

Novembre 2021

PANDORA PAPERS : Où va-t-on ?

Le 3 avril 2016, avec l'affaire des « *Panama Papers* », le Consortium international des journalistes d'investigation, l'ICIJ, révélait les secrets financiers et fortunes cachées de plusieurs politiciens, personnalités publiques et milliardaires¹. Ce consortium de 200 membres issus de 70 pays a pour objectif, depuis sa fondation en 1997², d'enquêter sur des affaires sanitaires, sociales ou économiques à grande échelle, mais aussi, sur les paradis fiscaux et l'évasion fiscale.

Après d'autres révélations en 2017 dans le cadre des « *Paradise Papers* »³, l'ICIJ a récemment dévoilé, le 3 octobre 2021, de nouveaux montages financiers ayant permis à des personnalités publiques et multinationales d'éluider de l'impôt des sommes considérables par le biais des paradis fiscaux.

L'affaire des Pandora Papers a entraîné la fuite de millions de documents provoquant une onde de choc mondiale. En effet, il s'agit de la plus grande fuite de données offshore ayant jamais eu lieu avec environ 12 millions de fichiers dévoilés et des fonds cachés estimés entre 5 000 et 32 000 milliards de dollars⁴. La dernière somme équivalant à plus d'un tiers du PIB mondial. Les Panamas Papers n'auraient ainsi été qu'un simple prélude.

Cette affaire se démarque plus particulièrement des précédentes par la présence de sept présidents et quatre premiers ministres en exercice, un ancien président du Fonds monétaire international, d'un Roi mais également de centaines de responsables politiques. La polémique met également en cause des paradis fiscaux comme les Bahamas, Monaco, le Panama, ou encore Hong Kong.

Cette affaire pousse à s'interroger sur les mécanismes d'évitement de l'impôt mis en place, ainsi que sur les répercussions politiques et fiscales tant du point de vue international, européen que national.

¹ ICIJ, Pandora Papers, « *The Power Players* », www.icij.org/investigations/pandora-papers/power-players

² <https://www.icij.org/about/icijs-story/>

³ ICIJ, « *Paradise Papers* », 5 novembre 2017

⁴ ICIJ, Pandora Papers, « *Offshore havens and hidden riches of world leaders and billionaires exposed in unprecedented leak* », 3 octobre 2021

De nombreux mécanismes d'évitement : illégalité ou légalité ?

L'affaire des Pandora Papers met en exergue la frontière de plus en plus fine entre la fraude et l'optimisation fiscale. On peut définir l'optimisation fiscale comme étant les mécanismes légaux d'évitement de l'impôt. Ce sont en réalité, des propositions d'investissement. Les contribuables ont donc la permission de réaliser des investissements afin de diminuer leur impôt. La fraude fiscale au contraire, est le mécanisme qui consiste à échapper ou tenter d'échapper à l'impôt par des moyens illégaux⁵.

Une autre notion, l'évasion fiscale, est plutôt comparable à un abus de droit des contribuables qui utilisent des moyens légaux à des fins illégales. C'est ce type de montage que l'on retrouve principalement dans les Pandora Papers. En effet, l'affaire révèle l'implication de 14 cabinets de conseils⁶ suisses qui auraient réalisé l'implantation de sociétés offshore dans les paradis fiscaux. Ces cabinets auraient abusé des lacunes du système suisse pour aider les propriétaires des sociétés offshore à dissimuler une partie de leur fortune à leur propre administration fiscale. Dans la plupart des cas, la dissimulation des fortunes des propriétaires passait par l'achat, par l'intermédiaire des sociétés offshore, de luxueuses demeures, de jets, de yachts, ou encore d'œuvres d'art.

Tony Blair, par exemple, a acheté un immeuble londonien d'une valeur de 9 millions d'euros par l'intermédiaire d'une société implantée dans les Iles Vierges Britanniques, lui permettant d'économiser plus de 400 000 euros de taxe foncière⁷. L'illégalité de ce montage restant encore à prouver par les enquêtes en cours.

