

Concerne : Taxe Caïman et DAC 2 – Les SIF et autres fonds privés sous pression ?
De : Antoine DAYEZ & Benoît PHILIPPART DE FOY
Date : 13 novembre 2015

Quelles sont les conséquences de la conjonction de la taxe Caïman et de l'entrée en vigueur de la directive DAC 2 pour les résidents belges détenteurs de fonds d'investissement privés ? Dans quelles situations faut-il s'interroger sur l'opportunité d'une régularisation ? Quelles seront les conditions de celles-ci ?

La taxe « Caïman » vise-t-elle les fonds d'investissement privés ?

La loi-programme du 10 août 2015¹ a introduit un nouveau « régime de taxation applicable aux constructions juridiques », surnommé « taxe Caïman » par référence aux structures juridiques plus ou moins artificielles fréquemment localisées dans les îles du même nom.

Cette nouvelle loi élargi la base imposable à l'impôt des personnes physiques et des personnes morales résidents belges, en l'étendant aux revenus perçus par des « constructions juridiques » dont ces résidents belges sont « fondateurs » ou « tiers bénéficiaires ». Ces revenus perçus par les « constructions juridiques » sont taxés par transparence comme si les « fondateurs » ou « tiers bénéficiaires » étaient directement propriétaires des avoirs et des revenus de ces structures. Le nouveau régime s'applique aux revenus perçus par ces structures depuis le 1^{er} janvier 2015. Les revenus perçus avant cette date pourront éventuellement (suivant le type de structure) faire l'objet d'une imposition « à la sortie » via la taxation d'un boni de liquidation².

La loi vise deux catégories de constructions juridiques :

- La première catégorie est celles des entités sans personnalité juridique, on vise ici essentiellement les trusts et les contrats de fiducie ;

¹ MB. 18 août 2015, voy. articles 38 à 47.

² On rappellera ici que le régime d'imposition est couplé avec une obligation de déclaration annuelle de l'existence de la construction juridique.

- La seconde catégorie couvre quant à elle « toute société, association, établissement, organisme ou entité quelconque qui possède la personnalité juridique et qui, en vertu des dispositions de la législation de l'Etat (...) où il est établi (...) soit n'est pas soumis à un impôt sur les revenus soit est soumis à un impôt sur les revenus qui s'élève à moins de 15% (...) ».

Les fonds d'investissement qui ont la personnalité juridique (essentiellement les Sicav)³, compte tenu du fait qu'ils bénéficient d'un régime fiscal particulier qui tend à limiter voire supprimer l'impôt sur les revenus qu'ils perçoivent, sont *a priori* susceptibles de tomber dans la seconde catégorie décrite ci-dessus. La loi elle-même et les travaux parlementaires contiennent certaines précisions concernant le traitement des fonds d'investissement au regard de cette nouvelle taxe.

Afin de ne pas décourager ce type d'investissements la loi prévoit que les Organismes de Placement Collectif (OPC) suivants, sont en principe exclus de la notion de « construction juridique » et, partant, ne peuvent être soumis à la taxe Caïman⁴ :

- Les OPC publics (c'est-à-dire dont la souscription est ouverte au public) et institutionnels (c'est-à-dire réservés à des investisseurs « éligibles » qui sont, en pratique, essentiellement des professionnels) qui répondent aux conditions d'investissement prévus par la directive 2009/65/CE ; ainsi que
- Les OPC publics et institutionnels *alternatifs* (c'est-à-dire les fonds qui ne répondent pas aux conditions de la directive 2009/65/CE).

Ainsi, bien que les Sicav luxembourgeoises, par exemple, se trouvent imposées à un taux réel inférieur au seuil de 15% requis par la loi (tout comme les Sicav belges d'ailleurs), celles-ci sont en principe exclues du champ d'application de la taxe Caïman.

On ne peut toutefois que constater que l'exclusion n'est pas étendue aux organismes de placement collectif privés, c'est-à-dire ceux qui recueillent leurs moyens financiers auprès d'investisseur privés agissant pour leur propre compte. L'exposé des motifs de la loi précise d'ailleurs explicitement que : « (...) lorsque ces structures [lire : fonds d'investissement] sont constituées dans un cadre privé notamment les organismes de placement collectif privés qui ne font pas appel public à l'épargne ou ne traitent pas exclusivement avec des investisseurs institutionnels, alors elles conservent la qualification possible de construction juridique et le régime de transparence fiscale leur est en principe applicable. »⁵

³ En ce qui concerne les fonds sans personnalité juridique (les Fonds Commun de Placement ou « fonds contractuels »), le Ministre a déclaré que ceux-ci ne font pas partie de la seconde catégorie de constructions juridiques mais pourraient éventuellement faire partie de la première. Cette considération est évidemment absurde : les fonds contractuels sont, par définition, transparents et la question de l'application de la taxe Caïman est donc dénuée d'intérêt.

