

LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

FRANÇOIS D'AUBERT*

Le sommet du G20 d'avril 2009 a donné le signal d'un renforcement de la lutte contre les « juridictions non coopératives ».

On qualifie ainsi des territoires qui, pour attirer des capitaux, se prévalent de réglementations ou de pratiques laxistes en matière fiscale ou prudentielle et refusent l'échange d'informations avec leurs partenaires internationaux sur les agissements suspects.

La difficulté de lutter contre cette opacité et ces comportements tient au fait qu'il y a encore, dans ce domaine, peu de règles de référence au plan mondial, ou même au plan régional (l'Union européenne, par exemple). Le droit fiscal et le droit des sociétés sont encore essentiellement des droits nationaux qui n'ont pas fait l'objet d'harmonisation. Les enceintes spécialisées, comme le Gafi (Groupe d'action financière) ou l'OCDE (Organisation

de coopération et de développement économiques), ont bien élaboré au fil du temps des principes de bonne conduite, mais la mise en œuvre d'une discipline multilatérale rigoureuse a toujours été problématique.

L'impulsion du G20 de Londres aura été décisive en la matière. La constitution, à sa demande, de listes d'États défaillants aux principes prédominants concernant l'échange d'informations fiscales a constitué un signal politique fort et marqué la fin de l'impunité des comportements non coopératifs.

De surcroît, dans les quinze mois qui ont suivi, des progrès sensibles ont été marqués dans la consolidation des principes internationaux de référence et dans la mise en œuvre d'une surveillance multilatérale efficace. Ces évolutions sont intervenues de façon parallèle dans les trois domaines clés - transparence fiscale, lutte contre le blanchiment d'argent et renforcement

* Délégué général à la lutte contre les juridictions et territoires non coopératifs.

des coopérations en matière prudentielle -, ce qui a renforcé la crédibilité du processus engagé.

Prendre acte de ces évolutions positives, c'est aussi mesurer l'ampleur de la tâche qui reste devant nous. À mesure que certains États, soucieux d'échapper à la stigmatisation de leurs pairs, se mettent en conformité avec les principes internationaux, d'autres créent, au mépris de ces principes, de nouveaux dispositifs innovants destinés à capter les capitaux étrangers. La publicité faite aux « nouveaux centres financiers » nous le rappelle chaque jour.

Le combat contre les comportements non coopératifs est donc un combat de longue haleine. Il suppose que les États se soumettent à des disciplines multilatérales renforcées. Il suppose également que les opérateurs et leurs clients soient progressivement convaincus d'adhérer à de nouvelles règles du jeu pour préserver leur image, mais aussi pour assurer la sécurité de leurs opérations.

On reviendra sur quelques points décisifs des évolutions des quinze derniers mois avant d'esquisser quelques pistes de réflexion complémentaires.

UNE DISCIPLINE INTERNATIONALE SENSIBLEMENT RENFORCÉE EN MATIÈRE FISCALE

Des principes internationaux sur la transparence fiscale et l'échange d'informations ont été élaborés de longue

date, principalement au sein de l'OCDE : ils se sont renforcés au fil du temps (pour déjouer certaines réglementations nationales sur le secret bancaire, par exemple). Pour autant, le non-respect de ces principes était peu dénoncé ou sanctionné et aucune instance n'avait la légitimité nécessaire pour diligenter une surveillance multilatérale. La publication des listes « OCDE » et l'action en profondeur du Forum mondial sur la transparence restructuré ont sensiblement changé la donne.

La dynamique des listes « OCDE »

On se souviendra qu'à la demande du G20 d'avril 2009, le secrétariat de l'OCDE a publié des listes de pays n'adhérant pas aux principes internationaux sur l'échange d'informations (liste noire) ou de pays qui, tout en adhérant à ces principes, ne les appliquaient pas de façon suffisamment substantielle (liste grise).

La publication de listes a très vite produit les effets escomptés, les États concernés n'ayant de cesse de sortir des listes infamantes.

