personne qui souscrit une déclaration relative au même dispositif et serait assujettie aux obligations prévues à l'[article 1649 AD du CGI](#) du fait de sa participation à celui-ci.

A ce titre, le déclarant initial communique la Référence Dispositif à toute personne tenue aux obligations prévues à l'article 1649 AD du CGI dont il a connaissance, ainsi qu'à toute autre personne susceptible d'être assujettie à des obligations équivalentes dans un autre État membre de l'Union européenne dont il a connaissance. Il peut s'agir d'un autre intermédiaire ou d'un contribuable concerné. La communication de cette référence est concomitante à la souscription de la déclaration du déclarant initial, afin que toute autre personne assujettie à l'obligation déclarative puisse déclarer dans les délais requis.

Toute autre personne qui souscrit une déclaration relative à un dispositif donné, renseigne la Référence Dispositif de sorte que chacune des déclarations en lien avec ce même dispositif puisse être rattachée à ce dispositif dans le répertoire central sécurisé (répertoire établi et mis à disposition des États membres par la Commission européenne dans lequel les informations qui doivent être communiquées par les États membres sont enregistrées).

- Une Référence Déclaration : cette référence unique est attribuée au moment de la souscription de la déclaration.

La Référence Déclaration est une information personnelle qui ne doit pas être communiquée. Elle permet notamment de modifier ou consulter la déclaration qui a été souscrite.

.

III-3 Modalités de déclaration

a) Support déclaratif

Les déclarations sont souscrites à compter de janvier 2021 par voie électronique sur le site www.impots.gouv.fr à partir d'une connexion à l'[espace particulier](#) ou à l'[espace professionnel](#).

b) Dépôt de la déclaration

Les déclarations sont souscrites selon le contribuable ou l'intermédiaire concerné :

- déclarant contribuable concerné non professionnel : espace particulier ;
- déclarant contribuable concerné professionnel : espace professionnel ;
- déclarant intermédiaire non professionnel : espace particulier ;
- déclarant intermédiaire professionnel : espace professionnel.

Toute déclaration nécessite un identifiant fiscal, quelle que soit la qualité du déclarant (intermédiaire ou contribuable).

Pour les déclarants professionnels non établis en France, ces démarches s'effectuent auprès de la direction des impôts des non-résidents (service des impôts des entreprises étrangères) ou sur le site <https://www.impots.gouv.fr/portail/international/professionnel>. Pour les particuliers, les démarches à accomplir en vue d'une immatriculation en France sont détaillées sur le site <https://www.impots.gouv.fr/portail/international/particulier>.

Les modalités décrites ci-dessus ne permettant que des déclarations dispositif par dispositif, l'administration française a publié le 17 décembre 2020 un cahier des charges pour la constitution et le dépôt de fichiers sous format XML concernant la déclaration DAC6. Cette plateforme est stabilisée dans sa version définitive pour les déclarations déposées à compter du 1^{er} mai 2021.

Par ailleurs, l'administration française a mis en ligne sur impots.gouv.fr un espace d'information dédié à DAC6, qui comporte notamment une FAQ progressivement alimentée.

III-4 Sanctions

Les manquements à une obligation de déclaration ou de notification prévue à l'[article 1649 AD du CGI](#), à l'[article 1649 AE du CGI](#) et à l'[article 1649 AG du CGI](#) entraînent l'application d'une amende prévue à l'[article 1729 C ter du CGI](#). Le montant de cette dernière ne peut excéder 10 000 € ou 5 000 € lorsqu'il s'agit de la première infraction de l'année civile en cours et des trois années précédentes.

L'amende ne s'applique pas aux manquements à l'obligation déclarative prévue au dernier alinéa du II de l'article 1649 AG (déclaration annuelle par le contribuable concerné de son utilisation d'un dispositif).

Le montant de l'amende appliquée à un même intermédiaire ou à un même contribuable concerné ne peut excéder 100 000 € par année civile.

Les modalités de contrôle de l'obligation de déclaration ou de notification, ainsi que l'organe de l'administration chargé de ce contrôle, ne sont pas connues à ce jour.

IV. Les marqueurs

Par référence au point 20 de l'article 3 de la [directive \(UE\) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018](#), un marqueur est une caractéristique ou particularité d'un dispositif transfrontière, qui indique un risque d'évasion fiscale correspondant à l'un de ceux recensés à l'annexe IV de la directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 qui a été transposée l'[article 1649 AH du CGI](#). La pertinence de ces marqueurs sera évaluée tous les deux ans par la Commission européenne et les Etats-membres.

IV-1 Marqueurs généraux liés au critère de l'avantage principal

Les marqueurs généraux relevant de la catégorie A mentionnée au A du II de l'[article 1649 AH du CGI](#) ne peuvent être pris en compte que lorsqu'ils répondent au critère de « l'avantage principal » (voir I-4 ci-dessus).

IV-1-1 Marqueur A.1.

Marqueur A.1 : 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.

Le dispositif est proposé au contribuable concerné par un intermédiaire sous condition de confidentialité : le contribuable concerné ne peut divulguer aux tiers des informations considérées comme confidentielles qui se rapportent à l'ingénierie fiscale du dispositif permettant à l'utilisateur d'obtenir un avantage fiscal.

La condition de confidentialité est notamment satisfaite dans l'une de ces circonstances suivantes :

- signature d'un accord de confidentialité qui couvre l'ingénierie fiscale du dispositif ;
- ou correspondance écrite (type lettre ou courriel) mentionnant une obligation explicite ou implicite de ne pas divulguer ou partager les informations relatives à l'ingénierie fiscale du dispositif ;
- ou un accord verbal ou écrit donné sur une obligation de confidentialité relative à l'ingénierie fiscale du dispositif, si la preuve en est apportée.

Ne sont pas visées en revanche par le marqueur A.1. :

- une clause de confidentialité visant à protéger un secret commercial, industriel ou professionnel
- les obligations légales et déontologiques trouvant à s'appliquer aux professions réglementées en matière de confidentialité.

IV-1-2 Marqueur A.2.

Marqueur A.2 : Un dispositif dans lequel l'intermédiaire est en droit de percevoir des honoraires, intérêts ou rémunération pour financer les coûts et autres frais engagés pour la conception du dispositif, lorsque ces honoraires, intérêts ou rémunération sont fixés par référence :

- au montant de l'avantage fiscal découlant du dispositif ;
- ou au fait qu'un avantage fiscal découle effectivement du dispositif. Cela peut inclure une obligation pour l'intermédiaire de rembourser partiellement ou entièrement les honoraires si l'avantage fiscal escompté découlant du dispositif n'a pas été complètement ou partiellement généré.

Le marqueur 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. Sont concernés 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.

Exemple : Le montant des honoraires d'un intermédiaire est calculé sur la base d'un pourcentage de l'économie d'impôt réalisée grâce au dispositif.

L'administration belge apporte les précisions suivantes (FAQ 4.1.4, p.16) :

- ce marqueur ne s'applique pas lorsque la rémunération de l'intermédiaire dépend du succès dans le cadre de la défense en justice ou d'une procédure administrative (telle qu'une demande de restitution de retenue à la source)
- lorsque plusieurs intermédiaires interviennent dans un dispositif, chaque intermédiaire ne doit apprécier l'existence de ce marqueur qu'au regard de sa propre rémunération, sans tenir compte de la rémunération des autres intermédiaires.

