

LE FORUM MONDIAL SUR LA TRANSPARENCE FISCALE : UN ACTEUR MAJEUR DANS LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX ET RÉGLEMENTAIRES

FRANÇOIS D'AUBERT*
PASCALE BERACHA*

Le combat contre les juridictions non coopératives (JNC) est un combat de longue haleine. Le G20 en a fait l'une de ses priorités lors de son sommet d'avril 2009 et la question figurait en bonne place à l'ordre du jour du sommet de Cannes en novembre 2011.

Les JNC se nourrissent de la contradiction entre la mobilité croissante des capitaux et la quasi-absence de discipline internationale dans des domaines clés comme la fiscalité, le droit des affaires.

On les accuse avec raison de comportement déloyal. Il y a donc urgence, pour la communauté internationale, à élaborer des codes de conduite pour les États et à les faire respecter.

Plusieurs instances multilatérales s'y efforcent, au titre notamment de la lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent.

Mais c'est aux travaux du Forum mondial sur l'échange d'informations en matière fiscale que le G20 de Cannes a réservé un écho tout particulier, saluant les progrès importants observés en matière de discipline fiscale.

Depuis 2009, en effet, le Forum mondial a opéré une restructuration décisive et créé un mécanisme efficace de surveillance par les pairs. Se référant aux principes internationaux les plus exigeants en matière de transparence fiscale, il a procédé, en l'espace de dix-huit mois, à l'examen d'une soixantaine de pays. Ses résultats ont été validés par le G20 dans son communiqué et les onze États qu'il avait identifiés comme présentant les plus graves manquements aux principes internationaux ont été fermement invités à y remédier dans des délais rapides.

* Délégation générale aux juridictions et territoires non coopératifs.

Ainsi conforté, le Forum mondial s'impose donc comme un rouage essentiel dans la mise en œuvre d'une discipline internationale en matière fiscale. De surcroît, grâce à une jurisprudence qui s'enrichit progressivement, il peut jouer un rôle très actif de catalyseur dans l'élaboration de nouvelles normes internationales.

On rappellera brièvement les principales caractéristiques du fonctionnement du Forum mondial avant de s'arrêter plus longuement sur son bilan.

UN CADRE PRIVILÉGIÉ DE MISE EN ŒUVRE D'UNE DISCIPLINE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE TRANSPARENCE FISCALE

Créé en 1996, le Forum mondial a, sous l'impulsion du G20 de Londres, conduit une importante restructuration. Il s'est doté depuis septembre 2009 (réunion de Mexico) d'un budget autonome et d'une gouvernance renforcée.

Il bénéficie aujourd'hui de trois atouts majeurs.

Une composition originale

Le Forum mondial a su très tôt associer aux pays membres de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) des États que l'OCDE avait qualifiés de paradis fiscaux (îles Caïmans, Îles Vierges britanniques) ainsi que des grands pays émergents (Afrique du Sud, Mexique, Brésil, Inde, Chine). Il réunit aujourd'hui 105 États (auxquels s'adjoint l'Union européenne).

Un corps de principes exigeants

Les engagements des États sont consignés dans les termes de référence du Forum mondial. Ils reprennent, de façon clarifiée et parfois plus exigeante, les principales normes internationales en matière d'échange d'informations et de transparence fiscale.

Chaque État s'engage non seulement à développer un réseau suffisamment dense d'accords d'échange d'informations fiscales, mais aussi à faire en sorte qu'une information suffisamment pertinente et fluide circule dans ce réseau : il doit veiller en conséquence à ce que certains types d'informations soient disponibles sur son territoire, à ce qu'ils soient accessibles à son administration fiscale et enfin à ce qu'ils puissent être transmis à une administration fiscale étrangère qui en ferait la demande.

Les informations visées couvrent un champ très large. Elles portent sur

la propriété du capital et la comptabilité de toute entité juridique ayant un lien avec cet État, qu'il s'agisse d'une société, d'une fondation ou d'un *trust*. Elles portent également sur les comptes bancaires détenus sur le territoire de l'État par toute personne physique ou morale et les transactions qui y sont opérées.

Un mécanisme de surveillance efficace

Au sein du Forum mondial, le groupe de revues par les pairs (*Peer Review Group* – PRG) présidé par François d'Aubert, au nom de la France, veille au respect de ces engagements.

