

# Ce știm și ce nu știm despre apropiata transpunere a directivei „supra-transparență la intermediari” - DAC6

**Abstract:** Să ajungi mai repede la contribuabil prin consultantul acestuia nu este o politică nouă. A început acum 20 de ani în Statele Unite și a continuat în Marea Britanie prin obligarea intermediarilor să raporteze așa-numitele scheme de tax-avoidance. Uniunea Europeană intră acum în club cu un experiment imprevizibil, prin introducerea unor standarde minime comune privind raportarea „modalităților transfrontaliere de planificare fiscală potențial agresive”. Un experiment imprevizibil în primul rând pentru grupurile multinaționale care vor trebui să facă față interpretărilor din 27 (28) de jurisdicții încă diferite la capitolul taxare directă. În pregătirea momentului inevitabil în care DAC6 va ajunge și în România, acest text își propune să adune o parte din multele întrebări și neclarități, dar și puținele elemente de certitudine legate de noile obligații, pe baza materialelor apărute până în prezent la nivelul Comisiei și al altor state membre.

**Abstract:** DAC6, obligație de raportare, aranjament transfrontalier, avantaj fiscal - semne distinctive, directiva

| Adrian **LUCA**, partener-fondator Transfer Pricing Services - TPS

**Obligație de raportare** pentru **intermediarul** unei **modalități transfrontaliere** care face **obiectul raportării**. Așa sună în traducerea oficială, dar și în originalul din engleză: 6 cuvinte cheie (**mandatory, disclosure, intermediary, cross-border arrangements, reportable**) sunt de ajuns ca să spui despre ce e vorba în DAC6 – directiva UE 2018/822, care reprezintă a cincea modificare a directivei 16 din 2011 privind cooperarea administrativă în materie de fiscalitate directă. E clar însă că pentru cine a deschis această ultimă directivă e nevoie de mult, mult mai multe cuvinte pentru a înțelege ce vrea și unde bate. Și asta ca să nu mai vorbim de risipa de cuvinte de care e nevoie pentru a înțelege cum se aplică.

Pentru noi, ca raportori români, lucrurile se vor complica și mai mult având în vedere că au rămas mai puțin de șase luni până la transpunerea obligatorie în legislația națională și un an până la prima raportare (tot obligatorie). Iar pentru ceea ce va urma avem un singur cuvânt deocamdată – MIS-TER!

În acest suspans, haideți ca, pe cât posibil în mai puține cuvinte, să pornim descifrarea DAC 6 direct de la declarația (vezi model în pagina alăturată) pe care, într-un fel sau

altul, va trebui să o completăm noi, consultantii fiscali în calitate de intermediari sau, după caz, clienții noștri relevanți.

**Secțiunea A: Identificarea părților Intermediar.** Entitatea dintr-un stat membru care implementează și proiectează o modalitate transfrontalieră\* / aranjament transfrontalier. Poate face parte dintr-o asociație profesională (juridică, fiscală, de consultanță), dar nu e obligatoriu. Acolo unde se aplică o clauză legală a secretului profesional, obligația trece la **contribuabilul relevant** (beneficiarul aranjamentului respectiv). Contribuabilul relevant are obligație de raportare și dacă și-a construit *in house* acel aranjament ori dacă intermediarul său nu este înregistrat în UE.

**Întreprinderea asociată** – în linii mari se urmează definiția cunoscută, cu pragul de participare de 25% (capital/ drepturi de vot).

**Secțiunea B - Semnele distinctive** (în engleză „Hallmarks”) sunt considerate indicii ale unui potențial risc de evitare a obligațiilor fiscale (tax avoidance), sunt în număr de 18 și se regăsesc în anexa IV a Directivei (vezi tabelul alăturat).

Unele semne sunt cunoscute, fiind vorba

de *suspecții de serviciu* în lupta împotriva tax-avoidance: transferuri intra-grup de intangibile greu-de-evaluat, achiziționarea de companii pe pierdere, scheme-hibrid care duc la non-impozitare. Dar semne distinctive sunt considerate și circumstanțele în care se pun în practică diferite aranjamente (ex. lanțuri netransparente, clauze de confidențialitate).