IV-1-3 Marqueur A.3.

Marqueur A.3. : Un dispositif dont la documentation et/ou la structure sont en grande partie normalisées et qui est à la disposition de plus d'un contribuable concerné, sans avoir besoin d'être adapté de façon significative pour être mis en œuvre.

La documentation du dispositif est en grande partie normalisée, ce qui rend le dispositif accessible à plusieurs contribuables concernés, sans qu'il soit nécessaire de l'adapter de façon importante.

Ce marqueur vise les dispositifs auxquels plusieurs personnes peuvent avoir accès, assortis d'une documentation standardisée qui n'a pas été adaptée de manière significative pour tenir compte de la situation du contribuable concerné. Ces dispositifs peuvent notamment être mis en œuvre par le contribuable une fois la documentation ou la structure nécessaires à son fonctionnement mis à disposition, sans qu'un accompagnement particulier soit nécessaire.

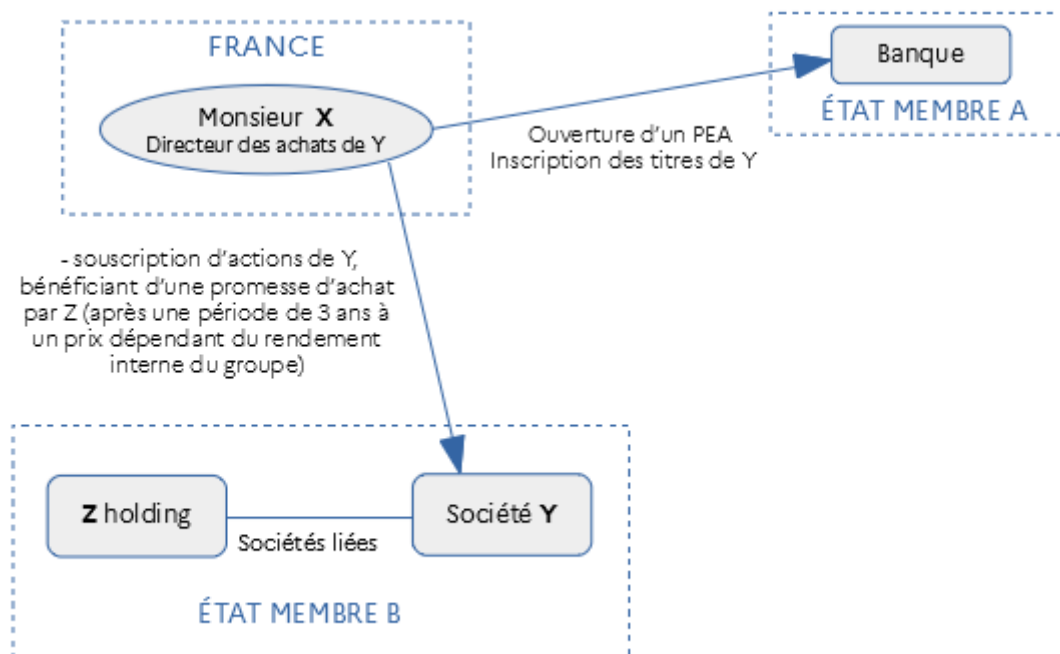
Un dispositif répondant à ce marqueur pourra en pratique être considéré comme un dispositif commercialisable (I-2-2 ci-dessus) devant faire l'objet d'une déclaration initiale, puis d'une déclaration trimestrielle de mise à jour (III-1-3 ci-dessus). L'administration luxembourgeoise considère qu'un dispositif qui comporte le marqueur A3 ne constitue pas automatiquement un dispositif commercialisable.

Nous reproduisons ci-après l'exemple fourni par l'administration française dans le BOFIP, qui permet d'illustrer l'application des marqueurs A3 et B2, et la possible imbrication de plusieurs dispositifs dans une même opération (chaque dispositif devant être analysé dans son cadre propre, ce qui peut conduire à des analyses différentes selon le rôle et les connaissances de chaque intermédiaire).

Exemple : M. X (personne physique domiciliée fiscalement en France) ouvre un plan d'épargne en actions (PEA) auprès d'une banque établie dans un Etat A. M. X y inscrit des titres d'une société Y non cotée établie dans l'Etat membre B. La société Y appartient au même groupe que la société française dans laquelle M. X exerce une activité salariée de directeur des achats.

La société Y est une société au capital de laquelle peuvent souscrire à la valeur nominale les principaux cadres du groupe (le prix de souscription à la valeur nominale est inférieur par hypothèse à la valeur réelle). Leurs actions souscrites bénéficient d'une promesse d'achat de la part de la société holding du groupe, la société Z, elle aussi résidente de l'Etat B. La promesse d'achat est exercée après trois ans de détention à un prix dépendant du taux de rendement interne atteint par le groupe pendant cette période. En cas de départ du cadre pour cause de démission ou de licenciement, le prix de rachat est plafonné à la valeur de souscription des actions.

Le plan d'actionnariat des cadres du groupe, y compris la constitution de la société Y, a été conçu et réalisé par un cabinet d'avocats établi en France. Le cabinet a conseillé aux cadres de placer leurs actions de la société Y sur un PEA, mais leur a laissé le soin de choisir chacun leur banque gestionnaire et de réaliser les démarches avec elle. La banque établie dans l'État A a procédé à l'inscription des titres non cotés de la société Y.



Cet exemple comprend plusieurs dispositifs :

- Le dispositif lié à la souscription du PEA

Bien que ce dispositif soit transfrontière, il ne remplit pas les caractéristiques des marqueurs suivants :

- marqueur A3 : en effet, bien que la documentation du PEA soit standardisée, le PEA n'a pas été conçu par un intermédiaire mais par le législateur pour favoriser les fonds propres des entreprises (sous réserve que l'utilisation du PEA dans ce dispositif soit conforme à l'intention du législateur français) ;

- marqueur B2 : le PEA ne modifie pas la qualification des revenus ou des plus-values qui y sont perçues mais se contente de prévoir une exonération légale conforme à l'intention du législateur.

- Le dispositif d'actionnariat salarié

Il s'agit d'un dispositif transfrontière : M. X d'une part, et la société holding de groupe (société Y) d'autre part sont établis dans deux États membres différents.

Ce dispositif d'actionnariat réunit les caractéristiques des marqueurs suivants :

- A.3 : le dispositif d'actionnariat salarié destiné à transformer des salaires en plus-value est standardisé à destination des cadres du groupe ;

- B.2 : le salaire est converti en un gain en capital qui est moins lourdement imposé (taux forfaitaire, voire exonération avec le PEA, au lieu du barème progressif).

Conclusion : Le dispositif d'actionnariat salarié revêt les caractéristiques du marqueur A.3. et du marqueur B.2.

a) Cas particulier de certains produits bancaires et financiers reposant sur une documentation normalisée :

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 A.3.

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.

Exemple : Acquisition d'instruments financiers négociés en bourse.

Selon l'AMAFI, les accords-cadres utilisés par la place financière en matière de dérivés, pensions livrées ou prêts de titres, ne constituent généralement pas des dispositifs déclarables sur le fondement du marqueur A3, dès lors qu'ils ne nécessitent pas des adaptations significatives préalables à leur mise en œuvre. HMRC a exprimé la même position concernant les contrats ISDA sur dérivés (IEIM 642030).