Cette surveillance prend la forme de revues par les pairs qui sont conduites en deux phases : une phase 1 d'évaluation des réglementations du pays concerné et de son réseau d'accords ; une phase 2 d'appréciation de l'application effective de ses engagements de coopération. Les pays les plus rompus à l'échange d'informations peuvent faire l'objet de revues combinées, associant les phases 1 et 2. Toute évaluation donne lieu à un rapport public.

Cette surveillance n'est pas limitée aux États membres du Forum mondial : elle peut s'exercer à l'égard d'États non-membres dont les pratiques feraient problème. Le Forum mondial a ainsi examiné la situation du Ghana ou de la Jamaïque, lesquels ont ensuite choisi d'adhérer formellement au Forum mondial. Prochainement, une revue devrait être lancée sur le Liban, alors que celui-ci n'est pas membre.

Cette surveillance s'exerce selon un calendrier précis et affiché qui court jusqu'en 2014. Elle est conduite sur la base de critères objectifs et selon une méthodologie éprouvée.

Dix « éléments essentiels » ont été définis pour apprécier la conformité aux principes internationaux : trois prennent en compte la disponibilité de l'information sur le territoire du pays concerné, deux traitent de la capacité d'accès de son administration fiscale à accéder à ces informations, les cinq derniers ont trait à la capacité de ce pays à échanger ces informations et notamment la qualité de son réseau d'accords.

En phase 1, chacun de ces éléments peut être apprécié de trois façons différentes : en place ; mérite amélioration (*but*) ; pas en place (*not*).

La notation définitive n'intervient qu'en fin de phase 2.

Le PRG peut toutefois, dès la fin de la phase 1, délivrer une forme d'avertissement à certaines juridictions dont la réglementation ne comporte pas de facteurs déterminants pour l'échange d'informations : ces juridictions font l'objet d'un report de phase 2 qui est mentionné dans leur rapport d'évaluation. C'est seulement lorsqu'elles peuvent justifier de progrès suffisants, qu'elles sont réintégrées dans le calendrier des examens de phase 2.

Enfin, cette surveillance s'exerce dans la continuité. Un suivi rigoureux des évaluations a été institué. Chaque juridiction doit rendre compte par écrit, dans

les douze mois – voire, pour les cas plus graves, dans les six mois – qui suivent l'adoption de son rapport, des progrès qu'elle a accomplis dans la mise en œuvre des recommandations. Un pays qui a corrigé plus rapidement ses défaillances peut demander à faire l'objet d'un rapport additionnel dans lequel ses évaluations seront, le cas échéant, rehaussées.

UN PREMIER BILAN POSITIF

Le Forum mondial a su s'imposer comme instance d'étalonnage des États en matière de transparence fiscale

Le Forum mondial a adopté ses textes constitutifs en l'espace de six mois, de sorte que les premières revues ont pu être lancées dès mars 2010. Depuis cette date, le PRG a tenu 5 sessions, procédé à l'examen, voire au réexamen, de 59 pays, dont 17 dans le cadre de revues combinées, ce qui atteste d'un rythme particulièrement soutenu.

Ces examens ont permis d'identifier des défaillances : sur les 530 appréciations contenues dans les 59 rapports, 41 sont des appréciations de non-conformité totale (*not*) et 122 de conformité partielle (*but*).

Ils révèlent une grande diversité de situations. Sur les 59 États examinés :

- 36 États n'ont reçu aucune appréciation de non-conformité totale (*not*), 9 d'entre eux sont quasi proches du sans-faute (France, Inde, Japon), les autres ont été jugés partiellement défaillants (*but*) sur certains éléments ;

- 10 États recueillent un *not* sur un élément important (souvent les obligations comptables), d'autres éléments devant de surcroît être améliorés (*but*) : Bahamas, Îles Vierges britanniques, Gibraltar, Luxembourg, Royaume-Uni, Monaco, Autriche...

- 4 États sont déclarés totalement défaillants (*not*) sur deux éléments et partiellement défaillants (*but*) sur trois ou quatre autres éléments. Si, s'agissant de la Jamaïque et de l'Estonie, le Forum mondial a admis le passage en phase 2 selon l'échéancier initial, il s'est montré en revanche plus sévère pour la Suisse et le Liechtenstein dont il a conditionné le passage en phase 2 à certains aménagements clairement identifiés de leur cadre légal ou de leur réseau d'accords d'échange d'informations ;

- enfin, 9 États font explicitement l'objet d'un report de phase 2 : Antigua, Barbade, Botswana, Brunei, Panama, Seychelles, Trinidad, Uruguay et Vanuatu. Douze avaient initialement été frappés d'une telle décision ; 3 d'entre eux (San Marin, Îles Vierges Britanniques, îles Turques et Caïques) ont pu justifier entre-temps de corrections suffisamment substantielles de leur législation pour être réintégrés dans la programmation des examens de phase 2.