Totuși, sunt semne, atunci când sunt încadrate la categoria generice, precum și o parte din cele specifice, care nu sunt luate în considerare decât dacă trec „**testul beneficiului principal**”. Ce înseamnă aceasta? „Testul se consideră a fi trecut dacă beneficiile principale pe care o persoană se poate aștepta în mod rezonabil să le obțină de pe urma unui aranjament, ținând seama de toți factorii și toate circumstanțele relevante, este obținerea unui avantaj fiscal”.

**Secțiunea C - Prezentarea aranjamentului.**

Sub incidența directivei, cad aranjamentele care vizează impozitele directe și se desfășoară între două sau mai multe state membre ori între un stat membru și unul din afara UE. Aranjamentele care fac obiectul raportării sunt doar acelea care includ cel puțin unul din cele 18 semne distinctive.

\* Deși pentru varianta oficială în limba română s-a ales „modalitate transfrontalieră”, cred că „aranjament transfrontalier” reflectă mai bine originalul („cross-border arrangement”)

DAC6

**DECLARAȚIA INTERMEDIARULUI FISCAL  
PRIVIND MODALITATEA TRANFRONTALIERĂ\***

 Pentru uzul  
Administrațiilor  
fiscale din UE

**A. Date de identificare**

Intermediar	Nume	Reședința fiscală	CUI
-------------	------	-------------------	-----

Contribuabili relevanți	Nume	Data și locul nașterii (pers. fizice)	Reședința fiscală	CUI	Persoane asociate
----------------------------	------	--	----------------------	-----	----------------------

**B. Detalii privind semnele distinctive ale modalității transfrontaliere raportate**
**C. Prezentarea pe scurt a modalității transfrontaliere și descrierea activităților economice relevante**
**D. Data primei etape de implementare a modalității transfrontaliere**

--	--	--

**E. Detalii privind dispozițiile naționale care constituie baza modalității transfrontaliere raportate**
**F. Valoarea modalității transfrontaliere raportate**
**G. Statul membru (UE) al contribuabilului relevant sau orice stat membru probabil să fie vizat**
**H. Alte persoane din statul membru probabil să fie afectate de modalitatea transfrontalieră raportată**

\* model de declarație cu titlu exclusiv de informare, pornind de la prevederile directivei 2018/822.  
Până la jumătatea 2019, directiva nu a fost transpusă în legislația națională.

Este momentul să creștem suspansul și să amintim că statele membre au libertatea de la Bruxelles să mărească după plac sfera de raportare, putând include, spre exemplu și aranjamentele care se desfășoară la nivel național – așa au procedat Polonia și Germania. O altă libertate este în privința sancțiunilor care pot fi impuse pentru neraportare - aici Polonia este campioană detașată. În

spiritul formulărilor evazive din DAC 6, Bruxelles-ul a transmis doar că vrea sancțiuni „eficace, proporționale și cu efect de descurajare”. (Descurajarea a ce? – vezi textul alăturat)

Dar asta e o altă discuție. Pentru moment să observăm, așa cum ne invită și această secțiune, că descrierea trebuie să se concentreze tot pe clasică substanță economică a unei scheme/modalități/tranzacții etc. Pentru

interpretări legate de substanța economică – vezi caseta alăturată.

**Secțiunea D - Data primei etape de implementare a aranjamentului** este un reper foarte important: în principiu, de la această data curg cele 30 de zile în care trebuie să se facă raportarea. Dar acest termen va curge după 1 iulie 2020, când începe aplicarea legislației naționale care transpune directiva.