La difficulté, dans notre affaire, tient aussi au fait qu'un montage peut être frauduleux dans un État, mais tout à fait légal dans un autre (cf. mécanisme d'harmonisation fiscale étudié infra). Par ailleurs, au regard de la multitude de personnes, de juridictions et d'États mis en cause, il sera difficile de différencier les montages frauduleux des mécanismes d'optimisation fiscale.

Cette frontière entre la légalité et l'illégalité est aussi accentuée par « *le renforcement croissant de l'Administration fiscale* »⁸ menaçant la mise en place des mécanismes d'optimisation. Cette sévérité de l'administration entre en contrariété directe avec la liberté du contribuable d'effectuer des montages d'optimisation fiscale. Pour Marc Bornhauser, avocat fiscaliste, ces montages fiscaux constituent « *un droit dans notre société de liberté* »⁹. Mais d'un autre côté l'affaire des Pandora Papers, d'une certaine manière, remet en cause le principe du consentement à l'impôt¹⁰ qui paraît incompatible avec la myriade de montages organisés pour éviter le paiement de l'impôt.

⁵ Article 1741 du Code général des Impôts

⁶ ICIJ, Pandora Papers, « *Offshore havens and hidden riches of world leaders and billionaires exposed in unprecedented leak* », 3 octobre 2021

⁷ Idem

⁸ Audition organisée par la Commission des Finances du Sénat, « *Pandora papers : comment contrôler la création et les bénéficiaires effectifs des sociétés offshore ?* », 13 octobre 2021

⁹ Idem

¹⁰ Article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

Il va de soi que bien qu'une partie des montages révélés fassent partie d'un simple exercice du droit à l'optimisation fiscale, l'ampleur de l'affaire a suscité des réactions au niveau international.

Des acteurs internationaux partagés entre activisme et immobilisme

A l'instar de l'affaire des Panama Papers, révélée cinq ans plus tôt, les Pandora Papers démontrent que les paradis fiscaux et, plus généralement, l'évasion fiscale, sont toujours d'actualité.

Cette nouvelle affaire a eu le mérite de relancer le débat autour des actions entreprises par les États et les organisations internationales face à l'évasion fiscale. Mais que fait donc la communauté internationale ? L'Europe est-elle, quant à elle, démunie face à l'évasion fiscale ?

La réactivation d'un arsenal de lutte contre l'évasion fiscale au niveau international

Dès la crise de 2008, les différents G20 organisés¹¹ ont su démontrer une volonté politique de renforcer l'échange d'informations à but fiscal entre les États.

De plus, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a mis en place, en 2018, une Norme Commune de Déclaration (NCD)¹² qui a permis l'échange de renseignements sur près de 47 millions de comptes à l'étranger, et ce, pour une valeur totale de 9 400 milliards d'euros¹³. Par ailleurs, l'échange automatique de renseignements est inscrit dans plusieurs milliers de conventions fiscales bilatérales.

Le 30 novembre 2020, l'OCDE a également publié un guide pratique de diagnostic des États sur leur capacité d'enquête et de répression des délits à caractère fiscal¹⁴. Un rapport a, par la suite, été publié démontrant que la mise en place de mécanismes notamment juridiques et institutionnels permettrait une lutte efficace contre les délits fiscaux¹⁵. Dans ce même objectif, l'OCDE a recommandé la répression des conseils et intermédiaires fiscaux ayant favorisé les délits fiscaux et la criminalité en col blanc.

Parmi ces nombreuses actions mises en place par l'OCDE, une convention est également instaurée afin de prévenir l'érosion de la base d'imposition et les transferts de bénéfices vers des États à fiscalité

¹¹ G20 : la liste des paradis fiscaux sera publiée, Aurélie Pagny, Le Figaro, 2 avril 2009

¹² Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, Seconde édition, OCDE, 27 mars 2017

¹³ Lutte contre l'évasion fiscale : les Pandora Papers révèlent le chemin qu'il reste à parcourir, Thierry Lambert, 11 octobre 2021

¹⁴ Le Modèle de maturité en matière d'enquêtes sur les délits fiscaux, Paris, OCDE, 30 novembre 2020

¹⁵ Lutte contre la délinquance fiscale : les dix principes mondiaux, 2e éd., Paris, OCDE, 17 juin 2021

privilégiée¹⁶. Il s'agit d'éviter d'aboutir à une « *double non-imposition* »¹⁷, mécanisme menant à un produit aucunement taxé que ce soit dans le pays source ou destination, fléau fiscal par définition.

