

Récupération de la Directive MIFiD à des fins fiscales : quelles conséquences pour les épargnants ?

Article paru dans l'Echo du 24.6.2008

Depuis le 1^{er} novembre 2007, le paysage normatif des marchés financiers au sein de l'Union européenne a connu une mutation profonde. C'est, en effet, à cette date que devait être transposée dans les législations internes des Etats membres de l'Union la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (plus communément désignée sous l'appellation « directive MIFiD »).

En sus d'un dispositif de mesures structurelles dont l'objet est d'accroître l'harmonisation des marchés financiers européens et de faciliter les transactions transfrontalières, la directive MIFiD contient également une réglementation destinée à instaurer une protection accrue des investisseurs, gage d'une plus grande confiance de ces derniers dans les marchés financiers. La directive MIFiD impose, en ce sens, aux entreprises opérant sur les marchés financiers un ensemble de règles de conduite qui doivent être observées dans leurs relations avec les investisseurs.

Parmi les mesures protectrices prônées par la directive MIFiD, une disposition particulière n'a pas manqué d'éveiller l'inquiétude des épargnants belges, soulevant critiques et indignations de la part des observateurs avisés, et ce, en raison des éventuelles dérives que sa mise en oeuvre pourrait engendrer sur un plan fiscal. Une récente prise de position du Ministre des Finances a confirmé les craintes exprimées par d'aucuns.

L'investisseur doit se mettre à nu

De quoi s'agit-il exactement ? La réglementation MIFiD fait obligation aux établissements offrant des conseils en investissements ou des services de gestion de portefeuille (banques ou gestionnaires de fortune principalement) de se procurer au préalable auprès du client toutes les informations nécessaires pour dresser son profil d'investisseur, dans le but de lui fournir un service approprié. Les informations ainsi recueillies doivent porter sur les connaissances et l'expérience du client en rapport avec le type spécifique de produit ou de service, ses objectifs d'investissement mais aussi sa situation patrimoniale et financière. Sur ce dernier point, la réglementation MIFiD, telle que transposée en droit belge, impose que le questionnement effectué auprès du client soit d'une précision considérable : les renseignements sollicités doivent inclure des « *informations portant sur la source et l'importance de ses revenus réguliers, ses actifs, y compris liquides, investissements et biens immobiliers, ainsi que ses engagements financiers réguliers* »¹.

En pratique, les banquiers et autres gestionnaires de fortune du Royaume invitent le client à compléter un questionnaire portant, d'une part, sur son niveau de connaissance en matière de produits financiers et, d'autre part, sur une description et une évaluation chiffrée de son patrimoine ainsi que de ses revenus.

¹ Article 15 § 3 de l'arrêté royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers.

Contraints de se mettre à nu devant leur banquier, les clients doivent-ils redouter que les informations consignées dans un questionnaire MIFiD se retrouvent dans de « *mauvaises mains* », en particulier celles des agents du Fisc, et qu'il en soit fait usage par ceux-ci à leurs dépens ? Les craintes sont d'autant plus justifiées qu'en réponse à une question parlementaire posée par le Député De Donéa, le 28 avril 2008, le Ministre des Finances a confirmé que les questionnaires MIFiD pouvaient bel et bien constituer une source de renseignements pour le Fisc.

Investigations du Fisc et secret bancaire

Le premier aspect de la problématique est de savoir dans quelles circonstances le Fisc pourrait requérir des banques qu'elles lui communiquent les questionnaires MIFiD remplis par un de leurs clients. L'on sait qu'en raison de l'existence d'une discrétion bancaire s'imposant à elle dans une forme de plus en plus édulcorée, l'administration fiscale n'a pas un accès illimité aux livres et documents tenus par les banques et autres organismes de crédit. Cette discrétion bancaire est à géométrie variable, suivant la nature de l'impôt qui fait l'objet des mesures de contrôle du Fisc. Il convient donc d'opérer une distinction à cet égard.

Ce devoir de discrétion des banquiers n'est pas opposable au Fisc en cas d'enquête portant sur les impôts indirects (taxe sur la valeur ajoutée, droits d'enregistrement et droits de succession notamment).