Aujourd'hui, plus aucun État ne figure sur la liste noire. Et la liste grise ne compte plus qu'une quinzaine de pays. La condition posée à un État pour sortir de cette liste était de conclure un minimum de 12 accords bilatéraux d'échange d'informations intégrant les normes les plus récentes. Dès lors, les quinze derniers mois ont été marqués par une activité inégalée de négociation de tels accords : plus de 400 accords ont été conclus ou

renégociés par les États classés sur la liste grise.

Pour positive qu'elle ait été, la démarche utilisée conduisait à privilégier un critère unique et quantitatif - celui des 12 accords - pour apprécier la conformité d'un État à l'ensemble de ses engagements en matière de transparence fiscale et de coopération.

Il était indispensable de dépasser la comptabilité des accords et de procéder à des évaluations plus approfondies.

L'action en profondeur du Forum mondial sur la transparence

Le Forum mondial sur la transparence existe depuis 1996. Il est né de l'association progressive aux pays membres de l'OCDE d'États qualifiés par cet organisme de paradis fiscaux (îles Caïmans, Îles Vierges britanniques) ainsi que de grands pays émergents (Afrique du Sud, Brésil, Chine, Inde, Mexique...).

Il a activement contribué au développement des normes internationales sur la transparence fiscale. Toutefois, la faiblesse de sa structure et son lien jugé trop étroit avec l'OCDE l'empêchaient de jouer pleinement son rôle.

Depuis la réunion de Mexico de septembre 2009 qui l'a doté d'un budget autonome et d'une gouvernance renforcée, il a pris un nouvel élan. Il réunit aujourd'hui plus de 90 États. Surtout, il a été investi de la mission d'assurer le respect par la communauté internationale des principes agréés en matière de transparence et d'échange d'informations. Son action

de surveillance concerne non seulement ses membres, mais également tout autre pays dont le comportement poserait problème.

L'approfondissement des principes de référence

Le Forum mondial sur la transparence a décliné de façon plus précise les engagements des États en matière de transparence et de coopération fiscale, tant dans leurs relations entre eux que dans leurs exigences vis-à-vis des acteurs économiques placés sous leur juridiction.

Ces engagements vont bien au-delà de la signature d'un nombre minimum d'accords d'échange d'informations. Ils portent sur leur capacité - juridique et matérielle - à mettre en œuvre ces accords de façon effective.

Les États s'engagent explicitement en effet à s'assurer que certaines informations déterminantes sont disponibles sur leur territoire, que leurs administrations fiscales y ont accès et ont, en outre, la capacité légale de les transmettre à une administration fiscale étrangère qui en ferait la demande.

Ces informations déterminantes couvrent, de surcroît, un champ très large. Il s'agit :

- d'informations sur les propriétaires légaux, mais aussi sur les bénéficiaires réels de toute structure enregistrée ou domiciliée sur leur territoire, de toute fondation ou de tout *trust* ayant un lien avec ce territoire ;
- d'informations comptables, préservées sur une durée minimale de cinq ans ;
- d'informations bancaires sur les comptes et les transactions effectuées.

L'institution d'un mécanisme de surveillance généralisée

Le Forum mondial sur la transparence a d'ailleurs mis en place une surveillance de la mise en œuvre de ces principes par les États. Cette surveillance est orchestrée par le nouveau comité de revues par les pairs (Peer Review Group - PRG) que je préside au nom de la France. Elle peut s'exercer à l'égard d'États non-membres dont les pratiques poseraient problème. Toute évaluation donne lieu à un rapport qui est publié.

Les évaluations 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.

Une notation intervient à la fin de la phase 2 sur la base de dix critères essentiels. Elle prend, pour chacun des dix critères, la même forme que celle du Gafi (Conforme / Largement conforme / Partiellement conforme / Non conforme).