**Cele 18 semne arătate în Anexa IV**

Categorie	Semne distinctive (hallmarks)	Observații (1)
A. Semne generice legate de testul beneficiului principal	Contribuabilul relevant sau un participant se angajează să respecte confidențialitatea despre cum aranjamentul duce la un avantaj fiscal	Conceptul de confidențialitate este legat de secrete comerciale și know-how și nu se referă la secretul profesional
	Intermediarul este îndreptățit să primească un comision pentru aranjamentul respectiv	
	Aranjament cu documentație standardizată	Contractele bancare standardizate, de tipul ipotecilor, nu trebuie să fie raportate, întrucât avantajul fiscal este insignifiant față de avantajele principale (de ex. satisfacerea nevoii de locuință)
B. Semne specifice legate de testul beneficiului principal	Achiziționarea de pierderi	
	Convertirea veniturilor în capital	
	Tranzacții circulare care duc la spălarea de fonduri, cu implicarea unor entități fără funcție comercială primară	
C. Semne specifice legate de tranzacțiile transfrontaliere	Plăți transfrontaliere deductibile între persoane asociate, dacă: <ul style="list-style-type: none"> <li>● Destinatarul nu este rezident fiscal în nicio jurisdicție</li> <li>● Jurisdicția destinatarului are o rată de profit zero sau aproape zero*</li> <li>● Jurisdicția destinatarului este considerată necooperantă</li> <li>● Plata este scutită integral de impozit sau beneficiază de un regim preferențial în jurisdicția destinatarului*.</li> </ul>	Rată aproape zero – se referă la o rată nominală sub 1%
	Deduceri pentru aceeași amortizare a unui activ sunt solicitate în mai multe jurisdicții	
	Scutirea de la dubla impunere este solicitată în mai multe jurisdicții	
	Transfer de active în care suma tratată ca plătită diferă semnificativ între jurisdicții	
D. Semne specifice referitoare la schimbul automat de informații și la beneficiarii reali	Subminarea legislației de raportare referitoare la schimbul automat de informații	Pentru interpretare se recomandă ghidurile OECD
	Un lanț juridic sau de beneficiari reali lipsit de transparență, cu structuri care nu desfășoară o activitate economică semnificativă, susținută de personal, echipamente etc.	
E. Semne specifice referitoare la stabilirea prețurilor de transfer	Utilizarea unor norme unilaterale privind „sfera de siguranță”	„Norme unilaterale” sunt acelea care deviază de la consensul internațional consacrat în liniile directe de transfer pricing ale OECD
	Transfer de active necorporale dificil de evaluat, pentru că <ul style="list-style-type: none"> <li>● Nu există elemente comparabile fiabile</li> <li>● Previzunile sau ipotezele în evaluarea activului sunt foarte nesigure</li> </ul>	Intragrup se referă la tranzacțiile între întreprinderi asociate, conform definiției din Directivă
Transfer transfrontalier de funcții/riscuri/active în interiorul unui grup care duce la scăderea cu 50% a profitului înainte de dobânzi și impozite (EBIT)		

Sursa – Anexa IV, DAC6

Notă: Cu albastru sunt identificate acele semne care pot fi luate în considerare numai dacă trec testul beneficiului principal

\*prezența acestor condiții, necoroborată cu alte elemente, nu poate constitui un motiv pentru a concluziona că un aranjament trece testul beneficiului principal.

În cuprinsul acestui text, (1) arată trimitere la documentul din 28 septembrie Working Party IV – Direct Taxation, pregătit de aparatul de serviciu al Comisiei Europene pe marginea DAC6.



Dar cum directiva a intrat în vigoare la 25 iunie 2018, s-a mai impus și ca toate aranjamentele raportabile implementate după această dată să fie raportate până la 31 august 2020 (în perioada iulie-august). În toate materialele explicative (destul de puține, de altfel), Comisia s-a străduit (1) să ne transmită că „spre deosebire de DAC3, aici nu e vorba de aplicare retroactivă”. Și asta pentru că, legislația națională fiind cunoscută până la sfârșitul lui 2019, părțile interesate ar avea timp să afle de consecințele nerespectării acesteia. Bine că e vorba doar de DAC3 (schimbul de informații între administrații privind acordurile de preț în avans, cu aplicare din 2017)!

**Secțiunea E - Detalii privind dispozițiile naționale care constituie baza aranjamentelor transfrontaliere raportate. Va fi una**

### Între artificial și avantaj. O „recomandare”

Pentru interpretarea noțiunii de avantaj fiscal, este utilă (1) revederea Recomandării Comisiei Europene din 6 decembrie 2012 privind planificarea fiscală agresivă. Aceasta stabilește că „nu se iau în considerare acordurile artificiale sau seriile de acorduri artificiale care au fost introduse în scopul esențial de a evita impozitarea și care conduc la un avantaj fiscal. În scopuri fiscale, autoritățile naționale trebuie să trateze aceste acorduri în funcție de natura lor economică.”