Ainsi en matière de taxe sur la valeur ajoutée et de droits d'enregistrement, la législation ne prévoit qu'une limitation toute formelle aux mesures de contrôle du Fisc auprès des banques, consistant dans la nécessité de requérir l'approbation du Directeur général de l'Enregistrement et de la TVA ou du fonctionnaire délégué par le Ministre. Moyennant production de cette autorisation, les banquiers sont tenus de fournir tous les renseignements jugés nécessaires à l'effet d'assurer la juste perception de la taxe sur la valeur ajoutée ou des droits d'enregistrement. Par ce biais, le Fisc pourrait, à l'évidence, faire main basse sur les questionnaires MIFiD.

Pour ce qui a trait à la perception des droits de succession, la situation est plus nuancée. Certes, l'article 100 du Code des droits de succession (« C.D.S. », ci-après) habilite l'administration fiscale à interroger – moyennant autorisation spéciale du Directeur général de l'enregistrement – un organisme bancaire en vue de l'exacte perception des droits dus sur la succession d'un contribuable décédé.

Les mesures de contrôle que l'administration peut mettre en œuvre, sur cette base, ne sont cependant pas illimitées. La loi restreint leur objet en précisant que ces moyens d'investigation « *peuvent porter sur toutes les opérations effectuées soit par le défunt, soit par son conjoint, son successeur ou par une tierce personne avant ou après l'ouverture de la succession (...)* » (art 100 C.D.S.) . Les renseignements que le Fisc est autorisé à collecter sont donc cantonnés à la recherche d'opérations effectuées par le défunt ou certaines personnes limitativement énumérées. Cet élément permettrait de considérer comme outrancière la requête formulée par le Fisc, sur base de cette disposition légale, visant à la communication du questionnaire MIFiD, dans la mesure où ce document ne fait apparaître

aucune « opération » effectuée par le défunt. Confronté à une telle demande au sujet de l'un de ses clients, l'organisme bancaire ne devra tout simplement pas y réserver suite.

Dans l'hypothèse où l'organisme bancaire accéderait néanmoins (à tort, selon nous) favorablement à la demande du Fisc et à supposer que la consultation du questionnaire MIFiD conduise à un redressement fiscal, le contribuable visé n'aurait d'autre recours que de saisir le tribunal en vue de poursuivre l'annulation de l'imposition établie. Le contribuable pourrait en effet se prévaloir du caractère illégal de l'enquête diligentée auprès de la banque.

En matière d'impôts directs (impôts sur les revenus), certains vestiges d'un secret bancaire opposable au Fisc demeurent. Plusieurs interventions successives du législateur ont toutefois réduit sa portée à portion congrue. Ce reliquat de secret bancaire ne s'impose, en définitive, qu'à la seule administration des Contributions directes, chargée de la perception de l'impôt sur les revenus. Il ne vaut plus en cas de réclamation du contribuable. Il s'efface également dès que l'administration constate que des mécanismes de fraude ont été utilisés par le contribuable en vue d'éluider l'impôt. Enfin, il n'est pas opposable au Receveur dans le cadre du recouvrement des impôts et précomptes impayés ou encore dans le cadre de la procédure en surséance indéfinie au recouvrement de l'impôt.

Si la mesure d'enquête du Fisc auprès d'une banque s'inscrit dans l'une de ces brèches ouvertes par le législateur, aucun secret ne s'oppose à ce que le Fisc se procure le questionnaire MIFiD.

La disparition annoncée des vestiges de secret bancaire ?

Plus fondamentalement, le risque que les questionnaires MIFiD soient communiqués, à l'avenir, au Fisc de manière plus systématique, est réel et est lié à la probable disparition des reliquats de secret bancaire. Le devoir de secret bancaire semble, en effet, promis à une abrogation pure et simple qui pourrait advenir à brève échéance. La politique menée par l'actuel Ministre des Finances, visant à faciliter toujours davantage l'accès de son administration aux données détenues par les banques, ainsi que les propos qu'il a tenus lors d'une conférence donnée à la Banque de Luxembourg le 30 mai 2007, au cours de laquelle il a annoncé que « *la Belgique s'alignerait sur le modèle des Etats membres de l'Union européenne pratiquant l'échange d'informations* »², sont autant de signes annonciateurs.

Enfin, il convient de préciser que les différents départements de l'administration fiscale ne sont pas imperméables : sauf détournement de procédure avéré, les renseignements obtenus par un agent habilité à diligenter une enquête auprès d'une banque peuvent être invoqués par un autre membre de l'administration fiscale chargé de la perception d'un autre impôt, même si ce dernier ne dispose pas d'un droit d'investigation similaire. Autrement dit, un fonctionnaire qui n'est pas autorisé à exiger directement auprès des banques la production d'un questionnaire MIFiD rempli par un client pourrait en prendre connaissance par voie indirecte, dans le cadre d'un échange d'informations interne à l'administration fiscale.

