

LE DROIT FISCAL A LA DERIVE

Exposé de Me Pierre-Philippe Hendrickx dans le cadre de la séance commune des Conseils de l'Ordre des avocats de Paris et de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles ayant lieu à Paris, le 17 octobre 2017

Mesdames et Messieurs les Bâtonniers et Vice-Bâtonniers,

Chers et Honorés Confrères,

Chers amis,

1. Le principe du choix de la voie la moins imposée

Comme vous le savez très certainement, l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme dispose que :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

Ce principe selon lequel l'impôt ne peut être dû qu'en vertu de la loi se retrouve d'ailleurs également dans l'article 170 de la Constitution belge, mais aussi, je crois, dans l'article 34 de la Constitution française et dans bon nombre de textes fondamentaux de divers pays.

Comme le rappelle le Professeur Thierry Afschrift (ULB), *« Il faut donc une loi pour qu'une personne, une situation ou une chose puisse être imposée. Cela signifie qu'il faut toujours considérer, à défaut de texte, une personne, une situation ou une chose comme exonérée d'impôt : pour qu'il y ait impôt, il faut une décision explicite et inéquivoque du législateur. C'est ce que l'on appelle « la franchise générale des personnes et des choses ». L'impôt, bien qu'envahissant, reste donc constitutionnellement l'exception : il n'existe que si un texte exprès le prévoit »*¹.

De là provient la distinction fondamentale entre *« fraude fiscale »*, d'une part, et *« choix licite de la voie la moins imposée »*, d'autre part.

Déjà en 1936, au Royaume-Uni, la Chambre des Lords avait décidé dans un arrêt de principe, que :

« Tout homme est autorisé, s'il le peut, à arranger ses affaires de telle sorte que l'impôt dû en vertu des lois applicables est moindre que ce qu'il aurait été autrement. S'il réussit à les arranger de manière à aboutir à ce résultat, alors et même si son ingéniosité n'est pas appréciée par l'administration ou par les autres contribuables, il ne peut être contraint à payer un impôt plus élevé » (Traduction libre)².

¹ Th. Afschrift, Le droit du contribuable au choix licite de la voie la moins imposée (droit interne) (en collaboration avec Me Séverine Segier).

² *« Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow tax-payers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax »* (Aff. Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster [1936]). En l'espèce, le Duc de Westminster avait optimisé fiscalement la rémunération qu'il payait à son jardinier.

En Belgique, le libre choix de la voie imposée a été consacré par les arrêts « Brepols »³ et « *Au Vieux Saint-Martin* »⁴. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation a notamment décidé que :

« Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni partant fraude fiscale, lorsque (...) les parties (...) établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si ces actes sont accomplis à la seule fin de réduire la charge fiscale ».

2. Les entorses de plus en plus intolérables aux principes de légalité et de sécurité juridique

La recherche de la voie fiscale la moins imposée a parfois conduit, il est vrai, à des opérations de « *destruction d'impôt* ».

Un exemple bien connu en Belgique est celui des opérations dites de QFIE (Quotité forfaitaire d'impôts exonérée). L'Etat belge permettait en effet aux sociétés qui prêtaient à des emprunteurs à l'étranger d'imputer sur l'impôt des sociétés belge un montant forfaitaire pour tenir compte de l'impôt étranger à la source et cela même si aucun impôt étranger n'avait été effectivement retenu. A la fin des années 80, les banques ont dès lors proposé à de nombreuses sociétés belges d'investir massivement en obligations d'Etat italiennes, uruguayennes ou coréennes dans un but purement fiscal et sans rationalité économique. L'avantage que procurait la QFIE était en effet supérieur à la perte financière intrinsèques générée par ces opérations.

A la fin des années 80, les fiscalistes et les départements fiscaux des banques rivalisaient d'ailleurs d'ingéniosité pour proposer à leurs clients des montages légaux mais souvent fort agressifs et de nature à faire crier vengeance au ciel à tout fonctionnaire normalement constitué.

Tout excès provoque nécessairement des réactions, généralement tout aussi excessives. Force est aujourd'hui de reconnaître que les choses vont aujourd'hui très loin et que les entorses aux principes de légalité de l'impôt et de sécurité juridique se multiplient.

