

CONSULTATION DE LA COMMISSION
SUR LES MESURES DESTINEES A DISSUADER LES CONSEILLERS ET LES
INTERMEDIARIES DE PROPOSER DES DISPOSITIFS D'OPTIMISATION FISCALE
POTENTIELLEMENT AGRESSIFS

(10 novembre 2016)

1. Introduction

L'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone de Belgique (AVOCATS.BE) est une organisation indépendante, créée par le code judiciaire belge, qui a pour objet la défense des intérêts du justiciable et de l'avocat. Il chapeaute les 12 barreaux francophones et germanophone de Belgique et représente ainsi les 8000 avocats inscrits auprès de ces barreaux.

Il s'intéresse particulièrement aux normes européennes susceptibles d'avoir un impact sur l'accès à la justice et les droits de la défense, sur les libertés fondamentales et les valeurs spécifiques que le barreau entend protéger et promouvoir, sur les règles déontologiques applicables à la profession d'avocat, ainsi que sur la pratique quotidienne de la profession d'avocat.

AVOCATS.BE est inscrit au registre des représentants d'intérêts depuis le 10.02.2009, sous le numéro d'identification 29310761114-43.

2. Position d'AVOCATS.BE

En faveur d'une fiscalité plus juste et plus efficace

AVOCATS.BE se réjouit que la Commission prenne des initiatives en vue d'une fiscalité plus juste, plus stable et plus efficace au sein de l'Union et qu'elle aide les États membres à prendre des dispositions coordonnées contre l'évasion fiscale.

Il salue les mesures de transparence fiscale et l'instauration d'échanges d'informations entre les administrations fiscales sur les entreprises multinationales opérant dans l'Union.

Ces mécanismes devraient en effet leur permettre de détecter et empêcher des schémas d'évasion fiscale et de lutter contre l'utilisation abusive des conventions fiscales.

Il remercie la Commission de procéder à une consultation publique afin de recueillir les avis de toute personne intéressée sur l'approche la plus adéquate.

Il constate cependant que le libellé des questions de la consultation prête à confusion.

AVOCATS.BE ne peut dès lors pas répondre à la consultation comme telle, raison pour laquelle il communique la présente prise de position.

Attention à la confusion ...

AVOCATS.BE note la volonté de la Commission de renforcer la supervision et de s'assurer que des mesures dissuasives efficaces s'appliquent aux promoteurs et aux facilitateurs de mécanismes de planification fiscale agressive.

Il note également que les réponses à la consultation doivent aider la Commission à apprécier la nécessité de mettre en place une action de l'Union pour introduire des mesures dissuasives plus efficaces à l'égard des conseillers fiscaux et des intermédiaires (et donc potentiellement des avocats) qui prennent part à des opérations facilitant la fraude et l'évasion fiscales ainsi que sur la manière dont ces règles devraient être conçues.

Dans sa consultation, la Commission emploie indifféremment les expressions d'évasion fiscale, d'optimisation fiscale et de planification fiscale agressive.

Concernant la fraude fiscale (en anglais « tax evasion »), il convient de préciser qu'il s'agit d'une activité illégale et qu'elle est déjà appréhendée et sanctionnée par le droit pénal ou par la législation contre le blanchiment. L'intermédiaire qui conseille ou aide un client à s'engager dans une activité qu'il sait illégale, s'expose à des sanctions pénales. En outre, si cet intermédiaire est un avocat, il s'expose également à des sanctions disciplinaires. Lorsque l'on est en présence d'un mécanisme de fraude fiscale, les montages juridiques et fiscaux seront souvent entachés soit d'une dissimulation coupable, soit d'une altération de la vérité, contre lesquels les autorités fiscales pourront efficacement faire valoir que les transactions apparentes qui lui sont présentées relèvent d'une simulation prohibée. Ces éléments intentionnels propres à la simulation relèvent de la fraude fiscale, passible de sanctions pénales.

Concernant l'évasion fiscale : Les termes français « évasion fiscale » (en anglais « tax avoidance ») et « évitement d'impôt » sont sujets à confusion pour le grand public dans la mesure où ils ne visent généralement pas des situations se situant hors la loi, mais des mécanismes ou montages strictement légaux, mais qui aboutissent à un résultat privant l'État de recettes fiscales.

Concernant l'optimisation fiscale, il est important de souligner que celle-ci est parfaitement légale, que le système fiscal belge est dominé par le principe du choix légal de la voie la moins imposée et que ce sont les autorités nationales qui définissent les sociétés ou structures qu'elles autorisent ainsi que les règles fiscales qu'elles leur appliquent. Le législateur national belge a introduit au fil du temps diverses dispositions anti-abus générales ou spécifiques visant à contrer les excès de créativité de certains contribuables. L'application de ces dispositions anti-abus relevant du droit fiscal national permet aux autorités fiscales d'opérer les redressements fiscaux dans les situations où les conditions légales posées pour y donner lieu sont réunies.

Ces redressements se situent en droit belge en dehors du droit pénal et ne relèvent pas de mécanismes de fraude fiscale.