Pentru a determina dacă acordul sau seria de acorduri este artificială, se urmărește: (a) caracterizarea juridică a diferitelor etape în care constă acordul este incompatibilă cu conținutul juridic al acordului ca întreg; (b) acordul sau seria de acorduri se derulează într-o manieră care în mod normal nu ar fi utilizată în cadrul unor practici comerciale considerate rezonabile; (c) acordul sau seria de acorduri include elemente care au efectul de a se compensa sau de a se anula reciproc; (d) tranzacțiile încheiate sunt circulare ca natură; (e) acordul sau seria de acorduri conduce la obținerea de avantaje fiscale semnificative, dar acest lucru nu se reflectă în riscurile comerciale asumate de contribuabil sau în fluxurile sale de numerar; (f) profitul preconizat înainte de impozitare este nesemnificativ în comparație cu valoarea avantajelor fiscale scontate.

din piesele de rezistență ale raportării, poate fi un indiciu, ca s-o spunem direct, pentru cât de repede va suna la ușa contribuabilului relevant un nou audit fiscal (relevant)!

### Câteva întrebări (care vor fi) frecvente

#### ● Am dat declarația. Care sunt... consecințele?

Comisia transmite că nu se prezumă intenția de tax avoidance, dar admite că autoritățile pot deschide investigații pe baza informațiilor. „Se pot identifica anumite aranjamente la care administrațiile fiscale să vrea să se uite cu mai multă atenție” (1). Comisia mai transmite că sancțiunile - care trebuie să fie „descurajante” - se aplică doar pentru încălcarea obligației de raportare și nu sunt sancțiuni legate de utilizarea aranjamentului, ca urmare a unui audit. Directiva menține suspansul arătând că „dacă o administrație fiscală nu reacționează la un aranjament transfrontalier care face obiectul raportării, aceasta nu implică acceptarea valabilității sau a tratamentului fiscal al respectivului aranjament”.

#### ● Până la urmă, cine decide dacă aranjamentul fiscal este agresiv?

Așa cum despre *tax avoidance* se știe doar că înseamnă acțiuni de evitarea plății taxelor, fără să se încadreze la evaziune fiscală penală, nici aranjamentul fiscal agresiv (aggressive tax arrangements) nu are o definiție clară. S-a ales o definiție indirectă, prin intermediul semnelor distinctive, dar și acestea sunt, în mod deliberat, formulate de o manieră generală.

Așa se face că, practic, rămâne la latitudinea raportorului să-și identifice singur nivelul de „agresivitate” și dacă aranjamentul transfrontalier respectiv trebuie sau nu să fie raportat (situația este recunoscută, spre exemplu, de legislația olandeză de transpunere a Directivei).

#### ● Și totuși, nu există un ghid european care să ne spună ce e voie și ce nu?

E puțin probabil că va exista așa ceva. Ghidurile explicative care au apărut la nivel național până acum (vezi Polonia și Germania) vin să sublinieze anumite aspecte specifice, chiar prin studii de caz, dar nu merg până la limitarea clară a marjelor de aplicare a noii legislații.

Iar Comisia a transmis (1) că „Directiva nu are nicio opțiune de stabilire a unei liste albe de aranjamente transfrontaliere care să nu fie nevoie să fie raportate”.

Astfel, supra-raportarea, primirea de informații date pe principiul „să suflăm și-n iaurt”

pare un risc asumat de autoritățile europene. Prin comparație, în Statele Unite, unde legislația similară de raportare există de aproape 20 de ani, s-a ales o abordare mai pragmatică, tocmai pentru reducerea supra-raportării: IRS a publicat o listă cu tipul de tranzacții tax-avoidance și a tranzacțiilor de interes pentru Fisc. Sau există baremuri pentru tranzacțiile care reclamă înregistrarea de pierderi.

#### ● De ce să raportezi și aranjamente care, în mod evident, nu duc la un avantaj fiscal? Ce facem cu pierderile comerciale?