Si l'on adjoint aux 9 États précités la Suisse et le Liechtenstein, 11 États ne peuvent, à ce stade, accéder à la phase 2 : ce sont là les 11 États que le G20 a fermement invités à se mettre rapidement en conformité avec les normes internationales.

Le G20 a ainsi admis que les évaluations du Forum mondial prennent le relais des classements publiés par l'OCDE. Depuis 2009, en effet, le secrétariat de l'OCDE identifiait dans une liste grise les États qui n'avaient pas conclu un nombre minimum de 12 accords d'échange d'informations. Cette approche, si elle a joué un rôle utile pour stimuler la négociation d'accords d'échange d'informations, était nécessairement transitoire : de fait, la liste grise ne compte plus aujourd'hui que 3 États : Niue, Nauru et Guatemala. Le Forum mondial lui substitue désormais une approche fondée sur une palette beaucoup plus riche de critères, prenant en compte l'effectivité de mise en œuvre des accords et intégrant une surveillance continue.

Le Forum mondial consolide et affine les normes internationales de transparence fiscale

Au fil des rapports, les évaluateurs et le PRG gagnent en expérience, identifiant plus clairement les défaillances et diffusant les bonnes pratiques. Au total, 379 recommandations ont été émises, forgeant un début de jurisprudence dont on donnera ci-après quelques illustrations.

Les États doivent exiger des structures établies sur leurs territoires plus d'informations sur la propriété de leur capital

Le Forum mondial a demandé la correction de certaines pratiques telles que :

- la persistance d'actions au porteur sans possibilité d'identification des détenteurs effectifs des titres (constatée dans 23 des 59 pays examinés) ;
- le défaut d'identification de certains associés dans des structures du type *limited partnerships*, communément utilisées par les fonds d'investissement ;
- l'absence d'obligation faite à certains *nominees* de dévoiler l'identité de leurs mandants (recommandations faites à 12 pays) ;
- l'insuffisance des obligations déclaratives imposées aux sociétés étrangères, qui ont une activité significative ou un établissement permanent dans le pays concerné.

Dans le cas complexe des *trusts*, le PRG a estimé qu'un État devait se donner les moyens de recueillir de l'information sur un *trust* dont le *trustee* résidait sur son territoire ou qui était administré à partir de son territoire. Cette obligation vaut, que l'État autorise ou non la création de *trusts* dans son droit national.

Les obligations comptables seront explicites et générales

Il est désormais acquis que les États doivent édicter des dispositions expresses, faisant obligation à l'ensemble des sociétés et des entités relevant de leur juridiction de tenir une comptabilité et de la conserver pendant au moins cinq ans avec la documentation sous-jacente. Vingt-sept États ont été déclarés totalement ou partiellement défaillants sur ce point. Plusieurs d'entre eux, dans les Caraïbes notamment, ont dû revoir leur législation en conséquence.

Les administrations fiscales ne doivent plus se voir opposer des règles de protection du secret bancaire ou autres secrets professionnels

Le Forum mondial a sanctionné dans seize cas significatifs l'insuffisance d'accès de l'administration fiscale à l'information bancaire et/ou son incapacité juridique à la transmettre à un partenaire étranger (Belgique, Autriche, Luxembourg, Suisse, Malaisie...).

Dans un nombre encore important de pays, les règles de protection du secret bancaire interdisent très largement l'accès de l'administration fiscale aux informations bancaires.

Pour contrecarrer les effets de cette législation et honorer leurs engagements internationaux, plusieurs d'entre eux ont choisi de prendre une nouvelle législation interne autorisant expressément leur administration fiscale à obtenir et à transmettre des informations bancaires à un partenaire étranger dans le cadre d'un accord d'échange d'informations. Les Philippines, l'Uruguay l'ont fait, de même que la Belgique dont le passage en phase 2 était conditionné à l'adoption d'un tel texte.

D'autres pays (Suisse, Autriche) ont choisi, sans prendre de nouvelle législation, de renégocier leurs accords d'échange d'informations, en y intégrant systématiquement une clause expresse d'échange d'informations bancaires. Une fois ratifiés, ces accords acquièrent une force supérieure à la législation interne.