Commentaire AMAFI

En l'absence d'autres marqueurs que le marqueur A3 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 des produits, instruments et opérations financiers reposant sur des modèles d'accords-cadres utilisés par la place financière ne devraient pas faire l'objet d'une déclaration

Cette absence de caractérisation systématique du marqueur A3 s'agissant des accords-cadres utilisés par la place financière se trouve confortée par la nouvelle rédaction du BOFiP. En effet, en visant désormais les opérations financières en plus des opérations bancaires antérieurement visées, l'administration abandonne la caractérisation impérative du marqueur A3 au profit d'une caractérisation simplement facultative :

*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 A.3.*

b) Cas particulier des produits d'épargne réglementée détenus par un non-résident

Les produits d'épargne réglementée tels que le PEA (ou des parts de FCPR / FCPI / FIP) détenus par un non-résident répondent aux caractéristiques énoncées au marqueur A.3. En revanche, ils ne répondent pas au critère de l'avantage fiscal principal dès lors que :

- l'avantage fiscal qui y est rattaché a été institué par le législateur français ;
- l'utilisation qui en est faite est conforme à l'intention du législateur.

Dans ces conditions, ces produits ne sont a priori pas soumis à l'obligation déclarative prévue à l'[article 1649 AD et suivants du CGI](#).

IV-2 Marqueurs spécifiques liés au critère de l'avantage principal

Les marqueurs spécifiques relevant de la catégorie B mentionnée au B du II de l'[article 1649 AH du CGI](#) ne peuvent être pris en compte que lorsqu'ils répondent au critère de « l'avantage principal » (voir I-4 ci-dessus).

IV-2-1 Marqueur B.1.

Marqueur B.1. : Un dispositif dans lequel un participant prend artificiellement des mesures qui consistent à acquérir une société réalisant des pertes, à mettre fin à l'activité principale de cette société et à utiliser les pertes de celle-ci pour réduire sa charge fiscale, y compris par le transfert de ces pertes à une autre juridiction ou par l'accélération de l'utilisation de ces pertes.

Ce marqueur vise les dispositifs transfrontières dans lesquels un participant prend artificiellement des mesures qui consistent à :

- acquérir, directement ou indirectement, une société réalisant des pertes afin de les utiliser pour réduire sa charge fiscale ;
- mettre fin à l'activité principale de cette société ;
- et utiliser les pertes de celle-ci pour réduire sa charge fiscale.

Ces trois éléments sont cumulatifs.

Les mesures présentent un caractère artificiel lorsqu'elles revêtent un caractère non authentique. Des mesures sont considérées comme non authentiques dans la mesure où elles ne sont pas mises en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ([I-B § 40 à 60 du BOI-IS-BASE-70](#)).

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice d'activités liées au post-marché

IV-2-2 Marqueur B.2.

Marqueur B.2. : Un dispositif qui a pour effet de convertir des revenus en capital, en dons ou en d'autres catégories de recettes qui sont taxées à un niveau inférieur ou ne sont pas taxées.

Ce marqueur vise les dispositifs transfrontières permettant de convertir des bénéfices en capital, en dons ou en toute autre catégorie de revenus et qui ont pour effet l'application d'une imposition plus faible ou nulle.

Il semble raisonnable de considérer qu'il convient de comparer la situation existante créée par le dispositif avec une situation préexistante antérieure par hypothèse. L'administration belge considère ainsi qu'il est nécessaire qu'il y ait conversion d'une catégorie de revenus préexistante vers une autre catégorie de revenus moins imposée (FAQ 4.2.4.1, p.18).

Il s'agit des dispositifs permettant de convertir des revenus en des revenus d'une autre catégorie, ou en des gains en capital. Par exemple :

- Salaires en plus-value (exemple du BOFIP reproduit ci-dessus au sujet du marqueur A3) ou en dividendes, moins taxés
- Dividendes en intérêt, ou vice-versa
- Revenus immobiliers en dividendes ou en plus-values...

L'administration belge considère que le marqueur B2 s'applique lorsqu'est mis en place un dispositif transfrontière par lequel des revenus sont transférés à l'étranger parce qu'ils y sont classés dans une autre catégorie de revenus moins taxés (FAQ 4.2.4.3, p.18).

En revanche, un dispositif qui bénéficie d'une exonération légale conforme à l'intention du législateur ne modifie pas la qualification des revenus ou des plus-values qui y sont perçues et ne relève pas du marqueur B2 (exemple du PEA fourni par le BOFIP).

De même, un dispositif permettant d'obtenir une exonération ou un taux réduit de retenue à la source sur un dividende ou des intérêts, mais sans modifier la qualification du revenu, ne relève pas de ce marqueur.

HMRC considère qu'une décision de capitaliser les résultats d'une société plutôt que de les distribuer, permettant aux associés d'être imposés selon le régime des plus-values plutôt que selon celui des dividendes, ne permet pas la conversion d'un revenu en capital,

mais résulte d'un choix commercial entre deux alternatives offertes pour retirer de la valeur de cette société. Même solution pour un rachat de ses propres titres par la société, effectué en lieu et place d'une distribution (IEIM 643020). L'AFG parvient à la même conclusion pour les OPC de capitalisation.

Ce marqueur est soumis au critère de l'avantage fiscal principal. C'est ce qui explique que certains dispositifs ayant pour effet la conversion de revenus ne sont en principe pas déclarables : ainsi, lors de l'acquisition par un non-résident d'actions au SRD au cours du mois de distribution du dividende, ce dividende est compris dans le compte de liquidation mensuel établi par l'établissement financier tenant le compte-titres de cette personne, en tant qu'indemnité compensatrice de coupons détachés au cours de la liquidation (BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-40 n° 150, 29-12-2019). Cette somme n'est donc pas imposée comme un dividende (qui serait soumis à une retenue dans l'Etat de source) mais vient en diminution du prix d'acquisition du titre pour le calcul de sa plus-value de cession future (en général imposée seulement dans l'Etat de résidence). Pour autant, l'avantage principal du SRD est de reporter le dénouement des opérations (paiement pour des achats ou encaissement pour des ventes) à la fin du mois boursier. Grâce à ce système, il est donc possible d'acheter et de vendre le même titre durant le mois boursier sans fournir immédiatement des liquidités. Entre la date d'achat et la date de vente, l'investisseur bénéficie d'un crédit dont le coût est calculé par l'intermédiaire financier avec lequel il commerce. Les acquisitions au SRD se déroulent enfin de la même façon, en l'absence de dividende et donc d'avantage fiscal.

IV-2-3 Marqueur B.3.

Marqueur B.3. : Un dispositif qui comprend des transactions circulaires ayant pour résultat un « carrousel » de fonds, qui est constitué d'entités interposées sans fonction commerciale primaire ou d'opérations qui se compensent ou s'annulent mutuellement, voire qui revêtent d'autres caractéristiques similaires.

Le marqueur B.3. vise les dispositifs comportant des transactions entraînant un mouvement circulaire de fonds qui remplissent par ailleurs l'une au moins des trois conditions suivantes :

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

Ce marqueur vise des dispositifs dans lesquels les fonds provenant d'un État membre transitent via des sociétés-relais établies dans des juridictions étrangères (au sein et en dehors de l'UE) afin d'y bénéficier d'un traitement fiscal avantageux (convention fiscale ou autres avantages similaires) et retournent dans l'État membre d'origine.

