

FRAUDE FISCALE : UNE NOUVELLE DONNE ?

MICHEL TALY*

La lutte contre la fraude fiscale a toujours été une préoccupation constante des administrations fiscales. Au cours des dernières décennies, des progrès ont été réalisés grâce à l'évolution technologique (systèmes d'information et traitement des données) et à une meilleure coopération entre administrations (audits simultanés, échanges de renseignements, sur demande ou automatiques).

Les résultats restaient toutefois limités, compte tenu de la sophistication croissante des méthodes de fraude et du refus de coopérer opposé par certains États. Les pays membres de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) avaient bien tenté des pressions sur ces États récalcitrants, mais sans jamais vraiment s'élever au niveau de pression qui aurait été efficace.

La situation a notablement changé au cours de la dernière décennie en raison de facteurs multiples, sans lien apparent entre eux, mais peut-être implicitement tous liés au fait que les difficultés financières croissantes des États, des individus et des agents économiques entraînaient une réprobation de la fraude dont le niveau devenait tel qu'il ne pouvait rester sans réaction :

- les pays de l'OCDE ont rehaussé leur pression sur les États récalcitrants au niveau efficace, en prévoyant des mesures de rétorsion telles qu'elles mettaient les réfractaires « hors jeu » économique ;

- certains scandales (notamment l'affaire Enron) ont amené à des modifications dans la gouvernance des entreprises qui ont profondément changé la donne ;

- certains individus, par idéal ou par esprit de lucre, ont pris le risque de l'illégalité pour enfreindre le secret fiscal et certains États n'ont pas hésité à

* Avocat-associé, Arsene-Taxand.

assumer publiquement le fait d'utiliser ces renseignements, voire même de payer pour les obtenir.

Au final, on constate que presque tous les paradis fiscaux ont signé des accords d'échanges de renseignements, que les optimisations agressives (celles qui amenaient les entreprises à flirter avec la « ligne jaune » et à se retrouver, plus ou moins consciemment, en situation de véritable fraude) ont largement régressé et que de nombreux particuliers sont tentés par les propositions, faites par de plus en plus d'administrations fiscales, de régulariser leur situation.

C'est cette évolution récente que nous allons maintenant examiner plus en détail en distinguant le cas des entreprises et celui des particuliers, car le problème se pose de façon très différente pour ces deux catégories de contribuables.

LES ENTREPRISES

Pour les entreprises (en tout cas pour les plus grandes et en dehors des cas marginaux de « caisses noires »), la fraude ne consiste pas à détenir dans des paradis fiscaux des actifs totalement occultes : les filiales créées dans ces pays sont parfaitement répertoriées dans les comptes consolidés et les administrations fiscales des autres pays peuvent donc en avoir connaissance.

La présence des grands groupes internationaux dans les paradis fiscaux répond à des motivations plus larges :

- impôt sur les sociétés inexistant ou à taux très bas ;
- réglementation très souple en matière de droit des sociétés et de droit commercial : notamment, il est souvent possible d'augmenter les fonds propres d'une entité ou de distribuer des réserves ou de racheter le capital selon des modalités qui seraient impossibles ailleurs ; ces caractéristiques sont particulièrement utiles pour contourner certaines taxations dans les autres pays où le groupe est implanté ;
- absence d'échanges de renseignements entre administrations fiscales : celle de l'autre pays connaît l'existence de la filiale, mais elle est totalement dépendante du contribuable pour savoir ce qu'elle fait ; notamment, la normalité des relations entre cette société et les autres sociétés du groupe est invérifiable.

Compte tenu de ces caractéristiques de l'usage des paradis fiscaux par les entreprises, les accords d'échanges de renseignements signés au cours des dernières années ne changent pas fondamentalement la donne :

- en premier lieu, on peut penser que les pays en question ont signé à contrecœur pour sortir de la liste noire, mais mettront peu de zèle à répondre aux demandes de renseignements ; il existe certes une procédure de surveillance de la façon dont les accords sont appliqués et la sanction peut être le retour sur la liste noire, mais il est assez facile d'appliquer un texte avec peu de zèle sans se faire prendre ! Cela obligera simplement à donner des gages de temps en temps !