Depuis 2012 en Belgique⁵, depuis plus longtemps en France⁶ mais aussi au Royaume-Uni, il existe dorénavant, dans le droit fiscal de la plupart des Etats européens, une disposition générale anti-abus qui permet à l'administration d'écarter les actes constitutifs d'un « *abus fiscal* ».

Ainsi, même un montage a priori « légal » peut être considéré comme abusif, avec toute la subjectivité et l'arbitraire que cela comporte : à titre d'exemple, en Belgique, les droits d'enregistrement et les droits de succession sont régionalisés mais un certain nombre de dispositions restent communes aux trois régions ; or, une même opération sera tantôt considérée comme non abusive par l'administration fédérale, (restée compétente pour la Région de Bruxelles et la Région Wallonne) tantôt comme abusive par l'administration régionale flamande, alors que le texte de loi est pourtant le même dans les trois régions⁷.

³ Cass. 6 juin 1961, Pas. 1961, I, p. 1082.

⁴ Cass. 22 mars 1990, Pas 1990, I, p. 849.

⁵ Article 344, § 1^{er} CIR 92, introduit par la loi programme du 29 mars 2012; en réalité, il existait déjà, depuis 1993, une précédente disposition générale anti-abus qui permettait d'écarter seulement la qualification donnée à un acte juridique mais non l'acte lui-même ; les cas d'application étaient dès lors rarissimes et la disposition était globalement inefficace.

⁶ Article L 64 du livre des procédures fiscales.

⁷ Ainsi, l'administration fédérale (SPF Finances) considère qu'une donation de biens meubles effectuée par acte authentique passé devant un notaire étranger n'a rien d'abusif ; si le donateur survit pendant trois ans à la donation, les biens ainsi donnés ne feront plus partie de l'actif de sa succession. En revanche, l'administration flamande (Vlabel) estime que pareille opération est abusive et que toute donation effectuée par acte

L'arriéré judiciaire en matière fiscale est tel qu'un litige portant sur le caractère abusif ou non d'une opération ne connaîtra pas son dénouement avant au minimum 5 ans, tous les recours y compris le recours en cassation, étant de surcroît suspensifs. Si vous ne payez pas l'impôt, des intérêts de retard sont dus au taux de 7% par an ; inversement, si l'Etat doit rembourser, il devra le faire avec des intérêts calculés au même taux ; un récent projet de loi du gouvernement vise cependant à abaisser le taux des intérêts ...dans le seul cas du remboursement par l'Etat. Il faut donc être courageux et tenace pour faire valoir ses droits dans de telles conditions.

Certes, il existe toujours la possibilité d'obtenir un « ruling » fiscal (i.e. ce qu'on appelle en France un « *rescrit* ») ; toutefois, l'intervention de « spécialistes » (entendez « avocat » ou « conseiller fiscal ») est, dans certains cas, considéré par le Service des Décisions Anticipées comme un des critères pour apprécier négativement l'opération présentée ...⁸.

En principe, lorsqu'un impôt est prescrit, il ne peut normalement plus être exigé et l'on constate ces dernières années une tendance très lourde à l'allongement des délais de prescription, alors que les banques ne conservent généralement pas leurs archives au-delà de 10 ans.

La prescription n'est plus non plus absolue. Ainsi, en matière de régularisation fiscale en Belgique, il faut à présent aussi régulariser, au taux actuel de 37%, les « *capitaux prescrits* », c'est-à-dire les capitaux pour lesquels l'impôt sur les revenus ou les droits de succession notamment ne peuvent plus être perçus ou dont on ne peut tout simplement pas démontrer qu'ils ont à l'époque – et donc parfois 20 ou 30 ans plus tôt - subi leur régime normal d'imposition; en effet et nonobstant la prescription fiscale, ces capitaux pourraient toujours être confisqués en tant que produit d'une infraction pénale (blanchiment résultant d'une fraude fiscale) ; or, en Belgique, le délit de blanchiment est un délit continu et donc pratiquement imprescriptible.

