

Projet pour commentaires

Communication obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la NCD et aux structures extraterritoriales opaques

Période de consultation:

11 décembre 2017- 15 janvier 2018



Communication obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la NCD et aux structures extraterritoriales opaques

Projet pour commentaires - Consultation publique



TABLE DES MATIÈRES

RÈGLES TYPES DE DÉCLARATION OBLIGATOIRE ET COMMENTAIRES.....	5
CHAPITRE 1 DÉFINITION D'UN DISPOSITIF DE CONTOURNEMENT DE LA NCD.....	8
CHAPITRE 2 DÉFINITION D'UNE STRUCTURE EXTRATERRITORIALE OPAQUE	15
CHAPITRE 3 OBLIGATIONS DÉCLARATIVES DES INTERMÉDIAIRES.....	21
CHAPITRE 4 COMMUNICATION D'INFORMATIONS	29
CHAPITRE 5 PÉNALITÉS	36
ANNEXE PROJET CONSOLIDÉ DE RÈGLES TYPES	38

**COMMUNICATION OBLIGATOIRE D'INFORMATIONS RELATIVES AUX DISPOSITIFS DE
CONTOURNEMENT DE LA NCD ET AUX STRUCTURES EXTRATERRITORIALES
OPAQUES : PROJET DE RÈGLES POUR CONSULTATION PUBLIQUE**

11 décembre 2017

Les ministres des Finances du G7 ont, dans la déclaration de Bari publiée le 13 mai 2017, invité l'OCDE à commencer à « *envisager des solutions face aux dispositifs conçus pour contourner la Norme commune de déclaration ou visant à permettre aux bénéficiaires effectifs de s'abriter derrière des structures non transparentes* ».

Il est précisé dans la déclaration qu'il conviendrait notamment d'examiner des « *règles de communication obligatoire d'information inspirées de l'approche retenue pour les dispositifs visant à échapper à l'impôt telle que présentée dans le Rapport sur l'Action 12 du Projet BEPS* ». Si ce rapport ne représente pas un standard minimum, il offre un cadre pour l'élaboration de règles de communication obligatoire d'informations fondé sur les meilleures pratiques, et propose aux administrations fiscales différentes options face aux risques perçus. Il expose les principaux éléments des règles de communication obligatoire d'informations conçues pour cibler les structures et ceux qui en font la promotion qui font peser le plus de risques, tout en limitant la charge du respect des obligations fiscales pour les contribuables présentant de faibles risques.

Les informations relatives aux stratégies de planification fiscale extraterritoriales révélées par les organes d'information, telles que notamment les enquêtes menées par le Consortium international de journalistes d'investigation (ICIJ) et couramment connues sous le nom de « Panama Papers » et de « Paradise Papers », conjuguées aux renseignements collectés dans le cadre des activités de discipline fiscale de certaines administrations fiscales, des discussions avec des conseillers, et des travaux relatifs à la communication d'informations menés par l'OCDE au titre de la NCD montrent que certains conseillers professionnels continuent de concevoir, commercialiser ou accompagner la mise en œuvre de dispositifs et de structures extraterritoriales, qui peuvent être utilisés par des contribuables pour contourner leurs obligations déclaratives vis-à-vis de l'administration fiscale de leur juridiction de résidence.

Dans ce contexte, et conformément au mandat qui lui a été confié par les ministres des Finances du G7, l'OCDE étudie actuellement différentes approches susceptibles d'être adoptées face aux dispositifs conçus pour contourner, ou tenter de contourner la NCD (« Dispositifs de contournement de la NCD ») et à l'utilisation de structures extraterritoriales non-transparentes pour dissimuler les véritables bénéficiaires effectifs (« Structures extraterritoriales »). Ces approches passent notamment par l'élaboration de mesures centrées sur l'amélioration des renseignements à la disposition des administrations fiscales dans le cadre de la législation et des dispositifs d'échange d'informations actuels (renforcement de la collaboration à travers le Réseau JITSIC, et usage plus étendu des demandes sur les groupes de contribuables et de l'échange spontané de renseignements, par exemple), ainsi que par des mesures d'action publique, comme la définition de mesures réglementaires ou d'obligations de communication supplémentaires.

L'une des approches envisagées repose sur la mise en place de Règles de communication obligatoire d'informations relatives aux Dispositifs de contournement de la NCD et aux Structures extraterritoriales opaques (« les Règles types »), inspirées des recommandations du Rapport sur l'Action 12 et adaptées pour tenir compte des problèmes de discipline fiscale soulevés par ce type de dispositifs et de structures.

Outre la présente note de couverture, ce document pour consultation comporte trois grandes parties :

- Une brève introduction au projet de Règles types de communication obligatoire d'informations ;
- Le projet de Règles types de communication obligatoire d'informations, accompagnées des projets de Commentaires correspondants, et regroupées dans différents chapitres couvrant les aspects clés suivants :
 - Chapitre 1 – Définition d'un Dispositif de contournement de la NCD
 - Chapitre 2 – Définition d'une Structure extraterritoriale opaque
 - Chapitre 3 – Obligations de communication des intermédiaires
 - Chapitre 4 – Communication d'informations
 - Chapitre 5 – Pénalités ; et
- Une annexe comportant les Règles de communication obligatoire d'informations consolidées.

Les propositions qui figurent dans ce projet de document pour consultation ne sont pas représentatives d'un consensus au sein du Comité des affaires fiscales ou de ses organes subsidiaires, mais sont destinées à fournir aux parties prenantes des propositions de fond pour analyse et commentaires.

Les parties intéressées sont invitées à soumettre leurs commentaires sur ce projet de document pour consultation au plus tard le 15 janvier 2017 et à les transmettre par courrier électronique à l'adresse WP10@oecd.org sous format Word (afin de faciliter leur diffusion auprès des responsables gouvernementaux), sachant qu'ils doivent être adressés à la Division de la coopération internationale et l'administration fiscale, OCDE/CTPA, et devront être accompagnés d'un résumé ne dépassant pas deux pages si leur longueur excède dix pages.

Veillez noter que tous les commentaires sur ce projet de document pour consultation seront publiés. Les commentaires soumis à titre collectif au nom d'un « groupement » ou d'une « coalition » ou par une personne agissant au nom d'une autre personne ou d'un groupe de personnes devront mentionner les noms de toutes les entreprises ou de tous les individus qui sont membres de ce groupe, ou de la personne ou des personnes au nom desquelles le ou les commentateurs s'expriment.

RÈGLES TYPES DE DÉCLARATION OBLIGATOIRE ET COMMENTAIRES

Objectif des Règles de déclaration obligatoire (« RDO ») des Dispositifs de contournement de la NCD et des Structures extraterritoriales opaques

1. Les présentes règles types ont pour double objectif de fournir aux administrations fiscales des renseignements sur la conception et l'offre de Dispositifs de contournement de la NCD et de Structures extraterritoriales opaques et de dissuader la commercialisation et la mise en œuvre de ce type de montages, lorsqu'ils visent à contourner les obligations déclaratives de la NCD ou à dissimuler le bénéficiaire effectif d'un instrument extraterritorial.

2. Les règles types imposent aux Intermédiaires (ou aux contribuables) de transmettre à l'administration fiscale certaines informations concernant à la fois les Dispositifs de contournement de la NCD et les Structures extraterritoriales opaques. La transmission de ces informations peut aider les administrations fiscales à disposer de renseignements sur les montages utilisés ou commercialisés auprès des contribuables dans leurs juridictions respectives. En outre, les règles types ont été conçues de telle sorte qu'elles facilitent l'échange spontané des informations lorsque les renseignements fournis par les Intermédiaires concernent un ou plusieurs Contribuables spécifiques visés par l'obligation déclarative. Il est envisagé que ces renseignements soient transmis spontanément à la ou aux administration(s) fiscale(s) de la (des) juridiction(s) dont le Contribuable concerné est résident à des fins fiscales conformément aux instruments juridiques internationaux en vigueur. Les modalités, les délais applicables et la nature des informations transmises seront définis plus en détail à un stade ultérieur, dans un accord portant sur le fonctionnement de ces règles.

Principaux éléments des RDO

3. Comme indiqué dans le Rapport sur l'Action 12, la conception d'un régime de déclaration obligatoire repose sur cinq éléments clés :

- (a) Une description des dispositifs soumis à l'obligation déclarative (c.-à.-d les marqueurs ou caractéristiques d'un montage potentiellement à déclarer) ;
- (b) Une description des personnes tenues de déclarer de tels dispositifs (c.-à.-d des Intermédiaires soumis aux obligations déclaratives) ;
- (c) Un fait générateur déclenchant l'obligation déclarative (c.-à.-d le moment où l'obligation déclarative se matérialise) ;
- (d) Une description des informations à transmettre (en ce inclus les éventuelles exceptions) ; et
- (e) Les sanctions applicables en cas de manquement.

La conception des Règles types de déclaration obligatoire qui sont présentées ci-après reflète ces cinq éléments clés.

Marqueurs (ou caractéristiques) types

4. Les chapitres 1 et 2 des règles types définissent les marqueurs des Dispositifs de contournement de la NCD et des Structures extraterritoriales opaques. Le marqueur générique des Dispositifs de contournement de la NCD vise tout dispositif dont on peut raisonnablement conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de contourner la NCD ou qu'il a pour effet de la contourner. Ce test de base est complété par des marqueurs spécifiques, qui visent les caractéristiques connues des Dispositifs de contournement de la NCD. Ces marqueurs spécifiques ont été identifiés sur la base de l'expérience d'un certain nombre d'administrations fiscales et en réponse à des montages présentés dans le cadre du mécanisme de dénonciation de montages propre au Groupe de travail n°10.

5. Le marqueur des Structures extraterritoriales opaques vise spécifiquement les instruments extraterritoriaux passifs détenus par l'intermédiaire de « Structures opaques ». Ce marqueur permet de compléter les règles applicables aux Dispositifs de contournement de la NCD en prévoyant des exemples plus précis de types de structures extraterritoriales dont on peut raisonnablement conclure qu'elles ont pour effet de compromettre ou de profiter des faiblesses des procédures de diligence raisonnable au titre de la NCD. Ce marqueur devrait également viser des structures extraterritoriales qui ne sont généralement pas considérées comme soumises aux obligations déclaratives de la NCD (comme les holdings immobilières).

6. A l'instar du marqueur applicable aux Dispositifs de contournement de la NCD, la définition d'une « Structure opaque » consiste en un test de base visant à déterminer si ladite Structure de propriété a pour effet de dissimuler ou de déguiser l'identité du bénéficiaire effectif, ce test étant complété de mesures ciblant certaines techniques de planification fiscale spécifiques pouvant être utilisées dans le même objectif, comme le recours à des mandataires non déclarés comme tels.

Identification des Intermédiaires et calendrier des obligations déclaratives

7. Le chapitre 3 couvre la définition de ce qu'est un Intermédiaire ainsi que les règles relatives au moment où un Intermédiaire est tenu de communiquer les informations concernées. Par Intermédiaire, on entend toute personne qui est responsable de la conception ou de la commercialisation d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque (tout Ingénieur de structure) ainsi que toute personne dont l'implication dans la conception, la commercialisation, la mise en œuvre ou la gestion de ces montages (tout Prestataire de services) est suffisante pour qu'elle ait conscience que le montage risque d'être utilisé pour contourner la NCD ou pour dissimuler ou déguiser l'identité du véritable bénéficiaire effectif. En restreignant la définition d'Intermédiaire aux personnes responsables de - ou directement impliquées dans - la conception, de la commercialisation ou de la gestion du montage, les règles en matière de communication d'informations prévoient un deuxième critère à respecter, en dehors des marqueurs, ce qui limite leur application aux Intermédiaires et aux montages présentant le plus de risques du point de vue de leur conformité.

8. Tout Intermédiaire est tenu de déclarer un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque à la date à laquelle le montage est mis à disposition pour la première fois ou à la date à laquelle l'Intermédiaire fournit des services portant sur le montage. Cela permet de s'assurer que l'administration fiscale est alertée rapidement des risques potentiels posés en termes de conformité et qu'elle dispose des informations actualisées sur les utilisateurs réels du montage au moment où il est mis en œuvre.

Informations visées par l'obligation déclarative

9. Le chapitre 4 détaille la nature des informations qui doivent être déclarées au titre d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque. Il s'agit notamment des caractéristiques précises du montage lui-même, ainsi que l'identité des utilisateurs effectifs ou potentiels de celui-ci, et de toute personne impliquée dans la fourniture de ce montage. Les informations prévues par les règles types sont conçues de manière à viser les informations présumées être les plus pertinentes pour évaluer les risques potentiels, et à permettre à l'administration fiscale concernée d'identifier sans difficulté

les juridictions auxquelles les informations devraient être transmises en priorité dans le cadre d'un échange spontané de renseignements.

10. Ces règles n'imposent pas à un Intermédiaire de communiquer des informations protégées par le secret professionnel, et font également en sorte d'éviter que les mêmes informations soient transmises plusieurs fois auprès d'une même administration fiscale. Dans le cas où l'Intermédiaire est hors champ de l'obligation déclarative ou s'il n'est pas tenu de procéder à une telle déclaration en application de règles de secret professionnel, l'obligation déclarative est reportée sur le contribuable concerné.

Pénalités

11. Chaque pays est invité à définir les sanctions devant être appliquées en cas de non-respect de l'obligation déclarative en tenant compte des circonstances qui lui sont propres. Une approche possible en matière de pénalités est cependant proposée en commentaire aux fins d'illustration.

CHAPITRE 1

DÉFINITION D'UN DISPOSITIF DE CONTOURNEMENT DE LA NCD

Règle type

12. Ce chapitre définit le marqueur des Dispositifs de contournement de la NCD. Il commence par une description générale des principales caractéristiques de ces dispositifs (marqueur générique), puis fournit des exemples précis de dispositifs visés par cette description générale (marqueurs spécifiques). Cette approche est conçue pour viser avec certitude les dispositifs connus de contournement de la NCD, tout en étant suffisamment souple pour pouvoir couvrir les dispositifs qui n'ont pas encore été identifiés mais qui sont susceptibles de présenter un risque pour l'intégrité de la NCD.