Un dispositif, récemment considéré par le Conseil d'Etat comme abusif, paraît par exemple relever de ce marqueur (CE 13-1-2017 no 391196, SAS Ingram Micro) : la réalisation concomitante par une société française de deux opérations d'un montant proche, l'une de distribution de son report à nouveau sous forme de dividendes au profit de son unique actionnaire établi aux Etats-Unis, l'autre d'émission d'obligations remboursables en actions (ORA) auxquelles a souscrit ce même actionnaire. Il s'agit en effet de deux opérations synchrones et contradictoires, partant de France et y revenant, qui ne se sont traduites par aucun flux financier, et qui ont généré un avantage fiscal en France (déduction des intérêts d'obligations) et aux Etats-Unis (non-imposition des intérêts) sans générer d'autres avantages significatifs en l'absence d'impact sur le niveau des capitaux propres de la société française.

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice de leurs activités liées au post-marché. Si l'aller-retour des fonds dans l'Etat membre d'origine peut dans certain cas être détecté (notamment par des outils de sécurité

financière), ces établissements n'ont pas nécessairement connaissance de l'importance des fonctions commerciales exercées par l'entité interposée (voir les commentaires de l'OCDE sur le marqueur D2, IV-4-2 ci-après) ou de l'avantage principal que le contribuable peut attendre de l'opération.

IV-3 Marqueurs spécifiques liés aux opérations transfrontières

IV-3-1 Marqueur C.1.

Marqueur C.1. : Un dispositif qui prévoit la déduction des paiements transfrontières effectués entre deux ou plusieurs entreprises associées lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- a) le bénéficiaire n'a sa résidence fiscale dans aucune juridiction ;
- b) même si le bénéficiaire a sa résidence fiscale dans une juridiction, celle-ci :
 - (i) ne lève pas d'impôt sur les sociétés ou lève un impôt sur les sociétés à taux zéro ou presque nul, ou ;
 - (ii) figure sur une liste de juridictions ou de pays tiers qui ont été évaluées par les États membres collectivement ou dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) comme étant non coopératives.
- c) le paiement ouvre droit à une exonération fiscale totale dans la juridiction où le bénéficiaire a sa résidence fiscale ;
- d) le paiement ouvre droit à un régime fiscal préférentiel dans la juridiction où le bénéficiaire a sa résidence fiscale.

Les marqueurs C.1.b.i), C.1.c., et C.1.d. sont soumis à la condition préalable de l'avantage principal fiscal. Les marqueurs C.1.a. et C.1.b.ii) ne sont pas soumis à la condition préalable de l'avantage principal fiscal.

Ce marqueur vise les dispositifs comportant la déduction des paiements transfrontières effectués entre deux ou plusieurs entreprises associées lorsque l'une des conditions énumérées ci-dessus est remplie.

Pour l'application de ce marqueur, les précisions suivantes sont apportées :

(i) résidence à des fins fiscales : la résidence est déterminée en vertu des stipulations de la convention fiscale bilatérale ; à défaut de convention bilatérale, la résidence s'apprécie au regard des critères de l'article 4 du modèle de convention de l'OCDE ;

(ii) marqueur C.1. b. i) : l'administration française considère comme « presque nul » un impôt sur les sociétés dont le taux effectif d'imposition est inférieur à 2 % (les administrations belges et britanniques retiennent pour leur part un taux légal compris entre 0 et 1%, ce qui correspond aux orientations de la Commission européenne) ;

(iii) paiement : tout paiement reçu ou à recevoir ;

(iv) exonération : sont notamment assimilés à une exonération d'impôt, les paiements qui ne donnent lieu à aucune imposition en raison d'un abattement, d'une compensation ou d'une déduction de pertes ou d'autres charges déductibles, de la déduction ou de l'imputation d'impôts payés à l'étranger ou de crédits d'impôt fictifs. L'exonération peut résulter de la législation en vigueur ou d'une décision fiscale anticipée transfrontière relevant de la [directive \(UE\) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal](#) (dite DAC3) ;

(v) bénéficiaire : personne assujettie à l'impôt à raison du paiement. La détermination du bénéficiaire obéit à des règles spécifiques lorsque la société est :

- une société ou un groupement soumis au régime d'imposition prévu à l'[article 8 du CGI](#) ;

- un organisme de placement collectif (OPC) relevant de l'[article L. 214-1 du code monétaire et financier \(CoMoFi\)](#) et de l'[article L. 214-191 du CoMoFi](#) (organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) et fonds d'investissement alternatifs (FIA)) ;

- ou une société, un groupement, ou un organisme de même nature constitué sur le fondement du droit de l'Union européenne et situé dans un Etat membre de l'Union européenne (UE).

Dans ces cas, le bénéficiaire est l'actionnaire, l'associé ou le porteur de parts de la société transparente (dans le cas de certains OPC grand public, l'identification du bénéficiaire sera quasiment impossible).

(vi) liste de juridictions non coopératives : les juridictions considérées comme non coopératives sont celles qui :

- sont inscrites sur la liste publiée au journal officiel de l'UE. La liste de l'UE peut être consultée sur le site https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_fr ;

- sont évaluées comme juridictions « non conformes » ou « partiellement conformes » par l'OCDE dans le cadre du Forum mondial sur la transparence fiscale. La liste de l'OCDE peut être consultée sur le site <http://www.oecd.org/tax/transparency/>.

Les juridictions non coopératives au sens des règles relatives au marqueur C.1 sont celles qui figurent sur l'une des deux listes précitées, ou sur les deux, à la date du fait générateur de l'obligation déclarative (en principe, à la date du paiement).

(vii) régime fiscal préférentiel : cette notion est déterminée par référence à celle définie par l'action 5 du rapport BEPS et diffère de la notion de régime fiscal privilégié tel que défini à l'[article 238 A du CGI](#).

Un régime fiscal est considéré comme préférentiel dès lors qu'il offre une certaine forme de préférence fiscale comparativement aux principes généraux de la fiscalité du pays concerné. Cette préférence peut prendre des formes diverses.

Par exemple, peuvent être considérées comme caractéristiques d'un régime fiscal préférentiel la réduction du taux ou de la base d'imposition ou encore des conditions préférentielles de paiement ou de restitution d'impôts. Un faible niveau de préférence suffit à conclure à cette qualification.

Le régime doit être préférentiel comparativement aux principes généraux issus de la fiscalité de la juridiction concernée et non comparativement aux principes appliqués dans d'autres juridictions. Ainsi, dans une juridiction donnée, si le taux de l'impôt sur les sociétés appliqué à tous les revenus est de 10 %, l'imposition de redevances au taux de 10 % n'est pas préférentielle, même si ce taux est inférieur au taux appliqué dans d'autres juridictions.

Le régime fiscal préférentiel peut notamment résulter de la législation en vigueur ou d'une décision fiscale anticipée transfrontière (« ruling »).

L'administration belge précise que le fait qu'un paiement soit effectué entre deux banques établies dans le même Etat-membre n'est pas pertinent pour apprécier si le marqueur C1 est applicable : ce sont uniquement le lieu d'établissement des parties et les liens qui les unissent qui doivent être pris en compte (FAQ 4.3.3.7, p.21).