L'accès à l'information bancaire n'est donc acquis qu'au rythme de l'entrée en vigueur des nouveaux accords, ce qui suscite une vigilance particulière du PRG.

En dehors des banques, d'autres professions ou fonctions (avocats, comptables, *trustees*) peuvent être concernées par des règles de confidentialité. Le PRG a estimé que certaines réglementations excessives pouvaient être un obstacle à la transmission d'informations et a demandé leur révision (Autriche, Barbade, Hongrie).

Les réseaux d'accords d'échange d'informations doivent être plus denses et de meilleure qualité

Les États examinés ont été encouragés à mettre en conformité la totalité de leurs accords avec les derniers standards internationaux, en y intégrant

notamment des références expresses à l'échange d'informations bancaires ou l'interdiction de faire prévaloir un intérêt domestique. Les États ayant tardé à le faire ont obtenu des évaluations très dégradées, notamment lorsque leur législation interne restreignait l'accès à certaines informations ou sa transmissibilité.

Le PRG examine dans le détail les nouveaux accords conclus : il n'a pas hésité à sanctionner l'introduction de conditions ou de formalités non prévues par les standards internationaux et susceptibles de limiter l'échange (Suisse).

Enfin, le Forum mondial veille à ce que les États intègrent dans leur réseau conventionnel tous les partenaires pertinents. La réticence de certains pays à négocier des accords d'échange d'informations avec des pays partenaires qui le leur demandaient leur a valu une évaluation de non-conformité sur ce point (Panama, Uruguay...). Le PRG a même mentionné dans certains cas les négociations sur lesquelles il attendait des progrès rapides (Monaco avec l'Italie ; l'Uruguay avec le Brésil et l'Argentine).

QUELLES PERSPECTIVES POUR LE FORUM MONDIAL ?

La poursuite de l'élargissement

Le Forum mondial a vocation à accueillir le plus possible d'États. Un effort particulier doit être fait pour arracher certains pays en développement aux leurres véhiculés par le modèle des paradis fiscaux et les convaincre d'adhérer au Forum mondial.

Il est prévu que les derniers pays européens manquant à l'appel le rejoignent prochainement, mais le Forum mondial devrait aussi s'ouvrir au Moyen-Orient et à l'Asie centrale qui sont encore sous-représentés.

Une meilleure coordination avec d'autres instances multilatérales

Fraude fiscale, corruption, blanchiment d'argent... renvoient souvent à des montages complexes, impliquant des entités juridiques diverses elles-mêmes régies par des droits nationaux contrastés. Une plus grande mutualisation des analyses et des diagnostics entre les instances internationales compétentes permettrait d'identifier les sources d'abus et de proposer des corrections. Le G20 de Cannes a d'ailleurs expressément encouragé cette coopération entre organisations internationales.

Dans cette optique, les premiers échanges intervenus entre le Forum mondial et le GAFI (Groupe d'action financière) sur les obligations de transparence des *trusts* seront poursuivis.

Un rayonnement accru

Les évaluations du Forum mondial doivent acquérir, de façon plus large, une valeur de référence auprès des autres instances internationales.

Au plan européen, la directive sur les fonds alternatifs a introduit, pour la qualification des pays d'origine des fonds, un critère de conformité aux principes de transparence fiscale telle qu'appréciée par le Forum mondial. Il importe que d'autres institutions intègrent, elles aussi, les évaluations du Forum mondial, y compris la Banque mondiale et les banques régionales de développement dans leurs politiques de prêts.

Observateur privilégié des défaillances des États en matière de fluidité des échanges d'informations, le Forum mondial devrait, de concert avec d'autres institutions comme le GAFI ou les enceintes de lutte contre la corruption, activement travailler à l'émergence de nouvelles règles internationales de transparence, prohibant ou encadrant certaines pratiques (émission de titres au porteur, *nominees*...) et favorisant l'harmonisation des droits nationaux.

Au total, le Forum mondial a répondu aux attentes exprimées par le G20 d'avril 2009. Une mécanique efficace de revue par les pairs a été instituée pour une centaine de pays, ce qui permet d'identifier publiquement leurs possibles défaillances. Cette nouvelle discipline internationale doit trouver à s'appliquer à un plus grand nombre encore de pays. Par ailleurs, le Forum mondial, en détectant les problèmes effectifs qui freinent l'échange d'informations, doit servir de catalyseur à l'élaboration de règles internationales nouvelles, par exemple à des efforts d'harmonisation en matière de droit des affaires.