1. Définition d'un Dispositif de contournement de la NCD

1.1 Par « Dispositif de contournement de la NCD », on entend tout dispositif dont on peut raisonnablement conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de contourner la Législation NCD ou d'exploiter l'absence de législation en la matière ou qu'il produit un tel effet. Dans tous les cas, les Dispositifs de contournement de la NCD incluent notamment mais de manière non exclusive :

- (a) l'utilisation d'un compte, produit ou investissement qui n'est pas, ou est réputé ne pas être un Compte financier, mais dont les caractéristiques sont sensiblement similaires à celles d'un Compte financier ;
- (b) un Dispositif visant à :
 - (i) transférer un Compte financier, ou les sommes et/ou actifs financiers détenus dans ce Compte financier vers une Institution financière qui n'est pas une Institution financière déclarante ;
 - (ii) requalifier ou transférer un Compte financier, ou les sommes et/ou actifs financiers détenus dans ce Compte financier vers un Compte financier qui n'est pas un Compte déclarable ; ou
 - (iii) requalifier une Institution financière en Institution financière qui n'est pas une Institution financière déclarante ;

lorsqu'il est raisonnable de conclure que ladite requalification ou ledit transfert a été conçu ou commercialisé dans le but de contourner la Législation NCD ou d'exploiter l'absence de législation en la matière ou qu'il produit un tel effet ;

- (c) un Dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de, ou qui a pour effet de, compromettre l'efficacité ou exploiter les failles des procédures de diligence raisonnable appliquées par les Institutions financières pour

1. Définition d'un Dispositif de contournement de la NCD

identifier de manière correcte :

- (i) le Titulaire d'un compte et/ou la Personne détenant le contrôle ; ou
- (ii) toutes les juridictions de résidence fiscale d'un Titulaire d'un compte et/ou d'une Personne détenant le contrôle ;
- (d) un Dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de, ou qui a pour effet de, permettre :
 - (i) à une Entité d'être qualifiée d'entité non financière (ENF) active ;
 - (ii) la réalisation d'un investissement par l'intermédiaire d'une Entité sans déclencher l'obligation déclarative de la NCD ; ou
 - (iii) à une personne d'éviter d'être considérée comme un Personne détenant le contrôle ; et
- (e) un Dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de, ou qui a pour effet de, répertorier ou déguiser un paiement effectué au bénéfice d'un Titulaire d'un compte et/ou d'une Personne détenant le contrôle en un paiement qui ne doit pas être déclaré en application de la Législation NCD.

1.2 Les termes et expressions commençant par une majuscule et figurant entre guillemets ci-après sont définis comme suit :

- (a) le terme « Dispositif » désigne tout accord, montage, schéma ou plan, ayant ou non une force exécutoire d'un point de vue juridique, ainsi que toutes les étapes et transactions par lesquelles ce Dispositif prend effet ;
- (b) l'expression « Législation NCD » désigne la Norme commune d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, telle que transposée dans la législation nationale de la juridiction où est détenu le compte considéré, et englobe tout instrument juridique international prévoyant l'échange de renseignements obtenus en application de ladite législation en vigueur et ayant pris effet dans la juridiction en question.

Les autres termes commençant par une majuscule qui ne sont pas définis par ailleurs doivent s'entendre selon le sens qui leur est donné dans la Législation NCD.

Commentaires

1.1 - Marqueur générique d'un Dispositif de contournement de la NCD

13. La définition générale d'un « Dispositif de contournement de la NCD » est donnée dans les remarques introductives de la Section 1.1. Elle fait référence à tout dispositif qui a pour effet de ou qui ou a été conçu dans le but de contourner les obligations déclaratives et d'échange de renseignements au titre de la NCD applicables en vertu de la législation de la juridiction où est détenu le compte considéré.

14. Un Dispositif sera considéré comme contournant la Législation NCD lorsqu'il permet de se soustraire à l'obligation déclarative de la NCD dans la/les juridiction(s) de résidence d'un contribuable, notamment en :

- exploitant l'absence de Législation NCD ou de mise en oeuvre adéquate de cette législation ;
- exploitant l'absence d'accord régissant les échanges au titre la NCD avec une ou plusieurs juridictions de résidence dudit contribuable ;
- compromettant les procédures de diligence raisonnable appliquées par une Institution financière en vertu de la Législation NCD ou en exploitant les lacunes desdites procédures ; ou en
- compromettant d'une autre façon les objectifs fixés de la NCD.

Le critère générique couvre par conséquent les dispositifs dont les caractéristiques visent à les exclure du champ d'application des obligations déclaratives de la NCD (dispositif de contournement *de jure*), ainsi que les dispositifs qui, bien que ne supprimant pas juridiquement l'obligation déclarative au titre de la NCD, peuvent se traduire dans les faits par une absence de déclaration, ou par la déclaration de renseignements incomplets ou inexacts dans la juridiction de résidence de l'utilisateur du dispositif. Par conséquent, la définition d'un Dispositif de contournement de la NCD ne couvre donc pas les dispositifs qui donnent lieu à l'échange de renseignements portant sur les comptes financiers qui seraient identiques à ceux qui sont échangés par les États-Unis en vertu d'un accord inter-gouvernemental de mise en œuvre de la loi FATCA avec la juridiction de résidence du contribuable, et qui auraient été déclarés et échangés au titre de la NCD.

15. Un dispositif sera visé par le marqueur générique s'il a réellement pour effet de contourner la NCD, s'il est conçu à cette fin ou commercialisé comme produisant cet effet. Autrement dit, le marqueur générique couvre à la fois les dispositifs qui sont, ou peuvent être, utilisés pour se soustraire aux obligations juridiques découlant de la Législation NCD applicable ou pour aller à l'encontre de ces obligations, ainsi que ceux fondés sur une interprétation ou une application sciemment erronées de cette législation. Le terme « conçu » fait référence aux caractéristiques intrinsèques du dispositif qui visent à faciliter la non-déclaration. Un montage devra être considéré comme « commercialisé » en tant que Dispositif de contournement de la NCD s'il existe des preuves (déclarations écrites ou orales faites par un fiscaliste, par exemple) attestant que l'un des avantages attendus de ce dispositif est l'absence de déclaration au titre de la NCD. La « commercialisation » ne couvre pas la fourniture d'un avis juridique à un client souhaitant savoir si tel ou tel dispositif envisagé ou existant est soumis à l'obligation déclarative de la NCD (ou de quelle manière un dispositif doit être déclaré au titre de la NCD). La « commercialisation » recouvre en revanche toute utilisation ultérieure d'un tel avis pour vendre un investissement ou une structure d'investissement à un tiers en invoquant son traitement au regard de la NCD.

16. Le critère défini par l'expression « dont on peut raisonnablement conclure » doit être considéré d'un point de vue objectif, sans référence à l'intention subjective des personnes responsables de la conception, de la commercialisation ou de l'utilisation du dispositif. Ce critère sera donc satisfait dès lors qu'une personne raisonnable se positionnant comme un conseiller professionnel et ayant une compréhension globale des dispositions et des conséquences du dispositif et des circonstances dans lesquelles il est conçu, commercialisé et utilisé, aboutit à cette conclusion.

1.1(a) – Investissements financiers non qui ne sont pas des Comptes financiers

17. Le premier marqueur spécifique vise les situations dans lesquelles une personne propose un produit financier qui offre à l'investisseur les fonctionnalités essentielles d'un compte financier, mais dont les caractéristiques sont conçues pour exclure ledit produit de la définition d'un « Compte financier » aux fins de la NCD. Ce marqueur spécifique couvrirait, par exemple, l'utilisation de certains types de monnaie électronique ou l'émission de certains types de contrats dérivés par des institutions financières. En faisant

référence à leur « utilisation », ce marqueur couvre aussi bien l'offre de tels produits que les dispositifs consistant à transférer des fonds vers de tels investissements.

1.1(b) – Dispositifs visant à transférer des fonds hors du champ d'application de l'obligation déclarative de la NCD

18. Le deuxième marqueur spécifique des règles types couvre les dispositifs visant à transférer des fonds ou d'autres actifs financiers vers des institutions ou des comptes financiers qui ne sont pas visés par l'obligation déclarative de la NCD. À la différence du premier marqueur, qui porte essentiellement sur les caractéristiques spécifiques au produit permettant d'exclure celui-ci du champ d'application de la NCD, ce marqueur s'applique à la juridiction dans laquelle est proposé le produit, et aux exonérations à l'obligation de déclaration prévues dans cette juridiction, afin d'identifier les dispositifs porteurs de risques de contournement de la NCD. Ce marqueur engloberait les transferts de fonds vers une banque située dans une juridiction qui n'échange pas de renseignements à des fins fiscales avec le pays de résidence du contribuable au titre de la NCD, certains transferts de fonds vers un compte qui n'est pas soumis à l'obligation de déclaration, bien qu'il soit logé au sein d'une institution financière dans une juridiction participante, ou encore des stratégies consistant par exemple à diviser les montants détenus sur un compte bancaire pour rester en-deçà du seuil des 250 000 USD fixé pour les obligations déclaratives.

19. Ce marqueur spécifique ne s'appliquerait pas au transfert des fonds des fonds entre des comptes au sein d'une même institution financière ou vers un compte dans un autre établissement bancaire conformément aux instructions de son client. Un tel transfert ne constituerait pas en soi une preuve suffisante de l'existence d'un arrangement conclu entre la banque et le client pour contourner la Législation NCD (ou pour exploiter l'absence de législation en la matière). Même dans l'hypothèse où un tel transfert ferait partie intégrante d'un Dispositif de contournement de la NCD conclu entre le client et un tiers conseiller, la banque ne serait pas considérée comme un « Intermédiaire » au sens du chapitre 3 à moins de pouvoir raisonnablement penser qu'elle avait connaissance dudit dispositif et de ses conséquences fiscales. Ce marqueur spécifique s'appliquerait, en revanche, si la banque, en sa qualité de gestionnaire de portefeuille, avait conseillé au client de transférer ces fonds vers une autre juridiction ou vers un autre compte afin d'échapper à ses obligations déclaratives au titre de la NCD.

20. Ce marqueur spécifique s'applique au transfert de fonds ou d'autres actifs financiers, et englobe les cas dans lesquels une modification de la structure d'investissement a pour effet d'extraire le compte hors du champ d'application de la déclaration NCD. Il définit un critère précis portant sur les risques connus qui peuvent être évalués à un moment donné (à savoir à la date du transfert ou de la conversion), et ouvre la possibilité pour les Intermédiaires, et notamment les gestionnaires de portefeuille, d'élaborer plus facilement les procédures qui s'imposent pour assurer le respect des obligations fiscales.

1.1(c) – Dispositifs compromettant l’efficacité et exploitant les failles des procédures de diligence raisonnable

21. Le troisième marqueur spécifique vise les dispositifs qui compromettent l’efficacité ou exploitent les failles des procédures de diligence raisonnable mises en place par les institutions financières pour collecter des renseignements au titre de la NCD sur le titulaire d’un compte et les personnes qui détiennent le contrôle d’une entité non financière (ENF) passive. Les dispositifs qui compromettent l’efficacité des procédures de diligence raisonnable sont ceux qui vont à l’encontre des résultats attendus de ces procédures (par exemple, l’usage impropre de certificats de résidence, tel que décrit dans la section 1.1(c)(ii) ci-après). Les dispositifs qui exploitent les lacunes des procédures de diligence raisonnable sont notamment ceux qui s’appuient sur l’inexistence ou l’application inadéquate de ces procédures, en tirant profit par exemple d’une mise en œuvre défaillante des procédures de lutte contre le blanchiment (AML). Ce marqueur engloberait le recours à des structures extraterritoriales opaques pouvant servir à dissimuler l’identité de ces personnes et l’utilisation d’indices ou de pièces justificatives pour induire en erreur une institution financière quant au(x) véritable(s) pays de résidence du titulaire d’un compte afin de favoriser la déclaration de renseignements erronés ou incomplets au titre de la NCD.

1.1(c)(i) – Dispositifs visant à déguiser l’identité du titulaire d’un compte ou de la personne détenant le contrôle

22. Cette section vise les dispositifs, comme les structures de détention d’actifs, permettant de masquer l’identité des bénéficiaires effectifs sous-jacents utilisés de telle sorte qu’on peut raisonnablement conclure qu’ils ont pour effet de compromettre la mise en œuvre des procédures de diligence raisonnable au titre de la NCD. Il convient de noter que, dans les structures extraterritoriales les plus simples et les plus courantes, les procédures de diligence raisonnable appliquées par les institutions financières sont généralement suffisantes pour identifier les titulaires de comptes et les personnes qui en détiennent le contrôle. Par exemple :

- on peut s’attendre à ce qu’une banque qui ouvre un compte pour le compte d’une fiducie (*trust*) ayant des bénéficiaires étrangers demande une copie de l’acte de fiducie, dans lequel devraient figurer les noms des bénéficiaires (et autres bénéficiaires effectifs de la fiducie) ; et
- on peut s’attendre à ce qu’un courtier en actions qui gère un portefeuille d’actions pour le compte d’une entité extraterritoriale demande à cette entité de lui fournir des renseignements sur les actionnaires ou de prouver par d’autres moyens que l’entité est une institution financière ou une ENF active.

Les structures simples de ce type ne seraient vraisemblablement pas visées par le marqueur spécifique décrit à la section 1.1(c)(i), à moins d’avoir été conçues ou commercialisées en tant que partie intégrante d’un Dispositif de contournement de la NCD ou de présenter des caractéristiques telles qu’une personne raisonnable pourrait être amenée à conclure que le dispositif, dans son ensemble, aurait pour effet de compromettre les procédures de diligence raisonnable appliquées par les institutions financières en vertu de la Législation NCD applicable.

1.1(c)(ii) – Dispositifs visant à dissimuler la résidence de titulaires de comptes ou de personnes détenant le contrôle

23. Cette section s’applique aux dispositifs susceptibles d’être utilisés pour éviter la communication d’informations précises et complètes au titre de la NCD à la juridiction de résidence du titulaire d’un compte ou de la personne détenant le contrôle. Une personne qui inciterait à l’utilisation d’un certificat de résidence fiscale pour faciliter le contournement de la NCD, par exemple, serait visée par ce marqueur.

24. Un certain nombre de pays offrent aux particuliers des incitations fiscales afin de les encourager à choisir leur juridiction comme résidence fiscale. Ces derniers peuvent par exemple bénéficier d’une

exonération temporaire ou permanente d'impôt sur les revenus de source étrangère et obtenir la résidence fiscale en répondant simplement à un critère de présence minimale. Une personne résidente fiscale de plusieurs juridictions pourra alors utiliser le certificat de résidence ainsi obtenu pour masquer le fait qu'elle est résidente fiscale d'une autre juridiction. La présentation d'un tel certificat comme preuve de résidence dans le but de compromettre les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre par une institution financière serait donc visée par le marqueur spécifique de la section 1(1)(c)(ii), en tant que dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a pour effet d'exploiter les lacunes des procédures de diligence raisonnable appliquées par les Institutions financières pour identifier correctement l'ensemble des juridictions de résidence fiscale du titulaire d'un compte et/ou d'une personne détenant le contrôle.

25. Si l'obtention d'un certificat de résidence fiscale (ou l'accompagnement des démarches nécessaires à l'obtention de la résidence fiscale) pourrait dans ces circonstances constituer un dispositif ayant pour effet de permettre aux contribuables de contourner la NCD, le prestataire de ces services ne pourrait être considéré comme Intermédiaire dans le cadre d'un Dispositif de contournement de la NCD, à moins d'être à l'origine de la commercialisation dudit certificat dans le but d'éviter une déclaration au titre de la NCD, ou d'avoir été en position de savoir que l'obtention dudit certificat visait notamment à contourner de telles obligations déclaratives.

