
Analyse de la société de gestion de patrimoine familial, de la SICAV-FIS dédiée et de la fondation patrimoniale au regard de l'article 344, §2 du CIR et de la taxe Caïman

Auteur : Mathieu, Laurie

Promoteur(s) : Bourgeois, Marc

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2016-2017

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/2956>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Analyse de la société de gestion de patrimoine familial, de la SICAV-FIS dédiée et de la fondation patrimoniale au regard de l'article 344, §2 du CIR et de la taxe Caïman

Laurie Mathieu

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2016-2017

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Marc Bourgeois

Professeur ordinaire

RESUME

A l'heure actuelle, recourir à un véhicule luxembourgeois pour planifier sa succession et optimiser sa fiscalité est devenu un mécanisme très courant. Trois véhicules sont envisagés dans ce travail : la société de gestion de patrimoine familial, la SICAV- FIS dédiée et la fondation patrimoniale. Ces instruments juridiques bénéficient d'un régime juridique souple et les règles fiscales qui leur sont applicables sont indéniablement très attractives.

Premièrement, les résidents belges peuvent transférer leur patrimoine à une société de gestion de patrimoine familial. L'attractivité de la SPF réside dans le fait qu'elle n'est pas soumise à l'obligation de diversification des risques ni à la surveillance prudentielle de la C.S.S.F. De plus, ce type de société bénéficie d'un régime fiscal favorable car elle est exonérée d'impôt sur le revenu, d'impôt commercial communal et d'impôt sur la fortune. Néanmoins, ces avantages fiscaux peuvent se heurter à l'application de l'article 344, §2 du CIR ainsi qu'à l'application de la taxe Caïman. Fort heureusement, le contribuable belge peut mettre en place différentes stratégies pour se soustraire à l'application de ces mesures. Par exemple, prouver que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique pour échapper à l'article 344, §2 ou liquider la SPF pour éviter la taxe Caïman.

Deuxièmement, une autre technique d'optimisation fiscale consiste à acquérir des parts de SICAV-FIS. Il s'agit d'un fonds réservé à des investisseurs avertis. Un capital va être recueilli auprès de différents investisseurs et ensuite être géré de manière collective, professionnelle et diversifiée. Le fonds d'investissement spécialisé est exonéré de l'impôt sur les revenus, de l'impôt sur la fortune et de l'impôt commercial communal. Selon le Ministre des finances et le service des décisions anticipées, l'article 344, §2 n'est pas applicable à ce véhicule d'investissement. Par contre, les revenus recueillis par une SICAV-FIS tombent sous la coupe de la taxe Caïman. Le contribuable belge peut néanmoins se prévaloir de l'article 5/1, §3, b du CIR pour tenter de se soustraire à l'application de cette taxe par transparence.

Finalement, le troisième véhicule présenté est la fondation patrimoniale luxembourgeoise. La grande particularité de la fondation est qu'il s'agit d'une entité orpheline, c'est-à-dire qu'elle n'a ni actionnaires ni associés. Elle a pour objectif d'administrer le patrimoine d'une ou plusieurs personnes physiques. C'est à fin de respecter le droit à la vie de ces personnes que les informations publiées sont limitées. En outre, le régime fiscal de la fondation est attractif en ce sens que bien qu'étant soumise à l'impôt sur les revenus, la loi prévoit l'exonération de certains revenus significatifs comme les revenus de capitaux mobiliers ou les plus-values issues de la cession de biens générant ces revenus. Au regard de ces exonérations, il est possible que l'article 344, §2 du CIR soit applicable à la fondation patrimoniale. Celle-ci n'étant pas encore entrée en vigueur, il faudra rester attentif à la position qui sera adoptée par l'administration fiscale belge et les juges belges. En ce qui concerne la taxe Caïman, il est écrit expressément dans la loi que la fondation luxembourgeoise entre dans son champ d'application.

En conclusion, l'article 344, §2 du CIR et la taxe Caïman ont un impact significatif sur la SPF, la SICAV-FIS et la fondation patrimoniale. Il faut désormais se garder de croire que ces véhicules bénéficient systématiquement d'un régime fiscal attractif. Néanmoins, il faut nuancer ce propos en rappelant que le contribuable peut toujours exploiter les failles des deux dispositions légales pour tenter de se soustraire de leur champ d'application.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	4
I. -REMARQUES LIMINAIRES.....	5
II.-ANALYSE DES DIFFERENTS VEHICULES JURIDIQUES.....	6
A.- LA SOCIETE DE GESTION DE PATRIMOINE FAMILIAL LUXEMBOURGEOISE	6
1) <i>Cadre légal.....</i>	6
2) <i>Aspects juridiques.....</i>	6
3) <i>Champ d'activités</i>	7
4) <i>Contrôle et surveillance</i>	8
5) <i>Politique d'investissement.....</i>	8
6) <i>Aspects comptables.....</i>	9
7) <i>Les aspects fiscaux.....</i>	9
8) <i>Conformité à l'article 107 TFUE.....</i>	11
B.- LE FONDS D'INVESTISSEMENT SPECIALISE SOUS FORME DE SICAV DEDIEE.....	12
1) <i>Remarque préalable</i>	12
2) <i>Cadre légal.....</i>	13
3) <i>Aspects juridiques.....</i>	13
4) <i>Investisseurs qualifiés.....</i>	14
5) <i>Règles d'investissement.....</i>	15
6) <i>Les aspects réglementaires.....</i>	15
7) <i>Aspects comptables.....</i>	16
8) <i>Les aspects fiscaux.....</i>	17
C.- LA FONDATION PATRIMONIALE	18
1) <i>Cadre légal.....</i>	18
2) <i>Utilité de la fondation patrimoniale</i>	18
3) <i>Régime juridique.....</i>	19
4) <i>Champ d'activités</i>	20
5) <i>La gestion et le contrôle</i>	21
6) <i>Les aspects fiscaux.....</i>	21
7) <i>Avenir du projet de loi</i>	22
III.-APPLICATION DE L'ARTICLE 344, §2 DU CIR ET DE LA TAXE CAÏMAN	23
A.- APERÇU GENERAL DE CES DEUX MESURES	23
1) <i>L'article 344, §2 du CIR</i>	23
2) <i>La taxe Caïman</i>	25
B.- CAS CONCRET DE LA SOCIETE DE GESTION DE PATRIMOINE FAMILIAL	26
1) <i>Applicabilité de l'article 344, §2 du CIR à la SPF.....</i>	27
2) <i>Applicabilité de la taxe Caïman à la SPF.....</i>	29
3) <i>Conclusion</i>	31
C.- CAS CONCRET DE LA SICAV-FIS.....	31
1) <i>Applicabilité de l'article 344, §2 du CIR à la SICAV-FIS</i>	31
2) <i>Applicabilité de la taxe Caïman à la SICAV-FIS</i>	33

3) Conclusion	36
D.- CAS CONCRET DE LA FONDATION PATRIMONIALE.....	36
1) Introduction	36
2) Applicabilité de l'article 344, §2 du CIR à la fondation patrimoniale	37
3) Applicabilité de la taxe Caïman à la fondation patrimoniale	38
CONCLUSION	40
ANNEXE	45
1) Tableau comparatif.....	45
2) Quelques chiffres	47

INTRODUCTION

De manière assez naturelle, le capital a tendance à se déplacer là où la fiscalité est la plus favorable. Or, de par sa politique stable et son régime fiscal attractif, le Luxembourg s'avère être une place de choix pour les familles belges souhaitant mettre en place une planification successorale efficace.

A l'heure actuelle, un montage d'optimisation fiscale très prisé est le transfert d'un patrimoine à une structure luxembourgeoise bénéficiant d'un régime fiscal favorable. Cette pratique permet notamment aux contribuables d'éviter, ou à tout le moins réduire, la charge fiscale qu'ils doivent supporter.

Le choix du véhicule luxembourgeois doit se faire en fonction des envies de la personne ainsi que par rapport aux spécificités de sa situation patrimoniale. En effet, la structure choisie sera différente selon que l'on veuille gérer un portefeuille de valeurs mobilières, assurer la protection d'un enfant handicapé ou organiser la pérennité de l'entreprise familiale.

Mais depuis quelques années, ces méthodes d'optimisation fiscale font l'objet d'une attention toute particulière de la part du législateur belge. En effet, à cause de ces pratiques, l'Etat belge se retrouve privé de sources de revenus significatives. Cela l'empêche notamment de mener à bien ses politiques économiques et sociales.

C'est afin de combler ce manque à gagner que le fisc belge tente de se prévaloir de l'article 344, §2 du CIR et de la récente taxe Caïman afin de lutter contre ces phénomènes d'évasion fiscale.

Alors, quel est l'impact pratique de l'article 344, §2 du CIR et de la taxe Caïman pour la SPF, la SICAV-FIS et la fondation patrimoniale ?

Pour répondre à cette question, je commencerai par une analyse juridique et fiscale de trois structures luxembourgeoises, à savoir la société de gestion de patrimoine familiale, la SICAV-FIS dédiée et la fondation patrimoniale. Je me concentrerai ensuite sur la confrontation entre d'une part, ces trois véhicules et d'autre part, la taxe Caïman et l'article 344, §2 du CIR.

I.- REMARQUES LIMINAIRES

Le Luxembourg offre une grande diversité de véhicules intéressants en matière de planification successorale et d'optimisation fiscale.

Le choix entre ces différentes structures est casuistique. Il n'existe pas un véhicule qui soit de manière générale meilleur qu'un autre.

A chaque situation, le conseiller en investissement doit tenir compte des objectifs de son client, de ses envies, mais aussi de ses possibilités financières.

Prenons la situation de Monsieur Yong résident belge. Il possède sa propre boucherie dont le siège social est situé en Région Bruxelloise. Monsieur détient aussi des actions et obligations d'une valeur de 5 millions d'euros. C'est un habitué des marchés financiers. Lors d'une soirée, il rencontre Madame Bisthoven, fille aînée d'une riche famille liégeoise. Le coup de foudre est immédiat et les deux jeunes gens se marient quelques mois plus tard. De leur union, naissent deux enfants jumeaux, Cédric et Jules. Alors que Jules est en pleine forme, son frère Cédric naît avec un lourd handicap. Il ne pourra jamais vivre seul et il a besoin de traitements médicaux onéreux. Les années passent, Monsieur ouvre plusieurs filiales dans différents pays européens. Malheureusement, Madame décède dans un tragique accident de voiture. Se retrouvant seul avec deux enfants à charge, Monsieur contacte son conseiller en investissement afin d'en savoir davantage sur les véhicules luxembourgeois de planification successorale.

Quels types de véhicule peut-il utiliser ? Dans quel but ? Quelles sont les exigences légales ? Quels sont les avantages fiscaux ? Qu'en est-il des mesures anti-abus ? Autant de questions sur lesquelles nous reviendrons tout au long du présent travail.

II.- ANALYSE DES DIFFÉRENTS VÉHICULES JURIDIQUES

Ce chapitre se focalise sur la présentation de trois structures luxembourgeoises bénéficiant d'un régime fiscal attractif : la société de gestion de patrimoine familial, le fonds d'investissement spécialisé sous forme de SICAV et la fondation patrimoniale.

A.- LA SOCIÉTÉ DE GESTION DE PATRIMOINE FAMILIAL LUXEMBOURGEOISE

1) Cadre légal

La société de gestion de patrimoine familial (ci-après « SPF ») est une société de droit luxembourgeois gouvernée par la loi du 11 mai 2007¹. Cette loi a vu le jour suite à la disparition des holdings 29 du paysage fiscal luxembourgeois. Ce véhicule défiscalisé avait été considéré comme étant une aide d'Etat par la Commission européenne².

Le projet de loi définit la SPF comme étant « une société d'investissement destinée uniquement aux personnes physiques agissant dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé³ ».