La régularisation des capitaux prescrits est d'ailleurs une invention récente qui ne figurait pas dans les premières lois de régularisation (DLU 1 et 2 pour « *Déclaration libératoire unique* ») ; auparavant, il ne fallait régulariser que les revenus de ces capitaux⁹; de là à vouloir faire réouvrir aujourd'hui les quelques 61.546 dossiers de régularisations effectuées sous les régimes précédents, il n'y a qu'un pas qu'un haut fonctionnaire de l'Inspection Spéciale des Impôts a quand même cru pouvoir franchir à la fin de l'année dernière...¹⁰. Ici, ce sont les principes de sécurité juridique et de légitime confiance, pourtant consacrés par la jurisprudence de la Cour de Justice et par celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui ont de nouveau pris quelques kilos de plomb dans les ailes.

3. Atteindre le contribuable par le biais de son conseiller ou de son avocat – la dérive ultime

Si les droits fondamentaux du contribuable sont ainsi de toute évidence malmenés, il est aussi de bon ton depuis quelques temps de s'en prendre aux avocats fiscalistes et aux conseillers fiscaux.

Ainsi, si vous êtes un avocat fiscaliste en Belgique et si votre propre déclaration fiscale venait à être rectifiée - par exemple par suite du rejet de certaines dépenses de restaurant dont le caractère professionnel ne serait pas suffisamment démontré – l'administration appliquera d'office, en vertu

authentique à l'étranger passé à partir du 1^{er} juin 2016 lui sera inopposable si elle n'a pas été enregistrée en Belgique (avec paiement des droits de donation) avant le décès.

⁸ Voir http://www.ruling.be/sites/default/files/content/download/files/20130322_sda_plus-values-annexe.pdf

⁹ Pour rappel, il n'y a pas d'impôt sur la fortune en Belgique.

¹⁰ En octobre 2016, le Directeur de l'ISI de Gand, Karel Anthonissen, a déposé plainte, auprès de tous les parquets du pays et du parquet fédéral, contre 61 546 Belges ayant effectué une régularisation fiscale entre 2004 et 2015. L'ISI estimait que de l'argent noir avait pu être blanchi via la régularisation fiscale ancienne formule à des tarifs trop bas. Le parquet fédéral a cependant classé la plainte sans suite et le directeur en question a été sanctionné par sa hiérarchie.

d'une instruction interne non publiée, les accroissements au taux maximum au motif que vous êtes un professionnel de la fiscalité et qu'à la différence du citoyen lambda, vous n'avez pas droit à l'erreur.

Dans le même registre, en France, on peut citer le récent arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 19 mai 2017, en cause de Mme Arlette Ricci (fille et héritière de Nina Ricci). Désireuse de retourner en Suisse, le pays de son enfance où elle possède un modeste chalet, Mme Ricci fait appel à un éminent avocat fiscaliste français pour faire acheter, par deux SCI qu'elle contrôle et au moyen d'un crédit hypothécaire, les immeubles parisiens et corse qu'elle possède personnellement ; l'opération permet ainsi de dégager des liquidités, d'échapper dorénavant à l'impôt sur la fortune en France et de pouvoir éventuellement donner les parts de ces SCI à ses enfants. Le montage est classique, parfaitement légal et couramment pratiqué. Malheureusement, Mme Ricci avait également des avoirs non déclarés en Suisse et le nom de Mme Ricci finit par ressortir de la fameuse liste Falciani¹¹. Mme Ricci est donc poursuivie en France pour fraude fiscale. Bien qu'il ait été admis que l'avocat n'avait aucunement participé à cette fraude fiscale, la Cour d'appel considère que « *Quel que soit le caractère avisé de Arlette Ricci, celle-ci n'aurait pu, sans le concours du professionnel, mettre en place la succession d'opérations lui permettant de faire obstacle au recouvrement de l'impôt en France à compter de 2011, concours qui lui a été sciemment apporté par Me X* ». L'avocat est donc condamné pour n'avoir pas « deviné » que le montage fiscal qu'il contribuait à mettre en place pourrait être ultérieurement utilisé par Mme Ricci pour tenter de se soustraire au recouvrement d'un impôt dû à un autre titre (en l'occurrence une fraude fiscale à laquelle il n'a pas participé).