1.1(d) – Exploitation du statut d'ENF active ou contournement du statut de personne détenant le contrôle

26. Le quatrième marqueur spécifique vise les dispositifs qui tirent profit du fait qu'une ENF active n'est pas soumise aux obligations déclaratives de la NCD en ce qui concerne les personnes qui en détiennent le contrôle, ainsi que les dispositifs qui impliquent l'utilisation d'une ENF passive et qui sont conçus dans le but de contourner l'obligation de déclaration des personnes qui en détiennent le contrôle. Les règles types décrites à la section 1.1(d) portent sur trois catégories de risques connus :

- la commercialisation d'une société dormante prétendant l'application automatique du statut d'ENF active dans la juridiction où elle est constituée ;
- la réalisation, par l'intermédiaire d'une ENF, de placements en cascade visant à éviter à l'investisseur d'avoir à révéler son identité en vertu de la NCD ;
- la réalisation d'investissements au sein d'une ENF passive structurés de manière à éviter que l'investisseur soit visé par la définition de Personne détenant le contrôle en vertu de la NCD.

La dernière catégorie de ce marqueur couvre également les montages destinés à remplacer une fiducie par société en tant que véhicule d'investissement afin d'éviter d'avoir à déclarer comme Personnes détenant le contrôle les bénéficiaires discrétionnaires de la fiducie.

27. Ce marqueur s'appuie sur les définitions correspondantes qui figurent dans la NCD afin de cibler précisément de tels risques, sans pour autant préciser la technique particulière utilisée dans cet objectif. Le simple fait, cependant, qu'une entité soit qualifiée d'ENF active aux fins de la NCD ou qu'une personne ait réalisé un investissement financier dans une ENF active ou passive n'est pas suffisant pour faire entrer le dispositif dans le champ de ce marqueur, sauf si la transaction contient un élément conçu dans le but de conférer à l'entité le statut d'ENF active aux fins de la NCD ou si l'investissement dans l'ENF est structuré de telle sorte que l'on puisse raisonnablement penser que l'objectif attendu du dispositif est de compromettre l'application des procédures de diligence raisonnable au titre de la NCD.

1.1(e) – Paiements hors champ de la déclaration, au bénéfice du Titulaire d'un compte

28. Le dernier marqueur spécifique concerne les dispositifs qui ont pour effet de déguiser ou convertir un paiement versé au Titulaire d'un compte ou à la personne détenant le contrôle soit requalifié en paiement hors champ de la déclaration prévue par la NCD. Les règles types, qui couvrent les dispositifs destinés à « classer » et à « requalifier » des paiements, permettent de prendre en compte les transactions

factices sans valeur juridique, et précisent que les paiements doivent être versés à ou « au profit de » la personne Titulaire du compte ou détenant le contrôle. Ce marqueur pourrait par exemple viser une fiducie chargée de régler des factures pour le compte d'un bénéficiaire, ou de créditer des montants vers une carte de débit prépayée.

1.2 Autres définitions

29. De nombreuses définitions associées au marqueur des Dispositifs de contournement de la NCD découlent de celles utilisées dans la NCD. Cependant, certains des termes commençant par une majuscule ont, dans le cadre de ce projet de règles, une signification particulière.

1.2(a) - « Dispositif »

30. *Le terme « Dispositif » fait partie intégrante de la définition de Dispositif de contournement de la NCD. Comme indiqué dans le Rapport sur l'Action 12, cette définition vise à être suffisamment vaste et robuste pour englober tout dispositif, plan ou schéma (ayant ou non une force exécutoire d'un point de vue juridique), ainsi que toutes les étapes et transactions qui en font partie par lesquelles ce Dispositif prend effet.* 1.2(b) – « Législation NCD »

31. La définition de Législation NCD fait référence à la Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, telle que transposée dans la législation nationale de la juridiction où est détenu le compte considéré, et englobe tous les accords en vigueur prévoyant l'échange des renseignements collectés en application de ladite législation. Un dispositif sera considéré comme contournant la NCD non seulement lorsqu'il aura pour effet de permettre à l'Institution financière de se soustraire à ses obligations déclaratives à l'égard de l'administration fiscale (ou de l'amener à déclarer des informations erronées), mais également lorsqu'il aura pour effet d'empêcher l'échange de ces renseignements avec l'administration fiscale de la juridiction de résidence du contribuable.

CHAPITRE 2

DÉFINITION D'UNE STRUCTURE EXTRATERRITORIALE OPAQUE

Règle type

32. Ce chapitre définit un marqueur pour les structures extraterritoriales opaques. Il comporte des exemples précis de structures de propriété opaques, comme le recours à des actionnaires mandataires, de moyens de contrôle indirect ou encore de dispositifs permettant à une personne d'avoir accès à des actifs détenus par l'instrument extraterritorial ou aux revenus qui en découlent, sans être identifiée comme propriétaire effectif desdits actifs.

33. Ce marqueur vient compléter celui défini pour les Dispositifs de contournement de la NCD au Chapitre 1, en identifiant spécifiquement les caractéristiques des structures extraterritoriales opaques couramment utilisées pour cacher l'identité des bénéficiaires effectifs. Ce marqueur est centré sur les structures qui détiennent des actifs autres que des Comptes financiers, autrement dit qui ne sont pas soumis à l'obligation déclarative au titre de la NCD (immobilier par exemple). Le texte de ce projet de marqueur figure ci-après.

1. Définition d'une Structure extraterritoriale opaque

1.1 Par Structure extraterritoriale opaque, on entend un Instrument extraterritorial passif détenu par l'intermédiaire d'une Structure de propriété opaque.

1.2 Sous réserve du paragraphe (3) ci-dessous, un « Instrument extraterritorial passif » désigne une Personne morale ou une Construction juridique qui n'exerce pas d'activité économique substantielle au moyen de personnel, d'équipements, de biens et de locaux.

Une Personne morale ou une Construction juridique sera considérée comme « extraterritoriale » aux fins du présent paragraphe si elle est constituée en société, résidente, gérée, contrôlée ou établie dans une juridiction quelle qu'elle soit autre que la juridiction de résidence d'un ou plusieurs de ses Bénéficiaires effectifs, une « Juridiction extraterritoriale » désignant toute juridiction où ladite Personne morale ou Construction juridique est (le cas échéant) constituée en société, résidente, gérée, contrôlée ou établie.

1.3 Les Personnes morales ou les Constructions juridiques qui sont des Investisseurs institutionnels ou qui sont contrôlées à 100 % par un ou plusieurs Investisseurs institutionnels ne sont pas visées par la définition d'Instrument extraterritorial passif.

1.4 Une Structure de propriété opaque est une Structure de propriété dont il est raisonnable de conclure qu'elle a été conçue ou commercialisée pour, ou a pour effet de, permettre à une personne physique d'être le Bénéficiaire effectif d'un Instrument extraterritorial passif, tout en

dissimulant la Propriété effective de cette personne ou en donnant l'apparence que ladite personne n'en est pas le Bénéficiaire effectif. L'expression « Structure de propriété opaque » désigne notamment, mais non exclusivement, toute structure qui possède une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- (a) utilisation d'actionnaires mandataires sans identification de la personne les ayant désignés ;
- (b) utilisation de moyens de contrôle indirect autres que la propriété en bonne et due forme ;
- (c) recours à des dispositifs permettant à une personne physique d'avoir accès aux actifs détenus par la Structure de propriété ou aux revenus qui en découlent, sans être identifiée comme Bénéficiaire effectif de cette structure ;
- (d) recours à des Personnes morales dans des juridictions caractérisées par :
 - (i) l'absence d'obligation et/ou de mécanismes de collecte et de conservation de données élémentaires ou d'informations exactes et à jour sur les Bénéficiaires effectifs ;
 - (ii) l'absence d'obligation, pour les actionnaires ou les membres de ces Personnes morales, de communiquer le nom des personnes au nom desquelles sont détenues les actions ; ou
 - (iii) l'absence d'obligation, pour les actionnaires ou les membres des Personnes morales, de notifier à ces Personnes morales tout changement dans la structure de propriété ou de contrôle.
- (e) recours à des Constructions juridiques organisées en application des lois d'une juridiction qui n'impose pas aux administrateurs des fiducies (ou, dans le cas d'une Construction juridique autre qu'une fiducie, aux personnes exerçant des fonctions équivalentes ou similaires) de collecter et conserver des informations pertinentes, précises et à jour sur les bénéficiaires effectifs desdites Constructions juridiques.

2. Autres définitions

Les termes et expressions commençant par une majuscule et figurant entre guillemets ci-après sont définis comme suit :

- 2.1 L'expression « Informations élémentaires » lorsqu'elle s'applique à une Personne morale doit être interprétée conformément aux Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et désigne, au minimum, les informations concernant la propriété juridique et à la structure de contrôle de la Personne morale, à savoir, notamment, la qualité et le mandat de la Personne morale, ses actionnaires ou membres et ses administrateurs.

- 2.2 L'expression « Bénéficiaire effectif » doit être interprétée conformément aux Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et désigne toute personne physique qui exerce un contrôle sur une Personne morale ou une Construction juridique. Cette expression désigne, dans le cas d'une fiducie, tout constituant, tout administrateur, toute personne chargée de surveiller l'administrateur (le cas échéant), tout bénéficiaire ou catégorie de bénéficiaires, ainsi que toute autre personne physique exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur la fiducie ; et, dans le cas d'une Construction juridique autre qu'une fiducie, les personnes qui exercent des fonctions équivalentes ou similaires.
- 2.3 L'expression « Investisseur institutionnel » désigne une Personne morale ou une Construction juridique :
- (a) qui est réglementée comme un établissement bancaire (établissements gérant des dépôts de titres et établissements de dépôt compris), un organisme d'assurance, un organisme de placement collectif ou un fonds de pension ;
 - (b) dont les actions ou les participations font régulièrement l'objet de transactions sur un marché boursier réglementé ; ou
 - (c) qui est une entité publique, une banque centrale, une organisation internationale ou supranationale ou une Personne morale ou une Construction juridique détenue à 100 % par l'une ou l'autre des structures précitées.
- 2.4 L'expression « Construction juridique » désigne une fiducie expresse ou une autre construction juridique analogue, comme un trust, un « Treuhand » ou un « fideicomiso ».
- 2.5 L'expression « Personne morale » désigne une entité, telle qu'une société, une fondation, un « Anstalt », un partenariat, une association, ainsi que toute autre entité pertinemment similaire, à l'exclusion de toute personne physique.
- 2.6 L'expression « Structure de propriété » désigne un Dispositif concernant la propriété ou le contrôle direct ou indirect d'une Personne morale ou d'un actif.

Commentaires

1.1 – Structure extraterritoriale opaque

34. D'une manière générale, un instrument extraterritorial passif sera visé par ce marqueur lorsque la structure de propriété dudit instrument aura été conçue pour dissimuler l'identité de la(des) personne(s) physique(s) exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur l'entité ou le dispositif considéré.

35. L'expression « Instrument extraterritorial passif » est définie à la section 1.2 et 1.3, et l'expression « Structure de propriété opaque » à la section 1.4. D'autres termes sont définis à la Section 2.

1.2 – Instrument extraterritorial

36. La section 1(2) détermine dans quelles circonstances une personne morale ou un dispositif doit être considéré comme un instrument extraterritorial passif.

37. Une entité passive est une entité qui n'exerce pas d'activité économique substantielle au moyen de personnel, d'équipements, de biens ou de locaux, ces quatre conditions devant être réunies pour qu'une entité extraterritoriale puisse être considérée comme active en vertu de ce critère (et sortir par conséquent du champ d'application du marqueur). Une entité qui se contente de louer un appartement meublé pour un bail de courte ou de longue durée serait considérée comme passive, par exemple, tandis qu'un hôtel dans lequel l'entité emploie directement du personnel chargé de fournir notamment des services d'accueil à des convives au sein-même des locaux de l'établissement ne le serait pas. Une entité extraterritoriale établie dans un Pays A qui facture à une société apparentée des services fournis par un sous-traitant dans un Pays B serait, au sens de la définition de la section 1.2(a), considérée comme passive. Une telle entité n'emploierait aucun personnel, et ne posséderait aucun des équipements, biens, ou locaux utilisés pour l'exercice d'une activité économique substantielle. Le fait de recruter du personnel, d'acquérir des biens ou des équipements, ou encore de louer des locaux ne devrait pas être considéré comme constituant une activité économique substantielle si l'unique objectif recherché est d'échapper à la qualification d'instrument extraterritorial passif.

38. Un instrument est considéré comme « extraterritorial » s'il est constitué en société, résident, géré, contrôlé ou établi en dehors de la juridiction de résidence de ses bénéficiaires effectifs. Les entités et dispositifs considérés comme purement nationaux (et par conséquent hors du champ d'application de ce marqueur) seront notamment les sociétés immatriculées localement et détenues exclusivement par des actionnaires résidents, et les fiducies familiales de droit interne dont les bénéficiaires sont résidents, et dont les administrateurs et autres personnes exerçant un contrôle sur la fiducie sont tous résidents de la même juridiction que les bénéficiaires.

39. La définition du terme « extraterritorial » est rédigée de telle sorte que si un quelconque bénéficiaire effectif est résident d'une juridiction autre que celle où l'instrument est constitué en société, résident, géré, contrôlé ou établi, cet instrument sera considéré comme extraterritorial pour l'ensemble de ses bénéficiaires effectifs. L'objectif est d'empêcher les planificateurs fiscaux d'établir une entité extraterritoriale avec localement un ou plusieurs bénéficiaires effectifs dans le seul but de contourner les obligations déclaratives au titre des règles types. Néanmoins, cela signifie qu'une fiducie familiale de droit national classique dotée d'un seul bénéficiaire non-résident sera aussi visée par cette définition. Il convient toutefois de noter que selon la définition du terme « Intermédiaire » figurant au chapitre 3, une telle fiducie ne serait pas soumise à l'obligation déclarative au simple motif que l'un des bénéficiaires déménage dans un autre pays.

1.3 – Exception pour les Investisseurs institutionnels

40. La définition de « Structure extraterritoriale opaque » ne s'applique qu'aux instruments d'investissement privés à capital fermé. La section 1.3 exclut par conséquent du champ de la définition d'« Instrument extraterritorial passif » les personnes morales ou dispositifs considérés comme des « Investisseurs institutionnels » au sens de la définition figurant à la section 2.3., ou contrôlés à 100 % par un ou plusieurs « Investisseurs institutionnels », vu qu'il est improbable que de telles personnes morales ou de tels dispositifs puissent être utilisés pour dissimuler l'identifié de(s) personne(s) physique(s) exerçant en dernier lieu un contrôle effectif.