2) Aspects juridiques

Pour bénéficier de son régime fiscal favorable, trois conditions liées à la forme sociale, la qualité des investisseurs et au champ d'activités sont nécessaires. En cas de non-respect de ces conditions, son statut fiscal privilégié peut lui être retiré⁴.

a) Forme sociale

La SPF doit obligatoirement prendre la forme d'une société de capitaux telle qu'une société anonyme, une société à responsabilité limitée, d'une société en commandite par actions ou d'une société coopérative organisée sous la forme d'une société anonyme⁵.

¹ L. du 11 mai 2007 relative à la création d'une société de gestion de patrimoine familial, Mémorial,

² Décision de la Commission européenne du 19 juillet 2006, J.O.C.E., n° L366, 21 décembre 2006, p. 47.

³ *Doc. Parl.*, Ch., Exposé des motifs, session ordinaire 2006-2007, Projet de loi n°5637 du 30 novembre 2006, p. 4.

⁴ L. du 11 mai 2007, art. 8.

En outre, il est important de préciser que les statuts de la société doivent prévoir explicitement que la société sera soumise à la loi du 11 mai 2007. Ainsi, les statuts doivent mentionner « SPF » à côté de la forme sociale choisie⁶.

b) Investisseurs éligibles

Selon l'article 3, §1^{er} de la loi du 11 mai 2007, il y a trois types d'investisseurs éligibles :

- Les personnes physiques agissant dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé.
- Les entités patrimoniales agissant exclusivement dans l'intérêt du patrimoine privé de personnes physiques.
- Les intermédiaires qui agissent pour le compte des deux investisseurs précédents.

On comprend très clairement que les investisseurs visés sont les particuliers, le cas échéant fortunés, qui souhaitent utiliser la SPF comme instrument de gestion de leur patrimoine mobilier privé. Etant donné que Monsieur Yong est une personne physique, il pourrait très bien envisager de constituer un SPF afin de pouvoir gérer son patrimoine privé.

Par la notion d'entités patrimoniales, il faut entendre les entités ayant pour objet la gestion de tout ou partie du patrimoine privé des personnes physiques, à l'exclusion des sociétés ou entreprises commerciales. En pratique, cela vise les trusts anglo-saxons ou les fondations privées.

3) *Champ d'activités*

De manière générale, il est important de noter que la société de gestion de patrimoine familial ne peut en aucun cas être une coquille vide. Il faut qu'elle possède une réelle substance économique.

a) Les activités autorisées

La loi du 11 mai 2007 précise que la SPF a pour objet exclusif « l'acquisition, la détention, la gestion et la réalisation d'actifs financiers [...], à l'exclusion de toute activité commerciale⁷ ».

Par la notion d'actifs financiers, il faut entendre les instruments financiers au sens de l'article 1^{er}, 8^o de la loi du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie financière⁸, ainsi que les avoirs et espèces, de quelque nature que ce soit, détenus en compte.

⁵ L. du 11 mai 2007, art. 1, §1.

⁶ L. du 11 mai 2007, art. 1, al 2.

⁷ L. du 11 mai 2007, art.1^{er}.

⁸ L. du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, Mémorial, Journal officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 16 août 2005, p. 2212.

En outre, il convient de préciser que la SPF peut détenir des participations dans une société à la condition de ne pas s'immiscer dans sa gestion⁹, et ce, même si elle détient une participation majoritaire au niveau du capital ou des droits de vote. Ainsi, elle peut uniquement exercer ses droits d'actionnaires (exemple : droit de vote, droit au boni de liquidation, droit aux dividendes).

b) Les activités prohibées

La SPF ne peut exercer aucune activité commerciale¹⁰.

La première conséquence est que la SPF ne peut pas consentir de prêts rémunérés. Cependant, elle est autorisée à octroyer une avance ou à cautionner les engagements de la société dans laquelle elle détient une participation, pour autant que ce soit fait à titre accessoire et gratuit.

La deuxième conséquence est qu'il est interdit à la SPF de se livrer à des activités de négoce d'actifs financiers et de services financiers. Il en va de même pour l'acquisition et la détention directe d'immeubles.

4) *Contrôle et surveillance*

C'est l'administration de l'enregistrement et des domaines (ci-après « AED ») qui est chargée du contrôle des SPF¹¹.

La mission principale de l'AED est de rechercher et d'examiner des faits afin de s'assurer de la juste et exacte perception des taxes à charge de la SPF.

Le directeur de cette administration est compétent pour retirer le bénéfice du régime fiscal avantageux, dans l'hypothèse où la SPF ne respecte pas les dispositions légales ou statutaires¹². Cette sanction aurait pour effet de rendre la SPF pleinement imposable à l'impôt sur le revenu. Néanmoins, un recours contre la décision du directeur peut être introduit dans les 3 mois de la notification de la décision¹³.

5) *Politique d'investissement*

Les règles applicables en matière d'investissement sont relativement souples. D'une part, la notion d'actifs financiers est appréhendée de manière large. D'autre part, les investisseurs de la SPF ne sont en aucun cas tenus de respecter le principe de diversification des risques.

⁹ L. du 11 mai 2007, art. 2, §2.

¹⁰ L. du 11 mai 2007, art. 1^{er}, §1.

¹¹ L. du 11 mai 2007, art. 6, §1.

¹² L. du 11 mai 2007, art. 8.

¹³ L. du 11 mai 2007, art. 9.

En outre, la SPF ne doit émettre ni de prospectus ni obtenir un quelconque agrément avant de commencer ses activités. Nous verrons dans la suite de ce travail que la situation est toute autre pour la SICAV-FIS.

Pour finir, notons que la situation n'a pas toujours été celle que nous venons de voir. Auparavant, la SPF perdait son régime fiscal favorable lorsqu'elle percevait au moins cinq pourcents de dividendes en provenance de participations non cotées, soumises localement à un faible niveau d'imposition¹⁴. Cette disposition a été jugée contraire au principe européen de libre circulation des capitaux et a donc été abolie par la loi du 18 février 2012¹⁵.

6) *Aspects comptables*

La société de gestion de patrimoine familial doit tenir une comptabilité régulière conformément à la loi sur les sociétés commerciales. Ces comptes doivent être déposés auprès du registre de Commerce et des Sociétés.

La SPF qui détient des filiales peut être obligée de présenter des comptes consolidés en application de la loi du 11 juillet 1988.

7) *Les aspects fiscaux*

a) Exemption subjective

La loi luxembourgeoise du 11 mai 2007 prévoit que la société de gestion de patrimoine familial est exonérée d'impôt sur le revenu des collectivités, d'impôt commercial communal et d'impôt sur la fortune¹⁶.

Pour justifier ce régime fiscal attractif, le législateur Grand-Ducal¹⁷ rappelle que tant l'impôt sur le revenu que l'impôt commercial communal imposent le bénéfice commercial des entreprises. Or, la SPF n'a pas pour objectif de réaliser un bénéfice commercial. De plus, elle est le prolongement de la sphère privée des personnes physiques.

Ce régime fiscal avantageux encourage donc les investisseurs à réinvestir les revenus mobiliers dans la SPF car tant que les revenus sont thésaurisés dans la SPF, ils bénéficient de cette exemption subjective.

¹⁴ L. du 11 mai 2007, art. 4.

¹⁵ L. du 18 février 2012 portant modification de la loi du 11 mai 2007 relative à la création d'une société de gestion de patrimoine familial.

¹⁶ L. du 11 mai 2007, art. 4, §1.

¹⁷ *Doc. Parl.*, Ch., Commentaire des articles, session ordinaire 2006-2007, Projet de loi n°5637 du 30 novembre 2006, p. 5.

Revenons à la situation de Monsieur Yong qui dispose d'un portefeuille-titres d'une valeur de 500 000 euros et dont les intérêts perçus s'élèvent à 6000 euros. Normalement, les intérêts et les dividendes sont soumis en Belgique à l'impôt des personnes physiques au taux de 30% depuis le premier janvier 2017. Monsieur devra donc s'acquitter d'un impôt de $30\% * 6000 = 1800$ euros.

Si l'objectif principal de Monsieur Yong est d'éviter cette charge fiscale, la SPF s'avèrera être un mécanisme efficace. Monsieur Yong devra simplement transférer son portefeuille-titres à la SPF et ses revenus mobiliers ne seront ainsi pas imposés. Tant que la SPF réinvestira ses revenus, le couple échappera, en principe, à l'impôt belge au taux de 30%.

b) Exonération de retenue à la source sur la distribution de dividendes par une SPF

En cas de paiement de dividendes par la SPF à un contribuable ayant sa résidence fiscale en Belgique, aucune retenue à la source ne sera effectuée¹⁸ au Luxembourg.

c) Exonération de retenue à la source sur le paiement d'intérêts par une SPF

A l'image de ce qui vient d'être dit pour les dividendes, aucune retenue à la source ne sera effectuée sur les paiements d'intérêts.

d) Exonération des plus-values réalisées et des bonis de liquidation

Dans l'hypothèse d'une liquidation, il n'y a pas d'imposition au Luxembourg dans le chef du résident belge¹⁹.

e) Taxe sur la valeur ajoutée

Etant donné que la société de gestion de patrimoine familial ne peut exercer d'activité commerciale, elle ne sera donc pas assujettie à la TVA.

¹⁸ L. du 11 mai 2007, art. 10 qui modifie l'art. 147, 3° LIR.

¹⁹ LIR, art. 156, al.8.

f) Taxe d'abonnement

Le seul impôt que la SPF doit supporter est la taxe d'abonnement²⁰. Il s'agit d'un « droit établi sur la négociabilité des titres. Elle a pour objet l'imposition de la circulation présumée des actions »²¹.

Le taux de cette taxe est de 0,25%. Une imposition minimale de 100€ par an est prévue avec un plafond de 125 000€.

La base d'imposition de la taxe d'abonnement est le montant du capital social libéré augmenté des primes d'émission et augmenté du montant des dettes qui excèdent huit fois le capital social libéré et les primes d'émission.

8) Conformité à l'article 107 TFUE

Dans cette section, l'accent est mis sur la problématique des aides d'états. Il s'agit de subventions que les pouvoirs publics peuvent accorder aux entreprises. Les aides d'Etat portent atteinte au principe d'égalité de la concurrence. Pourtant les rédacteurs du Traité de Rome vont admettre comme principe que les aides d'états sont interdites, mais que ce principe comporte des exceptions.

Pour rappel, l'article 107 TFUE dispose que : « Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

On a vu que l'ancêtre de la SPF, à savoir la société de holdings, avait été considérée par la commission européenne comme constituant une aide d'état. En effet, ce véhicule défiscalisé accordait des avantages fiscaux injustifiés à certains prestataires de services financiers.

Qu'en est-il pour la société de gestion de patrimoine familial ? Cet outil bénéficie aussi d'un régime fiscal très attractif. Il est donc légitime de se demander si dans l'hypothèse de la SPF, il y a aussi un risque de requalification du régime fiscal applicable en aide d'état contraire au droit communautaire ?

Dans l'affaire *Höfner et Elser*²², la Cour de Justice des Communautés européennes a confirmé que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique ». Dans un autre arrêt²³, la CJCE a estimé que la simple détention de participations ne constitue pas une activité économique.

²⁰ L. du 11 mai 2007, art. 5, §1.

²¹ www.aed.public.lu

²² CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21.

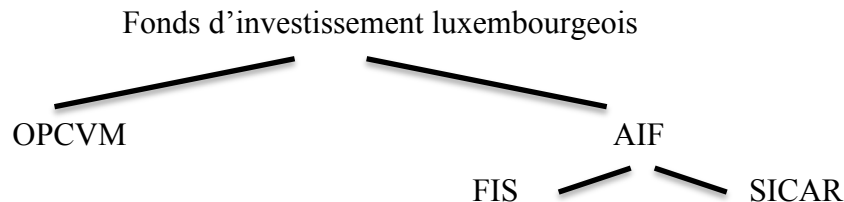
²³ CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA, e.a.*, C-222/04, www.curia.europa.eu, point 111.