Cela crée un risque pour les entreprises, aléatoire mais faible, qui reste tout à fait gérable ;

– en sens inverse, en l'absence d'échanges de renseignements, les administrations fiscales des autres pays ne sont pas totalement désarmées : elles peuvent exercer une forte pression sur leur contribuable pour qu'il fournisse « spontanément » certains éléments (et notamment les comptabilités desdites entités) : elles n'y sont pas obligées, mais le font souvent pour ne pas dégrader davantage le climat du contrôle. Mais surtout, la plupart des pays se sont dotés de dispositifs pénalisant les transactions avec des pays dont le régime fiscal est privilégié, allant du simple renversement de la charge de la preuve à la présomption irréfragable.

Au fond, les paradis fiscaux ont enfin accepté de signer des accords d'échanges de renseignements au moment où les autres pays n'en avaient plus vraiment besoin (pour les entreprises ; pour les individus, les choses sont différentes, comme on le verra plus loin) et ce n'est peut-être pas une coïncidence !

En fait, si l'utilisation des paradis fiscaux par les grands groupes internationaux a considérablement diminué au cours des dernières années, ce n'est dû ni à l'évolution de l'attitude de ces pays, ni à une meilleure efficacité de l'action des administrations fiscales des autres pays. Cela est dû en fait à deux phénomènes quasi simultanés : un changement profond du contenu même de l'optimisation fiscale et une évolution profonde de la gouvernance des entreprises après les bouleversements provoqués par l'affaire Enron :

– tout d'abord, le contenu de l'optimisation fiscale a profondément changé : sous la pression des analystes financiers, les dirigeants d'entreprises ne regardent plus le montant d'impôt payé, mais le taux effectif d'impôt (TEI) calculé à partir des comptes consolidés ; or cette donnée diffère fortement de l'impôt payé dans chacun des pays, certaines différences étant temporaires et d'autres définitives ; or la tâche du responsable fiscal consiste non seulement à obtenir le taux le plus bas possible, mais aussi le plus stable possible, les marchés ayant horreur des variations brusques. Or l'usage des paradis fiscaux permet de « faire des coups », avec un effet immédiat et spectaculaire sur l'impôt payé effectivement, mais souvent avec des variations brutales (et pas toujours maîtrisées !) du TEI. Par exemple, un déficit « piégé » dans un paradis fiscal peut entraîner le TEI du groupe vers des sommets et les responsables fiscaux ont appris à se méfier de montages qui leur auraient valu des félicitations il y a quinze ans et leur valent maintenant des reproches acerbes lorsque le président doit expliquer au marché pourquoi le TEI dépasse les 50 % alors qu'il était précédemment de 22 % ;

– l'affaire Enron a changé durablement la perception des « montages risqués » dans le monde des entreprises et les mettre en place devient de plus en plus complexe à toutes les étapes : pour commencer, beaucoup de chartes d'entreprises excluent de s'engager délibérément dans un montage dont la mise en cause par l'administration pourrait s'accompagner de pénalités excluant la bonne foi (cela peut aller jusqu'à prévoir dans le contrat de travail du responsable fiscal qu'une

telle situation est constitutive d'une faute lourde !) ; ensuite, les nouvelles règles de gouvernance prévoient souvent que les montages fiscaux les plus importants soient validés par le conseil d'administration ou un comité *ad hoc*, ce qui aboutit forcément à une prise de risques moindre qu'un processus informel entre le responsable fiscal et le directeur financier ; enfin, l'auditeur externe porte un regard beaucoup moins bienveillant qu'autrefois sur ces opérations lors de sa revue de risques ; et pour couronner le tout, certains États imposent des procédures fortement dissuasives : c'est ainsi que les États-Unis demandent au responsable fiscal de signer une déclaration, pouvant engager sa responsabilité personnelle, selon laquelle, à sa connaissance, la dette d'impôt figurant dans la déclaration est exacte ; et ils vont même demander bientôt aux contribuables de lister leurs « positions fiscales incertaines » !

Au total, tous les conseils fiscaux d'entreprises seront sans doute d'accord pour dire que le degré d'agressivité des optimisations fiscales dans les grands groupes internationaux a considérablement baissé au cours de la dernière décennie et que ce changement est profond et durable.

La situation est très différente pour les individus : pour eux, le changement est plus récent et beaucoup plus étroitement lié aux événements concernant les paradis fiscaux.

LES PARTICULIERS

Pour les particuliers, les techniques de fraude sont très simples puisqu'elles reposent sur le fait que l'administration fiscale n'a pas connaissance de l'existence d'un compte ou d'un autre actif détenu à l'étranger.