1.4 – Structure de propriété opaque

41. On considère qu'un instrument extraterritorial passif est détenu par l'intermédiaire d'une « structure de propriété opaque » (et fait donc partie intégrante d'une structure extraterritoriale opaque) dès lors que la propriété de cet instrument est structurée de manière à dissimuler la propriété effective d'une personne au titre de cet instrument ou à donner l'apparence que cette personne n'en est pas le bénéficiaire effectif. La notion de « structure opaque », qui constitue l'élément général du marqueur, recouvre par exemple les situations dans lesquelles une structure de propriété utilise une entité établie dans une juridiction dont le manque de transparence en matière de propriété rend difficile l'identification du bénéficiaire effectif de l'instrument extraterritorial passif. Ce terme couvre également certains dispositifs, comme le recours à des mandataires non identifiés en tant que tels, qui permettent à une personne étrangère à la chaîne de propriété d'exercer un contrôle indirect sur un instrument extraterritorial passif ou sur ses actifs. Les paragraphes ci-dessous fournissent des exemples précis de dispositifs susceptibles de soumettre une structure extraterritoriale opaque à une obligation déclarative en vertu des présentes règles.

1.4(a) – Utilisation d'actionnaires mandataires en dissimulant l'existence d'un mandat

42. Publiées en octobre 2014, les *Lignes directrices sur la transparence et le bénéficiaire effectif du Groupe d'action financière* indiquent (paragraphe 9(e)) que le recours à des actionnaires mandataires sans dévoiler l'identité du mandant fait partie des principaux mécanismes utilisés dans les structures extraterritoriales opaques pour masquer les bénéficiaires effectifs.

43. Par actionnaire mandataire, on entend toute personne qui détient des actions pour le compte d'une autre personne (le mandant). La nature juridique précise de la relation dépendra des modalités convenues entre le mandataire et le mandant et des circonstances dans lesquelles cette relation est établie. À titre d'exemple, un mandataire pourra intervenir en tant qu'agent ou en tant que simple fiduciaire, ou détenir les actions pour le compte de leur acquéreur dans le cadre d'une transaction inachevée. Cependant, un mandataire ne sera visé par le marqueur spécifique figurant à la section 1(4)(a) que s'il n'est pas déclaré en tant que tel. Un actionnaire mandataire dont le statut de mandataire a été déclaré en temps utile à la société et consigné dans le registre approprié ne devra pas être considéré comme un mandataire non déclaré aux fins de ce paragraphe.

1.4(b) – Contrôle indirect autre que la propriété en bonne et due forme

44. Les structures extraterritoriales opaques se caractérisent aussi souvent par la possibilité, pour une personne physique, d'exercer un contrôle indirect sur l'instrument extraterritorial en vertu de dispositions informelles conclues avec les personnes qui exercent un contrôle direct sur cet instrument. Ce types de dispositifs de contrôle informels masquent l'identité du bénéficiaire effectif, soit en rendant difficile l'identification des personnes physiques qui exercent un contrôle direct ou indirect sur l'instrument extraterritoriale passif, soit en donnant l'impression que la personne exerçant ce contrôle est le bénéficiaire effectif alors que le contrôle effectif est en réalité entre les mains d'une ou plusieurs tierce(s) partie(s).

45. À titre d'exemple, un avocat détenant un intérêt majoritaire dans une entité ou un dispositif et agissant habituellement selon les instructions reçues de son client serait visé par ce marqueur, même si ce client n'est pas reconnu comme protecteur de la fiducie considérée aux termes de l'acte constitutif de cette dernière.

46. Ce marqueur vise les constructions juridiques ou les dispositifs formels ayant pour effet de priver le propriétaire légal d'un actif de l'avantage économique ou du revenu tiré de cet actif au profit d'une tierce partie, qui obtient de ce fait l'avantage économique de l'actif sans en être reconnue comme le bénéficiaire effectif. Ce marqueur s'appliquerait aux dispositifs par lesquels une personne physique verserait des fonds

à une société non affiliée pour avoir en contrepartie l'option d'acquérir moyennant un montant nominal la totalité ou la quasi-totalité des actifs de cette société. Un tel dispositif aurait pour effet de permettre au détenteur de l'option d'exercer en dernier lieu un contrôle effectif sur la société ou sur les actifs détenus par celle-ci sans pouvoir être identifié comme leur propriétaire légal.

1(4)(c) – Dispositifs permettant à une personne d'avoir accès aux actifs ou revenus d'une structure sans être identifiée comme le Bénéficiaire effectif

47. Ce marqueur spécifique cible les techniques utilisées pour sortir des fonds ou des valeurs d'une structure extraterritoriale opaque sans que ces paiements ne soient portés à l'attention de l'administration fiscale de la juridiction de résidence, de même que les dispositifs utilisés pour déguiser l'origine de ces fonds. Sont notamment visés les cartes bancaires prépayées et les prêts sans intérêts.

2 –Autres définitions

48. La plupart des termes définis à la section 2 sont inspirés de termes équivalents utilisés dans les Recommandations du GAFI et peuvent être interprétés à la lumière des orientations formulées dans le cadre du GAFI. Les termes suivants, en revanche, sont spécifiques au marqueur des Structures extraterritoriales opaques.

2.3 Investisseur institutionnel

49. La définition de l'expression « Investisseur Institutionnel » couvre aussi bien les investisseurs institutionnels à proprement parler que les instruments contrôlés par des investisseurs institutionnels. Par « Investisseurs institutionnels », on entend : a) les entités réglementées ; b) les entités cotées ; et c) les entités publiques, les banques centrales, et les organisations internationales ou supranationales. Par organisation internationale ou supranationale, on entend toute organisation intergouvernementale dont les membres sont essentiellement des États.

2.6 Structure de propriété

50. L'expression « Structure de propriété » désigne un Dispositif concernant la propriété ou le contrôle direct ou indirect d'une Personne morale ou d'un actif, le sens du terme « Dispositif » étant le même que celui donné au chapitre 1, à la section 1.2(a).

CHAPITRE 3

OBLIGATIONS DÉCLARATIVES DES INTERMÉDIAIRES

Règle type

51. Le présent chapitre a pour objet de définir ce qu'est un intermédiaire aux fins des règles types et de décrire les circonstances dans lesquelles un Intermédiaire est tenu de déclarer une Structure extraterritoriale opaque ou un Dispositif de contournement de la NCD.

52. Les règles exigent que les Intermédiaires qui sont résidents de la juridiction de dépôt de la déclaration, ou qui y sont constitués en sociétés ou y ont leur siège de direction (à savoir les Intermédiaires locaux) déclarent tout Dispositif dans les 15 jours ouvrés suivant la date à laquelle le dispositif a été rendu disponible ou à laquelle les services associés au dispositif ont été fournis. Des obligations équivalentes en matière de communication d'informations s'imposent aux Intermédiaires étrangers qui fournissent des Services associés à des dispositifs de contournement de la NCD, ou rendent ces dispositifs disponibles par l'intermédiaire d'une succursale située dans la juridiction de dépôt de la déclaration, ou à tout Contribuable visé par l'obligation déclarative qui est résident de la juridiction de dépôt de la déclaration.

1. Définition d'Intermédiaire

Par Intermédiaire, on entend un Ingénieur de structure ou un Prestataire de services.

2. Obligation faite à l'Intermédiaire de déclarer tout Dispositif de contournement de la NCD

Toute personne qui est un Intermédiaire au regard d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque est tenue de déclarer ce Dispositif ou cette Structure extraterritoriale aux autorités fiscales de [nom du pays] si elle :

2.1 est résidente de [nom du pays], ou y est constituée en société ou y a son siège de direction ;
ou

2.2 met à disposition le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque, ou fournit des Services associés à ce Dispositif de contournement de la NCD ou à cette Structure extraterritoriale opaque par l'intermédiaire d'une succursale située dans [nom du pays].

3. Date à laquelle les informations doivent être communiquées

La déclaration prévue au paragraphe (1) doit être effectuée dans les quinze jours suivant la date à laquelle l'Intermédiaire :

3.1 met à disposition le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure

extraterritoriale opaque ; ou

3.2 fournit les Services associés au Dispositif de contournement de la NCD ou à la Structure extraterritoriale opaque.

4. Déclaration des Dispositifs mis en place après le 15 juillet 2014 et avant la date d'entrée en vigueur des présentes règles

4.1 Un Ingénieur de structure est tenu de déclarer un Dispositif de contournement de la NCD dans un délai de 180 jours à compter de la date d'entrée en vigueur des présentes règles :

(a) lorsque le Dispositif a été mis en place le 15 juillet 2014, ou après cette date, mais avant la date d'entrée en vigueur des présentes règles ; et

(b) lorsqu'il a exercé la fonction de Ingénieur de structure en lien avec ce Dispositif ;

nonobstant le fait qu'il ait fourni des Services associés au Dispositif après la date d'entrée en vigueur des présentes règles.

4.2 La déclaration n'est pas obligatoire en vertu du paragraphe 4.1 lorsque l'Intermédiaire sait :

(a) que le solde ou la valeur globale du compte financier auquel s'applique le Dispositif de contournement de la NCD était, immédiatement avant la mise en place du Dispositif, inférieur à [1 000 000 USD] ou

(b) qu'il n'y a pas de Contribuable visé par l'obligation déclarative s'agissant de ce Dispositif à la date à laquelle l'obligation s'applique conformément à la présente règle.

5. Autres définitions

Les expressions figurant ci-après entre guillemets sont définies comme suit :

5.1 Par « Ingénieur de structure », on entend toute personne qui est responsable de la conception ou de la commercialisation d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque.

5.2 Par « Services associés » à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque, on entend toute assistance ou tout conseil dispensés en lien avec la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation de ce Dispositif ou de cette Structure extraterritoriale opaque.

5.3 Par « Contribuable visé par l'obligation déclarative », on entend, s'agissant d'un Dispositif de contournement de la NCD, tout utilisateur final réel ou potentiel de ce dispositif et, s'agissant

d'une Structure extraterritoriale opaque, toute personne physique dont l'identité en tant que Bénéficiaire effectif est dissimulée par une forme de propriété opaque. Un Intermédiaire ne doit toutefois pas considérer une personne comme un Contribuable visé par l'obligation déclarative lorsqu'il est en possession d'un exemplaire certifié ou notarié des déclarations fiscales les plus récentes déposées par le Contribuable visé par l'obligation déclarative auprès des administrations fiscales de toutes les juridictions dont il est fiscalement résident, et attestant qu'il s'est conformé à ses obligations fiscales au titre des intérêts et des actifs détenus via le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque, ainsi qu'au titre des revenus tirés de ce dispositif ou de cette structure.

5.4 Par « Prestataire de services », on entend toute personne qui fournit des Services associés à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque dans des circonstances où l'on pourrait raisonnablement attendre de ladite personne qu'elle sache que le dispositif est un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque.

Commentaires

1.1 – « Intermédiaires »

53. La définition d'« Intermédiaire » couvre toute personne qui est responsable de la conception ou de la commercialisation d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque (tout Ingénieur de structure) ainsi que toute personne qui fournit des services en lien avec la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation de ce dispositif ou de cette structure (tout Prestataire de services) dans des circonstances où l'on peut raisonnablement attendre qu'elle sache que le dispositif était un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque.

54. À la différence de la définition figurant dans le Rapport sur l'Action 12, la définition d'Intermédiaire n'est pas circonscrite aux personnes intervenant sur les « aspects fiscaux » du dispositif. Si le fait de restreindre la portée des règles de communication d'informations aux seuls conseillers fiscaux peut être considéré comme une limitation justifiée s'agissant de règles visant des ingénieurs à l'origine de dispositifs visant à échapper à l'impôt, une telle restriction serait excessive dans le cas de dispositifs conçus pour échapper à l'obligation de communiquer des informations au titre de la NCD, sachant qu'il est peu probable que la caractéristique distinctive du dispositif réside dans ses conséquences fiscales en tant que telles, et qu'il est plus probable qu'elle réside dans la manière dont le dispositif peut être utilisé pour contourner les obligations déclaratives découlant de la NCD et porter atteinte à l'efficacité des procédures de diligence raisonnable d'un établissement financier. Restreindre la portée de la définition des Intermédiaires aux seuls conseillers fiscaux aurait pour effet d'exclure tout un éventail d'intermédiaires éventuels (conseillers en placement et juristes notamment) qui ne fournissent pas de services dans le domaine fiscal (et ne sont pas autorisés à le faire).

Ingénieurs de structure

55. Une personne est « responsable » de la conception d'un Dispositif de contournement de la NCD lorsqu'elle confère à ce dispositif des caractéristiques ayant pour effet, ou dont on s'attend à ce qu'elles aient pour effet, de permettre de contourner la NCD. De même, on considérera qu'une personne est responsable de la conception d'une Structure extraterritoriale opaque lorsqu'elle confère à cette structure

des caractéristiques conduisant à ce que la Structure de propriété soit considérée comme opaque conformément au critère défini au chapitre 2.

56. La « commercialisation » d'un dispositif ou d'une structure renvoie au fait d'encourager d'autres personnes à recourir à ce dispositif pour des motifs tenant à son traitement au titre de la NCD ou à la possibilité qu'il offre de dissimuler l'identité du bénéficiaire effectif. On peut considérer qu'une personne commercialise un Dispositif de contournement de la NCD même lorsqu'un tel dispositif n'a pas été conçu à cet effet dès l'origine. Un conseiller financier, par exemple, qui repère un produit de placement et le commercialise auprès d'un client pour lui permettre d'échapper à l'obligation déclarative découlant de la NCD devrait être considéré comme un Intermédiaire au regard du Dispositif de contournement de la NCD nonobstant le fait qu'il se peut que l'émetteur n'ait peut-être pas conçu ou commercialisé le produit de placement comme un moyen de contourner la NCD ou ne l'ait peut-être pas destiné à cette utilisation.

Prestataires de services en lien avec des Dispositifs de contournement de la NCD

57. La portée de la définition d'Intermédiaire s'étend au-delà des Ingénieurs de structure à l'origine de Dispositifs de contournement de la NCD pour couvrir des personnes fournissant des « Services associés » (à savoir des conseils ou une assistance dispensés en lien avec la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque) dans la mesure où l'on pourrait raisonnablement attendre de ces personnes qu'elles sachent que le dispositif doit donner lieu à la communication d'informations en vertu des règles types. Le fait qu'un Intermédiaire ignore si un Contribuable visé par l'obligation déclarative a effectivement eu recours à un dispositif pour contourner la NCD, ou compromettre l'observation de la NCD, ne le dispense pas de l'obligation de déclarer ce dispositif en tant que Dispositif de contournement de la NCD si toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation que ce Prestataire de services aurait conclu que le dispositif en question avait été conçu ou commercialisé comme un Dispositif de contournement de la NCD, ou qu'il présentait des caractéristiques susceptibles d'être utilisées pour contourner la NCD. L'extension de l'obligation déclarative aux Prestataires de Services associés a pour finalité de garantir que les règles s'appliquent :

- aux ingénieurs de facto (à savoir aux personnes qui jouent le rôle principal dans la conception, la mise à disposition ou l'organisation d'un Dispositif de contournement de la NCD, même si d'autres personnes sont également responsables de la conception et de la commercialisation dudit dispositif) ; et
- aux conseillers et prestataires de services dont le niveau de compétence et l'implication dans la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation du Dispositif sont suffisants pour que l'on puisse attendre d'eux qu'ils sachent que le dispositif est un Dispositif de contournement de la NCD.