Au regard de ces deux arrêts, il ne peut en aucun cas être question d'aide étatique dans le cadre d'une SPF. En effet, celle-ci ne peut pas exercer d'activité économique (article 1^{er} de la loi du 11 mai 2007) et la simple détention de participations n'est pas considérée comme étant une activité économique. Partant, la SPF ne tombe pas dans le champ de la problématique des aides d'état car elle ne peut être considérée comme étant une entreprise au sens de l'article 87, §1 du traité CE.

B.- LE FONDS D'INVESTISSEMENT SPECIALISE SOUS FORME DE SICAV DEDIEE

1) Remarque préalable

Il existe deux grandes catégories de fonds d'investissement au Luxembourg. D'une part, les fonds dits publics dans lesquels on retrouve les organismes de placement en valeur mobilière (ci-après OPCVM) et d'autre part, les fonds d'investissement alternatifs (ci-après AIF). Dans cette dernière catégorie, on retrouve les FIS et les SICAR.



Ce chapitre se concentre uniquement sur les FIS constitués sous forme de SICAV (le cas échéant dédiée). La raison de ce choix est simple : le présent travail a pour but de se focaliser sur le cas de familles aisées disposant d'un patrimoine composé d'actifs variés et souhaitant optimiser leur fiscalité.

Dans ce contexte, il est plus intéressant d'analyser les FIS plutôt que les OPCVM. D'une part, parce que les FIS sont moins strictement réglementés et permettent d'investir dans des catégories plus larges d'actifs. D'autre part, parce que lorsqu'une plus-value est réalisée lors de la cession d'actions d'une SICAV-FIS, cette plus-value sera exonérée en application de l'article 21, §2 du CIR²⁴.

²⁴ Deux décisions anticipées rendues par le Service des Décisions anticipées en date du 22 février 2011.

2) Cadre légal

Le FIS a été introduit dans le paysage législatif luxembourgeois par la loi du 13 février 2007²⁵. Cette dernière a été modifiée par la loi du 6 mars 2012 afin de se conformer à la directive AIFM²⁶.

On peut définir le fonds d'investissement spécialisé (ci-après FIS) comme étant un organisme de placement collectif qui a pour objet le placement collectif de fonds en valeurs, cela afin de répartir les risques d'investissement et faire bénéficier les investisseurs des résultats de la gestion desdits actifs²⁷.

Le FIS a donc une véritable activité de gestion de portefeuille. Cela le distingue de la société de gestion de patrimoine familial qui se cantonne à une simple détention passive d'actifs.

3) Aspects juridiques

a) Forme légale²⁸

Lors d'un entretien avec Monsieur Karim Rani (Senior Product Manager à la Banque Internationale du Luxembourg), ce dernier a rappelé qu'un FIS pouvait revêtir deux formes :

- La forme d'un fonds commun de placement
- La forme sociétaire

Le fonds commun de placement (ci-après FCP) n'est pas une entité légale : il n'a pas la personnalité juridique, et il n'y a pas d'assemblée générale. Le FCP est simplement un véhicule d'investissement géré par une société de management.

Par contre, si le fondateur opte pour la forme sociétaire, la situation est différente. Dans ce cas, il faut premièrement distinguer deux sous-hypothèses. En effet, le fondateur peut soit opter pour une société d'investissement à capital variable (SICAV), soit pour une société à capital fixe (SICAF). L'avantage d'une SICAV est qu'un changement dans ses papiers de constitution n'est pas nécessaire à chaque fois que le capital de la société change.

Une fois que le fondateur a opté pour la SICAV ou la SICAF, il faut encore choisir quelle forme sociétaire il choisit (société anonyme, société à responsabilité limitée, société en commandite par actions). Ce choix déterminera le régime juridique applicable au fonds.

Précisons que le choix entre la forme d'un fonds commun de placement et la forme sociétaire est un choix purement discrétionnaire. Certains préfèrent le fonds commun de placement

²⁵ L. du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, *Mém. adm.*, 2007, n°13, p. 367.

²⁶ La directive AIFM s'applique aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

²⁷ L. du 13 février 2007, art. 1, §1, premier tiret.

²⁸ L. du 13 février 2007, art 1, §2.

(notamment car il est fiscalement transparent) alors que d'autres sont davantage séduits par la forme sociétaire car il s'agit d'une forme connue du grand public.

b) Création de compartiments

Afin d'individualiser les caractéristiques des actions du FIS en fonction des personnes ciblées, le FIS peut comprendre plusieurs compartiments.

Les « fonds de fonds » ne sont pas des entités juridiques distinctes, mais ils ont chacun leur propre politique d'investissement et les droits des investisseurs/créditeurs concernant chaque compartiment sont limités aux actifs de ce même compartiment²⁹.

Notons que bon nombre de familles fortunées décident de créer un compartiment d'une SICAV-FIS qui leur sera dédié. Le fonds dédié consiste à regrouper la richesse d'une famille afin de la gérer plus efficacement. Il s'agit donc d'un produit sur mesure qui s'adapte aux caractéristiques personnelles, professionnelles et patrimoniales de la famille. Dans un fonds dédié, la politique d'investissement sera définie par la famille et par leur conseiller en investissement. Grâce à ce mécanisme, les membres de la famille concernés disposeront d'actifs isolés dans un compartiment du FIS.

4) Investisseurs qualifiés

Seuls les investisseurs avertis sont concernés par ce type de fonds³⁰. Il y a trois catégories d'investisseurs qui peuvent être considérés comme étant avertis :

- Les investisseurs institutionnels
- Les investisseurs professionnels
- Tout autre investisseur ayant adhéré par écrit au statut d'investisseur averti et répondant à l'une des conditions suivantes :
 - L'investisseur place au minimum 125 000 euros dans le FIS.
 - Un certificat a été remis à l'investisseur par un établissement de crédit qui confirme que la personne fait preuve de suffisamment d'expertise, d'expérience et de connaissances pour évaluer de manière adéquate l'investissement effectué dans la SICAV-FIS.

Auparavant, seuls les investisseurs institutionnels étaient autorisés à investir dans ces actifs plus risqués. Grâce à la troisième catégorie, les personnes physiques fortunées peuvent désormais souscrire des actions d'une SICAV-FIS³¹. Monsieur Yong pourra donc aussi envisager la souscription d'actions de capitalisation d'une SICAV-FIS, pour autant qu'il investisse un minimum de 125 000 euros et qu'il puisse se prévaloir du certificat attestant de son expertise.

²⁹ Principe de ségrégation des actifs et du passif de chaque compartiment.

³⁰ L. du 13 février 2007, art. 1, §1, deuxième tiret.

³¹ Circ. CSSF 07/309 du 3 août 2007 (www.cssf.lu).

5) Règles d'investissement

a) Les actifs éligibles

La loi du 13 février 2007 ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne les actifs éligibles. Le FIS est donc habilité à investir dans tout type d'actifs comme des actions, des obligations, des placements immobiliers ou du capital à risque.

Cette souplesse s'explique par le fait que le FIS est un véhicule d'investissement qui cible les investisseurs avertis. Par conséquent, le législateur n'a pas estimé nécessaire de prévoir une protection forte des investisseurs.

b) La politique d'investissement

Contrairement à la société de gestion de patrimoine familial, le FIS est tenu de respecter le principe de diversification des risques.

Cette notion n'étant pas précisée dans la législation, la commission financière du secteur financier (ci-après CSSF) a rédigé une circulaire relative aux exigences minimales de diversification des risques devant être respectées par le FIS. Ainsi, cette circulaire impose au FIS de ne pas investir plus de 30% de ses actifs dans des titres de même nature émis par un même émetteur³².

6) Les aspects réglementaires

a) La procédure d'agrément

Avant de débiter ses activités, le FIS doit recevoir un agrément de la CSSF³³. Afin de pouvoir se prononcer sur la demande d'agrément, la CSSF se base sur un dossier comprenant les statuts du fonds, le choix de la banque dépositaire, le prospectus, les informations permettant de savoir si les dirigeants répondent aux exigences d'honorabilité et font preuve de suffisamment d'expérience.

Une fois agréé, le FIS sera soumis à la surveillance prudentielle de la CSSF tout au long de son existence³⁴. Voilà un autre critère qui distingue le FIS de la SPF.

³² Circ. CSSF 07/309 du 3 août 2007 (www.Cssf.lu)

³³ L. du 13 février 2007, art. 42, §1.

³⁴ L. du 13 février 2007, art. 41.

b) La désignation d'une banque dépositaire

Chaque FIS doit désigner une banque dépositaire résidant au Luxembourg. Cette désignation doit être approuvée par la CSSF.

Comme l'a précisé Monsieur Jean-Marie Heynen³⁵ : « Le rôle de la banque dépositaire ne se cantonne pas à la garde des actifs du fonds. » En effet, elle est aussi chargée de l'administration quotidienne des actifs, elle a en outre un devoir de surveillance non négligeable. Ce devoir de surveillance implique que la banque dépositaire doit s'assurer que la souscription et le rachat des parts du fonds soient réalisés en conformité avec la loi et les actes constitutifs du fonds. Ainsi, la banque doit vérifier que l'argent est investi conformément aux souhaits des investisseurs.

c) Promoteurs, managers et directeurs

Il n'est pas exigé de désigner un promoteur.

Quand un FIS est constitué sous la forme d'un fonds commun de placement, une société de management doit être désignée. Cette société de management doit respecter la loi luxembourgeoise et les règles relatives aux sociétés de management.

En ce qui concerne les directeurs du FIS, ils doivent avoir bonne réputation et avoir une expérience suffisante

7) Aspects comptables

Chaque année le FIS doit nommer un réviseur d'entreprises. Celui-ci est chargé de contrôler les données comptables contenues dans le rapport annuel du FIS.

Dans ce cadre, le réviseur d'entreprises est tenu de signaler rapidement à la CSSF tout fait ou décision dont il a pris connaissance lorsque ce fait ou cette décision est de nature à constituer une violation grave des dispositions légales ou des dispositions réglementaires. De même, le réviseur doit signaler tout fait susceptible de porter atteinte à la continuité de l'exploitation du fonds d'investissement spécialisé.

L'attestation du réviseur d'entreprises est reproduite intégralement dans chaque rapport annuel.

³⁵ Entretien avec monsieur Jean-Marie HEYNEN, professional intermediaries- Business Coordination and Support Manager chez Banque Internationale du Luxembourg (BIL), réalisée le 6 mars 2017.

8) *Les aspects fiscaux*

a) Exemption subjective

Le fonds d'investissement spécialisé est exonéré de l'impôt sur les revenus, de l'impôt sur la fortune et de l'impôt commercial communal³⁶.

Ainsi, Monsieur Yong bénéficiera des mêmes avantages que s'il décide de constituer une SPF. En investissant ses avoirs dans un compartiment dédié d'une SICAV-FIS et tant que ces actifs resteront dans le fonds, Monsieur échappera à l'IPP belge de 30%.

b) Le paiement de dividendes

Selon l'article 66, §2 de la loi du 13 février 2007 aucune retenue à la source n'est prélevée au Luxembourg sur les paiements de dividendes effectués par le FIS.

c) Les plus-values sur actions

Un des investisseurs d'un FIS peut décider de sortir de ce fonds. Il va donc demander le remboursement de ses actions de capitalisation et à cette occasion, il peut réaliser une plus-value.

Cet investisseur sera heureux d'apprendre que cette plus-value sera exonérée d'impôt au Luxembourg³⁷.

d) La taxe d'abonnement

Au final, le seul impôt dû par le FIS est la taxe d'abonnement annuelle qui s'élève à 0,01% de l'actif net³⁸.

Sans oublier que même dans cette hypothèse, quelques cas d'exonération ont été prévus par le législateur³⁹. Pensons notamment à l'hypothèse où le FIS investit dans des parts d'autres OPC.