Toutefois, les juridictions dont il s'avérerait, dès la fin de la phase 1, que leur réglementation ne comporte pas les « éléments déterminants » pour permettre l'échange d'informations ne seront pas qualifiées pour la deuxième phase d'évaluation. Ce report de la phase 2 sera mentionné dans leur rapport d'évaluation et c'est seulement lorsqu'elles pourront justifier de progrès suffisants, qu'elles seront réintégrées dans le calendrier des examens de la phase 2.

De surcroît, le principe d'une note

de synthèse qui rend plus explicite le degré de conformité de l'État à ses engagements est acquis.

Un calendrier ambitieux

Le PRG s'est assigné pour objectif d'effectuer 40 évaluations par an. Pour assurer l'égalité de traitement entre tous les membres, un calendrier des revues pour les cinq ans à venir a été fixé. Il prévoit que toutes les revues de phase 1 seront réalisées d'ici à 2012. Huit rapports ont déjà fait l'objet d'une approbation par le PRG.

Des efforts de coordination des mesures nationales pénalisant les juridictions réfractaires

Dans l'état actuel du droit fiscal, il revient à chaque État de définir les mesures visant à dissuader ses résidents d'utiliser des paradis fiscaux. À cet effet, les États-Unis et plusieurs pays européens, dont la France, ont récemment renforcé leurs dispositifs nationaux.

À l'évidence, une plus grande harmonisation de ces contre-mesures nationales et surtout une coordination de leur utilisation ne peuvent qu'ajouter à la crédibilité de la discipline multilatérale en construction. Tel est le sens de l'initiative conjointe de la France et de l'Allemagne qui, à deux reprises déjà (conférences de Paris à la fin de l'année 2008, puis de Berlin en juin 2009), ont réuni une vingtaine de pays pour progresser dans cette voie.

D'AUTRES PROGRÈS SENSIBLES EN PARALLÈLE

Parallèlement, des progrès sensibles ont été faits en matière de lutte contre le blanchiment et de renforcement des coopérations prudentielles.

Cette simultanéité des efforts est déterminante pour la crédibilité de la lutte engagée.

L'action « revitalisée » du Gafi

Concernant la lutte contre le blanchiment d'argent, la communauté internationale bénéficie, depuis une trentaine d'années, à la fois d'une structure spécialisée reconnue, le Gafi, et de règles établies - 40 recommandations complétées par 9 autres sur le financement du terrorisme - : quelque 140 États, membres du Gafi ou de l'un des groupes régionaux de type Gafi, sont réputés adhérer à ces recommandations.

Pourtant, la mise en cause des États qui ne respectaient pas la discipline internationale n'était pas de mise. En avril 2009, seuls quatre pays étaient dénoncés pour la faiblesse de leur dispositif de lutte contre le financement du terrorisme. Alors même que des circuits complexes de blanchiment d'argent sont régulièrement mis à jour, aucune responsabilité des États ne semblait pouvoir être invoquée.

Répondant à l'injonction qui lui était faite par le G20, le Gafi a institué une nouvelle procédure qui l'érige en

force de rappel : elle lui permet d'examiner ou de réexaminer la situation d'États dont les performances, lors de leurs dernières évaluations (par le Gafi lui-même ou par l'un des groupes régionaux), ont été particulièrement mauvaises, ainsi que celle d'États n'ayant pas adhéré aux règles antiblanchiment, dont les pratiques seraient jugées problématiques.

La procédure a porté ses premiers fruits en février 2010. À cette date, le Gafi a pu identifier un premier groupe de juridictions dites à risques (28 au total).

Huit d'entre elles, décrites comme connaissant des lacunes stratégiques ou des défaillances persistantes dans leur système antiblanchiment, figurent dans un communiqué officiel du Gafi. La communauté internationale est appelée à redoubler de vigilance dans le traitement des flux financiers avec ces pays - des contre-mesures étant expressément recommandées pour l'un d'entre eux. Les vingt autres font l'objet d'une note d'information détaillant les défaillances pour lesquelles ils se sont formellement engagés à remédier, selon un échéancier précis.