58. Ce second point de la définition d'Intermédiaire permettrait, par exemple, de couvrir tout conseiller professionnel qui, en connaissance de cause, prête assistance à un Contribuable visé par l'obligation déclarative ayant recours à un Dispositif de contournement de la NCD commercialisé par un tiers ingénieur de structure ou par un prestataire de services professionnels qui fournit des services dans les domaines de la gestion et du respect des obligations fiscales en lien avec une Structure extraterritoriale opaque, dès lors que l'on peut raisonnablement attendre de ce Prestataire de services qu'il sache que la Structure extraterritoriale opaque fait partie d'un dispositif conçu pour échapper à l'obligation déclarative découlant de la NCD.

59. Une personne qui n'est pas responsable de la conception ou de la commercialisation du Dispositif de contournement de la NCD ne devrait pas être considérée comme un Intermédiaire au regard dudit

dispositif, sauf si ladite personne a connaissance du dispositif, et si la nature et la portée de son implication dans le dispositif sont telles que l'on pourrait raisonnablement attendre d'elle qu'elle soit informée que le dispositif doit être déclaré en vertu des règles types. La définition de « Prestataire de services » n'a donc pas vocation à couvrir des personnes qui ne dispensent qu'une assistance limitée à la mise à disposition ou à l'organisation du dispositif et dont on ne pourrait pas raisonnablement attendre qu'elles aient conscience que le dispositif comporte des éléments ayant pour effet de contourner la NCD. La définition n'aurait donc pas vocation à couvrir, par exemple, un juriste ou un prestataire de services aux entreprises qui s'est acquitté de formalités administratives pour transférer des actions à une société étrangère, sauf si cette personne possédait d'autres informations qui auraient conduit toute personne raisonnable à conclure que le transfert n'était que l'une des étapes de la mise à disposition d'un dispositif de portée plus large entrant dans le champ des marqueurs décrits au chapitre 1.

60. La définition d'Intermédiaire ne couvrirait pas un conseiller professionnel dispensant des conseils relatifs à la question de savoir si un dispositif existant doit être déclaré au titre de la NCD, sauf si ces conseils concernaient la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation d'un Dispositif de contournement de la NCD et s'ils étaient dispensés dans des circonstances où le conseiller professionnel aurait pu raisonnablement conclure que le dispositif avait été conçu ou commercialisé en tant que Dispositif de contournement de la NCD, ou qu'il avait notamment pour effet de permettre de contourner la NCD.

61. Un juriste peut par exemple conseiller une banque sur le traitement, au regard de la réglementation et de la législation fiscale, d'un produit de détail proposé à sa clientèle pour gérer l'exposition au risque de change ou de taux d'intérêt, et il peut parfois, dans l'avis qu'il émet, arriver à la conclusion que ledit produit est à juste titre considéré comme un type de contrat sur produit dérivé ne relevant pas du champ de l'obligation déclarative au titre de la NCD. Rien dans les faits exposés n'indique au juriste que le dispositif a pour effet de contourner la NCD et, en conséquence, on ne saurait le considérer comme un Intermédiaire, même si le produit concerné correspond à la description du marqueur d'un Dispositif de contournement de la NCD telle qu'elle figure à la section 1.1(a). Le juriste n'est pas responsable de la conception ou de la commercialisation du produit (et ne relève donc pas du second point de la définition d'un Intermédiaire) et, bien que l'on puisse considérer qu'il a dispensé des conseils relatifs à la conception ou à la mise à disposition du dispositif, rien dans les éléments factuels cités ne lui indique que le dispositif est destiné à être utilisé pour contourner l'obligation déclarative découlant de la NCD. Dans cet exemple, le fait que le juriste ait communiqué par écrit son avis sur le traitement du produit au regard de la NCD ne doit pas, en soi, être considéré comme une déclaration vantant les mérites du dispositif au regard de la NCD. Si néanmoins la banque s'est servi de l'avis qui a été émis pour vanter, auprès de ses clients, les avantages du montage au regard de la NCD, on pourrait considérer qu'elle a « commercialisé » un Dispositif de contournement de la NCD auprès de ses propres clients, ce qui fait naître une obligation en matière de communication d'informations.

Prestataires de service en liens avec des Structures extraterritoriales opaques

62. De même que celle de Dispositif de contournement de la NCD, la définition de Prestataire de services en lien avec une Structure extraterritoriale opaque couvre également toute personne qui dispense des conseils ou une assistance en lien avec la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation de la structure dans la mesure où l'on pourrait raisonnablement attendre de ladite personne qu'elle sache que la structure relève du champ d'application du marqueur d'une Structure extraterritoriale opaque au sens du chapitre 2 (à savoir une structure ayant pour effet de dissimuler le fait qu'une personne physique est le propriétaire effectif d'un instrument extraterritorial passif ou de donner l'apparence que ladite personne n'en est pas le Bénéficiaire effectif).

2 – Obligation faite à l’Intermédiaire de déclarer tout Dispositif de contournement de la NCD

63. La section 2 décrit l’obligation de base en matière de communication d’informations, faite aux Intermédiaires, de déclarer tout Dispositif de contournement de la NCD ou toute Structure extraterritoriale opaque.

64. Pour que l’événement déclencheur de l’obligation déclarative soit constitué, il faut que l’Intermédiaire soit résident de la juridiction de dépôt de la déclaration, y soit constitué en société ou y ait son siège de direction (à savoir soit un Intermédiaire local), ou que ses activités aient un lien suffisant avec la juridiction de dépôt de la déclaration pour justifier qu’il soit visé par les obligations en matière de communication d’informations. Parallèlement, compte tenu de la dimension mondiale des activités de planification fiscale internationale, il est indispensable que les règles s’appliquent aux activités des Intermédiaires étrangers offrant leurs services à des clients du pays considéré par le biais d’une succursale. Les règles types s’appliquent donc à tout Intermédiaire étranger qui rend disponible un dispositif ou une structure, ou qui fournit des Services associés à un dispositif ou une structure, par l’intermédiaire d’une succursale située dans la juridiction de dépôt de la déclaration.

3 – Date à laquelle les informations doivent être communiquées

65. Parce que l’obligation de communiquer des informations s’applique uniquement aux personnes qui sont des Intermédiaires au regard du Dispositif de contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque, les règles types relatives à la communication obligatoire d’informations n’exigent dans les faits d’une personne qu’elle déclare un dispositif ou une structure que dans deux situations :

- lorsque la personne a conçu le dispositif ou la structure et/ou a commencé à le/la commercialiser (à savoir à le/la rendre disponible) auprès d’autres Intermédiaires potentiels ou Contribuables visés par l’obligation déclarative ; et
- lorsque l’Intermédiaire fournit des Services associés au dispositif ou à la structure à un Client ou un Contribuable visé par l’obligation déclarative dans des circonstances où l’on peut raisonnablement attendre de l’Intermédiaire qu’il sache que l’un des avantages du dispositif est qu’il permet de contourner la NCD et que la structure est une Structure extraterritoriale opaque.

66. Ces deux situations peuvent se produire à différents moments au regard du même dispositif ou de la même structure. Les obligations initiales en matière de communication d’informations peuvent permettre de fournir précocement à la juridiction de dépôt de la déclaration des informations relatives à la mise au point de structures conçues aux fins de dissimuler le bénéficiaire effectif d’actifs ou de revenus ou de stratégies en vue de contourner la NCD. Cette obligation de communiquer des informations a principalement pour finalité de permettre d’obtenir des informations en temps opportun sur la conception du dispositif ou de la structure, et la communication des informations peut intervenir avant que l’Intermédiaire ait trouvé des clients prêts à utiliser le montage ou le dispositif. L’obligation de communiquer des informations peut en conséquence viser un Intermédiaire qui fournit des Services associés à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque. À ce stade, la finalité essentielle des obligations en matière de communication d’informations est l’identification des Contribuables visés par l’obligation déclarative et autres professionnels intervenant dans la fourniture ou la mise à disposition d’un Dispositif de contournement de la NCD ou d’une Structure extraterritoriale opaque, et la communication des informations a pour but de dissuader les contribuables de recourir à un tel dispositif ou à une telle structure.

67. Cette conception de la communication d’informations est conforme à celle décrite dans le Rapport sur l’Action 12 en ce sens où la communication d’informations est exigée en différents points de

la chaîne d'approvisionnement. Les règles énoncées au chapitre 4 visent à dispenser l'Intermédiaire d'avoir à communiquer à deux reprises à la même administration fiscale exactement les mêmes informations concernant le même dispositif.

68. L'événement déclencheur retenu pour déterminer la date à laquelle un Intermédiaire doit communiquer des informations conformément à la section 3 diffère légèrement de ce qui est prévu dans le Rapport sur l'Action 12. Si le Rapport sur l'Action 12 fait référence à la date à laquelle le contribuable rend disponible pour la première fois le dispositif, la section 3 relie l'obligation déclarative à la fourniture effective, par l'Intermédiaire, de Services associés au Dispositif, ce qui peut reporter la communication des informations à une date ultérieure dans certains cas. Cependant, elle prévoit également un calendrier plus précis auquel l'Intermédiaire est tenu de se conformer pour l'exécution de ses obligations en matière de communication d'informations.

69. Un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque doit être considéré(e) comme ayant été « mis à disposition » à la date à laquelle les éléments importants de la conception du dispositif ou de la structure ont été définis et communiqués à un client ou un Contribuable visé par l'obligation déclarative. Il n'est pas nécessaire que tous les éléments importants du montage soient en place pour que la communication des informations puisse être exigée, il suffit que l'Intermédiaire ait pris les premières dispositions en vue de commercialiser le dispositif.

70. Le texte type prévoit une date butoir pour la communication des informations, à savoir quinze (15) jours après la date à laquelle le montage a été mis à disposition ou les Services associés ont été fournis. Il conviendrait que la date de dépôt de la déclaration soit aussi proche que possible de la date de l'événement déclencheur de l'obligation de communiquer les informations et, pour les pays qui sont déjà dotés de régimes de communication obligatoire d'informations applicables à d'autres types de dispositifs, qu'elle soit conforme à la politique définie en la matière par ces régimes.

71. Les règles ordinaires gouvernant le calendrier à respecter pour la communication d'informations en vertu de la section 3 obligent toute personne fournissant des Services associés à un Dispositif de contournement de la NCD à déclarer ce dispositif dès lors que l'on pourrait raisonnablement attendre de cette personne qu'elle sache, au moment où les services sont fournis, que le dispositif est un Dispositif de contournement de la NCD. En conséquence, tout Dispositif de contournement de la NCD qui existait avant l'adoption des règles de communication obligatoire d'informations doit obligatoirement être déclaré dans les 15 jours ouvrés suivant la date à laquelle un Intermédiaire fournit un quelconque service en lien avec ce Dispositif. Cette obligation n'a aucun caractère de rétroactivité et ne s'applique donc qu'à compter de la date d'entrée en vigueur des règles de communication obligatoire d'informations et de la date à laquelle l'Intermédiaire fournit les Services associés.

4 – Déclaration des Dispositifs de contournement de la NCD mis en place après le 15 juillet 2014, mais avant la date effective d'entrée en vigueur des règles

72. La section 4 prévoit en outre une règle spéciale au regard des Dispositifs de contournement de la NCD mis en place avant la date effective d'entrée en vigueur de ces règles en matière de communication d'informations s'agissant de comptes présentant un solde élevé (à savoir des comptes financiers dont le solde global est supérieur à 1 000 000 USD). À la différence des règles ordinaires qui viennent d'être exposées, cette règle s'applique même lorsqu'un Ingénieur de structure ne fournit pas de Services associés au Dispositif après l'entrée en vigueur des présentes règles. Toute personne qui a promu le Dispositif est tenue de le déclarer dans les 6 mois (180 jours) suivant la date effective d'entrée en vigueur des règles types sauf si, à la date à laquelle la déclaration doit être faite, le Ingénieur de structure sait qu'il n'y a pas de Contribuable visé par l'obligation déclarative au regard du Dispositif. Un Ingénieur de structure ne devrait pas être tenu de considérer une personne comme un Contribuable visé par l'obligation déclarative

dès lors qu'il est en possession d'un exemplaire certifié ou notarié des déclarations les plus récentes déposées par cette personne dans toutes les juridictions dont elle est fiscalement résidente, comme précisé ensuite dans la définition de « Contribuable visé par l'obligation déclarative ».

5 – Autres définitions

5.2 – « Services associés »

73. Par « Services associés », on entend toute assistance ou tout conseil dispensés par un Prestataire de services en lien avec la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque. Cette expression s'applique par exemple à tout conseil dispensé par un juriste, un comptable ou un conseiller financier dans le cadre d'une activité consistant, pour une société prestataire de services, à fournir à une entité extraterritoriale des services professionnels ou des services dans les domaines de la gestion et du respect des obligations fiscales utilisés par un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque.

5.3 – « Contribuable visé par l'obligation déclarative »

74. Un Intermédiaire qui est tenu de déclarer un Dispositif de contournement de la NCD en vertu des présentes règles est tenu d'identifier tout Contribuable visé par l'obligation déclarative en lien avec ce dispositif. Par « Contribuable visé par l'obligation déclarative », on entend tout utilisateur final réel ou potentiel du Dispositif de contournement de la NCD. Un Contribuable visé par l'obligation déclarative peut être distingué d'un client qui demande à un Intermédiaire de lui fournir des services en lien avec un Dispositif de contournement de la NCD, mais n'est pas l'utilisateur du dispositif, ni l'utilisateur auquel le dispositif est destiné.

75. La définition de Contribuable visé par l'obligation déclarative contient une exclusion dans le contexte des Structures extraterritoriales opaques dans le cas où l'Intermédiaire est en possession d'un exemplaire certifié ou notarié de la déclaration fiscale la plus récente attestant que le Contribuable s'est conformé à ses obligations fiscales au titre des intérêts ou des actifs détenus via la Structure extraterritoriale opaque, ou des revenus tirés de cette structure. Cette exception a pour objet d'éviter que la communication d'informations soit exigée dans des cas où l'Intermédiaire a vérifié de manière indépendante que, dans la pratique, l'utilisateur d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque a acquitté les impôts dont il est redevable et s'est conformé à ses obligations déclaratives dans sa juridiction de résidence.

CHAPITRE 4

COMMUNICATION D'INFORMATIONS

Règle type

76. Le présent chapitre répertorie les informations qu'un Intermédiaire est tenu de fournir concernant un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque, et détaille les exceptions prévues dans le cas d'informations couvertes par le secret professionnel ou ayant déjà été communiquées.