³⁶ L. du 13 février 2007, art. 66, §1.

³⁷ LIR, art. 156, §8, c.

³⁸ L. du 13 février 2007, art 68, §1.

³⁹ L. du 13 février 2007, art 68, §2.

C.- LA FONDATION PATRIMONIALE

1) Cadre légal

Le projet de loi du 9 juillet 2013 relatif à la fondation patrimoniale en droit luxembourgeois complète un arsenal législatif déjà bien fourni en matière de planification patrimoniale⁴⁰.

La fondation patrimoniale se présente comme un instrument réservé à des personnes physiques, ou à des entités patrimoniales⁴¹, qui ont comme objectif l'administration d'un patrimoine⁴².

2) Utilité de la fondation patrimoniale

Le Luxembourg était déjà très performant dans le domaine de la gestion patrimoniale. Le Grand-Duché du Luxembourg propose notamment une palette impressionnante de véhicules sociétaires et de fonds d'investissement. De manière assez naturelle, s'est donc posée la question de l'utilité de créer un nouveau véhicule juridique destiné à la gestion patrimoniale.

Si le législateur luxembourgeois a souhaité créer la fondation patrimoniale luxembourgeoise, c'est notamment pour aligner sa position sur celle d'autres Etats européens ayant déjà introduit ce type de structure. Pensons notamment à la fondation privée belge, au trust anglo-saxon ou encore la stichting-administratiekantoor néerlandaise.

De plus, les banques privées se languissent de l'arrivée de cette fondation car elles constatent que plusieurs raisons peuvent pousser les particuliers fortunés à recourir à ce véhicule. Par exemple :

- La conservation et la continuité de la gestion d'un patrimoine
- La dissociation entre propriété économique et pouvoir de décision
- La protection de la vie privée et la sécurité des familles
- La réalisation d'un objectif déterminé

Ainsi, si l'on revient à la situation de Monsieur Yong, la fondation patrimoniale pourrait s'avérer être intéressante. Ce Monsieur a un enfant gravement handicapé qui ne pourra jamais vivre seul et qui a besoin de soins médicaux onéreux. Dans une telle hypothèse, Monsieur Yong pourrait décider de créer une fondation dont l'objet spécifique serait d'assurer les besoins financiers de cet enfant et ce, même lorsque Monsieur sera décédé. A cette fin, Monsieur va rédiger des statuts dans lesquels il désigne les administrateurs de la fondation. En outre, il va réaliser une dotation d'un montant minimum de 50 000 euros et nommera son fils handicapé en tant que bénéficiaire. Une fois la fondation créée, les administrateurs seront

⁴⁰ Projet de loi n°6595 du 22 juillet 2013

⁴¹ Exemple : les trusts.

⁴² Projet de loi n°6595, art. 1.

non seulement chargés de gérer le capital, mais aussi de faire en sorte que l'objectif déterminé par Monsieur Yong dans les statuts soit respecté. Ainsi, à la mort de Monsieur Yong, les administrateurs continueront de gérer le capital de la fondation afin de faire face aux frais engendrés par les soins médicaux et l'assistance sociale. D'un point de vue fiscal, cette solution est aussi intéressante car bien que la fondation soit soumise à l'impôt sur le revenu, la loi prévoit des exonérations non-négligeables.

3) Régime juridique

a) Personnalité juridique

La fondation privée a sa propre personnalité juridique⁴³. Cette personnalité juridique permet l'existence d'un patrimoine propre à la fondation.

La grande particularité de cette entité est qu'il s'agit d'une « entité orpheline » : elle n'a ni actionnaires ni associés. Cette particularité a un impact en matière successorale : alors que les actions ou parts d'une société restent dans le patrimoine du défunt, les dotations en capital d'une fondation patrimoniale sont considérées comme sorties du patrimoine du fondateur de son vivant. En effet, lors de sa dotation, le fondateur se dessaisit de son argent, il n'obtient ni parts ni actions en retour. Au moment de la constitution, le fondateur se dessaisit donc d'une partie de son patrimoine pour constituer le patrimoine propre de la fondation.

b) La constitution

Bien que la constitution de la fondation patrimoniale requiert un minimum de formalisme, ces exigences sont très légères.

Premièrement, la fondation doit avoir son siège social à Luxembourg⁴⁴.

Deuxièmement, la dotation de départ est de minimum 50 000 euros⁴⁵.

Ensuite, la fondation patrimoniale est obligatoirement constituée par un acte authentique, rédigé par un notaire luxembourgeois⁴⁶. Cet acte doit mentionner l'identité du fondateur, la dénomination de la fondation ainsi que sa durée, le lieu du siège social, l'objet social, l'identité des administrateurs et les bénéficiaires de la fondation.

Finalement, ce nouvel outil est réservé aux personnes physiques ou aux entités patrimoniales administrant le patrimoine de personnes physiques

⁴³ Projet de loi n°6595, art. 1.

⁴⁴ Projet de loi n°6595, art. 3.

⁴⁵ Projet de loi n°6595, art. 4.

⁴⁶ Projet de loi n°6595, art. 6.

c) La confidentialité

La fondation a pour objectif d'administrer le patrimoine d'une ou plusieurs personnes physiques. Par conséquent, les informations accessibles au public sur le patrimoine de la fondation doivent être limitées, ceci afin de respecter le droit à la vie privée. Selon Denis-Emmanuel Philippe, avocat aux barreaux de Bruxelles et Luxembourg pour Bloom Law, « pour certaines familles, cette discrétion est très importante ».

Le projet de loi prévoit donc que l'acte constitutif de la fondation patrimoniale fasse l'objet d'une publication par extrait Mémorial C au registre de commerce et des sociétés⁴⁷ sans mentionner l'identité du fondateur et des bénéficiaires.

En addition, l'entité sera dispensée de déposer et de publier ses comptes annuels au registre de commerce et des sociétés. Toutefois, en vue de garantir le respect des recommandations du Groupe d'action financière (Gafi), les administrateurs de la fondation devront fournir les documents nécessaires lorsque l'administration compétente en fait la demande.

4) *Champ d'activités*

a) Les activités autorisées

L'objet social de la fondation patrimoniale luxembourgeoise est limité à la gestion et à l'administration d'un patrimoine privé, à l'exclusion de toute activité commerciale.

En revanche, il n'y a pas de limitation quant à la qualité des actifs détenus. La fondation peut avoir des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels⁴⁸. Elle peut également être souscripteur ou bénéficiaire de contrats d'assurance. En outre, elle peut détenir des participations dans une société à condition de ne pas s'immiscer dans la gestion de cette dernière.

b) Les activités prohibées

La fondation patrimoniale ne peut en aucun cas se livrer à des activités commerciales⁴⁹, industrielles ou agricoles. De la même manière, l'exercice d'une activité libérale est également prohibé.

⁴⁷ Projet de loi n°6595, art. 10.

⁴⁸ Projet de loi n°6595, art. 12.

⁴⁹ Les critères définis dans l'article 14 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu sont applicables.

5) *La gestion et le contrôle*

La gestion est assurée par un ou plusieurs administrateurs (personnes physiques ou personnes morales). Ils sont chargés de faire fructifier le capital apporté et de faire respecter les volontés des fondateurs. Notons que le fondateur peut également être administrateur.

En ce qui concerne le contrôle, un conseil de surveillance composé uniquement de personnes physiques pourra ou devra (s'il existe plus de cinq bénéficiaires ou pour un patrimoine de plus de 20 000 000 euros) être désigné⁵⁰. Le rôle de cet organe est de contrôler la gestion des administrateurs. Précisons qu'un administrateur ne peut pas être membre du conseil de surveillance.

Quant au contrôle des comptes, les administrateurs seront tenus de nommer un réviseur d'entreprise agréé si la fondation patrimoniale compte plus de cinq bénéficiaires ou si le patrimoine excède 20 000 000 euros.

Sauf stipulation contraire, les délibérations des organes de gestion et de contrôle se font à la majorité simple sans exigence de quorum⁵¹.

6) *Les aspects fiscaux*

a) En matière d'impôts directs

La fondation patrimoniale sera fiscalement opaque. Cela signifie qu'elle sera pleinement imposable à l'impôt sur les revenus des collectivités. Cependant, les revenus de capitaux mobiliers⁵², les plus-values issues de la cession des biens générant ces revenus⁵³, ainsi que les revenus liés à un contrat d'assurance-vie ne constituent pas des revenus imposables. Ainsi, si Monsieur Yong place un portefeuille-titres d'une valeur de 900 000 euros à la fondation et que des dividendes sont générés, aucun impôt ne sera dû.

Quant aux allocations, versements ou avantages en nature conférés par la fondation, ils sont soumis à l'impôt sur le revenu uniquement à hauteur de 50% de leur montant.

Par ailleurs, la fondation patrimoniale sera soumise à l'impôt commercial communal. Par contre, ce véhicule ne sera pas soumis à l'impôt sur la fortune et ce, afin de ne pas faire de discrimination avec les personnes physiques.

⁵⁰ Cette désignation sera obligatoire s'il existe plus de 5 bénéficiaires ou pour un patrimoine de plus de 20 000 000€.

⁵¹ Sauf stipulation contraire.

⁵² Notamment les intérêts de créances et les dividendes.

⁵³ Notamment les participations détenues depuis plus de six mois.

b) En matière d'impôts indirects

Les actes constitutifs ou modificatifs d'une fondation patrimoniale ainsi que la dotation à la constitution (ou ultérieurement) sont soumis au paiement d'un droit fixe d'enregistrement. Par contre, il n'y a pas de droit d'enregistrement proportionnel.

La transmission de biens à titre gratuit par la fondation vers un bénéficiaire et du vivant du fondateur sera soumise aux droits de donation. Ce droit est calculé en fonction du lien de parenté entre le fondateur et le bénéficiaire existant au jour de la transmission.

A l'occasion de la dissolution ou de la liquidation de la fondation patrimoniale du vivant du fondateur, des droits de donation seront dus en cas de transfert à un tiers autre que le fondateur. Le taux applicable varie en fonction du lien de parenté entre le fondateur et le tiers.

Enfin, lors du décès du fondateur résidant ou non du Grand-Duché, les bénéficiaires devront payer des droits de succession. Le taux applicable sera déterminé en fonction du lien de parenté entre le fondateur et le bénéficiaire. Notons que si le fondateur n'est pas résident du Grand-Duché, seuls les biens immeubles situés au Luxembourg sont soumis aux droits de succession au Luxembourg.

7) *Avenir du projet de loi*

Imaginé en 2013, le projet de loi consacrant la fondation patrimoniale luxembourgeoise est aujourd'hui au point mort. Le pouvoir exécutif ne semble pas pressé de concrétiser ce nouvel instrument dans une loi.

Cette réaction s'explique notamment par la tempête LuxLeaks. Pour rappel, LuxLeaks est le nom d'un scandale financier révélant le contenu de plusieurs décisions anticipées très avantageuses, conclues avec le fisc luxembourgeois pour le compte de nombreux clients internationaux. Ceci a eu pour effet de priver les Etats européens de milliards d'euros de recettes fiscales.

Cette affaire a véritablement ébranlé le paysage fiscal luxembourgeois au niveau international. Or, le projet de loi relatif à la fondation patrimoniale pourrait être perçu par les autres Etats comme une nouvelle tentative du Luxembourg de flirter avec les limites.

C'est pourquoi, le Ministre des finances du Luxembourg a décidé de laisser le projet de loi en suspens jusqu'à ce que la transposition en droit national de la quatrième directive anti-blanchiment soit effectuée.

Cette directive a été publiée en juin 2015 et doit être transposée dans le droit national des Etats membres avant juillet 2017.

Il reste donc à voir ce qu'il se passera au niveau du Luxembourg et de la fondation patrimoniale une fois cette échéance passée.