Cependant, on perçoit aisément les limites de l'action internationale. En effet, pour ce qui est de cette dernière convention multilatérale, les États signataires disposent d'un droit à émettre des réserves, ce qui a, par exemple, permis à la Chine d'écarter toute une partie du texte relative à l'arbitrage¹⁸. Il est également opportun de préciser que beaucoup d'États n'ont toujours pas ratifié le texte.¹⁹ La souveraineté fiscale des différents États constitue un obstacle à l'harmonisation fiscale qui, à elle-seule, permettrait de lutter efficacement contre la fuite face à l'impôt. Ce travail engagé ne peut aboutir sans la collaboration et la volonté de tous les États aussi bien individuellement que collectivement.

Sur ce point, il paraît indispensable d'évoquer une nouvelle étape de franchie dans cette lutte. Cent trente-six pays sont désormais d'accord pour taxer à 15% les bénéfices des multinationales réalisant au moins 750 millions d'euros de chiffre d'affaires, et ce, d'ici 2023²⁰. Après des mois de blocage, l'Irlande a annoncé accepter de relever son taux d'imposition, suivie par le gouvernement estonien, puis hongrois.

Cette mesure va permettre aux 136 États, représentant 90% du PIB mondial, de dégager 150 milliards d'euros de recettes supplémentaires²¹ et de lutter plus efficacement contre l'évasion fiscale.

Si le directeur fiscal de l'OCDE, Pascal Saint-Amans, se réjouit d'un accord historique, « *là pour durer des dizaines d'années* », il semble opportun d'apporter une réserve à ce dispositif.²² En effet, il est à noter que seul le taux se trouverait harmonisé par cet accord. Les modalités de calcul de la base d'imposition seraient inchangées. L'harmonisation demeure ainsi très relative car le tourisme fiscal pourrait trouver son fondement dans les différences d'imposition qui subsistent.

Toutes ces initiatives de la communauté internationale sont à saluer et envoient un message politique fort dans la lutte contre l'évasion fiscale. Toutefois, toutes les difficultés sont loin d'être réglées et plusieurs points restent en suspens : le renforcement des mesures de transparence mais également des sanctions en cas de fraude constituent des voies d'actions que la communauté internationale aurait tout intérêt à envisager²³.

Le cadre plus restreint que constitue la communauté européenne permet une harmonisation plus ferme, mais qu'en est-il à cette échelle ?

¹⁶ Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir le BEPS, OCDE, 24 novembre 2016

¹⁷ *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, 2020

¹⁸ China Dispute Resolution Profile, OCDE, 28 janvier 2019

¹⁹ Signataires et parties à la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE, 21 octobre 2021

²⁰ Intervention de Pascal Saint-Amans, directeur fiscal de l'OCDE, France info, 8 octobre 2021

²¹ *Impôt mondial sur les multinationales : accord à 136 pays avec un taux fixé à 15%*, Libération, 8 octobre 2021

²² Intervention de Pascal Saint-Amans, directeur fiscal de l'OCDE, France info, 8 octobre 2021

²³ *Lutte contre l'évasion fiscale : les Pandora Papers révèlent le chemin qu'il reste à parcourir*, Thierry Lambert, 11 octobre 2021

Les moyens de coopérations et de lutte contre la fraude fiscale au sein de l'Union Européenne

A la suite des Pandora Papers, le Parlement Européen a présenté, le 7 octobre dernier, ses priorités sur la réforme des pratiques fiscales dommageables, ainsi qu'un projet de système d'évaluation des politiques fiscales nationales²⁴. Le parlement souhaite que des principes communs régissent les législations des États membres, notamment sur la manière dont ces derniers utilisent leurs systèmes fiscaux et politiques fiscales dans le but d'attirer les entreprises.