1	Informations que l'Intermédiaire est tenu de communiquer
	Les informations qu'un Intermédiaire est tenu de communiquer en vertu de la section (i) ci-dessus concernant un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque doivent être présentées comme indiqué à l'appendice 2 et inclure :
1.1	le nom, l'adresse, les coordonnées détaillées, les juridictions de résidence fiscale et le NIF (le cas échéant) et, dans le cas visé en b), la date de naissance, des personnes suivantes :
	(a) la personne qui communique les informations ;
	(b) tout Contribuable soumis à l'obligation déclarative au titre de ce Dispositif de contournement de la NCD ou de cette Structure extraterritoriale opaque ;
	(c) tout Client ou Intermédiaire concerné par ce même dispositif ou cette même structure ;
1.2	les caractéristiques précises du Dispositif de contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque, y compris :
	(a) concernant un Dispositif de contournement de la NCD, une description des éléments constitutifs de ce dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'ils ont été conçus ou commercialisés dans l'objectif de contourner la NCD, ou dont il apparaît qu'ils produisent un tel effet ; et
	(b) concernant une Structure extraterritoriale opaque, une description des éléments constitutifs de cette structure dont il est raisonnable de conclure qu'ils ont été conçus ou commercialisés afin de masquer la propriété effective du Contribuable visé par l'obligation déclarative ou afin de donner l'apparence que ce dernier n'est pas un Bénéficiaire effectif d'un instrument extraterritorial passif, ou dont il apparaît qu'ils produisent un tel effet.
1.3	la ou les juridictions dans lesquelles le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque a été rendu disponible en vue de son utilisation.
	dès lors qu'il s'agit d'informations dont l'Intermédiaire a connaissance, qui se trouvent en sa possession ou sous son contrôle.

2	Exception à l'obligation déclarative applicable aux informations couvertes par le secret professionnel
2.1	L'Intermédiaire n'est pas tenu de communiquer des informations visées dans la section 1 ci-dessus dès lors que cela supposerait de dévoiler le contenu d'échanges confidentiels entre un avocat ou autre un représentant légal autorisé et son client, qui ont eu pour objet l'obtention ou la fourniture de conseils juridiques, ou tenus dans le cadre de procédures judiciaires en cours ou potentielles, et couverts par des dispositions du droit interne protégeant le respect de la confidentialité.
2.2	Un Intermédiaire dispensé de l'obligation de communiquer des informations en vertu de la présente section 2 doit adresser une notification écrite : <ul style="list-style-type: none"> (a) à l'administration fiscale de [nom du pays], pour indiquer que l'Intermédiaire est en possession d'informations relatives à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque qui sont couvertes par l'exception à l'obligation déclarative définie par la présente section 2 ; (b) à tout Contribuable visé par l'obligation déclarative, pour l'informer de l'obligation déclarative lui incombant en vertu de la section 4 ci-après.
3	Exception à l'obligation déclarative applicable à un Intermédiaire au titre d'informations ayant déjà été communiquées
3.1	L'Intermédiaire n'est pas tenu de communiquer les informations visées dans la section 1 ci-dessus dès lors que : <ul style="list-style-type: none"> (a) ces informations ont déjà été communiquées à l'administration fiscale de [nom du pays], par cet Intermédiaire ou un autre Intermédiaire ; ou (b) ces informations se rapportent aux Services associés fournis, ou à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque rendu disponible en vue de son utilisation, via une succursale de l'Intermédiaire dans une Juridiction Partenaire, et ont déjà été communiquées à l'administration fiscale de cette Juridiction partenaire.
4	Circonstances dans lesquelles un Contribuable visé par l'obligation déclarative est tenu de communiquer lui-même des informations
4.1	Toute personne physique qui réside en [nom du pays] et qui est un utilisateur final d'un Dispositif de contournement de la NCD ou un Bénéficiaire effectif dans le cadre d'une Structure extraterritoriale opaque est tenue de communiquer à l'administration fiscale de [nom du pays] les informations relatives au Dispositif de contournement de la NCD ou à la Structure extraterritoriale opaque qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration par un Intermédiaire pour l'une des raisons suivantes : <ul style="list-style-type: none"> (a) la transmission de ces informations porterait atteinte à des dispositions du droit interne relatives au respect de la confidentialité (section 2.1.) ; ou (b) l'Intermédiaire n'est soumis à aucune obligation déclarative en vertu des présentes règles ; <p>sous réserve que cette obligation de communiquer les informations ne contrevienne pas au droit de cette personne à ne pas contribuer à sa propre incrimination, tel que défini dans la législation interne en vigueur.</p>
4.2	Le Contribuable visé par l'obligation déclarative n'est pas tenu de communiquer les informations comme prévu à la section 4.1(b) ci-dessus dès lors qu'il a reçu une notification écrite de l'Intermédiaire qui précise que ce dernier s'est acquitté de l'obligation déclarative auprès de

l'administration fiscale d'une Juridiction partenaire dans laquelle l'Intermédiaire a sa résidence fiscale, a été constitué en société, ou a son siège de direction.

5 Autres définitions

5.1 « Client » désigne toute personne, autre qu'un Contribuable visé par l'obligation déclarative, qui transmet à un Intermédiaire l'instruction de réaliser les Services associés.

5.2 « Juridiction partenaire » désigne une juridiction :

- (a) qui a instauré des règles de communication obligatoire d'informations qui sont pour l'essentiel similaires à celles énoncées dans la présente législation ;
- (b) avec laquelle [nom du pays] a conclu un accord d'échange international de renseignements en vigueur qui autorise l'échange des informations visées à la section 1 ; et
- (c) qui a accepté de fournir ces informations spontanément comme décrit dans le format [convenu].

1 – Informations couvertes par l'obligation déclarative

77. L'obligation déclarative prévue par les règles types couvre les informations relatives à toutes les démarches et transactions réalisées dans le cadre du Dispositif contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque, notamment les éléments caractéristiques de l'investissement sous-jacent, de l'organisation et des personnes qui interviennent dans ce dispositif ou dans cette structure ainsi que les informations fiscales pertinentes concernant les Clients, les Contribuables visés par l'obligation déclarative et tout autre Intermédiaire ayant un lien avec ce dispositif. Cette obligation déclarative incombe de manière automatique à toute personne qui est un Intermédiaire au titre du dispositif ou de la Structure, même si les Intermédiaires sont uniquement tenus de communiquer les informations dont ils ont connaissance, qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle, et qu'il existe des règles limitatives (présentées ci-après) conçues pour réduire les coûts liés au respect des règles et la charge administrative résultant des doubles déclarations. Une information est considérée comme étant sous le contrôle d'une personne si elle peut être obtenue en en formulant la demande. Néanmoins, un Intermédiaire n'est pas tenu d'aller au-delà des exigences prévues par les différentes normes professionnelles et règles de connaissance de la clientèle applicables lorsqu'il recueille et communique des informations en vertu de ces règles.

78. Les exigences en matière de communication d'informations prévues par les règles types visent à limiter au strict minimum le fardeau lié au respect des règles qui incombe aux Intermédiaires tout assurant le recueil des informations présumées être les plus pertinentes aux fins de l'évaluation des risques. L'obligation d'identifier séparément les juridictions dans lesquelles un Dispositif de contournement a été mis à disposition en vue de son utilisation, et celle de communiquer les données fiscales de l'ensemble des Intermédiaires, Clients et Contribuables visés par l'obligation déclarative ayant un lien avec ce dispositif doivent permettre à l'administration fiscale d'identifier sans difficulté les juridictions pour lesquelles les informations communiquées seraient les plus pertinentes dans le cadre d'un échange de renseignements.

1.1 - Données fiscales concernant les Clients, les Intermédiaires et les Contribuables visés par l'obligation déclarative

79. Les Intermédiaires, Contribuables visés par l'obligation déclarative et Clients qui doivent être identifiés en vertu de la section 2(4)(a) ne sont pas uniquement les personnes en contact direct avec l'Intermédiaire qui établit la déclaration. Cet Intermédiaire est également tenu de communiquer les

informations qui concernent (dès lors qu'il s'agit d'informations dont il a connaissance, qui se trouvent en sa possession ou sous son contrôle) :

- tout autre Intermédiaire au titre du même Dispositif de contournement de la NCD ; et
- tout Contribuable visé par l'obligation déclarative pouvant utiliser ce dispositif pour contourner la NCD, même si cette personne n'est pas un destinataire direct des services fournis par l'Intermédiaire qui établit la déclaration.

80. À titre d'exemple, si un conseiller juridique a demandé à un Intermédiaire de créer, dans le cadre d'un Dispositif de contournement de la NCD, une fiducie pour le compte d'un constituant extraterritorial, l'Intermédiaire est tenu de communiquer l'identité de ce conseiller (à savoir en qualité de Client ou d'autre Intermédiaire) ainsi que celle du constituant, de l'administrateur de la fiducie et des bénéficiaires de celle-ci (en qualité de Contribuables visés par l'obligation déclarative) qui sont les personnes susceptibles de tirer des avantages du Dispositif de contournement de la NCD. Lorsque l'Intermédiaire dispose d'informations incomplètes et en l'absence d'une relation directe l'unissant aux Contribuables visés par l'obligation déclarative, l'Intermédiaire est uniquement tenu de communiquer les informations dont il a connaissance, qui se trouvent en sa possession ou sous son contrôle. Dans ce cas, l'administration fiscale peut être amenée à prendre d'autres mesures de contrôle des règles et obtenir une vision complète du dispositif concerné.

81. L'Intermédiaire n'est pas tenu de communiquer des informations relatives à un Dispositif de contournement de la NCD, sauf si la nature de ce dispositif fait naître une obligation déclarative pour l'Intermédiaire en vertu du Chapitre 3. Par exemple, si un Intermédiaire exerce des activités depuis une succursale située dans la juridiction de dépôt de la déclaration, il est simplement tenu de communiquer l'identité des personnes qui sont des Clients, des Contribuables visés par l'obligation déclarative ou des Intermédiaires dans le cadre de dispositifs qui ont été rendus disponibles depuis cette succursale, ou lorsque la succursale a fourni des Services associés en lien avec de tels dispositifs.

1.2 – Description du Dispositif

82. La description du Dispositif de contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque doit détailler l'objectif d'ensemble recherché, préciser l'identité des personnes impliquées et leurs rôles respectifs, et présenter les entités, mesures et transactions constitutives du dispositif ou de la Structure, y compris l'investissement sous-jacent. Cette description peut comprendre des références à des supports de commercialisation, des organigrammes, des présentations et d'autres documents qui fournissent un contexte ou expliquent plus en détail le dispositif ou la Structure.

1.3 – Juridictions dans lesquelles un tel dispositif a été rendu disponible

83. La section 1(c) prévoit de plus l'obligation pour l'Intermédiaire d'indiquer le nom des juridictions dans lesquelles un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque a été rendu disponible en vue de son utilisation. La communication distincte du nom de ces juridictions permet de connaître suffisamment tôt le lieu dans lequel un Dispositif de contournement de la NCD est commercialisé, avant même que l'Intermédiaire ait fourni des Services associés au titre de ce dispositif.

84. Comme indiqué ci-dessus dans les Commentaires du Chapitre 3, un Intermédiaire est considéré comme ayant rendu disponible un Dispositif de contournement de la NCD en vue de son utilisation par une autre personne dès lors que les détails concrets de ce dispositif sont exposés à cette personne. De même, la juridiction dans laquelle ce dispositif a été rendu disponible doit être identifiée d'après la localisation de la

personne concernée (à savoir, selon le cas, la juridiction dans laquelle cette personne a sa résidence fiscale, a été constituée en société, ou a son siège de direction) lorsque ces détails concrets lui ont été exposés.

2 – Exception à l’obligation déclarative dans le cas d’informations couvertes par le secret professionnel

85. Les dispositions de la section 2 limitent l’obligation de communiquer des informations lorsque celles-ci sont couvertes par le secret professionnel.

86. Dans la majorité des cas, les règles de communication obligatoire d’informations ne conduisent pas un avocat ou un représentant légal à dévoiler des informations protégées par le secret professionnel ou par d’autres obligations professionnelles équivalentes en matière de confidentialité. Cette approche est celle appliquée à l’article 26 du Modèle de convention fiscale de l’OCDE comme à l’article 21 de la Convention multilatérale concernant l’assistance administrative mutuelle en matière fiscale. En tout état de cause, comme indiqué dans le Rapport sur l’Action 12, les obligations de confidentialité applicables entre un représentant légal et ses clients visent en premier lieu à garantir que les clients soient bien en mesure d’obtenir des conseils confidentiels. Elles n’ont donc pas vocation à couvrir les informations visées par l’obligation déclarative de la section 2, qui sont des informations relatives à des transactions réelles ou envisagées et à l’identité des parties concernées. Il est toutefois possible que les règles types imposent de communiquer certaines informations couvertes par les règles du secret professionnel, et il conviendrait donc d’exclure du champ de l’obligation déclarative toutes les informations au sujet desquelles une demande de renseignements pourrait être rejetée. Tout Intermédiaire dispensé de l’obligation de communiquer des informations relatives à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque en raison d’obligations relevant du secret professionnel est toutefois tenu de notifier cet état de fait à son administration fiscale, et de rappeler aux Contribuables visés par l’obligation déclarative les obligations qui leur incombent en vertu de la section 4 commentée ci-après.

3 – Éviter la communication redondante d’informations

87. Afin d’éviter que des informations soient transmises plusieurs fois concernant un même dispositif dans une même juridiction, les règles types prévoient que l’Intermédiaire n’est pas tenu de communiquer les informations relatives à un dispositif si celles-ci ont déjà été transmises à l’administration fiscale par cet Intermédiaire lui-même ou par un autre Intermédiaire. Cette exception à l’obligation déclarative peut s’appliquer lorsque l’Intermédiaire qui est à l’origine de la conception ou de la commercialisation d’un Dispositif de contournement de la NCD a déjà communiqué les informations relatives à ce dispositif, avant de le rendre disponible pour son utilisation par un autre Contribuable visé par l’obligation déclarative. Dans ce cas, l’Intermédiaire est uniquement tenu de communiquer les informations complémentaires qui concernent l’identité du nouveau Contribuable visé par l’obligation déclarative (à savoir, les informations qui n’ont jamais été communiquées). Cette exception peut également s’appliquer lorsqu’un Dispositif de contournement de la NCD fait intervenir plusieurs intermédiaires, de telle sorte qu’une déclaration unique concernant ce dispositif suffise pour satisfaire à l’obligation déclarative.

88. Afin d’éviter que les informations concernant un même dispositif donnent lieu à une double déclaration dans la juridiction de la succursale et dans celle du siège social, le paragraphe 3.1 (b) permet de libérer un Intermédiaire de son obligation déclarative lorsque les informations pertinentes ont déjà été communiquées par une succursale située dans une juridiction partenaire. Comme indiqué ci-après, une Juridiction partenaire est une juridiction qui a instauré des règles de communication obligatoire d’informations similaires pour l’essentiel à celles de la juridiction considérée, et qui a mis en place les accords d’échange internationaux appropriés permettant à son administration fiscale d’échanger spontanément avec la juridiction considérée tout renseignement vraisemblablement pertinent concernant un Dispositif de contournement de la NCD.