D'une façon générale, lorsque des paiements sont effectués par des établissements, leur caractère déclarable dépendra donc de la connaissance que ces établissements peuvent ou non avoir, compte tenu des diligences normales qu'ils doivent effectuer à raison de tels paiements :

- du fait que ces paiements sont ou non déduits du résultat imposable de l'entreprise qui les effectue (l'application de ce marqueur est donc a priori exclue dans le cas du paiement de dividendes –non déductibles dans quasiment toutes les juridictions

- et incertaine dans le cas du paiement d'intérêts – soumis à de nombreuses et complexes règles de limitation de déductibilité)
- des liens existant entre les entreprises payantes et bénéficiaires
- et de la juridiction dont dépend l'entreprise bénéficiaire, ainsi que du régime fiscal applicable au paiement dans le chef de cette dernière.

IV-3-2 Marqueur C.2.

Marqueur C.2. : Un dispositif prévoyant que des déductions pour le même amortissement d'un actif sont demandées dans plus d'une juridiction.

La déduction fiscale au titre de l'amortissement d'un même actif est demandée dans plus d'une juridiction sans qu'un double produit ait été enregistré comptablement et fiscalement.

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice de leurs activités liées au post-marché.

IV-3-3 Marqueur C.3.

Marqueur C.3. : Un dispositif prévoyant la demande d'un allègement de la double imposition pour le même élément de revenu ou de capital dans plusieurs juridictions.

En d'autres termes, ce marqueur s'applique quand un élément de revenu ou de capital est imposé une fois, mais que l'élimination de la double imposition est accordée deux fois, dans deux juridictions différentes. Dans ce cas, le dispositif à l'origine de l'allègement d'imposition doit être déclaré, à moins qu'il ne soit conforme à l'intention du législateur français ou communautaire. Il conviendra de déclarer notamment des dispositifs reposant sur des mécanismes de « chalandage des traités » (ou « treaty shopping »).

Il y a lieu de déclarer tout dispositif qui reposerait sur l'utilisation de 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. L'administration française illustre ainsi ce marqueur par un exemple inspiré des Cum-Ex.

Selon l'administration française, tous les dispositifs qui relèvent du marqueur C.3 ayant pour conséquence une double non-imposition qui ne résulterait pas de la volonté du législateur français ou communautaire doivent également être déclarés.

En revanche, ce marqueur ne concerne pas les dispositions des conventions fiscales bilatérales visant à éliminer les doubles impositions (quel que soit le mécanisme retenu par ces conventions), sous réserve que l'utilisation de ces dispositions ne soit pas contraire à la volonté du législateur français ou communautaire. A fortiori, il ne concerne pas non plus l'application des dispositions des conventions prévoyant l'application de taux réduits ou d'exonérations de retenues à la source.

IV-3-4 Marqueur C.4.

Marqueur C.4. : Un dispositif qui comprend des transferts d'actifs impliquant plusieurs juridictions dont les règles de détermination du montant payable en contrepartie des actifs concernés diffèrent dans une large mesure.

Ce marqueur vise 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. Le transfert d'actifs peut avoir lieu au sein d'une même entité juridique. C'est le cas lors du transfert d'actifs effectué entre un siège et son établissement stable.

Ne sont pas visées par ce marqueur les opérations de fusions et assimilées conformément à la [Directive 2009/133/CE 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 ou à un autre.

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice de leurs activités liées au post-marché.

IV-4 Marqueurs spécifiques concernant l'échange automatique d'informations et les bénéficiaires effectifs

Ces marqueurs se réfèrent aux règles définies par l'OCDE en 2018 dans le « Modèle de règles afférentes à la déclaration obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la norme commune de déclaration (NCD) et aux structures extraterritoriales opaques ».

IV-4-1 Marqueur D1

Ce marqueur renvoie à la Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (dite « DAC 2 » / Common reporting standard [CRS]) prise en application de la « norme commune de déclaration » (NCD), et aux définitions figurant à l'article 1649 AC du CGI ainsi qu'au décret n° 2016-1683 du 5 décembre 2016 fixant les règles et procédures concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, dites « norme commune de déclaration », s'agissant des termes « compte financier », « institution financière », « titulaire de compte » et « personne détenant le contrôle » (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°160).

Ce marqueur est construit avec une définition générale illustrée d'une liste non limitative d'exemples (ce qui justifie la présence d'une rubrique-balai D1 Other dans le cahier des charges de déclaration DAC6 publié le 17 décembre 2020 par la DGFIP). Il semble toutefois peu probable qu'une institution financière mettant en œuvre les EAI puissent se trouver en situation d'utiliser cette rubrique-balai, qui concerne essentiellement les contribuables et les autres intermédiaires. En effet :

- Un dispositif est transfrontière s'il peut avoir des conséquences sur l'échange automatique d'informations entre États ou territoires ou sur l'identification des bénéficiaires effectifs. Dans le cadre de l'échange automatique d'informations portant sur les comptes financiers en matière fiscale (Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (dite « DAC 2 » / Common reporting standard [CRS]), la condition de résidence ou d'activité s'apprécie au niveau d'un intermédiaire ou d'un contribuable mettant en œuvre un dispositif qui a pour conséquence de contourner ou de modifier l'obligation déclarative à charge d'un institution financière en application des dispositions prévues par l'article 1649 AC du CGI (BOI-CF-CPF-30-40-10-10, n°50).
- Une institution financière appliquant les EAI et les dispositions de l'article L564-1 du Code monétaire et financier (refus d'entrée en relation avec un client ne livrant pas les informations sur sa résidence fiscale et son NIF) est tenue de mettre en place un dispositif de contrôle interne chargé de veiller spécifiquement à la mise en place et à la bonne application des procédures internes assurant le respect des dispositions précitées (article L564-2 du CMF).
- En tout état de cause, une institution ne doit déclarer un dispositif sur la base du marqueur D1 que lorsqu'elle a connaissance ou ne peut ignorer que ce marqueur est satisfait (voir l'exemple 2 du BOFIP BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°200).

D'une façon générale, un dispositif n'est susceptible d'être déclaré sur la base du marqueur D1 que si, dans la situation de départ, un compte financier fait l'objet d'une déclaration dans le cadre

des EAI (non-résident détenant un compte dans une institution financière française, ou résident français détenant un compte dans une institution financière étrangère), et qu'il n'en fait plus l'objet dans la situation d'arrivée (voir BOI-CF-CPF-30-40-30-20, exemple 2 du n°240, et exemple 1 du n°250).

Pour autant, aux fins d'application du marqueur D, un dispositif n'est pas considéré comme ayant pour effet de contourner la NCD du seul fait que l'obligation déclarative n'a pas été satisfaite, à condition que le défaut de déclaration ne porte pas atteinte aux objectifs poursuivis par ladite législation (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°170).

- a) L'utilisation d'un compte, d'un produit ou d'un investissement qui n'est pas ou dont l'objectif est de ne pas être un compte financier, mais qui possède des caractéristiques substantiellement similaires à celles d'un compte financier ;

Ce marqueur vise l'utilisation d'un produit financier qui offre à l'investisseur les fonctionnalités d'un compte financier, mais dont les caractéristiques excluent ledit produit de la définition d'un « compte financier » au sens de l'article 4 du décret n° 2016-1683 du 5 décembre 2016, à savoir un compte de dépôt, un compte conservateur, une participation ou une créance émise par une entité d'investissement, un contrat d'assurance-vie ou un contrat de rente (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°180).