Alors que selon l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », il est aujourd'hui illusoire - face au foisonnement législatif à tous les niveaux de pouvoirs, aux interactions entre les divers instruments juridiques, et à la qualité rédactionnelle trop souvent inappropriée et souvent sujette à interprétation de certains textes - que le justiciable (personne physique ou morale) maîtrise ne serait-ce qu'un pan de l'arsenal législatif qui lui est applicable.

Dans ce contexte, le rôle de l'avocat est de prendre connaissance du droit et d'en expliquer l'application - ou non - aux situations (existantes ou projetées) qui lui sont soumises, afin d'informer son client sur la conformité au droit applicable (« compliance »,) de ce qu'il a entrepris ou de ce qu'il envisage d'entreprendre, avec le droit en vigueur.

Les récents scandales ont montré comment l'absence de coordination des règles judiciaires, fiscales entre les différents États et l'opacité, voire l'impossibilité d'identifier les bénéficiaires économiques de structures localisées dans des pays non coopératifs, cumulées avec les figures (étrangères au droit belge) de la fiducie et du trust, ont pu contribuer à l'émergence de schémas de fraudes fiscales à échelle internationale.

Ceci doit être distingué des situations où certaines autorités nationales ont conclu des conventions fiscales particulièrement attractives avec certaines multinationales pour s'enrichir tout en donnant la possibilité d'optimiser leur charge fiscale globale, et tout en restant dans les limites légales posées par chacun des pays concernés. Nous recommandons de ne pas confondre les problématiques que génèrent ces deux types de situations et les réponses bien différentes qu'elles nécessitent de la part des législateurs nationaux.

Forum shopping – Ne nous trompons pas de cible !

Si les États membres s'ingénient à créer des régimes fiscaux particuliers, il est du devoir du professionnel en conseil fiscal d'en prendre connaissance afin de pouvoir donner un conseil correct sur l'application ou non de ce régime à la situation de son client ou de l'informer sur la possibilité d'en bénéficier.

C'est la diversité des régimes nationaux qui crée des opportunités - ou des failles - exploitables dans le cadre de l'optimisation fiscale. Les États le savent et se laissent parfois entraîner dans une surenchère. Ainsi, récemment, la Grande-Bretagne menaçait ouvertement l'UE de dumping fiscal.

L'échange automatique, entre États membres, d'informations concernant les décisions fiscales en matière transfrontalière, est un pas dans la bonne direction, de même que l'établissement d'une liste commune recensant les pays et territoires non coopératifs.

Il faut aussi saluer la décision des États membres de renforcer la coopération entre leurs autorités fiscales et d'intensifier l'examen des pratiques fiscales transfrontières des sociétés, mais il faudrait également s'attaquer aux lacunes dans le cadre fiscal international et de l'Union.

Approches européenne et internationale

Une approche coordonnée à la fois au niveau international et au niveau de l'Union, apparaît dès lors essentielle.

Avec l'Accord multilatéral entre Autorités compétentes (A.M.A.C.), l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers est devenu la nouvelle norme mondiale standardisée en matière d'échange de renseignements entre administration fiscale.

La directive 2016/1164/UE du 12 juillet 2016 sur la lutte contre l'évasion fiscale permettra certainement d'éviter certains des types les plus répandus de transfert de bénéfices, grâce à des règles coordonnées.

Mais l'Union pourrait également envisager d'intervenir dans le domaine de la fiscalité directe, comme accessoire à sa politique de libre circulation.

Option préconisée

Parmi les options proposées par la Commission dans sa consultation, AVOCATS.BE estime que la plus opportune est celle qui consiste à encourager les États membres à communiquer, par échange spontané entre leurs autorités compétentes, les informations dont elles ont connaissance et qui peuvent être utiles aux autorités des autres États membres (option A).

Outre cet encouragement à utiliser correctement les directives DAC et autres instruments juridiques existants, AVOCATS.BE estime que la Commission devrait privilégier l'option consistant à proposer aux États membres de prendre des mesures concrètes visant à une harmonisation fiscale plus poussée, qui permettrait de rendre l'ensemble de l'Union attractive pour les investisseurs étrangers avec une véritable sécurité juridique. L'Union pourrait notamment envisager d'intervenir dans le domaine de la fiscalité directe, comme accessoire à sa politique de libre circulation.

AVOCATS.BE estime que les options B, C et D, qui prévoient des mécanismes de divulgation obligatoire à charge des intermédiaires seraient inefficaces et dangereux, pour les raisons exposées plus haut.

L'avocat ne trahit pas

Nous nous bornerons à souligner qu'outre la difficulté conceptuelle de définir avec précision, les situations objectives qui devraient donner lieu à divulgation (lesquelles relèvent quasi-exclusivement des différents régimes fiscaux nationaux) - ce qui est une condition essentielle pour que des mesures de divulgation telles qu'envisagées puissent avoir un sens, - l'introduction de ces mesures dans le chef des avocats, serait inconciliable avec le principe du secret professionnel de l'avocat, garant de l'accès à la justice et de l'État de droit.

Bruxelles, le 30 janvier 2017

Pour toute information complémentaire :

*Président : Jean-Pierre Buyle
Avenue Toison d'Or 65 - 1060 Bruxelles - 02/648.20.98 - president@avocats.be*

*Bureau de Liaison auprès de l'U.E.
Avenue des Nerviens 85 - 1040 Bruxelles - 02/735.73.90 - anne.jonlet@avocats.be*