4 – Circonstances dans lesquelles un Contribuable visé par l’obligation déclarative est tenu de communiquer lui-même des informations

89. Les règles types ciblent en premier lieu les Intermédiaires qui sont à l’origine de la conception, de la promotion ou de la mise en œuvre de Dispositifs de contournement de la NCD ou de Structures extraterritoriales opaques. Cependant, comme l’indique le Rapport sur l’Action 12 qui pose le cadre d’ensemble des règles de communication obligatoire d’informations, il convient de définir les conséquences pour l’utilisateur d’un Dispositif de contournement de la NCD ou d’une Structure extraterritoriale opaque lorsque l’Intermédiaire n’est pas soumis à l’obligation déclarative et lorsque celui-ci n’est pas en mesure de satisfaire aux obligations lui incombant en vertu des règles types.

90. Les règles types prévoient que les Contribuables visés par l’obligation déclarative sont tenus de transmettre eux-mêmes des informations dans deux cas :

- lorsque l’Intermédiaire ne peut communiquer ces informations sous peine d’enfreindre les règles de secret professionnel qu’il est tenu de respecter ;
- lorsque l’Intermédiaire, qui n’a pas de présence dans la juridiction de dépôt de la déclaration, n’est soumis à aucune obligation déclarative équivalente.

91. L’obligation déclarative est reportée de manière automatique sur le Contribuable visé par l’obligation déclarative chaque fois que l’Intermédiaire ne transmet pas de déclaration complète en application des règles types dans les cas de figure cités ci-dessus. Néanmoins, un Contribuable visé par l’obligation déclarative peut être libéré de l’obligation déclarative prévue par les présentes dispositions si l’Intermédiaire a déjà transmis une déclaration équivalente en application du droit d’une Juridiction partenaire. De manière générale, les Intermédiaires sont incités à fournir à leurs clients une copie de toute déclaration faite concernant un dispositif déclarable afin que ceux-ci disposent de la preuve qu’ils n’étaient soumis à aucune obligation déclarative en vertu de la présente section. Le fait de prévoir une obligation déclarative secondaire reportée sur le contribuable dans les cas de figure précités vise à renforcer l’application des règles de communication obligatoire d’informations. Le report de l’obligation sur le contribuable résident assure l’application effective de ces règles, car celui ne peut s’en affranchir en invoquant une atteinte au secret professionnel ou en recourant aux services d’un Intermédiaire établi à l’étranger dans une Juridiction dont le droit ne prévoit pas d’obligation déclarative équivalente. L’obligation déclarative n’est cependant pas reportée sur le contribuable lorsque le fait de communiquer les informations pertinentes porterait atteinte au droit de la personne concernée à ne pas contribuer à sa propre incrimination.

5 – Autres définitions

5.1 – « Client »

92. Un intermédiaire qui dépose une déclaration relative à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque est tenu, en vertu de la section 1(a)(iii) de préciser l’identité de toute personne qui est un Client ou un Intermédiaire concerné par ce dispositif ou cette structure. En imposant à l’Intermédiaire l’obligation de communiquer l’identité de tous les Clients et Intermédiaires concernés par un même dispositif, les règles relatives à la communication obligatoire d’informations permettent à la juridiction de dépôt de la déclaration d’obtenir la liste complète des personnes impliquées à toutes les étapes de conception, commercialisation, mise en œuvre et exécution du Dispositif de contournement de la NCD.

93. Le terme « Client » désigne toute personne (autre que l'utilisateur final prévu du Dispositif de contournement de la NCD) qui demande à un Intermédiaire de fournir des Services associés au titre d'un tel dispositif. Ce terme désigne une personne qui agit en qualité de représentant ou d'agent d'un Contribuable visé par l'obligation déclarative ou qui obtient auprès d'un Intermédiaire une assistance ou des conseils concernant la conception, la commercialisation, la mise en œuvre ou l'organisation d'un Dispositif de contournement de la NCD dans l'intention d'assurer ensuite la promotion de ce dispositif auprès de tiers. Une personne qui est un Client au titre d'un Dispositif de contournement de la NCD peut donc également être un Intermédiaire au titre de ce dispositif ou d'un autre dispositif de même nature. Lorsqu'une personne est un Client et un Intermédiaire au titre du même dispositif, il suffit que l'identité de cette personne figure dans une seule déclaration.

94. Par exemple, en ce qui concerne un avocat sollicité par une banque pour concevoir un produit financier visé par le marqueur spécifique décrit au chapitre 1, cet avocat sera l'Intermédiaire (en tant que responsable de la conception d'un Dispositif de contournement de la NCD), et la banque sera un Client de cet Intermédiaire. Dans ce cas, la banque ne sera pas un Contribuable visé par l'obligation déclarative dans la mesure où elle n'est pas, et n'a pas vocation à être, l'utilisateur de ce dispositif. Si la banque commercialise ensuite ce Dispositif de contournement de la NCD auprès de l'un de ses propres clients, elle deviendra alors un Intermédiaire au titre d'un nouveau Dispositif de contournement de la NCD mis en place pour ce client, qui sera dès lors un Contribuable visé par l'obligation déclarative en lien avec ce dispositif.

5.2 – « Juridiction partenaire »

95. Le terme « Juridiction partenaire » est utilisé pour identifier les cas de figure dans lesquels un Intermédiaire qui fournit des Services associés ou rend disponible un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque au moyen d'une succursale, n'est pas tenu de déposer plusieurs déclarations redondantes dans différentes juridictions concernant un même arrangement. L'utilisation de ce terme permet également de limiter les obligations de communication d'informations qui seraient autrement imposées à un Contribuable visé par l'obligation déclarative lorsque ce contribuable utilise un intermédiaire extraterritorial lui-même soumis à des obligations de déclaration similaires en application du droit interne de sa propre juridiction. Cette définition de la Juridiction partenaire fait en sorte qu'un Intermédiaire ou un Contribuable visé par l'obligation déclarative puisse se prévaloir de la communication d'informations auprès d'une autre juridiction, réalisée en application du droit interne de celle-ci, uniquement si l'administration fiscale de la juridiction de dépôt de la déclaration est en mesure d'obtenir ces informations auprès de l'administration fiscale de cette autre juridiction dans le cadre d'une procédure d'échange de renseignements. Le terme Juridiction partenaire désigne uniquement les juridictions qui ont instauré des règles de communication obligatoire d'informations prévoyant sur une obligation déclarative et des marqueurs sensiblement équivalents, et qui se sont engagées à pratiquer l'échange spontané de renseignements selon les modalités prévues aux termes des accords internationaux pertinents.

CHAPITRE 5

PÉNALITÉS

96. L'application efficace des régimes de communication obligatoire d'informations suppose la mise en place de mesures appropriées pour que les Intermédiaires et les contribuables soient incités à agir en conformité avec ces règles. Comme indiqué dans le Rapport sur l'Action 12, les régimes de communication obligatoire d'informations devraient prévoir des sanctions à la fois claires, qui encouragent le dépôt de déclarations et pénalisent tout manquement, mais aussi qui restent suffisamment flexibles afin que la composition et le montant de la pénalité varient en fonction de la nature du Dispositif de contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque et du rôle joué par l'Intermédiaire.

97. Chaque pays est invité à définir les sanctions qui doivent être appliquées en cas de non-respect de l'obligation déclarative en tenant compte des circonstances qui lui sont propres. Cependant, les présents commentaires proposent une approche possible de la question des pénalités, qui s'efforce de défendre l'équité tout en incitant au respect des règles.

Pénalités mises à la charge de l'Intermédiaire

98. Dans le cadre de la détermination d'une pénalité appropriée applicable aux Intermédiaires en cas de manquement à leur obligation déclarative, les pays peuvent envisager de retenir une pénalité définie comme un montant fixe ou, s'il est plus élevé, comme un pourcentage des sommes perçues par l'Intermédiaire en rémunération des services assurés au titre du Dispositif de contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque, en veillant à définir un pourcentage suffisamment élevé afin d'ôter tout intérêt économique pour l'Intermédiaire de manquer à ses obligations.

99. Les pays pourraient également envisager d'appliquer une astreinte journalière similaire à celle définie par les règles de communication obligatoire d'informations en vigueur au Royaume-Uni et en Irlande. Comme l'indique le Rapport sur l'Action 12, les astreintes journalières mettent l'accent sur la communication d'informations en temps voulu et des sanctions minimales, fondées sur un montant plancher, peuvent leur être associées.

Pénalités mises à la charge du Contribuable visé par l'obligation déclarative

100. Les présentes règles sont conçues pour cibler en premier lieu les Intermédiaires. Cependant, comme l'indique le Rapport sur l'Action 12 qui pose le cadre d'ensemble des règles de communication obligatoire d'informations, il convient de définir les conséquences pour l'utilisateur d'un montage lorsque l'Intermédiaire ne respecte pas l'obligation déclarative lui incombant en vertu des règles types.

101. À titre d'exemple, lorsqu'un Contribuable visé par l'obligation déclarative est déjà passible d'une sanction pour non-respect d'une obligation déclarative ou fiscale établie par le droit national en vigueur, il pourrait se voir appliquer une pénalité majorée ou supplémentaire si le manquement constaté est lié à une transaction en lien avec un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration. Le Contribuable visé par l'obligation déclarative peut

donc se prémunir de tout risque d'application de pénalités supplémentaires en faisant appel à des Intermédiaires qui respectent pleinement leurs obligations déclaratives.

Publication des noms des personnes impliquées

102. Si la publication des noms des personnes impliquées n'est pas nécessairement appropriée dans le contexte des montages d'optimisation fiscale, elle est fréquemment utilisée par les administrations fiscales dans les cas d'évasion fiscale ou de fraude. La publication des noms des Contribuables visés par l'obligation déclarative et des Intermédiaires qui n'ont pas respecté leurs obligations présente l'avantage de permettre aux administrations fiscales d'enrayer la promotion de tels montages par des Intermédiaires à haut risque et de porter à la connaissance des contribuables les comportements des fiscalistes qui induisent des risques systémiques pour le système fiscal. La publication de noms peut uniquement se révéler appropriée lorsque le Contribuable visé par l'obligation déclarative ou l'Intermédiaire a utilisé le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque afin d'échapper à l'impôt de manière intentionnelle ; à l'inverse, elle ne serait pas nécessairement appropriée lorsque le manquement aux règles a été commis par inadvertance ou lorsque le Contribuable visé par l'obligation déclarative ou l'Intermédiaire avaient pris des dispositions raisonnables afin que la déclaration soit réalisée.

Prorogation des délais

103. Le non-respect de l'obligation déclarative peut également motiver une prorogation des délais de reprise lorsqu'un impôt est perçu en lien avec un Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration. Cette prorogation se justifie par le fait que l'absence de déclaration allonge les délais nécessaires à l'administration fiscale pour identifier et corriger un éventuel manquement.

ANNEXE

PROJET CONSOLIDÉ DE RÈGLES TYPES

La présente Annexe propose la version consolidée des règles types qui reprend l'ensemble des marqueurs relatifs aux Dispositifs de contournement de la NCD ou aux Structures extraterritoriales opaques, ainsi que toutes les dispositions décrivant la nature, les délais applicables, et le contenu de l'obligation déclarative incombant aux Intermédiaires. Ce projet consolidé reprend le texte de la partie 3, chapitres 1 à 4 du document, à la seule différence que les marqueurs et définitions sont ici regroupés en une section unique et distingués des dispositions d'application.

1. DÉFINITIONS

1. Définition d'un Dispositif de contournement de la NCD

1.1 Par « Dispositif de contournement de la NCD », on entend tout dispositif dont on peut raisonnablement conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de contourner la Législation NCD ou d'exploiter l'absence de législation en la matière ou qu'il produit un tel effet. Dans tous les cas, les Dispositifs de contournement de la NCD incluent notamment mais de manière non exclusive :

- (a) l'utilisation d'un compte, produit ou investissement qui n'est pas, ou est réputé ne pas être un Compte financier, mais dont les caractéristiques sont sensiblement similaires à celles d'un Compte financier ;
- (b) un Dispositif visant à :
 - (i) transférer un Compte financier, ou les sommes et/ou actifs financiers détenus dans ce Compte financier vers une Institution financière qui n'est pas une Institution financière déclarante ;
 - (ii) requalifier ou transférer un Compte financier, ou les sommes et/ou actifs financiers détenus dans ce Compte financier vers un Compte financier qui n'est pas un Compte déclarable ; ou
 - (iii) requalifier une Institution financière en Institution financière qui n'est pas une Institution financière déclarante ;

lorsqu'il est raisonnable de conclure que ladite requalification ou ledit transfert a été conçu ou commercialisé dans le but de contourner la Législation NCD ou d'exploiter l'absence de législation en la matière ou qu'il produit un tel effet ;

- (c) un Dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans

1. Définition d'un Dispositif de contournement de la NCD

le but de, ou qui a pour effet de, compromettre l'efficacité ou exploiter les failles des procédures de diligence raisonnable appliquées par les Institutions financières pour identifier de manière correcte :

- (i) le Titulaire d'un compte et/ou la Personne détenant le contrôle ; ou
 - (ii) toutes les juridictions de résidence fiscale d'un Titulaire d'un compte et/ou d'une Personne détenant le contrôle ;
- (d) un Dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de, ou qui a pour effet de, permettre :
- (i) à une Entité d'être qualifiée d'entité non financière (ENF) active ;
 - (ii) la réalisation d'un investissement par l'intermédiaire d'une Entité sans déclencher l'obligation déclarative de la NCD ; ou
 - (iii) à une personne d'éviter d'être considérée comme un Personne détenant le contrôle ; et
- (e) un Dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'il a été conçu ou commercialisé dans le but de, ou qui a pour effet de, répertorier ou déguiser un paiement effectué au bénéfice d'un Titulaire d'un compte et/ou d'une Personne détenant le contrôle en un paiement qui ne doit pas être déclaré en application de la Législation NCD.

1.2 Définition d'une Structure extraterritoriale opaque

- (a) Par Structure extraterritoriale opaque, on entend un Instrument extraterritorial passif détenu par l'intermédiaire d'une Structure de propriété opaque.
- (b) Sous réserve du paragraphe (3) ci-dessous, un « Instrument extraterritorial passif » désigne une Personne morale ou une Construction juridique qui n'exerce pas d'activité économique substantielle au moyen de personnel, d'équipements, de biens et de locaux.

Une Personne morale ou une Construction juridique sera considérée comme « extraterritoriale » aux fins du présent paragraphe si elle est constituée en société, résidente, gérée, contrôlée ou établie dans une juridiction quelle qu'elle soit autre que la juridiction de résidence d'un ou plusieurs de ses Bénéficiaires effectifs, une « Juridiction extraterritoriale » désignant toute juridiction où ladite Personne morale ou Construction juridique est (le cas échéant) constituée en société, résidente, gérée, contrôlée ou établie.