⁴ Nouvel article 2, 13°/1 du Code des Impôts sur les Revenus.

⁵ Exposé des motifs, Doc. Parl. Chb, 2014-2015, n°54-1125/001, p. 36.

Autrement dit, si une sicav a été constituée pour un ou un petit groupe d'investisseurs déterminés, elle pourrait « en principe » être soumise à la taxe Caïman.

Un risque pour les Sicav-FIS et les « compartiments privés » ?

Or de telles Sicav existent bien entendu : les Fonds d'Investissement Spécialisés (FIS) luxembourgeois constitués sous forme de Sicav ont précisément pour but de permettre la constitution d'un véhicule d'investissement réservé à un seul investisseur (ou à un groupe restreint d'investisseurs) « *avertis* »⁶ qui n'est pas ouvert au public. Il existe également par ailleurs aussi certaines Sicav ostensiblement ouvertes au public mais dont certains compartiments sont « dédiés » ou réservés à certains investisseurs déterminés.

Il existe heureusement à ce jour deux obstacles qui s'opposent à l'application de la taxe Caïman à de tels fonds :

- Tout d'abord, en ce qui concerne les entités établies dans l'Espace Economique Européen (EEE), la loi prescrit au Roi d'établir une liste limitative des entités qui seront considérées comme des « constructions juridiques » visées par la taxe Caïman. Or, sur la liste établie par l'Arrêté Royal du 23 août 2015⁷, seuls la Société de Gestion de Patrimoine Familial (« SPF ») luxembourgeoise et les Stiftung et Anstalt du Liechtenstein sont mentionnées. Les Sicav privées luxembourgeoises n'étant pas citées dans la liste, il faut donc considérer qu'à ce stade elles ne sont pas visées. Ce raisonnement ne vaut toutefois, bien entendu, que pour les fonds privés établis dans l'EEE.
- Ensuite, il convient de rappeler qu'au niveau fiscal, l'intérêt de telles structures était évidemment la possibilité d'appliquer le régime belge d'exonération prévu à l'article 21, 2° du Code des Impôts sur les Revenus pour les Sicav de capitalisation. Certains auteurs estiment en effet que deux décisions du Service des Décisions Anticipées (SDA) peuvent être interprétées comme impliquant qu'un compartiment dédié d'une Sicav-SIF devrait pouvoir bénéficier de ce régime⁸. Si ce régime d'exonération est applicable, il devrait, selon nous, être exclusif de la taxe Caïman, quoi qu'en dise le Ministre : on ne saurait à la fois considérer que le fonds est simultanément soumis au régime particulier de l'exonération et à celui de la transparence.

Il faut toutefois être prudent quant à la solidité de ces deux obstacles.

D'abord, une analyse prudente conduit à nuancer fortement la possibilité d'appliquer le régime d'exonération aux compartiments privés d'une SICAV-SIF. Les décisions du SDA invoquées par la doctrine sont très restrictives : l'administration souligne que le régime d'exonération prévu par l'article 21, 2° CIR 92 suppose qu'on soit en présence d'une « société d'investissement », définie par l'article 2, 5° f) du CIR 92 comme celle dont l'objet consiste dans le placement collectif des capitaux ; selon le SDA, ceci signifie qu'il faut une « multiplicité d'actifs » et une « pluralité d'investisseurs ». Ces exigences

⁶ Ce qui inclut les institutionnels, les professionnels et les individus qui affirment être des investisseurs bien informés et investissent un minimum de 125.000 EUR

⁷ M.B. 28 août 2015.

⁸ Voy. SDA, déc. 2011.010 et 2011.039 du 22 février 2011 ; SDA Rapport Annuel 2012, p. 20

excluent donc apparemment le bénéfice du régime d'exonération pour les Sicav-SIF intégralement dédiées à un seul investisseur. En ce qui concerne les compartiments-dédiés d'une Sicav-SIF, la question se pose de savoir si l'exigence de multiplicité des actifs et de pluralité des investisseurs doit s'apprécier au niveau de la Sicav elle-même ou au niveau de chaque compartiment de celle-ci. Répondre par la première branche de l'alternative ne nous paraît pas aller de soi, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la disposition générale anti-abus (postérieure aux décisions susmentionnées du SDA).

Ensuite, il nous revient que la question de ces fonds privés n'est pas passée inaperçue au niveau politique et qu'elle est activement discutée à l'heure actuelle, certains souhaitant apparemment que la taxe Caïman leur soit explicitement rendue applicable, ce qui peut se faire par une simple modification de la liste des entités visées figurant dans l'arrêté royal précité du 23 août 2015.