Cet affichage, fruit d'un compromis, souffre certes encore d'un manque de lisibilité. Mais à l'évidence, la nouvelle procédure a rendu au Gafi son rôle moteur dans la protection du système financier international contre les risques de blanchiment. Avec l'aiguillon d'un possible « réexamen » par le Gafi, les groupes régionaux devraient, en outre, se montrer plus rigoureux dans leurs évaluations de « première instance ».

L'identification de juridictions défaillantes en matière de contrôle prudentiel

Présentée comme un atout par certaines places financières, la faiblesse des contrôles prudentiels, associée à un droit des sociétés peu exigeant, peut avoir des conséquences graves. Les « paradis réglementaires » ont été et restent un lieu privilégié d'enregistrement de véhicules qui portent, à l'abri des contrôles, certaines activités hors-bilan de grandes banques *onshore*. Ils apparaissent de façon récurrente dans les montages liés aux plus grands scandales financiers.

Dans ce domaine comme dans le domaine fiscal, les règles et les modèles sont essentiellement nationaux. Les instances de normalisation internationale (Comité de Bâle, IAIS - International Association of Insurance Supervisors -, IOSCO - International Organization of Securities Commissions) ont certes formulé des principes de coopération et d'échange d'informations entre régulateurs, mais elles l'ont fait dans leur secteur d'intervention sans beaucoup coopérer entre elles. Le contrôle du respect de ces principes ne se faisait pas non plus de façon systématique.

Depuis le G20 d'avril 2009, c'est au Conseil de stabilité financière (CSF) qu'il revient de veiller à une harmonisation progressive des contrôles prudentiels.

Suivant une démarche comparable à celle du Forum sur la fiscalité, le CSF s'est attaché en priorité au respect par les États et leurs régulateurs des principes de coopération et

d'échange d'informations posés par les instances de normalisation.

Une procédure a été mise en place pour identifier, parmi les États pouvant poser un problème systémique (compte tenu de la taille de leur secteur financier, de leur exposition à l'étranger...), ceux qui étaient défaillants dans le respect de ces principes. Une évaluation approfondie, menée par des équipes des pays membres du CSF, a conduit à l'identification des points de fragilité de l'État concerné et à des recommandations pour y remédier, assorties d'échéances.

Si l'État évalué ne met pas en œuvre ces recommandations, il peut, à terme, figurer dans une liste publiée de juridictions non coopératives.

Une trentaine de pays font actuellement l'objet d'une évaluation approfondie.

LES ÉVOLUTIONS MAJEURES RESTANT À CONDUIRE

Au-delà de ces progrès, des évolutions majeures restent à conduire.

En stigmatisant les juridictions non coopératives, le G20 a voulu manifester sa volonté de lutter contre des réglementations et des pratiques qui facilitent la fraude fiscale, la corruption, le blanchiment d'argent ou, plus largement, toute forme de flux financiers illicites. Ce combat requiert le dépassement de l'approche « en silos » qui conduit à compartimenter le travail des diverses enceintes sans prendre en compte les problématiques communes.

Renforcer la coopération entre les instances internationales spécialisées

Comme on l'a vu, le renforcement de l'action internationale a été conduit au sein d'enceintes spécialisées qui couvraient des champs géographiques différents et mettaient en œuvre des procédures distinctes. Au total, du fait de ces cheminements dissemblables, les listes élaborées dans ces différentes enceintes de juridictions qualifiées de non coopératives n'ont que peu de cohérence entre elles.

La multiplication de ces listes conduit à adresser aux opérateurs économiques et financiers des signaux confus. En cela, elle pourrait nuire à la crédibilité de l'ensemble du processus engagé.