III.- APPLICATION DE L'ARTICLE 344, §2 DU CIR ET DE LA TAXE CAÏMAN

Dans cette seconde partie, nous allons nous intéresser davantage au champ d'application de l'article 344, §2 du CIR et de la taxe Caïman. Plus précisément, nous allons déterminer quel est l'impact éventuel de ces textes légaux sur les SPF, les SICAV-FIS et les fondations patrimoniales.

L'objet d'étude n'est donc pas tant de faire une étude approfondie de la taxe Caïman et de l'article 344, §2 du CIR, mais plutôt de déterminer les conséquences de ces mesures sur les trois véhicules luxembourgeois précités et d'examiner certaines pistes susceptibles d'être envisagées pour éviter l'application de ces textes légaux.

A.- APERÇU GENERAL DE CES DEUX MESURES

1) L'article 344, §2 du CIR

a) Le droit de choisir la voie la moins imposée

Parmi les grands principes applicables en droit fiscal, il y a le principe constitutionnel de la légalité. Le siège de ce principe se trouve à l'article 170 de la Constitution et dans une moindre mesure, à l'article 172, §2 de la Constitution.

Ce principe de légalité de l'impôt constitue le fondement du droit de choisir la voie la moins imposée. Selon le principe de légalité, un impôt ne peut être établi que dans la mesure où la loi le prévoit. En dehors de ces cas, aucun impôt ne peut être réclamé au contribuable. Il n'y a pas d'impôt sans loi.

Ainsi, le contribuable a le droit de trouver des formules lui permettant de se mettre à l'abri du fisc, sans être l'auteur d'infractions. En d'autres termes, le contribuable va essayer d'exploiter toutes les possibilités de payer moins d'impôts tout en restant dans la légalité. C'est ce qu'on appelle l'évasion fiscale.

Le but de l'évasion fiscale est de réduire ou éliminer la charge fiscale, mais sans violation matérielle de la loi fiscale. Le contribuable réduit sa charge fiscale en utilisant un mécanisme ou procédé licite.

b) Position du droit positif belge

Le droit belge reconnaît ce principe de l'évitement licite de l'impôt. Le droit de choisir la voie la moins imposée est un véritable droit. Il est considéré comme étant un droit fondamental du contribuable.

La cour de Cassation a d'ailleurs consacré ce principe dans l'arrêt *Brepols* du 6 juin 1961⁵⁴.

c) Tempéraments au droit de choisir la voie la moins imposée

L'évitement licite de l'impôt est en principe efficace, c'est-à-dire qu'il est opposable au fisc belge sur base de l'article 1165 du code civil belge.

Toutefois, le législateur a le pouvoir de considérer que certains actes, bien qu'étant licites, soient rendus inefficaces par une disposition légale. Ainsi, le législateur a le pouvoir de limiter le droit de choisir la voie la moins imposée soit par des mesures générales soit par des mesures spécifiques anti-abus.

C'est exactement ce qu'a fait le législateur lorsqu'il a adopté l'article 344, §2 du CIR 92.

d) L'article 344, §2 du CIR

L'article 344, §2 du CIR dispose que « *N'est pas non plus opposable à l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus, la vente, le cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, à un contribuable visé à l'article 227, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve soit que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il a reçu pour l'opération une contrevaletur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu* ».

Il s'agit d'une mesure spécifique anti-abus dont l'objectif est d'éviter que des contribuables belges échappent à l'imposition sur les revenus mobiliers, en transférant leurs biens productifs de revenus mobiliers à une société étrangère bénéficiant d'un régime fiscal favorable.

Pour atteindre cet objectif, le législateur belge met en place une fiction grâce à laquelle l'administration fiscale va pouvoir considérer que les revenus n'ont pas été transférés. Par

⁵⁴ Cass., 6 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, 1082.

conséquent, le contribuable va pouvoir être imposé sur les revenus du portefeuille transférés comme s'il en était toujours le propriétaire.

2) La taxe Caïman

a) L'objectif de la taxe Caïman

La taxe Caïman (également appelée taxe de transparence) a été introduite par une loi du 10 août 2015⁵⁵.

La taxe Caïman a pour objectif de lutter contre le développement de montages juridiques établis à l'étranger. Le principe qui sous-tend ce mécanisme est simple en ce sens qu'il consiste à taxer les revenus perçus par le véhicule juridique étranger sans attendre qu'il y ait une distribution.

Exemple : Monsieur Yong détient des actions dans un véhicule étranger. Ce véhicule perçoit des revenus, mais ne les distribue pas. Grâce à la taxe Caïman, les revenus perçus par ce véhicule étranger seront considérés comme des revenus qui reviennent directement à Monsieur Yong.

b) Les structures visées par la taxe Caïman

La loi du 18 août 2015 concerne deux catégories de constructions juridiques :

- Les constructions juridiques de classe 1 : il s'agit de structures qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique⁵⁶.
- Les constructions juridiques de classe 2 : il s'agit de structures dotées de la personnalité juridique⁵⁷.

Pour entrer dans la catégorie de classe 1, trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- Le titre de propriété relatif aux biens/droits doit être établi au nom de l'administrateur.
- Les biens de la construction juridique ne font pas partie du patrimoine de l'administrateur.
- L'administrateur est chargé d'administrer, de gérer et de disposer des biens selon les termes de la construction juridique ainsi que selon les règles imposées par la loi.

En ce qui concerne la classe 2, il y a aussi plusieurs conditions qui doivent être rencontrées :

- Ledit véhicule doit disposer de la personnalité juridique en application du droit de l'Etat sur le territoire duquel elle est établie.

⁵⁵ Loi-programme, 10 août 2015, *M.B.*, 18 août 2015.

⁵⁶ CIR 92, art. 2, §1^{er}, 13^o, a).

⁵⁷ CIR 92, art.2, §1^{er}, 13^o, b).

- Le véhicule ne doit pas être soumis à l'impôt sur le revenu ou, s'il y est soumis, l'impôt doit s'élever à moins de 15% du revenu imposable déterminé en application du droit belge.
- En ce qui concerne les constructions juridiques de classe 2 établies dans l'espace économique européen, la loi a prévu que seules celles expressément mentionnées dans l'arrêté royal⁵⁸ peuvent être qualifiées comme telles.

c) Les contribuables concernés par la taxe Caïman

Dans un premier temps, précisons que la taxe Caïman s'inscrit uniquement dans le cadre de l'impôt sur les revenus et n'est applicable qu'aux personnes physiques ou aux personnes morales soumises à l'impôt des personnes morales. En outre, ces personnes doivent être considérées comme des habitants du royaume pour se voir appliquer la loi.

Ceci étant dit, il faut déterminer quel contribuable est dans la ligne de mire de cette loi. La taxe Caïman vise soit les fondateurs⁵⁹ soit les autres bénéficiaires⁶⁰ de la construction juridique.

En premier lieu, la taxe Caïman vise les fondateurs d'une construction juridique (article 2, §1, 14°, 1^{er} – 3^e tiret du CIR 92). Par fondateur, on vise la personne qui a constitué la construction juridique en dehors de l'exercice de son activité professionnelle. Les fondateurs sont aussi les personnes qui détiennent les droits juridiques sur les actions (ou les parts) ou sur les droits économiques sur les biens et les capitaux détenus par une construction juridique de type 2. Enfin, cette notion de fondateur s'étend aux héritiers du fondateur.

Dans un second temps, la loi vise les autres bénéficiaires. Concrètement, ce terme désigne toutes les personnes qui peuvent obtenir d'une manière quelconque, à un moment donné ou à un autre, un avantage octroyé par la construction juridique (de type 1 ou de type 2).

B.- CAS CONCRET DE LA SOCIETE DE GESTION DE PATRIMOINE FAMILIAL

Dans la première partie, nous avons présenté la SPF ainsi que son régime fiscal avantageux. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'administration fiscale belge n'est pas totalement démunie face à ce mécanisme d'optimisation fiscale. En effet, cette dernière peut actionner la mesure anti-abus contenue dans l'article 344, §2 du CIR ou se prévaloir de la récente taxe Caïman.

⁵⁸ Arrêté royal d'exécution de l'article 2, §1^{er}, 13°, b), alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 du 23 août 2015, M.B., 28 août 2015.

⁵⁹ CIR 92, art. 2, §1^{er}, 14°, 1^{er}- 3^{ème} tiret.

⁶⁰ CIR 92, art. 2, §1^{er}, 14°, 4^{ème} tiret.

1) Applicabilité de l'article 344, §2 du CIR à la SPF

a) Le principe : application de l'article 344, §2 du CIR

Comme expliqué précédemment, l'article 344, §2 du CIR permet au fisc belge de taxer des actifs transférés à une société non-résidente qui n'est pas soumise à l'impôt sur le revenu dans le pays où elle est établie.

Or, nous avons vu dans la première partie du présent travail que la SPF ne subit aucun impôt sur le revenu. Il ne fait ainsi aucun doute que ce type de société luxembourgeoise est visé par l'article 344, §2 du CIR.

Par conséquent, la cession des actifs pourra être rendue inopposable par le fisc belge et le contribuable belge sera taxé sur les revenus du portefeuille comme si l'acte de cession d'actifs n'avait jamais existé.

Ainsi, si Monsieur Yong a apporté des actions à la SPF, il sera considéré par le fisc comme étant resté propriétaire de ces actions. Par conséquent, il sera taxé sur les dividendes qu'elles produisent.

Cette mesure anti-abus spécifique fait-elle perdre à elle seule tout intérêt de recourir à une SPF ? A mon sens non, car le contribuable belge dispose de plusieurs moyens pour échapper à l'application de cette mesure.

b) Solutions pour échapper à l'application de l'article 344, §2 du CIR

1. Apporter la contre-preuve

D'abord, le contribuable a la possibilité d'échapper à cette fiction juridique en prouvant que :

- l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique ; ou
- qu'il a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si l'opération n'avait pas eu lieu

En pratique, on remarque que cette contre-preuve est difficile à apporter car généralement, la SPF s'abstient de distribuer des dividendes. De la sorte, les contribuables échappent à toute taxation sur les revenus mobiliers.

Vu cette difficulté, le contribuable belge peut préférer mettre en place des montages juridiques afin d'échapper au champ d'application de l'article 344, §2 du CIR.

2. Achat d'actions de la SPF auprès d'un tiers

Le caractère limité du présent travail ne me permet pas d'analyser l'ensemble des montages juridiques envisageables pour éviter l'application de l'article 344, §2 du CIR. Je me concentrerai donc uniquement sur une seule hypothèse, à savoir celle où le contribuable achète des actions d'une SPF existante auprès d'un tiers.

L'article 344, §2 du CIR dresse une liste explicite de tous les actes qui sont rendus inopposables au fisc belge. L'acquisition des actions d'une société étrangère auprès d'un tiers n'apparaît à aucun moment dans l'article.

Etant donné que le droit fiscal est d'interprétation stricte, il faut en déduire que si le contribuable acquiert les actions d'une SPF d'une autre personne physique belge, alors l'article 344, §2 du CIR ne jouera pas.

En procédant de la sorte, le contribuable belge qui acquiert les actions bénéficiera des avantages fiscaux offerts par la SPF, tout en échappant à l'application de l'article 344, §2 du CIR.

De plus, remarquons que ce montage juridique est aussi intéressant pour celui qui vend ses actions. En effet, l'éventuelle plus-value réalisée par cette personne ne sera en principe pas soumise à l'IPP car généralement, le fisc considérera que cela relève de la gestion normale du patrimoine privé (article 90, 9°, 1^{er} tiret du CIR).

L'article 90, 1° du CIR 92 dispose que « Les plus-values sur actions ou parts qui (...) sont réalisées à l'occasion de la cession à titre onéreux de ces actions ou parts, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de la gestion normale d'un patrimoine privé ». Ainsi, le principe est que les plus-values réalisées sur des biens mobiliers sont imposables au taux de 33%. Toutefois, les plus values sur actions réalisées par un contribuable agissant dans le cadre de la gestion normale de son patrimoine privé ne sont pas imposables.