La confidentialité des questionnaires MIFiD est donc très loin d'être absolue à l'égard du Fisc.

² Luxemburger Wort, 1.6.2007, p.85.

MIFiD, une banque de données exploitable par le Fisc

Quel usage pourrait être réservé par l'Administration fiscale aux données consignées dans un questionnaire MIFiD si celles-ci venaient à sa connaissance ?

En dehors des cas où la consultation du questionnaire MIFiD (qui, soulignons-le encore, contient des questions très précises sur l'ampleur des revenus du contribuable et les avoirs qu'il détient) permettrait à l'administration fiscale de déceler l'existence d'une fraude, la prise de connaissance par le Fisc des données contenues dans le questionnaire pourrait présenter des conséquences déroutantes, même dans le chef d'un contribuable qui n'a éludé aucun impôt.

Ainsi, dans l'hypothèse où le contribuable a renseigné dans le questionnaire que lui a adressé sa banque l'existence d'un capital déterminé qu'il détient, l'administration fiscale, si elle en a connaissance, sera fondée à lui demander d'où proviennent ces fonds. Si le contribuable n'est pas en mesure de fournir des justifications sur l'origine des fonds déclarés (par exemple, parce qu'il n'a pas conservé les documents probants permettant d'en retracer la source) et alors même que ce capital n'est pas le fruit d'une fraude quelconque, l'administration pourra faire application de la présomption légale de l'article 341 du Code des impôts sur les revenus et imposer le contribuable sur base de signes ou indices d'aisance révélés au cours d'un exercice imposable. La jurisprudence est très permissive en la matière et considère en règle que le seul fait de détenir un capital au cours de l'exercice permet à l'administration de présumer que ce capital provient de revenus imposables et de réclamer un supplément d'impôt au contribuable (calculé sur la valeur dudit capital) majoré d'accroissements d'impôts.

Les données contenues dans le questionnaire MIFiD sont de nature à se révéler également précieuses sur le plan du recouvrement d'un impôt impayé, en permettant à l'administration d'identifier d'éventuels avoirs saisissables détenus par le contribuable.

Enfin, le pire est peut-être à venir pour les épargnants. Le questionnaire MIFiD pourrait constituer le chaînon manquant ouvrant la voie à une réforme future de la fiscalité de l'épargne. Jusqu'à présent, l'absence de recension par le Fisc de la fortune mobilière des contribuables s'opposait à l'avènement d'une véritable réforme. Mais les choses sont en train d'évoluer. Un cadastre de la fortune des contribuables est en train de se mettre progressivement en place. La suppression des titres au porteur a constitué une première étape. La levée totale du secret bancaire pourrait constituer un pas supplémentaire. Enfin, la mainmise du Fisc sur le questionnaire MIFiD alimenterait très précieusement la base de données patrimoniales de l'administration. Disposant alors d'une image fidèle du patrimoine des contribuables, le gouvernement pourrait dégager de nouvelles pistes (taxation des plus-values sur actions, impôt sur la fortune) pour améliorer le rendement de la fiscalité de l'épargne.

Conclusion

Ainsi que l'a confirmé le Ministre des Finances lui-même, le questionnaire MIFiD suscite les convoitises de l'administration fiscale en raison des nombreuses données patrimoniales exploitables dont il regorge. Quelle solution pour le contribuable ? Il n'est en principe pas permis à un client de se dispenser de répondre au questionnaire adressé par sa banque. En cas de refus du client, la banque doit en effet s'abstenir de fournir le service financier proposé. Rien ne s'oppose toutefois à ce que le client fasse une déclaration parcellaire en se limitant à déclarer les avoirs gérés par la banque ou connus de celles-ci, avec toutefois le risque que le service proposé ne soit pas en adéquation avec sa situation propre. L'idée de protection des investisseurs, qui se trouve à la base de la directive MIFiD, se trouverait, en pareille circonstance, mise à mal.

Là réside le paradoxe de la situation : au départ, se trouve une mesure censée protéger les investisseurs prévue par une Directive européenne non fiscale qui, détournée de sa finalité par le Fisc à des fins d'imposition, risque de se heurter à la méfiance des épargnants et de ne pas réaliser, en définitive, l'objectif de protection poursuivi.

Jean-Pierre BOURS
avocat (Bours & associés)
chargé de cours HEC/ULg

et

Xavier PACE
avocat