Une plus grande collaboration s'impose entre ces différentes instances, notamment entre le Forum mondial sur la transparence et le Gafi, afin de leur permettre de partager leurs diagnostics sur les pays en même temps que de réfléchir ensemble aux nouveaux risques. Il serait souhaitable notamment d'afficher, de façon mieux coordonnée, les notations relatives à chaque pays, pour mesurer avec plus de fiabilité son degré d'engagement dans la lutte contre les flux financiers illicites, quelle qu'en soit l'origine. Ceci permettrait également de responsabiliser davantage les acteurs économiques. Ce sont en effet les investisseurs eux-mêmes qui peuvent porter les coups les plus rudes aux comportements non coopératifs.

Accroître les exigences de transparence

Deux évolutions majeures devraient être encouragées au plan international.

Le renforcement des obligations de transparence pesant sur les structures ou arrangements juridiques divers (du type des *trusts*)

Les cas importants de fraude fiscale ou de blanchiment d'argent révèlent souvent des montages complexes, impliquant une cascade d'intervenants, dont l'existence et les responsabilités sont à la fois mal définies (prête-noms, sociétés-écrans) et peu connues des États qui les abritent.

Or la nécessité d'enregistrer une structure ou d'en déclarer le propriétaire ou le bénéficiaire effectif relève des choix politiques et du droit de chaque État. En conséquence, un État ne peut être accusé de comportement non coopératif s'il ne transmet pas une information dont il n'a pas demandé lui-même à disposer. Le seul remède à cela est de définir par accord international un socle minimum d'informations que les États adhérents s'engageraient à requérir de tout agent économique opérant à partir de leur territoire.

C'est la voie esquissée par le Forum mondial sur la transparence dans l'élaboration des critères qui servent de référence à ses évaluations par les pairs, mais ces termes de référence n'ont pas la valeur contraignante qu'aurait un accord international en la matière.

La lutte contre l'invocation abusive des secrets professionnels de tout ordre

Le combat a déjà été largement engagé, à ce titre, contre l'invocation abusive du secret bancaire. La levée du secret bancaire a pu être organisée, sans trop de débat, au bénéfice de juges ou de cellules de renseignement financier dans les cas de soupçon de blanchiment d'argent. En revanche, l'accès des administrations fiscales aux informations de nature bancaire pose encore problème même si, en application des engagements qu'ils ont pris dans le cadre du Forum mondial sur la transparence, de nombreux États ont désormais modifié leur législation interne ou conclu des accords bilatéraux qui désactivent la protection du secret bancaire.

Au-delà du secret bancaire, d'autres règles de confidentialité, applicables à

certaines professions (avocats, *trustees*...), peuvent également entretenir l'opacité et donc l'impunité de certains montages répréhensibles. Les instances spécialisées, dans le cadre de leurs revues ou inspections, sont le mieux à même d'identifier et de qualifier certaines pratiques contestables. Leur collaboration devrait déboucher sur la formulation de règles internationales qui permettent de déjouer ces pratiques.

En conclusion, la coopération internationale a marqué, ces derniers mois, des points appréciables dans la lutte contre les comportements non coopératifs. Mais celle-ci requiert une grande constance des efforts. Il est indispensable que le G20 maintienne une forte pression politique sur la question, en accompagnement des processus engagés dans les instances spécialisées.

ANNEXE

Les mesures prises par la France au plan national et bilatéral pour lutter contre les comportements non coopératifs

1- Au plan bilatéral, la France, qui dispose déjà d'un réseau conventionnel très dense, a multiplié la négociation ou la renégociation d'accords fiscaux intégrant des clauses d'échange de renseignements suivant les dernières normes OCDE.

2- Au plan national, elle a sensiblement renforcé son dispositif de dissuasion afin de rendre moins attractive l'utilisation par des résidents fiscaux français de territoires non coopératifs.

2-1- Pour la première fois, une définition des États et des territoires non coopératifs a été introduite dans le droit français, à l'article 238 O-A du Code général des impôts (CGI) (cf. *infra*).