Rumeurs, rumeurs... Et échange automatique de renseignements

Faut-il alors craindre un assaut du fisc belge sur les fonds d'investissement privés ?

Il faudra sans doute un peu de temps encore pour être fixés mais, à tout le moins, on voit que les outils juridiques sont en place pour ce faire. La taxe Caïman présente en effet, pour le fisc, l'avantage de permettre d'asseoir légalement une imposition sur les revenus obtenus par ces structures sans même devoir démontrer qu'elles sont frauduleuses. Nul besoin donc de longues et coûteuses enquêtes internationales.

La tâche de l'administration fiscale sera par ailleurs grandement facilitée par l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2016, de la directive 2014/107/UE (dite « DAC 2 »)⁹, introduisant la « Norme Commune de Déclaration » dans le droit européen.

Conformément à ces nouvelles règles, les institutions financières (le terme comprend non seulement les banques mais également les OPC) établies au sein de l'Union européenne, d'une vingtaine d'autres pays de l'OCDE et de la plupart des petits paradis fiscaux limitrophes de l'Union européenne¹⁰ auront l'obligation de récolter et transmettre à leurs fiscs respectifs (en vue de retransmission vers les pays concernés) les informations relatives à la résidence fiscale, aux revenus et aux capitaux détenus par leurs clients.

Le but, comme avec la directive sur la fiscalité de l'épargne, est d'assurer l'imposition, dans leur pays de résidence, des personnes ayant des avoirs à l'étranger. Le premier échange de renseignements, portant sur la situation de 2016, aura lieu en 2017¹¹. Contrairement à la directive sur la fiscalité de l'épargne

⁹ Dir. 2014/107/CE du 9 décembre 2014 dite « DAC 2 » ; il s'agit d'une extension de la directive de 2011 « on Administrative Cooperation » (dite « DAC 1 »), très inspirée des normes du « Foreign Account Tax Compliance Act » (FATCA) américain,.

¹⁰ Afrique du Sud, Argentine, Colombie, Corée, Islande, Inde, Ile Maurice, Liechtenstein, Mexique, Norvège, San Marin, Seychelles, Iles Anglo-Normandes, Gibraltar, Iles Vierges, Montserrat, Iles Caïman, Turks & Caicos, etc.

¹¹ Conformément à l'accord conclu avec l'UE le 27 mai dernier, la Suisse appliquera ces nouvelles règles à partir du 1^{er} janvier 2017 (avec premier échange de renseignements en 2018). D'autres petits paradis fiscaux suivront vraisemblablement le même calendrier. L'Autriche également n'appliquera la Norme Commune qu'à partir de

actuellement en vigueur, il n’y aura aucune possibilité d’appliquer une retenue à la source à la place de l’échange de renseignements et aucun type de placement ne pourra échapper au système (les assurances-vie, les produits de capitalisation et même les simples capitaux ou comptes bancaires, fussent-ils vides, sont également visés). Partant, il est inévitable que les fonds privés établis à l’étranger détenus par des résidents belges, qu’ils soient ou non effectivement imposables à l’un ou l’autre titre, seront portés à la connaissance de l’administration fiscale à partir de 2017.

Le temps est donc venu où les divers véhicules d’investissement (et les avis des fiscalistes qui les ont conseillés) vont être soumis à l’épreuve du feu...

Le problème de l’origine des avoirs - Régularisation fiscale, anno MMXVI

Le mode d’imposition des revenus générés par les actifs investis en fonds privés ne constitue par ailleurs qu’un des problèmes susceptibles de se poser.

Qu’ils soient ou non visés par la taxe Caïman, on ne peut en effet négliger la question de l’origine des avoirs placés dans des fonds dédiés étant donné que leur existence sera, dès 2017, portée à la connaissance du fisc belge. Si ces avoirs sont eux-mêmes entachés d’une fraude fiscale, leur investissement dans un fonds privé (et leur retrait) est susceptible de tomber sous le coup des règles visant à lutter contre le blanchiment d’argent : l’investissement d’un montant provenant (même partiellement) d’un « avantage illégitime » (comme l’économie d’impôt consécutive à une fraude fiscale) constitue en effet un délit distinct de « blanchiment » pour lequel des sanctions particulières (dont la confiscation de l’avantage illégitime) sont prévues.

Ces sanctions viendraient alors s’ajouter aux sanctions fiscales qui peuvent encore être établies en fonction de l’écoulement des délais d’établissement des impôts (7 ans en matière d’impôts directs, 9 ou 10 ans en matière de droit de succession, selon les régions).

Dans un tel cas, il y aura alors lieu de s’interroger sur l’opportunité d’une régularisation fiscale.