Gérer normalement son patrimoine privé consiste à agir comme le ferait un bon père de famille pour faire fructifier son patrimoine privé. Autrement dit, cette notion s'oppose à l'idée de spéculation, c'est-à-dire de recherche immédiate de gain.

En pratique, l'administration fiscale belge considère généralement que les plus values ressortent de la gestion normale du patrimoine privé. Toutefois, si le fisc prouve que l'investissement dans la SPF sort de cette gestion normale du patrimoine privé, alors la plus-value sera taxable au titre de revenus divers à un taux de 33%.

2) Applicabilité de la taxe Caïman à la SPF

a) Application de la taxe Caïman aux SPF ?

La taxe Caïman fait suite à l'obligation de déclarer les constructions juridiques établies à l'étranger, instaurée par la loi du 30 juillet 2013⁶¹. C'est le gouvernement Di Rupo qui avait mis en place cette obligation de déclarer les constructions juridiques situées à l'étranger. Cette mesure avait porté un premier coup dur aux structures étrangères, dissuadant les contribuables de se retrouver actionnaire de sociétés étrangères logées dans des paradis fiscaux.

Le gouvernement Michel a franchi un pas supplémentaire en votant la loi-programme du 10 août 2015 établissant la taxe Caïman. Ainsi, outre le mécanisme de la simulation ou de l'abus fiscal, le fisc belge peut désormais se prévaloir de la taxe Caïman, pour autant que le véhicule juridique concerné entre dans le champ d'application de ce nouveau mécanisme.

Pour savoir si une construction juridique entre dans le champ d'application de la taxe Caïman, il faut consulter deux arrêtés royaux du 23 août 2015⁶².

A la lecture de ces arrêtés royaux, on constate que la société de gestion de patrimoine familial est expressément visée. Il faut donc en conclure que ce véhicule luxembourgeois entre dans le champ d'application de la taxe Caïman.

b) L'impact de la taxe Caïman sur les SPF

En principe, les revenus qui ont été recueillis via un véhicule juridique sont taxables dans le chef du *fondeur* dudit véhicule, comme si le résident avait recueilli directement ces revenus. De manière synthétique, on peut donc dire que fiscalement parlant, le niveau intermédiaire constitué par la construction juridique est ignoré.

Ainsi, Monsieur Yong en tant que fondateur d'une SPF sera taxé par transparence sur les revenus recueillis par la construction juridique. Ces revenus seront taxés à l'IPP au niveau de Monsieur Yong comme s'il les avait directement perçus.

c) Solutions pour échapper à l'application de la taxe Caïman ?

1. Liquidation de la SPF

⁶¹ Loi du 30 juillet 2013 portant dispositions diverses, M.B., 1^{er} août 2013, 2^o éd.

⁶² A.R. 23 août 2015 d'exécution de l'article 2, §1^{er}, 13^o, b, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992, M.B., 23 août 2015 et A.R., 23 août 2015 d'exécution de l'article 2, §1^{er}, 13^o, b, alinéa 3, du Code des impôts sur les revenus 1992, M.B., 2015.

Les contribuables belges fondateurs de SPF ne sont pas pieds et poings liés. Leur conseiller en planification patrimoniale peut proposer différentes solutions afin d'échapper à l'application de la taxe Caïman.

La première solution assez logique consiste à liquider la SPF. Il s'agit sans doute là de la solution la plus radicale, mais ce n'est pas la panacée. Certes, il n'y a pas d'imposition au Luxembourg dans le chef du résident belge⁶³. Cependant, le contribuable belge bénéficiaire du boni de liquidation sera soumis à un impôt belge dont le taux s'élève en principe à 30%.

2. Conversion d'une SPF en SOPARFI

Etant donné que la société de participations financières (ci-après « SOPARFI ») n'est pas visée par la taxe Caïman, le contribuable belge pourrait très bien envisager convertir sa SPF en une société pleinement imposable, abandonnant ainsi son statut d'exonération fiscale subjective.

La SOPARFI est la société de droit commun luxembourgeoise. Il s'agit d'un véhicule d'investissement intéressant notamment en raison de son large champ d'activités, et de son régime fiscal favorable. En effet, la SOPARFI peut détenir des titres dans des sociétés, détenir des immeubles et même exercer tous types d'activités industrielles et commerciales. Concernant son régime fiscal, la SOPARFI est soumise à l'impôt sur le revenu, à l'impôt sur la fortune et à l'impôt commercial communal.

La conversion d'une SPF en SOPARFI est relativement facile à réaliser. En effet, il suffit de modifier les statuts de la SPF lors d'une assemblée générale extraordinaire devant notaire. Lors de cette assemblée, il conviendra de supprimer la soumission de la société à la loi du 11 mai 2007. Une fois effectuée, cette modification des statuts sera publiée au journal officiel luxembourgeois.

D'un point de vue fiscal, la conversion a pour effet de sortir la SPF du régime fiscal dérogatoire (abandon de l'exonération subjective) pour entrer dans un régime de droit commun aux autres sociétés de capitaux (soumission à l'impôt sur les revenus des collectivités, l'impôt commercial communal et l'impôt sur la fortune).

Pour terminer, il est important de souligner que malgré la transformation du statut fiscal, la personnalité juridique de la personne morale demeure inchangée. Ainsi, la conversion n'impacte nullement la personnalité juridique de la société. Le changement de régime fiscal affecte uniquement l'assujettissement de la personne morale à l'impôt. Le mécanisme de conversion ne doit donc pas être confondu avec la procédure de transformation qui, elle, emporte la création d'une nouvelle forme sociale et nécessite des changements substantiels dans les statuts.

⁶³ LIR, art. 156, al.8.

3) Conclusion

La société de gestion de patrimoine familial est visée par l'article 344, §2 du CIR ainsi que par la taxe par transparence. Ces deux mesures ne font pas pour autant double emploi car elles ne visent pas les mêmes réalités.

Ces deux armes légales à disposition du fisc belge réduisent très fortement l'attrait fiscal des SPF pour un résident belge.

Ceci étant, des solutions licites sont envisageables afin d'éviter l'application de l'une de ces mesures. Il conviendra d'analyser au cas par cas si une solution est envisageable et si oui, laquelle est la plus adéquate.

C.- CAS CONCRET DE LA SICAV-FIS

1) Applicabilité de l'article 344, §2 du CIR à la SICAV-FIS

a) Postulat de départ

Pour rappel, nous avons vu dans la première partie de ce travail que le fonds d'investissement spécialisé est exonéré de l'impôt sur les revenus.

Or, l'article 344, §2 du CIR vise alternativement deux situations :

- Les entités étrangères qui sont exonérées de l'impôt sur le revenu.
- Les entités étrangères soumises à l'impôt sur le revenu, mais « bénéficiant d'un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique »⁶⁴.

En conséquence, on serait tenté de dire que la SICAV-FIS entre bien dans le champ d'application de l'article 344, §2 du CIR puisque la SICAV-FIS n'est soumise à aucune imposition sur le revenu.

b) Position du Ministre des finances belge

Contrairement à ce que l'on aurait pu croire, le Ministre des finances belge a déclaré que l'article 344, §2 du CIR n'est pas applicable pour les SICAV luxembourgeoises ouvertes au public.

⁶⁴ CIR 92, art. 344, §2.

Pour affirmer cela, le Ministre avance que les SICAV luxembourgeoises « n'ont plus un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique parce que les SICAV belges bénéficient d'un régime fiscal de quasi exonération »⁶⁵.

Ceci étant, le Ministre se prononce uniquement sur les SICAV ouvertes au public. Partant, les SICAV-FIS ne seraient pas concernées puisqu'elles sont réservées aux investisseurs avertis uniquement.

c) Position du service des décisions anticipées belge

Dans cette nouvelle zone de doutes, le service des décisions anticipées (ci-après « SDA ») est intervenu et a tranché la question.

Dans ses décisions anticipées n° 2011.010 et n° 2011.039 datant du 22 février 2011, le SDA a élargi la portée de l'avis du Ministre et a estimé que : « La SICAV-FIS est ouverte à tout investisseur pour autant que ce dernier soit en mesure de satisfaire le seuil minimal d'investissement. Le fonds n'est donc pas réservé à un club d'investisseurs prédéterminés. Il en résulte que bien que ne qualifiant pas de fonds public au sens de la législation financière, le fonds de l'espèce doit être considéré comme un fonds ouvert au public »⁶⁶.

Après avoir opté pour ce point de vue, le SDA a conclu que les souscriptions d'actions d'une SICAV-FIS ne sont pas concernées par l'article 344, §2 du CIR car :

- Les opérations de souscription et d'achat d'actions d'une SICAV par un contribuable belge répondent à des besoins légitimes de caractère financier car elles favorisent une meilleure répartition des risques pour l'investisseur et elles participent à une diversification des investissements. En outre, la gestion du fonds est garantie par des professionnels.
- Lorsqu'un contribuable belge investit dans une SICAV belge au profil comparable à celui d'une SICAV luxembourgeoise, il est soumis à un régime fiscal fort comparable.

Si ce paragraphe 2 de l'article 344 du CIR ne s'applique pas, ne peut-on pas appliquer le paragraphe premier de ce même article ? Selon le SDA, cette solution n'est pas envisageable pour le fisc car il estime que les opérations de souscriptions d'actions d'une SICAV répondent à des besoins légitimes de caractère financier et économique. Pour affirmer ceci, le SDA se prévaut des mêmes arguments que ceux avancés précédemment, notamment :

- Ces opérations favorisent une meilleure répartition des risques.
- Elles tendent à une diversification des risques.
- Elles permettent de déléguer la gestion du fonds à des professionnels.

⁶⁵ *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 425-2, p. 105.

⁶⁶ Décisions anticipées 2011.039 et 2011.010 du 22 février 2011.

d) Conclusion

Tant le Ministre des finances belge que le service des décisions anticipées sont d'accord pour affirmer que l'article 344, §2 du CIR ne pourra pas remettre en cause les opérations de souscription d'actions de SICAV-FIS par des contribuables belges.

Néanmoins, il convient de nuancer les effets d'une décision anticipée. Cette dernière confère au demandeur le droit à la sécurité juridique par rapport aux opérations qu'il a décrites dans sa demande. Cependant, les décisions anticipées n'ont aucune valeur *erga omnes*.

Le contribuable qui souhaite avoir une garantie quant au traitement fiscal qui lui sera applicable aura tout intérêt à introduire une demande auprès du service des décisions anticipées.

2) Applicabilité de la taxe Caïman à la SICAV-FIS

a) Elargissement du champ d'application de la taxe Caïman

Initialement, la taxe Caïman (également connue sous le nom de taxe par transparence) concernait seulement les véhicules luxembourgeois de type société de gestion de patrimoine familial.

Au fil des années, le législateur a souhaité élargir le champ d'application de la taxe Caïman dans le simple but de viser davantage de véhicules luxembourgeois, utilisés par bon nombre de résidents belges afin d'optimiser leur fiscalité.

C'est en adoptant la loi sur le « tax shift »⁶⁷ que le législateur belge a modifié le champ d'application de la taxe Caïman. C'est plus précisément l'arrêté royal du 18 décembre 2015 qui modifie la liste exhaustive des constructions juridiques établies dans l'Espace Economique Européen⁶⁸.

Ainsi, sont désormais également visées par la taxe Caïman les « institutions, entités et sociétés visées par l'article 2, §1^{er}, 13°/1, alinéa 2 du CIR 92 »⁶⁹, c'est-à-dire « les entités dont les droits sont détenus par une personne ou plusieurs personnes liées entre elles, le cas échéant considérées distinctement par compartiment ».