Par suite de l'affaire des Pandora Papers, une définition du « niveau minimal de substance économique » a été proposée par les députés afin d'établir un seuil d'activité économique au sein d'un pays. Au-dessous de ce seuil, une entreprise ne sera alors pas considérée comme établie dans le pays. Par ailleurs, la rapporteure Aurore Lalucq a déclaré que : « *le scandale des Pandora Papers nous rappelle l'importance de mettre en œuvre des règles communes et ambitieuses à l'échelle européenne* ».

Avant le scandale des Pandora Papers, et ce toujours dans un souci de poursuite de la lutte contre la fraude fiscale, l'Union Européenne a cherché à accroître la transparence et les échanges d'informations entre les États membres. Elle l'a fait au travers des directives DAC (Directive on Administrative Coopération) et des directives ATAD (Anti-Tax Avoidance Directive) ayant vocation à endiguer directement l'optimisation fiscale agressive.

Les directives DAC²⁵ servent notamment à développer un échange d'information privilégié entre les administrations fiscales nationales des États membres ainsi qu'à en favoriser la célérité, élément capital. D'après une enquête réalisée par la Cour des comptes européenne²⁶ « *l'échange d'informations au moyen de formulaires électroniques est l'outil le plus efficace, mais le délai de réponse est trop long* ». L'échange d'information électronique est donc adapté à la lutte contre la fraude fiscale mais celui-ci manque de promptitude. L'adoption des directives DAC subséquentes viennent enrichir les mécanismes de collaboration entre les États. L'Union Européenne cherche, au travers de ces directives, à amplifier la rapidité des échanges en introduisant notamment le transfert automatique d'informations sur des domaines plus étendus au fil des directives.

A cela s'ajoutent les directives ATAD dont la première date du 12 Juillet 2016²⁷. Par les directives ATAD, l'Union Européenne cible directement l'optimisation fiscale agressive par la mise en place de mesure telle qu'une exit tax sur les plus-values latentes d'actifs transférés ou encore des règles sur les sociétés étrangères contrôlées. Une seconde directive ATAD du 29 mai 2019 a également été adoptée afin de lutter contre les dispositifs dits « *hybrides* »²⁸.

²⁴ Communiqué de presse du Parlement Européen « *Réformer la politique de l'UE en matière de pratiques fiscales dommageables (y compris la réforme du groupe «Code de conduite»)* », John Schranz, 7 Octobre 2021

²⁵ Directive (UE) 2021/514 DU CONSEIL du 22 mars 2021 modifiant la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal

²⁶ Rapport spécial « *Lutte contre la fraude à la TVA intracommunautaire : des actions supplémentaires s'imposent* », Cour des Comptes Européenne, 2015

²⁷ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur

²⁸ Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

Outre l'échange d'informations et l'harmonisation, d'autres moyens sont mis en commun par l'Union Européenne, tel que le programme Fiscalis, l'Office européen de lutte anti-fraude ou encore le Parquet Européen.

Une réaction directe au niveau national

En France, la réaction aux révélations de l'ICIJ a été extrêmement rapide puisque dès le lendemain de la publication de l'article de presse, une circulaire²⁹ a été adressée par la Direction des affaires criminelles et des grâces aux procureurs généraux et procureurs de la République. Il s'agissait de rappeler que les pratiques d'évitement de l'impôt sont une atteinte à l'intérêt général et de réexprimer fermement la volonté de renforcer la répression pénale en tant qu'« enjeu majeur pour l'autorité judiciaire ». Après les crises sociales traversées par la France depuis 2018, certains contribuables modestes se sentant plus pressurisés fiscalement que les plus fortunés, cette circulaire a pu être analysée comme une simple opportunité politique se rapprochant plus d'une palabre démagogique que d'une réelle volonté d'évolution.