Le principe d'une liste établie par la France des États et des territoires qu'elle juge non coopératifs a été posé et les critères d'établissement de cette liste ont été arrêtés. Elle sera mise à jour au 1^{er} janvier de chaque année.

Aujourd'hui, cette liste compte actuellement 18 pays : Anguilla, Belize, Brunei, Costa Rica, Dominique, Grenade, Guatemala, îles Cook, îles Marshall, Liberia, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Philippines, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

2-2- Le dispositif de contre-mesures visant à rendre moins attractifs les flux financiers avec les pays figurant sur la liste a été nettement renforcé :

- alourdissement du taux de retenue à la source sur les revenus (intérêts, dividendes, redevances...) destinés aux pays non coopératifs (le taux est porté à 50 %) ;
- durcissement des conditions de déductibilité de sommes versées par une société française à une entité installée dans un pays non coopératif ;
- renforcement de certains dispositifs anti-abus : possibilité élargie pour l'administration fiscale de réintégrer à la base imposable française les bénéfices réalisés par des personnes physiques ou morales françaises dans des entités qui leur sont liées et établies dans un pays non coopératif ;
- refus du bénéfice du régime mère-fille pour les dividendes versés à une société mère française par une filiale établie dans un territoire non coopératif.

2-3- Les obligations de transparence ont été sensiblement accrues pour les activités liées à des territoires non coopératifs :

- obligation, formulée dans un nouvel article L. 13 AA du Livre de procédures fiscales (LPF), pour une société établie en France, de tenir à la disposition

ANNEXE
(suite)

de l'administration une documentation très fournie en justification de sa politique de prix de transfert. Lorsqu'elle réalise des transactions - de toute nature - avec des personnes morales établies dans un territoire non coopératif, la société doit produire à l'administration une documentation complémentaire pour chaque entreprise bénéficiaire des transferts (nouvel article L. 13 AB du LPF) ;

- obligation pour l'ensemble des établissements de crédit de publier en annexe à leurs comptes annuels des informations sur leurs implantations et activités dans les territoires non coopératifs (article L. 511-45 du Code monétaire et financier).

Article 238 O-A CGI

1- Sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1^{er} janvier 2010, les États et territoires non-membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention.

La liste des États et territoires non coopératifs est fixée par un arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget après avis du ministre des Affaires étrangères.

2- À compter du 1^{er} janvier 2011, la liste mentionnée au 1 est mise à jour au 1^{er} janvier de chaque année, dans les conditions suivantes.

a- En sont retirés les États ou territoires ayant, à cette date, conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant d'échanger tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties.

b- Y sont ajoutés ceux des États ou territoires ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative dont les stipulations ou la mise en œuvre n'ont pas permis à l'administration des impôts d'obtenir les renseignements nécessaires à l'application de la législation fiscale française, ainsi que les États et territoires qui n'ont pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties et auxquels la France avait proposé, avant le 1^{er} janvier de l'année précédente, la conclusion d'une telle convention.

ANNEXE
(suite et fin)

c- En sont retirés ou y sont ajoutés les États ou territoires n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative, auxquels la France n'avait pas proposé la conclusion d'une telle convention avant le 1^{er} janvier de l'année précédente, et dont le Forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations en matière fiscale, créé par la décision du conseil de l'OCDE en date du 17 septembre 2009, considère, selon le cas, qu'ils procèdent, ou non, à l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application des législations fiscales.

L'arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget modifiant la liste, pris après avis du ministre des Affaires étrangères, indique le motif qui, en application des a, b et c, justifie l'ajout ou le retrait d'un État ou territoire.

3- Les dispositions du présent code relatives aux États ou territoires non coopératifs ne s'appliquent à ceux qui sont ajoutés à cette liste au 1^{er} janvier d'une année, en application du 2, qu'au 1^{er} janvier de l'année suivante. Elles cessent immédiatement de s'appliquer à ceux qui sont retirés de la liste.