Dans la mesure où ce marqueur fait référence à « l'utilisation » du produit financier, ce marqueur couvre tant l'offre du produit que les dispositifs consistant à transférer des fonds vers un tel investissement.

Exemple 1 (BOFIP) : L'utilisation de certains types de monnaie électronique comme alternatives à l'utilisation d'un compte de dépôt, ou l'émission de certains types de contrats dérivés par des institutions financières qui sont hors du champ de la législation mettant en œuvre la NCD, mais qui reproduisent les caractéristiques des actifs financiers sous-jacents couverts par cette législation. Conclusion : Ce dispositif revêt les caractéristiques du marqueur D.1.a.

Des titres détenus au nominatif pur ne font pas l'objet d'une déclaration dans le cadre des EAI, puisque la tenue du registre au nominatif pur d'un émetteur ne constitue pas un compte conservateur (la seule exception concerne le cas où l'émetteur est une entité d'investissement, dont les titres de dette ou de capital sont en eux-mêmes un compte financier déclarable). Pour autant, la détention d'instruments financiers au nominatif pur ne présente pas pour un investisseur les mêmes fonctionnalités que leur détention sur un compte-titres (en particulier, l'investisseur ne choisit pas le teneur de registre). Une telle détention ne génère donc aucune obligation déclarative au titre de DAC6 pour l'émetteur ou pour l'établissement que l'émetteur mandate pour tenir son registre.

- b) Le transfert de comptes ou d'actifs financiers vers des juridictions qui ne sont pas liées par l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers avec l'Etat de résidence du contribuable concerné, ou le recours à de telles juridictions ;

C'est le marqueur le plus susceptible de faire l'objet d'un traitement automatisé de la part d'une institution financière.

- 1) Ce marqueur ne s'applique qu'aux transferts de comptes financiers, ou d'actifs financiers (définis au BOI-INT-AEA-20-10-10-10, n°70). Il ne s'applique pas aux transferts de numéraires, qui ne sont pas considérés comme des actifs financiers au sens de DAC2 (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°240).

Un transfert de compte s'entend de la clôture d'un compte de dépôt auprès d'une institution financière française et de la demande du transfert de l'intégralité des fonds sur un compte ouvert dans une juridiction non soumise à la réglementation NCD (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°240, exemple 2).

- 2) Ce marqueur vise les transferts de comptes ou d'actifs financiers vers une institution financière dans une juridiction qui n'a pas mis en œuvre la NCD ou qui n'échange pas, au titre de cette norme, de renseignements à des fins fiscales avec la juridiction de résidence du contribuable (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°230).

L'expression « juridiction qui n'échange pas, au titre de cette norme, de renseignements à des fins fiscales avec la juridiction de résidence du contribuable » obligerait les institutions financières à gérer le réseau d'échange d'information de l'ensemble des juridictions de résidence de leurs clients. Or l'OCDE a indiqué que « a Financial Institution carrying out routine banking transactions (such as money transfer, custody, etc) could not typically be expected to know the detail of a particular jurisdiction's CRS exchange network at a given time, but could reasonably be expected to know, with respect to jurisdictions with which the Financial Institution has regular contact, whether that jurisdiction has implemented the CRS. » (commentaire n°11, page 26).

Le commentaire et l'expression « juridiction qui n'a pas mis en œuvre la NCD » permettent donc l'utilisation la liste publiée par l'OCDE des « status of commitment » (liste au 25 novembre 2020 : <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/commitment-and-monitoring-process/AEOI-commitments.pdf>). Pour la déclaration des dispositifs mis en œuvre du 25 juin 2018 au 30 juin 2020, il convient d'utiliser la liste à jour du 16 septembre 2020 avec les juridictions indiquées comme n'échangeant pas des informations en 2020.

En tout état de cause, la liste publiée chaque année par la DGFIP des juridictions échangeant des informations avec la France n'est pas à utiliser par les institutions financières, puisque ce marqueur ne s'applique pas aux transferts effectués par des clients résidents français de ces institutions (qui sont hors champ des EAI).

- 3) Un dispositif n'a pas pour effet de contourner les EAI si les informations concernant un compte financier sont échangées par les Etats-Unis avec la juridiction de l'Etat de résidence du titulaire de compte dans le cadre d'un IGA modèle 1 réciproque signé pour l'application de FATCA (commentaires OCDE n°5, p.26).
- c) La requalification de revenus et de capitaux en produits ou en paiements qui ne sont pas soumis à l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers ;
- Une institution financière appliquant les EAI ne devrait avoir qu'exceptionnellement connaissance d'un tel dispositif. Le BOFIP ne fournit aucun exemple.
- d) Le transfert ou la conversion d'une institution financière, d'un compte financier ou des actifs qui s'y trouvent en institution financière, en compte financier ou en actifs qui ne sont pas à déclarer en vertu de l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers ;
- 1) Ce marqueur ne s'applique pas à des transferts vers des comptes financiers expressément exclus des EAI (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°250).

Exemple 3 (BOFIP) : Une personne physique ayant sa résidence fiscale en Allemagne et salariée d'une société basée en France détient un contrat de capitalisation auprès d'une compagnie d'assurance française. Elle demande le rachat de ce contrat et utilise les sommes pour ouvrir un plan épargne retraite auprès d'un organisme français (compte exclu du champ d'application de la NCD).

Conclusion : Les caractéristiques du marqueur D.1.d ne sont pas réunies dans la mesure où un transfert de fonds depuis un compte de dépôt déclarable vers un produit d'épargne retraite qui s'avère exclu du champ d'application de la NCD n'est, en principe, pas considéré comme ayant pour effet de contourner la législation mettant en œuvre la NCD.

- 2) Ce marqueur peut s'appliquer à des dispositifs complexes, mais une institution financière appliquant les EAI ne devrait avoir qu'exceptionnellement connaissance d'un tel dispositif

Exemple 2 (BOFIP) : Une personne physique fiscalement résidente de France transfère les fonds détenus par l'intermédiaire d'une structure étrangère dans un trust irrévocable et discrétionnaire dont le bénéficiaire est en apparence une fondation, mais qui au regard de son fonctionnement (utilisation à des fins personnelles des avoirs placés en trust par le constituant, sommes distribuées au constituant désigné bénéficiaire pour les besoins de la distribution) s'analyse comme un trust non discrétionnaire et révocable dont le bénéficiaire est le constituant. Conclusion : Ce dispositif revêt les caractéristiques du marqueur D.1.d.

- 3) Selon l'administration française, ce marqueur pourrait s'appliquer lorsque des avoirs détenus sur ce compte sont utilisés pour acquérir un immeuble locatif dans une juridiction ne respectant pas la NCD

Exemple 1 (BOFIP) : Une personne physique ayant sa résidence fiscale en France détient un compte de dépôt dans une banque d'un autre État membre de l'UE. Elle utilise les avoirs détenus sur ce compte pour acquérir un immeuble locatif dans une juridiction ne respectant pas la NCD ou qui n'échange pas de renseignements à des fins fiscales avec la France. Les caractéristiques du marqueur D.1.d sont réunies, dès lors que le compte financier soumis à la NCD est converti en actif qui n'est pas à déclarer selon la NCD, de surcroît dans une juridiction qui n'échange pas de renseignements à des fins fiscales. Conclusion : Ce dispositif revêt les caractéristiques du marqueur D.1.d.