Cependant, il s'agit également de poursuivre la dynamique impulsée à l'échelle mondiale précédemment décrite. La France n'en était d'ailleurs pas à sa première réaction. Dès la loi du 23 octobre 2018³⁰, elle a cherché à « mieux détecter, appréhender et sanctionner la fraude » par divers moyens, comme la levée du secret fiscal opposable au Procureur de la République, l'atténuation du « Verrou de Bercy », l'aggravation des peines encourues en matière de fraude fiscale ou encore la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité étendue à la fraude fiscale.

S'en était suivi une autre circulaire du 7 mars 2019³¹ apportant des précisions sur la loi de 2018 et le « renforcement de la coopération et de la coordination entre l'Administration fiscale et la Justice ». Selon ce texte, les articles L.101 et L.102 du Livre des Procédures fiscales sur la transmission d'informations et de dossiers entre les deux entités doivent s'appliquer de manière rapide et systématique. La même exigence était posée pour ce qui est de la dénonciation des faits de l'Administration fiscale au Parquet³².

La circulaire du 4 octobre s'inscrit donc dans cette lignée et apporte une sévérité supplémentaire à la lutte contre la fraude fiscale. En premier lieu, elle rappelle que les procureurs doivent se montrer plus réactifs sur la transmission des plaintes de l'Administration fiscale aux juridictions spécialisées ainsi que sur les signalements TRACFIN. En second lieu, elle cherche à renforcer la coopération entre le parquet et l'Administration fiscale en préconisant des échanges d'informations et rencontres régulières. Est encouragé également le détachement d'assistants spécialisés de l'Administration fiscale au sein des juridictions spécialisées. Enfin, les Parquets doivent requérir systématiquement la prononciation de peines complémentaires avec notamment l'affichage et la diffusion de la décision ou l'inéligibilité.

²⁹ Direction des affaires criminelles et des grâces, CRIM 2021 - 10 / G3 - 04/10/2021

³⁰ Loi N°2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude

³¹ Direction des affaires criminelles et des grâces, NOR : CP AE1832503C

³² Code de procédure pénale, art. 40

La réponse immédiate française a donc été de chercher à réaffirmer la dureté dont doivent faire preuve les tribunaux et l'Administration fiscale face à la fraude fiscale. L'adoption d'une circulaire n'a d'ailleurs pas été la seule réaction puisque dès le 13 octobre, une audition³³ organisée par la Commission des Finances du Sénat a mené une réflexion sur la remise en cause du secret professionnel de l'avocat. En effet, l'affaire intervient en pleins débats sur la Directive DAC6³⁴ obligeant les avocats fiscalistes à déclarer certains montages fiscaux. Pour Marc Bornhauser³⁵, les avocats ne doivent pas devenir une cible de la répression des fraudes pouvant être réprimées par d'autres moyens que la perquisition en cabinet. Cette position est d'ailleurs soutenue par le Garde des sceaux qui a déclaré le 15 octobre qu'il « *n'y a pas de défense sans secret. Le secret professionnel ne protège pas l'avocat mais il protège le justiciable* »³⁶.

Les Pandora Papers soulèvent ainsi des questionnements majeurs à l'échelle mondiale, mais également nationale, qui pourraient avoir une incidence sur l'organisation et le fonctionnement même de la justice. Cependant, il ne sera pas possible d'améliorer les dispositifs permettant la lutte contre l'évasion fiscale sans un concours ferme de tous les États.

³³ Audition de la Commission des Finances du Sénat, « *Pandora papers : comment contrôler la création et les bénéficiaires effectifs des sociétés offshore ?* » - 13 octobre 2021

³⁴ DAC6 – Directive 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal

³⁵ Audition de la Commission des Finances du Sénat, « *Pandora papers : comment contrôler la création et les bénéficiaires effectifs des sociétés offshore ?* » - 13 octobre 2021

³⁶ E. DUPOND-MORETTI, Intervention au colloque sur le secret professionnel, Université Paris II – Panthéon-Assas et Université d'Aix-Marseille, 15 octobre 2021