Le gouvernement belge a récemment annoncé la remise sur pied d’une procédure officielle de régularisation dès le 1^{er} janvier 2016. On en ignore encore toutes les conditions précises mais elle devrait permettre, comme en 2013, d’obtenir une amnistie fiscale et pénale complète. Selon les informations actuellement disponibles, les conditions de la régularisation anno MMXVI seront, dans un premier temps, similaires aux conditions de l’actuelle procédure de régularisation informelle¹², qui peuvent être résumées comme suit :

- Il convient tout d’abord de rappeler que la loi fiscale prévoit qu’en cas de fraude, l’impôt peut être établi :

2017 mais, d’ici là, elle sera appliquée par près d’une centaine de pays à travers le Monde, dont tous les plus grands centres financiers.

¹² Instruction SB/014487 du 29 janvier 2015

- pour ce qui concerne les impôts sur les revenus, jusqu'à sept ans après l'année qui suit celle au cours de laquelle des revenus non déclarés ont été perçus: les revenus obtenus en 2009 et non déclarés en 2010 peuvent faire l'objet d'une imposition jusqu'au 31 décembre 2016 ;
- pour ce qui concerne les droits de succession, jusqu'à 10 ans (en régions wallonne et de Bruxelles-Capitale) ou 9 ans (depuis le 1^{er} janvier 2015 en région flamande) après l'expiration du délai de déclaration aux droits de succession.
- Ces revenus et capitaux « non prescrits » devront bien entendu être repris dans la déclaration de régularisation. Ils seront imposés aux taux d'imposition applicables au cours de l'année où ils ont été obtenus, l'imposition étant majorée d'une amende de :
 - 50% de l'impôt pour ce qui est des revenus mobiliers. Ainsi un intérêt imposable à 15% en 2009 se retrouvera, après application de l'accroissement, imposable à 22,5% ;
 - 20% de l'impôt pour ce qui est des revenus professionnels non déclarés (également applicable à la TVA) ;
 - 20% de l'impôt pour ce qui est des droits de succession. Ainsi si l'impôt successoral est de 100, le montant à payer après accroissement sera de 120.
- En ce qui concerne le montant qui existait juste avant les sept ou dix dernières années et sur lequel plus aucun impôt ne peut en principe être établi, une distinction devrait être faite :
 - Soit le contribuable peut démontrer, au moyen de documents probants, que ce capital provient (éventuellement partiellement) d'une origine non frauduleuse, c'est-à-dire de revenus qui ont subi leur régime fiscal normal, auquel cas il n'y a pas de raison de l'imposer (en tous cas à mesure de la partie non frauduleuse) ;
 - Soit le contribuable ne peut apporter de preuve quant à l'origine du capital, auquel cas celui-ci sera soumis à un prélèvement de 36% (qui augmentera progressivement au fil du temps) à titre de transaction pénale.

L'imposition automatique du capital prescrit dont l'origine ne peut être démontrée est, bien entendu, un point particulièrement contentieux. Certains estiment en effet que, dans ces conditions, il est plus simple de « se laisser attraper » par le fisc étant donné que ce dernier ne pourrait légalement justifier un tel prélèvement. Cette stratégie laisse toutefois ouvert le risque qu'une plainte pénale soit déposée et que celle-ci n'aboutisse à une condamnation pour blanchiment, avec sanction de confiscation à la clef.

Prendre les devants pour éviter le pire ?

L'entrée en vigueur de DAC 2 permettra d'ici peu à l'administration fiscale belge d'obtenir tous les renseignements relatifs aux fonds d'investissements privés établis dans l'EEE (et au-delà) lorsque leur propriétaire est un résident belge.

Si les divers fonds privés établis dans l'EEE ne sont pas pour le moment soumis à la Taxe Caïman, il est cependant temps de se rendre compte que les Sicav-FIS et autres fonds similaires réservés à un investisseur unique ne bénéficient *vraisemblablement* pas du régime d'exemption établi à l'article 21, 2° CIR ; et qu'il est très incertain que les compartiments dédiés de SICAV-SIF puisse en bénéficier. Les résidents belges qui ont utilisés de telles structures par le passé et en ont retirés des revenus qu'ils n'ont pas déclarés seraient bien avisés de soumettre leur situation à une analyse sérieuse et, si nécessaire, de prendre les mesures qui s'imposent.

Par ailleurs, qu'ils soient imposables ou pas, se pose également la question de l'origine des avoirs qui se trouvent dans de tels fonds. Il est urgent d'analyser ces avoirs afin de pouvoir démontrer l'absence de toute fraude fiscale antérieure ou, si tel n'est pas le cas, de préparer activement une éventuelle régularisation.

*

* *