Cet exemple peut sembler contestable : alors que le marqueur D1 se réfère aux règles définies par l'OCDE en 2018 dans le « Modèle de règles afférentes à la déclaration obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la norme commune de déclaration (NCD) et aux structures extraterritoriales opaques » (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°140), et que le considérant (13) de la Directive recommande aux Etats membres d'utiliser les commentaires OCDE pour une application homogène entre Etats, cet exemple s'écarte de ces commentaires (point 5, page 26) : « The mandatory disclosure rule are not intended to second guess clear policy choices that were made in the design of CRS. For instance, real estate is an asset class that is not within the intended scope of the CRS. As a result, an Arrangement to withdraw funds from a reportable Depositary account to purchase an apartment will not constitute a CRS Avoidance Arrangement, despite the fact that the Arrangement results in non-reporting of the funds that are used for the purchase. ». Les commentaires belges et britanniques sont dans le même sens. Enfin, lors d'une réunion du 24 septembre 2018, la Commission européenne avait considéré que la satisfaction de besoins de logement est un effet non fiscal permettant de faire obstacle à la déclaration d'un dispositif.

Pour être compatible avec les commentaires OCDE, cet exemple doit en tout état de cause recevoir une interprétation restrictive, limitée aux transferts liés :

- aux acquisitions d'immeubles locatifs...
- ...à usage professionnel (l'OCDE et la Commission européenne excluent les immeubles d'habitation)
- ...situés dans des juridictions ne respectant pas la NCD.

- e) Le recours à des entités, constructions ou structures juridiques qui suppriment ou visent à supprimer la déclaration d'un ou plusieurs titulaires de compte ou personnes détenant le contrôle dans le cadre de l'échange automatique d'informations sur les comptes financiers ;

Le marqueur D.1.e. vise les trois catégories d'opérations suivantes (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°270) :

- l'acquisition d'une société déclarant pouvoir prétendre automatiquement au statut d'ENF active dans la juridiction dans laquelle elle a été constituée ;
- la mise en place, par l'intermédiaire d'une ENF, de dispositifs d'investissements successifs qui a pour objectif d'éviter à un investisseur d'avoir à révéler son identité en vertu de la NCD ;

- la réalisation, au sein d'une ENF passive, d'investissements structurés de manière à ce que l'investisseur échappe à la définition de personne détenant le contrôle aux fins de la NCD. Cette catégorie couvre également les dispositifs destinés à requalifier une fiducie en société en tant qu'instrument d'investissement en vue d'éviter d'avoir à déclarer les bénéficiaires discrétionnaires de cette fiducie comme les personnes qui en détiennent le contrôle.

Exemple (BOFIP) : Une société en création ayant trois associés à parts égales qui ont leur résidence fiscale dans l'État membre A, et dont le siège est dans l'État B, ouvre un compte auprès d'un établissement bancaire F établi en France. Les statuts de la société en création prévoient l'exercice d'une activité commerciale et son code NACE (Nomenclature statistique des Activités économiques dans la Communauté Européenne) permet une qualification certaine en ENF active. La banque recueille et considère comme vraisemblable l'auto-certification de la société en création indiquant une résidence fiscale dans l'État B en tant qu'ENF active.

À l'ouverture du compte, l'établissement bancaire F applique les diligences prévues par la réglementation relative à l'échange automatique d'information (EAI) en matière de société en création et la société est considérée comme ENF active pendant un délai de vingt-quatre mois. À l'expiration de ce délai, la société a pour obligation de confirmer la qualification d'ENF active par une nouvelle auto-certification.

Conclusion : Dans le cas où la nouvelle auto-certification fournie confirme le statut d'ENF active de la société établie dans l'État A, le dispositif ne revêt pas les caractéristiques du marqueur D.1.e. En revanche, dans le cas où la nouvelle auto-certification n'est pas fournie, le dispositif revêt les caractéristiques du marqueur D.1.e.

Hormis dans le cas visé par l'exemple, une institution financière appliquant les EAI ne devrait avoir qu'exceptionnellement connaissance d'un tel dispositif.

- f) Les dispositifs qui portent atteinte aux procédures de diligence raisonnable utilisées par les institutions financières pour se conformer à leurs obligations de déclarer des informations sur les comptes financiers, ou qui exploitent les insuffisances de ces procédures, y compris le recours à des juridictions appliquant de manière inadéquate ou insuffisante la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, ou ayant des exigences insuffisantes en matière de transparence en ce qui concerne les personnes morales ou les constructions juridiques ;

Ce marqueur vise les dispositifs qui portent atteinte aux procédures de diligence raisonnable mises en place par les institutions financières pour collecter des renseignements au titre de la NCD concernant le titulaire d'un compte et les personnes qui détiennent le contrôle d'une ENF passive (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°290).

Ce marqueur englobe notamment le recours à des structures :

- qui peuvent éviter d'établir clairement l'identité du titulaire d'un compte et les personnes qui en détiennent le contrôle ;
- qui reposent sur la création d'indices ou de pièces justificatives destinées à induire en erreur une institution financière quant à la/aux juridiction(s) de résidence véritable(s) du titulaire d'un compte afin de favoriser la déclaration de renseignements erronés ou incomplets au titre de la NCD (BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°300).

Ce marqueur concerne tout dispositif ne permettant pas d'établir clairement l'identité des bénéficiaires effectifs sous-jacents, ce afin de faire échec à l'application des procédures de diligence raisonnable des institutions financières au titre de la NCD.

La précédente version du BOFIP comportait l'exemple d'une personne résidente fiscale du Royaume-Uni qui réalise des investissements mobiliers et immobiliers à Malte, qui lui permettent d'obtenir un certificat de résidence fiscale à Malte. Cet exemple a été supprimé du BOFIP publié le 25 novembre.

Une institution financière appliquant les EAI ne devrait avoir qu'exceptionnellement connaissance d'un tel dispositif. En cas d'in vraisemblance sur une autocertification, une telle institution financière appliquerait ses procédures EAI (refus d'entrée en relation ou déclaration dans toutes les juridictions résultant d'un changement de circonstances).

IV-4-2 Marqueur D2

Marqueur D2 : un dispositif fait intervenir une chaîne de propriété formelle ou effective non transparente par le recours à des personnes, des constructions juridiques ou des structures :

- a) Qui n'exercent pas une activité économique substantielle s'appuyant sur des effectifs, des équipements, des ressources et des locaux suffisants ; et
- b) Qui sont constitués, gérés, contrôlés ou établis ou qui résident dans toute juridiction autre que la juridiction de résidence de l'un ou plusieurs des bénéficiaires effectifs des actifs détenus par ces personnes, constructions juridiques ou structures ; et
- c) Lorsque les bénéficiaires effectifs de ces personnes, constructions juridiques ou structures, au sens de la directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, sont rendus impossibles à identifier.

Les conditions sont cumulatives. Le BOFIP ne donne aucun exemple. Le terme « bénéficiaire effectif » doit être interprété conformément aux recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et recouvre toute personne physique qui exerce un contrôle sur une personne morale ou construction juridique. Une construction juridique désigne une fiducie en tant que telle ou une autre construction juridique analogue (trust, treuhand, ou fideicomiso, BOI-CF-CPF-30-40-30-20, n°330 à 350).