Mai întâi că, în ochii Fiscului, „evident” este oricum... discutabil. De altfel, chiar Directiva lasă loc de semne care nu e nevoie să fie corelate cu testul avantajului principal. Dar și o administrație preocupată de relația cu plătitorul de taxe, precum HMRC - Marea Britanie, admite că „deși am încercat să fim la un minim povara administrativă, poți fi în situația de a ne spune despre scheme/modalități care să nu fie considerate tax avoidance (Ghidul DOTAS - Disclosure of tax avoidance schemes, actualizat 2018). Un aspect controversat va rămâne acoperirea pierderilor. Mereu pot fi ridicate semne de întrebare dacă avantajul fiscal al deducerii este mai mare decât investiția în substanța economică, riscul real al investitorului. Este interesant de notat că, la întâlnirea din septembrie 2018 (1) cu experți din statele membre, specialiștii Comisiei au prezentat „mai multe exemple de cum să se aplice semnele distinctive din categoria B”. Exemplele nu au fost făcute și publice. Până una-alta, poate fi de folos un test introdus de legislația britanică (DOTAS), introducerea în ecuație a unui ipotetic *observer* informat. Ce ar spune un observator independent care, fără să fie neapărat un specialist în taxe, a studiat cazul și circumstanțele relevante? Ar ajunge la concluzia că este puțin probabil ca un aranjament să fie comercializabil dacă nu ar fi însoțit și de probabilitatea obținerii unui avantaj fiscal? Atunci, cel mai probabil, acel aranjament trebuie să fie raportat.

#### ● Este obligat să raporteze și intermediarul care oferă doar servicii de conformare fiscală?

În Directivă, definiția intermediarului se face într-un sens foarte larg. Intermediar este și cel care „știe sau ar fi rezonabil de așteptat să știe” că a ajutat la implementarea unei modalități care face obiectul raportării. Deloc surprinzător însă, definiția nu tratează și situațiile în care rolul intermediarului este limitat doar la cel de administrare sau

conformare fiscală. Răspunsul ține așadar de situațiile specifice de la caz la caz. Dacă serviciul de intermediere se referă doar la completarea declarațiilor, nu ar fi „rezonabil de așteptat” ca acel intermediar să știe de un aranjament raportabil.

Autoritățile poloneze au fost mai generoase la acest capitol și au stabilit că nu intră la raportabile serviciile legate de conformare, litigii și servicii de transfer pricing și furnizare de intermediar în cadrul activității curente. Totuși această derogare nu se mai aplică dacă intermediarul a adus recomandări care au dus la apariția unui beneficiu fiscal. ■

### Intermediari, strângeți rândurile (alături de clienți)!

Un efect, nepremeditat poate, al acestei Directive este că parteneriatul dintre intermediar (consultant, contabil, auditor, bancher, avocat) și client (contribuabilul relevant) va fi și mai... relevant acum. Pregătirea pentru jumătatea lui 2020 nu poate fi făcută decât împreună. Contribuabilul trebuie să-și dea acordul în privința clauzei de secret profesional care l-ar putea ține pe consultantul/contabilul său să dezvăluie date primite de la client. Spre exemplu, în baza statutului CCF, consultantul este obligat „să păstreze secretul profesional, care vizează toate informațiile și datele de orice tip, în orice formă și pe orice suport puse la dispoziție de client și documentația întocmită de consultant, precum și să le gestioneze și să le arhiveze corespunzător la sediul profesional”.

Așa cum arătam, dacă, sub imperiul secretului profesional, intermediarul poate să nu raporteze, atunci obligația trece direct la contribuabil/client.

E momentul ca împreună, contribuabilul și intermediarul să (re)ia la „bani mărunți” tot ce poate fi numit aranjament (trans-frontalier, până una-alta, dar încă nu am văzut forma finală a legislației interne!) pe care o aplică de la jumătatea anului 2018 încoace. Atenție, încă o dată, că sunt aspecte în care nu e vorba (aparent) de taxe și totuși sunt din categoria „de raportat”, în baza Directivei! Problematika „aranjamentelor” stă tot sub semnul clasic al analizei substanței economice, adecvării riscurilor cu funcțiunile și activele. Fiscalitatea modernă (europeană) devine aproape imposibilă fără colaborarea contribuabil-consultant/intermediar. DAC 6 e încă o dovadă. Și nu e cea din urmă!