⁶⁷ L. du 26 décembre 2015 relative aux mesures concernant le renforcement de la création d'emplois et du pouvoir d'achat, M.B., 30 décembre 2015.

⁶⁸ A.R. du 18 décembre 2015 concernant l'exécution de l'article 2, §1, 13°, b), al.2, du code des impôts sur les revenus 1992, M.B., 29 décembre 2015.

⁶⁹ A.R. du 18 décembre 2015 concernant l'exécution de l'article 2, §1, 13°, b), al.2, du code des impôts sur les revenus 1992, M.B., 29 décembre 2015.

b) Controverse sur la portée exacte de l'extension du champ d'application

Suite à cette extension, on sait désormais que les organismes de placement collectif dédiés sont visés par la taxe Caïman. Cependant, une controverse est apparue entre les juristes spécialisés en droit fiscal, quant à la portée exacte de cette extension.

Certains fiscalistes s'en tenaient à une lecture littérale de l'extension du champ d'application de la taxe Caïman. De la sorte, ils en arrivaient à la conclusion que seuls les fonds publics et institutionnels dédiés établis au sein de l'espace économique européen étaient visés, à l'exclusion des fonds privés dédiés. En effet, en combinant l'article 2, §1^{er}, 13^o/1, alinéa 1 et l'alinéa 2 de ce même article, on peut arriver à la conclusion selon laquelle seuls les organismes de placement collectifs publics et institutionnels sont visés par la taxe Caïman. Par conséquent, on pourrait argumenter que les SICAV privées dédiées ne sont pas visées par la taxe Caïman.

A contrario, d'autres fiscalistes privilégiaient une interprétation conforme à l'intention du législateur. En consultant les documents parlementaires, on comprend que l'intention du législateur est de viser, outre les fonds institutionnels et publics dédiés, « les compartiments gérés par le privé au sein d'organismes publics de placement collectif »⁷⁰. De la sorte, les SICAV-FIS dédiées seraient bel et bien visées par la taxe Caïman.

Au final, c'est à l'occasion d'une question parlementaire que le ministre a tranché la controverse. Ce dernier a estimé que l'objectif était sans aucun doute de viser tous les organismes de placement collectif dédiés, qu'ils soient privés, publics ou institutionnels.

En résumé, il faut donc retenir que le fisc considère que les revenus recueillis par une SICAV-FIS dédiée tombent sous la coupe de la taxe Caïman. Ceux qui soutiendraient la thèse contraire pourraient se fonder sur la jurisprudence de la cour de Cassation selon laquelle il ne faut pas sonder la volonté du législateur en présence d'un texte clair.

c) Impact pratique de la taxe Caïman sur les SICAV-FIS

Nous avons dit que Monsieur Yong détenait des actions et des obligations d'une valeur de 5 millions d'euros. Si on imagine que le rendement pour l'année 2017 est de 2%, les dividendes et intérêts seront de 2% * 5 millions, c'est-à-dire 100 000 euros.

Etant donné que la taxe Caïman est désormais applicable à la SICAV-FIS, Monsieur Yong sera taxé par transparence à l'IPP sur les dividendes et intérêts recueillis par la SICAV-FIS (soit 100 000 euros) au taux de 30%. Monsieur devra donc payer 30% * 100 000 au fisc belge, soit un montant de 30 000 euros.

⁷⁰ *Doc. Parl.*, Ch., session ordinaire 2015-2016, n°54-1520/006, pp. 68 et 69.

d) Solution pour échapper à l'application de la taxe Caïman

Outre le fait de se lancer dans un litige long et coûteux afin de tenter de démontrer que les SICAV-FIS privées ne sont pas concernées par la taxe Caïman, d'autres solutions sont envisageables pour le contribuable.

1. L'article 5/1, §3, b du CIR

L'article 5/1, §3, b du CIR offre une possibilité au contribuable belge d'échapper à l'application de la taxe Caïman.

Pour pouvoir prétendre à cette échappatoire, l'habitant du Royaume sera tenu de démontrer d'une part que la SICAV-FIS exerce une activité économique effective et d'autre part, qu'elle est dotée d'une véritable infrastructure locale.

Néanmoins, on constate dans la pratique que démontrer ces deux éléments est loin d'être chose aisée. A en lire l'exposé des motifs, on constate en effet que cette solution n'est pas envisageable pour les « transactions qui cadrent avec la gestion d'un patrimoine privé »⁷¹.

Or, selon la loi du 26 décembre 2015 instaurant la taxe Caïman, les compartiments dédiés au sein d'organisme de placement collectif sont considérés comme faisant l'objet d'une « gestion privée de patrimoine »⁷².

Par conséquent, il semble difficile de pouvoir bénéficier de l'échappatoire proposée par l'article 5/1, §3, b du CIR.

2. D'autres solutions ?

Le caractère limité du présent travail ne me permet pas d'analyser en profondeur l'ensemble des solutions permettant d'échapper à la taxe Caïman. Néanmoins, il est utile de mentionner deux de ces solutions.

D'une part, le contribuable pourrait envisager modifier la structure des investissements de la SICAV-FIS dédiée de manière à ce qu'elle ne produise que peu de revenus imposables.

D'autre part, il est possible de procéder à la liquidation de la SICAV dédiée.

⁷¹ *Doc. Parl.*, Ch., session ordinaire 2014-2015, n°54-1125/001, p. 39.

⁷² *Doc. Parl.*, Ch., session ordinaire 2015-2016, n°54-1520/006, p. 68.

3) Conclusion

La mesure spécifique anti-abus contenue à l'article 344, §2 du CIR est inapplicable à la souscription d'actions d'une SICAV-FIS.

Cependant, il faut éviter de croire que le fisc belge est d'office démunie de moyens d'action et que partant, l'investissement dans des parts de SICAV-FIS bénéficie automatiquement d'un régime fiscal de faveur.

En effet, depuis l'arrêté royal du 18 décembre 2015, les actions de compartiments dédiés de SICAV luxembourgeoises sont désormais visées par la taxe Caïman.

D.- CAS CONCRET DE LA FONDATION PATRIMONIALE

1) Introduction

Nous l'avons vu, la fondation patrimoniale est un outil intéressant à différents égards, notamment parce qu'elle préserve l'anonymat des fondateurs et des bénéficiaires », observe Denis-Emmanuel Philippe avocat aux barreaux de Bruxelles et Luxembourg pour Bloom Law.

De plus, le régime fiscal applicable à la fondation patrimoniale luxembourgeoise s'avère très attrayant car les revenus de capitaux mobiliers sont exonérés de tout impôt. De même, lors du décès du fondateur résident luxembourgeois, les héritiers en ligne directe ne devront payer aucun droit de succession.

Par conséquent, si le Luxembourg veut concurrencer avec ses voisins néerlandais, belges ou allemands, Denis-Emmanuel Philippe note que « le Luxembourg a tout intérêt à instaurer ce véhicule ».

C'est en ayant rappelé ce contexte qu'il est intéressant de s'interroger sur la compatibilité de la fondation patrimoniale avec la mesure anti-abus contenue dans l'article 344, §2 du CIR et la taxe Caïman.

2) *Applicabilité de l'article 344, §2 du CIR à la fondation patrimoniale*

a) *Champ d'application de l'article 344, §2 du CIR*

En insérant cet article dans le code d'impôt sur les revenus 1992, la volonté du législateur est de rendre inopposable au fisc belge les cas dans lesquels on transfère des sources de revenus dans un paradis fiscal.

Pour que le fisc puisse se prévaloir de cette disposition, l'administration fiscale belge doit se trouver face à un « *contribuable visé à l'article 227, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus en l'espèce sont soumis en Belgique* »⁷³.

En d'autres termes, deux types de structures étrangères sont visées :

- Celles qui ne sont pas soumises à l'impôt sur les revenus dans l'Etat où elles sont établies.
- Celles qui sont soumises à l'impôt sur les revenus dans l'Etat où elles sont établies, mais qui est plus avantageux que le régime belge.

Dans l'hypothèse de la fondation patrimoniale, la première hypothèse peut tout de suite être écartée. Le projet de loi prévoit en effet que la fondation sera un véhicule fiscalement opaque et sera donc soumis à l'impôt sur les revenus des collectivités.

Par contre, il n'en va pas de même pour la deuxième hypothèse. Certes, la fondation patrimoniale luxembourgeoise sera soumise à l'impôt sur les revenus. Toutefois, le projet de loi prévoit l'exonération non-négligeable de certains revenus. A savoir : (1) les revenus de capitaux mobiliers, (2) les plus-values issues de la cession des biens générant ces revenus et (3) les revenus liés à un contrat d'assurance-vie.

Au regard de ces exonérations, ne peut-on pas estimer que la fondation patrimoniale bénéficie d'un régime plus avantageux que celui applicable en Belgique ? Si la réponse est positive, le fisc belge serait en mesure de se prévaloir de cette disposition pour lui rendre inopposable le transfert des sources de revenus à la fondation.

b) *Impact de l'article 344, §2 du CIR*

Si à l'avenir, les juges belges décident que la fondation patrimoniale luxembourgeoise tombe dans la deuxième catégorie, la mesure spécifique anti-abus pourra être appliquée.

⁷³ CIR 92, art. 344, §2.

Le fisc belge sera donc en mesure de pouvoir considérer que les revenus n'ont pas été transférés et il pourra taxer le contribuable sur les revenus du portefeuille transféré comme s'il en était toujours le propriétaire

c) Solution pour éviter l'application de l'article 344, §2 du CIR

Pour éviter de se voir appliquer la fiction contenu dans l'article 344, §2 du CIR, le contribuable a la possibilité d'apporter une contre-preuve :

- Soit il prouve que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique.
- Soit il prouve qu'il a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu.

S'il parvient à apporter l'une de ces deux preuves, le contribuable échappera à l'application de la mesure spécifique anti-abus.

d) Conclusion

Rejeter d'entrée de jeu l'application éventuelle de l'article 344, §2 du CIR aux fondations patrimoniales luxembourgeoises paraît inopportun. On ne peut en effet nier que bien qu'étant soumise à l'impôt sur le revenu, la fondation bénéficie d'exonérations substantielles.

Il conviendra de voir à l'avenir comment les juridictions belges se positionnent vis-à-vis de la fondation patrimoniale luxembourgeoise et l'article 344, §2 du CIR.

3) Applicabilité de la taxe Caïman à la fondation patrimoniale

a) Champ d'application de la taxe Caïman

Dans un premier temps, l'administration fiscale a examiné si la fondation patrimoniale pouvait être considérée comme un véhicule au sens de la taxe Caïman⁷⁴.

Dans un second temps, la loi sur le « taxe shift » a été approuvée⁷⁵ et elle a modifié quelques points majeurs de la taxe Caïman⁷⁶. De nouveaux véhicules luxembourgeois tombent

⁷⁴ Réponse du ministre des Finances Johan Van Overtveldt à des questions de parlementaires, *Doc. Parl.*, n° 54-1125/009, p. 19 et réponse du parlementaire p. 22.

⁷⁵ L. du 26 décembre 2015 relative aux mesures concernant le renforcement de la création d'emplois et du pouvoir d'achat, M.B., 30 décembre 2015, 2^{ème} éd.

⁷⁶ Loi-programme 10 août 2015, M.B., 18 août 2015.

désormais sous la coupe de ce régime de taxation par transparence. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle, la fondation patrimoniale luxembourgeoise est considérée comme étant une construction juridique au sens de la taxe Caïman.

Il s'agit là d'une situation tout à fait singulière car le législateur belge a décidé d'inclure dans le champ d'application de la taxe Caïman un véhicule grand-ducal qui n'existe pas encore. Il s'agit peut-être là d'une conséquence du scandale Luxembourg Leaks qui n'a fait que renforcer la méfiance du législateur belge vis-à-vis des constructions juridiques luxembourgeoises.

b) Conséquences de la taxe Caïman

L'application de la taxe Caïman à la fondation patrimoniale a pour conséquence que les revenus qui ont été recueillis par cette structure seront imposables dans le chef du fondateur résident belge comme si ce résident avait recueilli directement ces revenus.