Au Royaume-Uni, c'est encore pire. En août 2016, le ministère britannique des finances (HMRC) a lancé une consultation sur un projet intitulé « *strengthening tax avoidance sanctions and deterrents* ». Dans ce projet, le gouvernement britannique envisage de sanctionner très lourdement les conseillers – en ce compris les avocats – qui conçoivent, commercialisent ou facilitent l'usage de montages fiscaux qui seront ultérieurement jugés inacceptables. En d'autres mots et en cas de litige sur l'interprétation d'une loi fiscale, on sanctionnera dorénavant aussi l'avocat ou le conseiller (en plus du contribuable) si la décision judiciaire est favorable à l'administration fiscale. Ce projet a fait l'objet de nombreuses observations, notamment de la Law Society of England and Wales. Le projet, un peu édulcoré¹², se retrouve à présent dans le Finance Bill 2017, actuellement en seconde lecture au Parlement britannique.

Un projet similaire avait, me semble-t-il, été aussi envisagé en France sous la présidence de François Hollande mais n'a, sauf erreur pas abouti.

Le catalogue des horreurs ne s'arrête pas là et nos confrères Eve Obadia et Louis-Marie Bourgeois feront plus spécifiquement rapport sur l'actuelle proposition de directive du 21 juin 2017 relative qui oblige les conseillers fiscaux à dénoncer, sous peine de sanctions, des planifications fiscales transfrontalières « potentiellement agressives » qu'ils conçoivent ou mettent en place pour leurs clients.

¹¹ Du nom de l'informaticien qui a dérobé et révélé le nom des clients français de la filiale de HSBC en Suisse.

¹² <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/finance.html> ; Les sanctions ne viseraient plus que la participation aux « abusive tax arrangements », définis comme suit

« *Arrangements are "tax arrangements" for the purposes of this Schedule if, having regard to all the circumstances, it would be reasonable to conclude that the obtaining of a tax advantage was the main purpose, or one of the main purposes, of the arrangements* ».

« *Tax arrangements are "abusive" for the purposes of this Schedule if they are arrangements the entering into or carrying out of which cannot reasonably be regarded as a reasonable course of action in relation to the relevant tax provisions, having regard to all the circumstances* ».

Pour en terminer et comme l'écrivait récemment et fort justement un éminent fiscaliste belge belge¹³, « *sous couvert de dénoncer des abus c'est notre comportement que nos élus et le fisc cherchent à infléchir. La taxation d'une opération, quelle qu'elle soit, devient la norme. Cet exercice de culpabilisation du contribuable, cette dénonciation constante d'opérations pourtant parfaitement légales d'évitement de l'impôt, est profondément insupportable. Doit-on s'attendre un jour à la création d'un organe administratif chargé d'examiner nos péchés fiscaux, dirigé, comme au temps des Espagnols, par un Grand Inquisiteur statuant sur ce qui est éthique et ce qui ne l'est pas ? Osons nous insurger. Faut-il rappeler qu'une bonne gestion fiscale n'est jamais condamnable. Il faut maintes et maintes fois réaffirmer le droit à l'optimisation fiscale, à savoir le droit pour un contribuable d'opter, entre deux voies, pour celle qui lui permet d'économiser des impôts. Nier ce principe c'est nier un État de droit, c'est ôter la liberté aux citoyens, leur droit de poser des choix. Notre démocratie mérite mieux que cette moralisation tendancieuse et cette dictature des nouveaux censeurs fiscaux.*

Dispositions légales imprécises et sujettes à interprétations subjectives, prescriptions allongées, tribunaux généralement favorables à l'administration, intimidation des avocats et des conseillers ... La dictature fiscale n'est effectivement plus très loin et il est en tout cas grand temps, pour nous avocats, de s'émouvoir de cette dérive de plus en plus inquiétante du « droit » fiscal.

Voici, Mesdames et Messieurs les Bâtonniers et Vice-Bâtonniers, Chers et Honorés Confrères, chers amis, les quelques réflexions que je voulais partager avec vous au cours de cette séance commune des Conseils de l'Ordre de nos grands barreaux.

¹³ Pierre-François Coppens, La grande inquisition de la "fiscalité juste et éthique", L'Echo, 30 septembre 2017. L'auteur est Secrétaire général de l'Ordre des Experts Comptables et Comptables Brevetés de Belgique.