- (c) Les Personnes morales ou les Constructions juridiques qui sont des Investisseurs institutionnels ou qui sont contrôlées à 100 % par un ou plusieurs Investisseurs institutionnels ne sont pas visées

1.2 Définition d'une Structure extraterritoriale opaque

par la définition d'Instrument extraterritorial passif.

- (d) Une Structure de propriété opaque est une Structure de propriété dont il est raisonnable de conclure qu'elle a été conçue ou commercialisée pour, ou a pour effet de, permettre à une personne physique d'être le Bénéficiaire effectif d'un Instrument extraterritorial passif, tout en dissimulant la Propriété effective de cette personne ou en donnant l'apparence que ladite personne n'en est pas le Bénéficiaire effectif. L'expression « Structure de propriété opaque » désigne notamment, mais non exclusivement, toute structure qui possède une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :
- (i) utilisation d'actionnaires mandataires sans identification de la personne les ayant désignés ;
 - (ii) utilisation de moyens de contrôle indirect autres que la propriété en bonne et due forme ;
 - (iii) recours à des dispositifs permettant à une personne physique d'avoir accès aux actifs détenus par la Structure de propriété ou aux revenus qui en découlent, sans être identifiée comme Bénéficiaire effectif de cette structure ;
 - (iv) recours à des Personnes morales dans des juridictions caractérisées par :
 - l'absence d'obligation et/ou de mécanismes de collecte et de conservation de données élémentaires ou d'informations exactes et à jour sur les Propriétaires effectifs ;
 - l'absence d'obligation, pour les actionnaires ou les membres de ces Personnes morales, de communiquer le nom des personnes au nom desquelles sont détenues les actions ; ou
 - l'absence d'obligation, pour les actionnaires ou les membres des Personnes morales, de notifier à ces Personnes morales tout changement dans la structure de propriété ou de contrôle.
- (e) recours à des Constructions juridiques organisées en application des lois d'une juridiction qui n'impose pas aux administrateurs des fiducies (ou, dans le cas d'une Construction juridique autre qu'une fiducie, aux personnes exerçant des fonctions équivalentes ou similaires) de collecter et conserver des informations pertinentes, précises et à jour sur les bénéficiaires effectifs desdites Constructions juridiques.

1.3. Autres définitions

Les termes et expressions commençant par une majuscule et figurant entre guillemets ci-après sont définis suit :

- (a) le terme « Dispositif » désigne tout accord, montage, schéma ou plan, ayant ou non une force exécutoire d'un point de vue juridique, ainsi que toutes les étapes et transactions par lesquelles ce Dispositif prend effet ;
- (b) l'expression « Informations élémentaires » lorsqu'elle s'applique à une Personne morale doit être interprétée conformément aux Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et désigne, au minimum, les informations concernant la propriété juridique et à la structure de contrôle de la Personne morale, à savoir, notamment, la qualité et le mandat de la Personne morale, ses actionnaires ou membres et ses administrateurs.
- (c) l'expression « Bénéficiaire effectif » doit être interprétée conformément aux Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et désigne toute personne physique qui exerce un contrôle sur une Personne morale ou une Construction juridique. Cette expression désigne, dans le cas d'une fiducie, tout constituant, tout administrateur, toute personne chargée de surveiller l'administrateur (le cas échéant), tout bénéficiaire ou catégorie de bénéficiaires, ainsi que toute autre personne physique exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur la fiducie ; et, dans le cas d'une Construction juridique autre qu'une fiducie, les personnes qui exercent des fonctions équivalentes ou similaires.
- (d) le terme « Client » désigne toute personne, autre qu'un Contribuable visé par l'obligation déclarative, qui transmet à un Intermédiaire l'instruction de réaliser les Services associés.
- (e) l'expression « Législation NCD » désigne la Norme commune d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, telle que transposée dans la législation nationale de la juridiction où est détenu le compte considéré, et englobe tout instrument juridique international prévoyant l'échange de renseignements obtenus en application de ladite législation en vigueur et ayant pris effet dans la juridiction en question.
- (f) le terme « Intermédiaire », désigne un Ingénieur de structure ou un Prestataire de services.
- (g) l'expression « Investisseur institutionnel » désigne une Personne morale ou une Construction juridique :
 - (i) qui est réglementée comme un établissement bancaire (établissements gérant des dépôts de titres et établissements de dépôt compris), un organisme d'assurance, un organisme de placement collectif ou un fonds de pension ;
 - (ii) dont les actions ou les participations font régulièrement l'objet de transactions sur un marché boursier réglementé ; ou

1.3. Autres définitions

- (iii) qui est une entité publique, une banque centrale, une organisation internationale ou supranationale ou une Personne morale ou une Construction juridique détenue à 100 % par l'une ou l'autre des structures précitées.
- (h) L'expression « Construction juridique » désigne une fiducie expresse ou une autre construction juridique analogue, comme un trust, un « Treuhand » ou un « fideicomiso ».
- (i) L'expression « Personne morale » désigne une entité, telle qu'une société, une fondation, un « Anstalt », un partenariat, une association, ainsi que toute autre entité pertinemment similaire, à l'exclusion de toute personne physique.
- (j) L'expression « Structure de propriété » désigne un Dispositif concernant la propriété ou le contrôle direct ou indirect d'une Personne morale ou d'un actif.
- (k) L'expression « Juridiction partenaire » désigne une juridiction :
 - (i) qui a instauré des règles de communication obligatoire d'informations qui sont pour l'essentiel similaires à celles énoncées dans la présente législation ;
 - (ii) avec laquelle [nom du pays] a conclu un accord d'échange international de renseignements en vigueur qui autorise l'échange des informations visées à la section 2(4) ci-après ; et
 - (iii) qui a accepté de fournir ces informations spontanément comme décrit à l'Annexe 1.
- (l) le terme « Ingénieur de structure » désigne toute personne qui est responsable de la conception ou de la commercialisation d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque.
- (m) L'expression « Services associés » à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque désigne toute assistance ou tout conseil dispensés en lien avec la conception, la commercialisation, la mise à disposition ou l'organisation de ce Dispositif ou de cette Structure extraterritoriale opaque.
- (n) L'expression « Contribuable visé par l'obligation déclarative » désigne, s'agissant d'un Dispositif de contournement de la NCD, tout utilisateur final réel ou potentiel de ce dispositif et, s'agissant d'une Structure extraterritoriale opaque, toute personne physique dont l'identité en tant que Bénéficiaire effectif est dissimulée par une forme de propriété opaque. Cependant, un Intermédiaire ne doit pas considérer une personne comme un Contribuable visé par l'obligation déclarative lorsqu'il est en possession d'un exemplaire certifié ou notarié des déclarations fiscales les plus récentes déposées par le Contribuable visé par l'obligation déclarative auprès des administrations fiscales de toutes les juridictions dont il est fiscalement résident, et attestant qu'il s'est conformé à ses obligations fiscales au regard des intérêts et des actifs détenus via le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque, ainsi que des revenus tirés de ce dispositif ou de cette structure.

1.3. Autres définitions

- (o) le terme « Prestataire de services » désigne toute personne qui fournit des Services associés à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque dans des circonstances où l'on pourrait raisonnablement attendre de ladite personne qu'elle sache que le dispositif est un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque.

Les autres termes commençant par une majuscule qui ne sont pas définis par ailleurs doivent s'entendre selon le sens qui leur est donné dans la Législation NCD.

2. OBLIGATION DÉCLARATIVE CONCERNANT LES DISPOSITIFS DE CONTOURNEMENT DE LA NCD ET LES STRUCTURES EXTRATERRITORIALES OPAQUES

2.1 Obligation faite à l'Intermédiaire de déclarer tout Dispositif

Toute personne qui est un Intermédiaire au regard d'un Dispositif de contournement de la NCD ou d'une Structure extraterritoriale opaque est tenue de déclarer ce Dispositif ou cette Structure extraterritoriale opaque à l'administration fiscale de [nom du pays] si elle :

- (a) est résidente de [nom du pays], ou y est constituée en société ou y a son siège de direction ; ou
- (b) met à disposition le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque, ou fournit les Services associés à ce Dispositif de contournement de la NCD ou à cette Structure extraterritoriale opaque par l'intermédiaire d'une succursale située dans [nom du pays].

2.2 Date à laquelle les informations doivent être communiquées

La déclaration prévue à la section 2.1 doit être effectuée dans les quinze jours suivant la date à laquelle l'Intermédiaire :

- (a) met à disposition le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque ; ou
- (b) fournit les Services associés au Dispositif de contournement de la NCD ou à la Structure extraterritoriale opaque.

2.3 Déclaration des dispositifs mis en place après le 15 juillet 2014 et avant la date d'entrée en vigueur des présentes règles

(1) Un Ingénieur de structure est tenu de déclarer un Dispositif de contournement de la NCD dans un délai de 180 jours à compter de la date d'entrée en vigueur des présentes règles :

(a) lorsque le dispositif a été mis en place le 15 juillet 2014, ou après cette date, mais avant la date d'entrée en vigueur des présentes règles ; et

(b) lorsqu'il a exercé la fonction d'Ingénieur de structure en lien avec ce dispositif ;

nonobstant le fait qu'il ait fourni les Services associés au Dispositif après la date d'entrée en vigueur des présentes règles.

(2) La déclaration n'est pas obligatoire en vertu de la section 2.3(1) lorsque l'Intermédiaire sait :

(a) que le solde ou la valeur globale du compte financier auquel s'applique le Dispositif de contournement de la NCD était, immédiatement avant la mise en place du dispositif, inférieur à [1 000 000 USD] ou

(b) qu'il n'existe pas de Contribuable visé par l'obligation déclarative s'agissant de ce dispositif à la date à laquelle l'obligation s'applique conformément à la présente règle.

2.4 Informations que l'Intermédiaire est tenu de communiquer

Les informations qu'un Intermédiaire est tenu de communiquer en vertu de la section 2.1 ci-dessus concernant un Dispositif de contournement de la NCD ou une Structure extraterritoriale opaque doivent être présentées comme indiqué à l'Annexe 2 et inclure :

(a) le nom, l'adresse, les coordonnées détaillées, les juridictions de résidence fiscale et le NIF (le cas échéant) et, dans le cas visé en b), la date de naissance, des personnes suivantes :

(i) la personne qui communique les informations ;

(ii) tout Contribuable soumis à l'obligation déclarative au titre de ce Dispositif de contournement de la NCD ou de cette Structure extraterritoriale opaque ;

(iii) tout Client ou Intermédiaire concerné par ce même dispositif ou cette même structure ;

(b) les caractéristiques précises du Dispositif de contournement de la NCD ou de la Structure extraterritoriale opaque, y compris :

(i) concernant un Dispositif de contournement de la NCD, une description des éléments constitutifs de ce dispositif dont il est raisonnable de conclure qu'ils ont été conçus ou commercialisés dans l'objectif de contourner la NCD, ou dont il apparaît qu'ils produisent un tel effet ; et

(ii) concernant une Structure extraterritoriale opaque, une description des éléments constitutifs de cette structure dont il est raisonnable de conclure qu'ils ont été conçus

2.4 Informations que l'Intermédiaire est tenu de communiquer

ou commercialisés afin de masquer la propriété effective du Contribuable visé par l'obligation déclarative ou afin de donner l'apparence que ce dernier n'est pas un Bénéficiaire effectif d'un instrument extraterritorial passif, ou dont il apparaît qu'ils produisent un tel effet.

- (c) la ou les juridictions dans lesquelles le Dispositif de contournement de la NCD ou la Structure extraterritoriale opaque a été rendu disponible en vue de son utilisation.

dès lors qu'il s'agit d'informations dont l'Intermédiaire a connaissance, qui se trouvent en sa possession ou sous son contrôle.

2.5 Exception à l'obligation déclarative applicable aux informations couvertes par le secret professionnel

- (a) L'Intermédiaire n'est pas tenu de communiquer des informations visées dans la section 2.4 ci-dessus dès lors que cela supposerait de dévoiler le contenu d'échanges confidentiels entre un avocat ou autre un représentant légal autorisé et son client, qui ont eu pour objet l'obtention ou la fourniture de conseils juridiques, ou tenus dans le cadre de procédures judiciaires en cours ou potentielles, et couverts par des dispositions du droit interne protégeant le respect de la confidentialité.

- (b) Un Intermédiaire dispensé de l'obligation de communiquer des informations en vertu de la présente section 2.5 doit adresser une notification écrite :

- (i) à l'administration fiscale de [nom du pays], pour indiquer que l'Intermédiaire est en possession d'informations relatives à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque qui sont couvertes par l'exception à l'obligation déclarative définie par la présente section 2.5 ;
- (ii) à tout Contribuable visé par l'obligation déclarative, pour l'informer de l'obligation déclarative lui incombant en vertu de la section 2.7 ci-après.

2.6 Exception à l'obligation déclarative applicable à un Intermédiaire au titre d'informations ayant déjà été communiquées

- (a) L'Intermédiaire n'est pas tenu de communiquer les informations visées dans la section 2.4. ci-dessus dès lors que :

- (i) ces informations ont déjà été communiquées à l'administration fiscale de [nom du pays], par cet Intermédiaire ou un autre Intermédiaire ; ou
- (ii) ces informations se rapportent aux Services associés fournis, ou à un Dispositif de contournement de la NCD ou à une Structure extraterritoriale opaque rendu disponible en vue de son utilisation, via une succursale de l'Intermédiaire dans une Juridiction Partenaire, et ont déjà été communiquées à l'administration fiscale de cette Juridiction partenaire.

2.7**Circonstances dans lesquelles un Contribuable visé par l'obligation déclarative est tenu de communiquer lui-même des informations**

- (a) Toute personne physique qui réside en [nom du pays] et qui est un utilisateur final d'un Dispositif de contournement de la NCD ou un Bénéficiaire effectif dans le cadre d'une Structure extraterritoriale opaque est tenue de communiquer à l'administration fiscale de [nom du pays] les informations relatives au Dispositif de contournement de la NCD ou à la Structure extraterritoriale opaque qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration par un Intermédiaire pour l'une des raisons suivantes :
- (i) la transmission de ces informations porterait atteinte à des dispositions du droit interne relatives au respect de la confidentialité (section 2.5(a)) ; ou
 - (ii) l'Intermédiaire n'est soumis à aucune obligation déclarative en vertu des présentes règles ;
- sous réserve que cette obligation de communiquer les informations ne contrevienne pas au droit de cette personne à ne pas contribuer à sa propre incrimination, tel que défini dans la législation interne en vigueur.
- (b) Le Contribuable visé par l'obligation déclarative n'est pas tenu de communiquer les informations comme prévu à la section 2.7(a)(ii) ci-dessus dès lors qu'il a reçu une notification écrite de l'Intermédiaire qui précise que ce dernier s'est acquitté de l'obligation déclarative auprès de l'administration fiscale d'une Juridiction partenaire dans laquelle l'Intermédiaire a sa résidence fiscale, a été constitué en société, ou a son siège de direction.