La fondation patrimoniale gardera un intérêt dans le cas de Monsieur Yong car cette structure lui permet de subvenir aux besoins financiers de son fils handicapé, même lorsque Monsieur Yong sera décédé. Toutefois, si le but de ce Monsieur est d'éviter le paiement de l'impôt des personnes physiques, la fondation patrimoniale ne s'avère pas être un outil intéressant.

CONCLUSION

Bon nombre de belges, faisant usage de leur liberté de circulation des capitaux, décident de placer leur argent dans des véhicules luxembourgeois bénéficiant d'un régime fiscal attractif.

Tout se passerait dans le meilleur des mondes si l'administration fiscale ne disposait pas d'armes législatives dissuasives. Parmi ces armes, le fisc peut se prévaloir de la mesure anti-abus spécifique contenue à l'article 344, §2 du CIR. De plus, le législateur belge a récemment introduit dans son arsenal législatif une taxation par transparence des constructions juridiques étrangères.

Suite à toutes les recherches menées durant plusieurs mois, je peux enfin répondre à ma question de départ : « Quel est l'impact pratique de l'article 344, §2 du CIR et de la taxe Caïman pour la SPF, la SICAV-FIS et la fondation patrimoniale ? »

Nul doute que ces deux mesures réduisent de manière significative l'intérêt fiscal de recourir à la SPF, la SICAV-FIS ou la future fondation patrimoniale. Ces trois véhicules luxembourgeois sont visés par la taxe Caïman. De plus, certains d'entre-eux (notamment la SPF) entrent de plus dans le champ d'application de l'article 344, §2 du CIR.

Ceci étant dit, rappelons que la taxe Caïman ne concerne que l'impôt sur les revenus et ne change donc rien en ce qui concerne les droits de succession et les droits d'enregistrement. De plus, tant l'article 344, §2 du CIR que la taxe Caïman ne sont pas des obstacles insurmontables. Le contribuable peut toujours, par différents moyens, se soustraire à son champ d'application.

A l'avenir, il serait intéressant de s'intéresser à la question de la nécessité de la taxe Caïman. En effet, le code des impôts sur le revenu contenait déjà des règles juridiques pour imposer les revenus de structures étrangères : l'article 344, §§1-2 du CIR ou encore la simulation dans l'hypothèse où la structure n'a aucune existence réelle. De plus, ni la loi ni les travaux préparatoires ne se positionnent quant à la question du « double emploi » de cette taxation par transparence avec les dispositions susmentionnées. On ne sait dès lors pas quelle disposition primera.

Finalement, je suis curieuse de voir si la fondation patrimoniale entrera véritablement dans le paysage législatif luxembourgeois dans les prochains mois. Dans une telle hypothèse, il sera opportun de s'intéresser à la position de l'administration fiscale belge et des juges quant à l'application de l'article 344, §2 du CIR à cette fondation luxembourgeoise.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

PHILIPPE, D-E., *L'utilisation par les résidents belges des structures sociétaires luxembourgeoises*, Bruxelles, Larcier, 2014, 217 p.

SCARNA, S., « La planification successorale : les structures étrangères et les risques fiscaux et pénaux liés au rapatriement de capitaux », in P. JAILLOT (sous la direction de), *Planification successorale et structures sociétaires : comment choisir, optimiser, gérer et...liquider ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 291p.

BOURGEOIS, M., PHILIPPE, D-E., *Actualités de droit fiscal : anno 2013*, Bruxelles, Larcier, 319p.

GOSSIAUX, M., *Taxe Caïman : la taxation par transparence des constructions juridiques étrangères*, Bruxelles, Larcier, p. 303-319.

DE BRAUWERE, V-A., WILS, C., « Taxe Caïman : le crocodile aux dents longue », *R.G.F.*, 2015, p. 5-23.

PHILIPPE, D-E., « Impôt sur les revenus - Elargissement de la taxe Caïman : les SICAV dédiées luxembourgeoises dans la ligne de mire », *Act. Fisc.*, 2016, p. 7-10.

SOUGNE, D., *Fund industry in Luxembourg*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.

LANNOY, N., *Taxe Caïman : quoi de neuf ?*, *R.P.P.*, 2015, p. 289.

DURO, C., GOEBEL, M., BURBI, D., KARP-CHOUCROUN, J., *La société en poche Luxembourg*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, p. 949-956.

Jurisprudence

CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. 1-2493, point 46.

CJCE, 10 janvier 2006, Ministero dell'Economia e delle Finanze contra Cassa di Risparmio di Firenze SpA, C-222/04, point 111.

Législation

L. du 26 décembre 2015 relative aux mesures concernant le renforcement de la création d'emplois et du pouvoir d'achat, M.B., 30 décembre 2015.

Loi-programme du 10 août 2015, M.B., 18 août 2015, 2^e éd., p. 5341 et s.

A.R. du 18 décembre 2015 concernant l'exécution de l'article 2, §1, 13^o, b), al. 2, du code des impôts sur les revenus 1992, M.B., 29 décembre 2015.

L. du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, Mémorial, Journal officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 16 août 2005, p. 2212.

L. du 11 mai 2007 relative à la création d'une société de gestion de patrimoine familial, *Mémorial*, Journal officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 14 mai 2007, p. 1608.

Projet de loi relative à la création d'une société de gestion de patrimoine familial, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 5637 du 30 novembre 2006.

Projet de loi relative à la fondation patrimoniale, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2012-2013, n° 6595 du 22 juillet 2013.

C.I.R. 92, art. 344, §2.

C.I.R. 92, art. 344, §1.

Netographie

Elargissement de la taxe Caïman : les SICAV dédiées luxembourgeoises dans la ligne de mire [Ressource électronique]/Denis-Emmanuel Philippe. – Données textuelles. – Accès world wide web : <https://www.lexgo.lu/fr/articles/droit-fiscal/fiscalite-directe-des-entreprises/elargissement-de-la-taxe-caoman-les-sicav-dediees-luxembourgeoises-dans-la-ligne-de-mire,102212.html>. - Dernière mise à jour le 15/02/16. – Description d'après consultation le 10/03/17.

La longue attente pour la fondation patrimoniale [Ressource électronique]/Jean-Michel Lalieu. – Données textuelles. – Accès world wide web : <http://paperjam.lu/news/la-longue-attente-pour-la-fondation-patrimoniale>. - Dernière mise à jour le 5/12/16. – Description d'après consultation le 13/03/17.

La fondation patrimoniale luxembourgeoise : un trust luxembourgeois [Ressource électronique]/ Claude Prat. – Données textuelles. – Accès world wide web : <http://www.fiduciaire-lpg.lu/fr/publications/droit-des-soci%C3%A9t%C3%A9s/la-fondation-patrimoniale-luxembourgeoise-un-trust-luxembourgeois>. - Dernière mise à jour le 14/11/2014. – Description d'après consultation le 13/03/17.

La SICAV-FIS luxembourgeoises soumises à la taxe Caïman ? [Ressource électronique]/ Benoît Philippart de Foy et Antoine Dayez. – Données textuelles. – Accès world wide web : <http://www.lecho.be/opinions/carte-blanche/Les-SICAV-FIS-Luxembourgeoises-soumises-a-la-Taxe-Caiman/9777107?ckc=1&ts=1493478561>. – Dernière mise à jour le 13 juin 2016. - Description d'après consultation le 16/03/17.

ANNEXE

1) Tableau comparatif

	SPF	SICAV-FIS	Fondation patrimoniale
Cadre légal	Loi du 11 mai 2007	Loi du 13 février 2007	Projet de loi n°6595 du 22 juillet 2013
Champ d'activités	Acquisition, détention, gestion et réalisation d'actifs financiers, à l'exclusion de toute activité commerciale	Placement collectifs de fonds en valeurs afin de faire bénéficier les investisseurs des résultats de la gestion des actifs	Gestion et administration d'un patrimoine privé au profit d'une personne ou d'un but déterminé. Exclusion de toute activité commerciale
Forme légale	Société de capitaux : Sa, Sàrl, Sca, Scoop	Fonds commun de placement ou SCAV/SICAF	Obligatoirement constituée par devant notaire
Investisseurs éligibles	Personnes physiques ou entité patrimoniale agissant dans l'intérêt du patrimoine privé	Uniquement les investisseurs avertis = investisseurs institutionnels, professionnels ou ayant adhéré au statut d'investisseur averti	Personnes physiques ou entité patrimoniale administrant le patrimoine de personnes physiques
Actifs éligibles	Actifs financiers au sens de la loi du 5 août 2005 + avoirs et espèces détenus en compte	Aucune restriction	Aucune restriction
Politique d'investissement	Principe de diversification des risques Prospectus Agrément	Obligation de respecter le principe de diversification des risques	/

Régime fiscal	Impôt sur le revenu Impôt commercial communal Impôt sur la fortune Retenue à la source sur les dividendes Taxe d'abonnement : oui au taux de 0,25% Dividendes : pas de retenue à la source luxembourgeoise Intérêts : pas de retenue à la source luxembourgeoise Boni de liquidation : pas d'impôt luxembourgeois. Plus-value : pas d'impôt au Luxembourg Taxe sur la valeur ajoutée	Impôt sur le revenu Impôt commercial communal Impôt sur la fortune Retenue à la source luxembourgeoise sur les dividendes Plus-values : exonérées d'impôt au Luxembourg Taxe d'abonnement : oui au taux de 0,01%	Impôt sur le revenu des collectivités : oui Impôt commercial communal : oui Impôt sur la fortune Actes constitutifs et dotations : il y a des droits d'enregistrement fixes, mais pas d'enregistrement proportionnels Droits de donation lors de transmission de biens à titre gratuit : oui Droit de succession lors du décès du fondateur : oui
Contrôle et gestion	Contrôle par l'administration de l'enregistrement et des domaines	Agrément par la CSSF avant le début des activités et contrôle prudentielle durant toute la vie du fonds Désignation d'une société de management (obligatoire si sous forme de FCP)	La gestion est assurée par des administrateurs. Le contrôle relève de la compétence du conseil de surveillance
Aspects comptables	Doit tenir des comptes annuels Publication au registre de commerce et des sociétés	Contrôle des comptes annuels par un réviseur d'entreprise.	Doit tenir des comptes annuels Pas de publication au registre de commerce et des sociétés

2) Quelques chiffres

Le Luxembourg est leader dans le domaine des fonds d'investissement. En mai 2016, il y avait presque 3 900 fonds avec un total d'actifs de 3 468 billions d'euros.

En ce qui concerne les fonds d'investissement spécialisés, on en recensait 1 609 en mai 2016.

Pour ce qui est de la forme légale des fonds d'investissement, on remarque généralement que la forme de la SICAV l'emporte sur le fonds commun de placement et la SICAF. Ceci dit, cette tendance est clairement marquée en matière de FIS : 1 135 FIS sur 1609 au total prennent la forme d'une SICAV.

Luxembourg UCIs								
Number and net assets by regime and basic structure (May 2016)								
	Number of UCIs				Net assets in € billion			
	Common funds	Investment companies		Total	Common funds	Investment companies		Total
	(FCP)	Variable capital (SICAV)	Fixed capital (SICAF)		(FCP)	Variable capital (SICAV)	Fixed capital (SICAF)	
2010 Law								
Part I (UCITS ²)	1,045	857	0	1,902	607.4	2,321.1	0.0	2,928.5
Part II	183	185	3	371	64.0	94.6	0.6	159.2
SIF Law (SIFs)	433	1,135	41	1,609	151.7	227.4	21.2	400.3
Total	1,661	2,177	44	3,882	823.1	2,643.1	21.8	3,488.0

Source: Commission for the Supervision of the Financial Sector (*Commission de Surveillance du Secteur Financier* – CSSF)