Une institution financière française appliquant les EAI, les règles LCB-FT et de sécurité financière ne devrait avoir qu'exceptionnellement connaissance d'un tel dispositif. En effet :

- Selon l'OCDE, « This should generally not affect Financial Institution in their ordinary banking activities. For instance, a Financial Institution that, as part of its ordinary banking activities, opens an account for a non-resident entity, may hold sufficient information to determine whether it is offshore, but would, in ordinary circumstances, be unlikely have access to information that would allow the Financial Institution to determine whether the entity is passive or held through an Opaque Sutructure.”. (Commentaires n°56 p.35).
- Les bénéficiaires effectifs des entités non cotées européennes sont désormais inscrits sur un registre, qui est accessible gratuitement au public en France (décret n°2020-118 et 2020-119 du 12 février 2020). Or, selon les commentaires publiés le 18 novembre 2020 par le HMRC, (IEIM645020), « The test in paragraph (c) is whether beneficial owners can reasonably be identified by relevant tax authorities, including HMRC. The identity of the beneficial owners does not have to be publicly available, although where such persons are listed on public registers of beneficial ownership, that will be sufficient for the hallmark not to be met.”
- Les ouvertures de comptes effectuées depuis le 1er septembre 2020 par les institutions financières françaises donnent lieu à la déclaration des bénéficiaires effectifs dans le fichier FICOBA (ordonnances n°2020-115 du 12 février 2020, et arrêté du 24 avril 2020 modifiant les articles 164 FB et suivants de l'annexe IV au CGI). Or la FAQ mise à jour le 15 juin 2020 par l'administration belge comporte la précision suivante (p.26) : « Le marqueur D2 ne s'applique pas lorsqu'il est satisfait aux obligations du chapitre II « informations sur les bénéficiaires effectifs » de la directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du systèmes financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, car la condition de non-transparence dans le chef de ce marqueur n'est plus pertinente. »

IV-5 Marqueurs spécifiques concernant les prix de transferts

IV-5-1 Marqueur E.1.

Marqueur E.1 : Dispositif qui prévoit l'utilisation de régimes de protection unilatéraux.

Le régime de protection unilatérale est défini dans la section E du Chapitre IV des « [Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert](#) ».

Un régime de protection est une disposition qui s'applique à une catégorie bien définie de contribuables ou de transactions et qui les exempte de certaines obligations normalement imposées par les règles générales en matière de prix de transfert d'un pays. Un régime de protection remplace ces règles générales par des obligations plus simples.

Un régime de protection peut, par exemple, autoriser les contribuables à fixer leurs prix de transfert d'une certaine façon, notamment en appliquant une méthode simplifiée prescrite par l'administration fiscale. Un régime de protection peut aussi exempter une catégorie de contribuables ou de transactions de l'application de tout ou partie des règles générales en matière de prix de transfert.

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice de leurs activités liées au post-marché.

IV-5-2 Marqueur E.2.

Marqueur E.2 : Un dispositif qui prévoit le transfert d'actifs incorporels, ou des droits portant sur de tels actifs qui s'avèrent difficiles à évaluer au moment de leur transfert entre des entreprises associées.

L'expression « incorporels difficiles à évaluer » désigne des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels pour lesquels, au moment du transfert entre des entreprises associées :

- il n'existe pas de comparables fiables ;
- et au moment de la conclusion de la transaction, les prévisions des flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'actif incorporel transféré ou les hypothèses utilisées pour évaluer l'actif incorporel sont très incertaines et rendent difficile la prévision du niveau de réussite finale de l'actif incorporel au moment du transfert.

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice de leurs activités liées au post-marché.

IV-5-3 Marqueur E.3.

Marqueur E.3 : Un dispositif mettant en jeu un transfert transfrontière de fonctions et/ou de risques et/ou d'actifs au sein du groupe, si le bénéfice annuel avant intérêts et impôts que le ou les cédants prévoi(en)t de réaliser dans les trois ans suivant le transfert est inférieur à 50 % du bénéfice annuel avant intérêts et impôts que les mêmes personnes prévoiraient de réaliser si le transfert n'avait pas lieu.

Ce marqueur vise tout dispositif relatif à un transfert transfrontière de fonctions, et /ou de risques, et/ou d'actifs au sein d'un même groupe, ayant pour conséquence, dans les trois ans qui suivent l'opération, une diminution d'au moins 50 % du bénéfice annuel avant intérêts et impôt réalisé par le ou les cédants par rapport à celui qu'ils auraient constaté si l'opération n'avait pas eu lieu.

Ne sont pas visées par ce marqueur les opérations de fusions et assimilées conformément à la [Directive 2009/133/CE 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'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre ou à un autre.](#)

Ce marqueur ne devrait concerner qu'exceptionnellement les établissements dans l'exercice de leurs activités liées au post-marché.

SOURCES

Union européenne :

directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (dite « DAC 6 ») :
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0822>

OCDE :

Rapport final de l'OCDE sur l'action 12 du Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) :
<https://www.oecd.org/fr/ctp/regles-de-communication-obligatoire-d-informations-action-12-rapport-final-2015-9789264252417-fr.htm>

OCDE 2018 : Modèle de règles afférentes à la déclaration obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la norme commune de déclaration (NCD) et aux structures extraterritoriales opaques : <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.pdf>

France :

ordonnance n° 2019-1068 du 21 octobre 2019 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration

article 53 de la troisième loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020, qui décale l'entrée en vigueur des obligations déclaratives.

décrets n° 2020-270 du 17 mars 2020 et n°2020-1769 du 30 décembre 2020

BOFIP publié le 25 novembre 2020 (à comparer aux versions précédentes publiées les 9 mars et 29 avril 2020) : <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12614-PGP.html/ACTU-2020-00291>

Espace DAC6 sur le site impots-gouv : <https://www.impots.gouv.fr/portail/directive-ue-dac6-declaration-des-dispositifs-transfrontieres>

Cahier des charges pour les déclarations DAC6 :
https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/1_metier/5_international/cahier_des_charges_dac6_v1.4.pdf

Autres administrations européennes :

FAQ publiée par l'administration belge le 15 juin 2020 : https://eservices.minfin.fgov.be/myminfin-web/pages/fisconet?_ga=2.223569947.1609852427.1611820459-531694908.1609164032#!/document/f1d1bb0c-89ef-4424-8740-50ca28bedef0

Commentaires publiés par l'administration du Royaume-Uni (HMRC) dans leur version du 18 novembre 2020 : même si le Royaume-Uni a ultérieurement indiqué qu'il n'appliquerait la directive que pour les dispositifs relevant des marqueurs D (à effet au 31 décembre 2020), ces commentaires demeurent intéressants pour l'analyse : <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-exchange-of-information/ieim600000>

Commentaires publiés par l'administration du Luxembourg le 12 février 2021 : <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/echanges-electroniques/dac6/Precisions-concernant-l-interpretation-de-la-loi-du-25-mars-2020-Version-PDF-20210212-.pdf>

Associations professionnelles :

Guide professionnel DAC6 de l'AMAFI

Guide professionnel DAC6 de l'AFG

Reporting under DAC6 : ALFI considerations



36, rue Taitbout - 75009 Paris
Tél. 01 48 00 52 01 – secretariat.afti@fbf.fr

www.afti.asso.fr