Le risque est donc que l'administration apprenne l'existence de ce compte ou de cet actif. Et le risque tolérable est le risque 0,000 car même 0,001 est trop. Contrairement à une entreprise, le particulier ne peut pas vivre avec un risque fiscal. Si celui-ci se réalise, c'est la vie personnelle du contribuable qui est lourdement affectée. Difficile de dormir quand on est menacé de rappels d'impôt portant sur plusieurs années (jusqu'à dix ans en cas d'utilisation de paradis fiscaux), assortis de pénalités pouvant doubler l'addition, le tout excédant facilement le revenu annuel, quand ce n'est pas le patrimoine. En outre, l'administration agite la menace de poursuites correctionnelles qui, même si elles sont rarement suivies d'effets dans certains pays (à peine un millier de cas par an en France), constituent, pour des individus issus de classes sociales privilégiées, une menace particulièrement dissuasive.

Le passage du risque 0,000 au risque 0,001 change donc complètement la donne. En fait, le risque 0,000 n'a jamais vraiment existé, mais ce qui a fondamentalement changé depuis quelques années (notamment avec les affaires des listes de contribuables) c'est la perception du risque et du fait que le risque

zéro n'existait pas. Or, sur ce point, l'actualité récente a particulièrement été chargée : non seulement le cadre légal changeait (avec les accords entre les paradis fiscaux et les pays de l'OCDE), mais aussi une série de faits divers montraient que la principale menace contre le secret bancaire venait de l'intérieur des banques elles-mêmes et certains États n'hésitaient pas à assumer publiquement (alors qu'habituellement, en ce domaine, l'hypocrisie est plutôt de mise !) qu'ils étaient prêts à profiter de ces opportunités quand elles se présentaient et même qu'ils pourraient aller jusqu'à payer pour obtenir de tels renseignements illicites.

Alors, certes, sur un plan purement technique, dans la plupart des pays, un rehaussement d'impôt fondé sur de telles bases a peu de chances de prospérer et un contribuable particulièrement coriace a toutes les chances de gagner s'il refuse de coopérer et poursuit son contentieux jusqu'au bout.

Mais qui est prêt à vivre cette vie-là pendant des années ?

C'est pourquoi la fin du risque zéro (ou du moins de la perception d'un risque zéro) a profondément changé la donne, alors même qu'objectivement, les accords signés n'auraient pas changé quantitativement la donne en dehors de cet aspect psychologique.

C'est ainsi que de nombreux contribuables se sont décidés à « sauter le pas » lorsque les administrations ont su, sans forcément abandonner beaucoup de l'impôt dû, assurer que la régularisation pourrait se faire sans traumatisme. Il s'agit le plus souvent de fraudeurs « passifs », c'est-à-dire de personnes qui ont hérité (à tous les sens du terme) d'une situation ancienne dont elles ne savaient pas comment en sortir.

Le processus de régularisation a eu un autre effet, parfois inattendu pour les intéressés (et qui peut avoir un effet de contagion si cette information circule), celui de changer aussi leur perception sur les gains antérieurs réels de la fraude. En effet, par peur du risque, ces « héritiers », peu au courant de la nature des actifs et de leur modalité de gestion, ne disposaient d'aucune information (pas question de recevoir des relevés par La Poste et en cas de rares visites dans la banque étrangère, pas question de ramener des copies de documents volumineux lus très vite).

Aussi, lorsque la régularisation a permis une vision globale de la situation, beaucoup se sont demandés, au vu de la performance (médiocre par rapport à celle de leur propre portefeuille) et des frais facturés (souvent exorbitants) si la fraude avait vraiment été rentable. Notamment, au cours de la dernière décennie, où les marchés ont connu une évolution particulièrement chaotique, le résultat d'une gestion sous mandat sans reddition de compte a parfois donné des résultats surprenants qui ont pu faire penser à certains qu'il était peut-être plus rentable de payer ses impôts et de garder un contrôle en temps réel sur la gestion de son patrimoine !

Ainsi, pour des raisons totalement différentes, au cours de la période récente,

entreprises et particuliers ont été amenés à revoir profondément leur attitude vis-à-vis des paradis fiscaux.

Il faut toutefois être conscient que ce mouvement est en fait davantage dû à une évolution volontaire des contribuables qu'à une plus grande efficacité des contrôles et qu'il s'inscrit dans une période de baisse du taux des impôts dans la plupart des pays.

Le mouvement, certes profond, ne sera donc durable que si la hausse des impôts, qui semble inéluctable, ne porte pas les taux à des niveaux où les contribuables retrouveraient le goût du risque et si les administrations fiscales réussissent à maintenir, pour les individus, la perception actuelle en faveur de la régularisation des situations.